



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Curso de Bacharelado em Relações
Internacionais

BRUNO LEONARDO FERREIRA MATOS

**ISENÇÃO DE ICMS PARA PESSOAS COM AUTISMO HABILITADAS: Convênio
ICMS 28/17 - a perda do direito**

**BRASÍLIA
2023**

BRUNO LEONARDO FERREIRA MATOS

**ISENÇÃO DE ICMS PARA PESSOAS COM AUTISMO HABILITADAS: Convênio
ICMS 28/17 - a perda do direito**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor(a) Ana Carolina F. Longo

**BRASÍLIA
2023**

BRUNO LEONARDO FERREIRA MATOS

**ISENÇÃO DE ICMS PARA PESSOAS COM AUTISMO HABILITADAS: Convênio
ICMS 28/17 - a perda do direito**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor(a) Ana Carolina F. Longo

BRASÍLIA, 29 set. 2023

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

ISENÇÃO DE ICMS PARA PESSOAS COM AUTISMO HABILITADAS: Convênio ICMS 28/17 - a perda do direito

Bruno Leonardo Ferreira Matos¹

Resumo

Este trabalho apresenta um resumo histórico das legislações destinadas às pessoas com deficiência, apresentando uma visão inicialmente global e depois abordando normativos brasileiros desta evolução. Apresenta para fins de amparo ao que se pretende demonstrar a legislação referente às pessoas com Autismo. Do mesmo modo, apresenta um breve relato sobre isenções tributárias atendo-se à isenção de ICMS para veículos automotores adquiridos por pessoas diagnosticadas dentro do Espectro Autista. Faz uma comparação do Convênio ICMS 38/12 e a alteração nele promovida com a homologação do Convênio ICMS 28/17, mais especificamente na cláusula segunda, inciso IV e na cláusula primeira, inciso primeiro, alínea “b”, respectivamente, que retira o direito à isenção das pessoas diagnosticadas com autismo que possuem capacidade de dirigir. Discute a motivação para tal alteração demonstrando que se utiliza de característica não definidora da deficiência, a capacidade de dirigir, como base da exclusão, ferindo frontalmente o princípio da Isonomia. O estudo baseia-se nas doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Melo, Joaquim Barbosa e Robert Alexy.

Palavras-chave (obrigatório): Pessoas com autismo; Isenção; ICMS; Pessoas com Deficiência; Princípio da Igualdade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 As Leis das pessoas com deficiência; 2.1 Conceito de Pessoa com deficiência; 2.2 Breve Histórico das Leis; 2.2.1 No Plano Internacional; 2.2.2 Leis Brasileiras; 2.3 O TEA – Transtorno do Espectro Autista; 3 Das isenções tributárias; 3.1 Da Isenção do ICMS; 3.2 Da Isenção do ICMS na aquisição de veículos por pessoas com deficiência; 4 Princípio da igualdade e sua violação; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ Graduando em Direito pela Centro Universitário de Brasília. Contato: bruno.matos@sempreueb.br

1 INTRODUÇÃO

A construção do presente artigo teve por principal motivação a dificuldade enfrentada por pessoas com autismo capacitadas para dirigir na obtenção da isenção de ICMS para a aquisição de veículo automotor. Tal fato levou a uma pesquisa sobre a legislação relativa às pessoas com deficiência, e em especial, à legislação destinada às pessoas que se enquadram no Transtorno de Espectro Autista (TEA).

Neste sentido, elenca inicialmente o contexto geral da legislação para pessoas com deficiência, abordando a atual legislação que estabeleceu direitos aos portadores de TEA, e por fim delimitando-se à análise da legislação de isenção para aquisição de veículo automotor para autistas.

Além disso, poderá ser usado como fonte de consulta preliminar a todos aqueles que, direta ou indiretamente, buscam informações sobre os direitos, previstos em lei, das pessoas com autismo, apresentando crítica aos procedimentos burocráticos que tolhem o direito constitucional.

Ao apresentar o conjunto legal referente às pessoas com deficiência, aprofundando-se na especificidade dos direitos das pessoas com Transtorno do Espectro Autista, estabelece o foco do seu estudo na alteração realizada pelo Convênio ICMS 28/17, que removeu as pessoas com autismo capacitadas de dirigir do direito à isenção de ICMS, caracterizando violação direta ao Princípio Constitucional da Igualdade.

Para fundamentar a abordagem pretendida este trabalho comenta sobre a doutrina estabelecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, por Joaquim Barbosa Gomes, e, também, a legislação brasileira, como a Lei Complementar 24/75 e a Constituição Federal.

2 As Leis das pessoas com deficiência

2.1 Conceito de Pessoa com deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 2006, definiu Pessoa com Deficiência como: “aquela que tem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou

sensorial que, em interação com diversas barreiras, podem ter obstruída sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2007, p. 16).

2.2 Breve Histórico das Leis

2.2.1 No plano internacional

No ano de 1971 a ONU², ao elaborar a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência Mental (Portugal, 1971), reconheceu pela primeira vez os direitos das Pessoas com Deficiência, marcando assim o começo da defesa das Pessoas com Deficiência pelo mundo.

No ano de 1975, a ONU reforçou os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, após assinar a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências (Campinas, 2010).

Nessa linha de atuação, a ONU reconheceu o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência (Campinas, 2010).

Em 1991, foi elaborada pela Organização Internacional do Trabalho a Convenção nº 159, a qual estabeleceu normas internacionais sobre a inclusão das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho (Campinas, 2010).

No ano de 1994, após a Conferência Mundial sobre Educação Especial na Espanha, foi publicada a Declaração de Salamanca, com objetivo de garantir o direito à educação inclusiva (Campinas, 2010).

No ano de 1999, a Organização dos Estados Americanos ratificou a Convenção de Guatemala, a qual estabelece a erradicação de qualquer tipo de discriminação contra indivíduos com deficiência em todo o continente americano. E, no mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Governativa da Rehabilitation International a Carta para o Terceiro Milênio, visando a cooperação e a garantia global dos direitos das pessoas com deficiência (Campinas, 2010).

² ONU - Organização das Nações Unidas

Já no ano de 2002, o Conselho Europeu aprovou a Declaração de Madrid, tornando-se, este, o principal documento sobre os direitos das pessoas com deficiência no continente europeu (Campinas, 2010).

E ainda no ano de 2006, foi elaborada pela ONU a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, juntamente com seu protocolo facultativo, em 30 de março de 2007 e sendo, até hoje, o principal documento internacional para a proteção das pessoas com deficiência no mundo (Campinas, 2010).

Porém, apenas em 2015 o Brasil elaborou seu Estatuto da Pessoa com Deficiência, que estabelece os direitos fundamentais das pessoas com deficiência em território nacional (Brasil, 2015).

Este resumo histórico tem como objetivo demonstrar que o assunto “Pessoa com Deficiência” recebeu atenção apenas nas últimas 5 décadas, tendo evoluído mundialmente aos poucos. No presente artigo ficará demonstrada uma das fragilidades sobre o tema.

2.2.2 No Plano Nacional (Leis Brasileiras):

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada pela ONU em 2006, foi ratificada no Brasil em 2008/2009 com os Decretos Legislativos nº 186, de 9 de julho de 2008, no plano jurídico externo, e nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Neste sentido, observamos que as orientações constantes da Convenção da ONU se incorporaram ao direito brasileiro como emendas constitucionais, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, servindo de base para leis nacionais posteriormente criadas (Parágrafo único, art. 1º Lei 13.146/15).

No Brasil, os direitos das pessoas com deficiência foram instituídos pela Lei 13.146/2015

O dispositivo Legal, considerado como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, tem como finalidade garantir a inclusão social e a cidadania, em

condições de igualdade, no exercício dos direitos e das liberdades fundamentais às pessoas com deficiência.

O artigo 2º estabelece quem será considerado Pessoa com Deficiência, visando garantir seu direito a igualdade com as demais pessoas e os protegendo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade e tratamento desumano, por sua condição de Pessoa com Deficiência (Brasil, 2015).

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Brasil, 2015, art. 2).

Um dos maiores desafios jurídicos deste tema consiste em garantir a capacidade civil das pessoas com deficiência. Neste cenário, o dispositivo, em seu art. 6º, garante que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, elencando alguns direitos, dentre eles, casar e constituir família, exercer direitos reprodutivos, decidir o número de filhos, conservar sua fertilidade, exercer o direito à família e a guarda, tutela, curatela e adoção, como adotante ou adotado (Brasil, 2015). Não se tratando de uma lista taxativa, apenas exemplificativa, assim, neste estudo, abordar-se-á outro elemento da capacidade civil, o direito de dirigir.

Outra característica desta Lei consiste no dever conferido ao Estado, à sociedade e à família de garantir a segurança das Pessoas com deficiência. Concede também, o atendimento prioritário, principalmente para proteção, atendimento no setor público, disponibilização de recursos, acesso à informação, restituição do imposto de renda, na tramitação processual judicial e a cobrança de tributos de forma acessível, conforme o art. 62. (Brasil, 2015)

Neste sentido podemos incluir o direito às isenções tributárias como uma das ações do Estado que visam garantir maior qualidade de vida às pessoas com deficiência.

Como exemplo, a Lei em questão, prevê que o poder público desenvolverá plano específico de medidas para eliminar ou reduzir a tributação da cadeia produtiva e de importação de tecnologia assistiva. (art. 75, inc. IV). (Brasil, 2015)

A denominação pessoa com deficiência pode abranger diversas características, mas nosso alvo, neste trabalho, se restringe às pessoas pertencentes ao espectro Autista.

2.3 O TEA – Transtorno do Espectro Autista:

Em relação às pessoas pertencentes ao Espectro Autista, foi promulgada a Lei 12.764/12, conhecida como Lei do Autista, que estabelece diretrizes específicas para este grupo de pessoas com deficiência.

O artigo 1º da Lei do Autista define a pessoa com transtorno do espectro autista da seguinte maneira:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos (Brasil, 2012, art. 1).

Ainda no Artigo 1º, a Lei estabelece, em seu parágrafo segundo, que a pessoa com transtorno do espectro autista estará amparada por toda e qualquer legislação destinada às pessoas com deficiência. Diz a norma: “A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.” (Brasil, 2012, art. 1).

O texto do dispositivo elenca direitos e garantias que devem ser conferidos às pessoas com deficiência diagnosticadas dentro do transtorno do espectro autista, a exemplo do art. 3º, que enumera os direitos de pessoa com transtorno do espectro autista, dentre eles a vida digna, a segurança e o lazer; a proteção contra abuso e exploração; o acesso à saúde, incluindo, ainda o direito a diagnóstico precoce,

atendimento multiprofissional, nutrição adequada, medicamentos, informações que auxiliem no diagnóstico e tratamento; e o acesso à educação, ao ensino profissionalizante, à moradia, ao mercado de trabalho, à previdência social e à assistência social (Brasil, 2012).

Diversos direitos são elencados nos artigos seguintes, mas para o escopo deste trabalho atentou-se especialmente ao artigo 1º, §2º, que determina que toda pessoa com transtorno do espectro autista terá todos os direitos legais das pessoas com deficiência.

3 DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS:

Isenções tributárias são benefícios fiscais concedidos por Lei com o objetivo de promover, estimular ou incentivar algumas políticas públicas, dentre elas o apoio às pessoas em condições especiais.

Uma das políticas governamentais de amparo às pessoas com deficiência consiste em conceder isenções tributárias em diversos setores. Tal iniciativa visa garantir que famílias que tenham membros dentro do grupo considerado com deficiência tenham maior segurança econômica, pois de um modo geral, toda pessoa com deficiência demanda maior gasto financeiro no tratamento e acompanhamento do transtorno.

Neste sentido, o escopo deste estudo restringe-se a comentar sobre o benefício concedido na isenção para aquisição de veículos por pessoas portadoras de algum tipo de deficiência.

No Brasil, há isenção de alguns impostos na aquisição de veículos por pessoa com deficiência, dentre eles, o IPI – Imposto sobre produto Industrializado, na esfera federal e o ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias, nas esferas estaduais.

O Código Tributário Nacional – CTN, em seu art. 175, apresenta as formas de exclusão do Crédito Tributário, a isenção e a anistia (Brasil, 1966).

A isenção deverá sempre estar prevista em Lei e corresponde à exclusão da cobrança de um tributo que tem seu fato gerador posterior à homologação da Lei que

a concede, conforme previsto no art. 176, do CTN (Brasil,1966). Esta forma de exclusão do Crédito Tributário não libera o contribuinte de realizar as obrigações acessórias do tributo, o liberando apenas da obrigação principal.

Por sua vez, a anistia que também decorre de Lei, abrange tributos cujo fato gerador antecedeu a homologação da Lei concedente, podendo ser concedida em caráter geral ou limitadamente segundo parâmetros dispostos no art. 181 do CTN (Brasil, 1966).

Faz-se mister enfatizar a necessidade de Lei específica para a concessão de ambos os benefícios fiscais, conforme o §6º do art. 150 da CF/88 (Brasil, 1988).

Neste estudo abordaremos apenas as isenções que por serem instituídas por Lei Complementar, ou seja, Lei infraconstitucional, não extinguem o tributo, apenas anulam a capacidade de cobrança do ente instituidor.

Como dito, a concessão das isenções tributárias pelo Estado pode ter como pano de fundo uma política de incentivo que visa garantir um equilíbrio das capacidades financeiras aos seus beneficiários.

O presente estudo aborda a concessão de isenção de ICMS na aquisição de veículos por pessoas diagnosticadas como deficientes dentro do Transtorno do Espectro Autista.

3.1 Da Isenção do ICMS:

A Lei Complementar nº 24/75 dispõe sobre a concessão de isenções de impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias concedidas mediante convênios celebrados e ratificados pelos Estados e Distrito Federal (Brasil, 1975).

Os convênios que concedem as isenções são celebrados com a participação de representantes de todos os Estados e do Distrito Federal. As reuniões que discutem essas isenções são presididas por representantes do Governo Federal, e devem estar presentes os representantes da maioria das Unidades da Federação.

O benefício da isenção somente será concedido se for aceito por todos os Estados representados presentes. Bem como, a revogação requererá a aprovação de

quatro quintos dos representantes presentes. Sendo possível, também, o convênio dispor sobre a limitação de qualquer de suas cláusulas a uma ou algumas Unidades da Federação.

Durante o processo de aprovação, os Poderes Executivos das Unidades da Federação terão 15 dias a contar da publicação do convênio no Diário Oficial da União para ratificar ou não o convênio, e na falta de manifestação considera-se ratificação tácita. Passado este prazo, a ratificação ou a rejeição é publicada no Diário Oficial da União em até 10 dias. Após publicação, caso ratificado, o Convênio entrará em vigor após 30 dias.

Os convênios ratificados obrigarão todas as Unidades da Federação, inclusive aqueles que não se fizeram representar na reunião, conforme art. 7º da Lei Complementar nº 24/75, salvo as limitações estipuladas. (Brasil, 1966).

O CONFAZ (Conselho Nacional de Políticas Fazendárias), criado no Decreto Presidencial nº 76.085/75, é o colegiado formado pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, e tem como competência celebrar convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais e financeiros do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Desde então, este órgão é responsável por presidir as reuniões que discutem os convênios de isenção de tributos celebrados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Atualmente, o Decreto 11.344 (Brasil, 2023), de 1º de janeiro de 2023, insere o CONFAZ como órgão colegiado do Ministério da Fazenda, ao aprovar sua estrutura regimental, que estabelece também, no seu art. 60 inc. I, a competência do conselho na celebração de convênios relativos ao ICMS:

Art. 60. Ao Conselho Nacional de Política Fazendária compete:

I - promover a celebração de convênios, para fins de concessão ou revogação de incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do caput do art. 155 da Constituição, observado o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do referido artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 (Brasil, 2023, art. 60)

Como, por exemplo, o Convênio ICMS 38/12, que concedeu isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas com deficiência física, mental severa ou profunda, síndrome de Down e autismo, e, também o Convênio ICMS 28/17, que alterou o convênio anteriormente citado, removendo do direito à isenção as pessoas com autismo capacitadas de dirigir.

Este dois Convênios citados acima serão o ponto central do estudo deste artigo.

3.2 Da Isenção do ICMS na aquisição de veículos por pessoas com deficiência:

O convênio ICMS 38/12 (CONFAZ, 2012), celebrado na 145ª reunião ordinária do CONFAZ, em Cuiabá/MT, isentou as pessoas com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, síndrome de Down ou autistas, do pagamento do ICMS de veículo automotor novo. Estabelecendo nos parágrafos da sua Cláusula Primeira alguns pré-requisitos para essa isenção, sendo eles, preço inferior a R\$70.000,00, adquirente não tiver débitos com as Fazendas Públicas Estaduais ou Distritais, automóvel registrado no nome do deficiente.

Pelo disposto no Convênio, caso o veículo ultrapasse os R\$ 70.000,00, mas não supere os R\$ 100.000,00 faz-se necessário o pagamento proporcional do ICMS ao valor que supere os 70.000,00.

Este convênio, na sua Cláusula Segunda conceitua as pessoas consideradas com deficiência para seus efeitos, ressaltando que em seu inciso IV considera beneficiário da isenção toda pessoa que apresente transtorno autista ou autismo atípico.

Esta norma permitiu a concessão da isenção a toda pessoa com autismo até a data de 30/04/2017 quando foi homologado o Convênio ICMS 28/17, que alterou o texto do inc. IV, relativo aos portadores de transtorno autista e restringindo o benefício apenas aos incapacitados de dirigir:

IV-autismo aquela que apresenta transtorno autista ou autismo atípico **e gera a incapacidade de dirigir**, caracterizados nas seguintes formas:

a) deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolverem interações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

b) padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos (CONFAZ, 2017, inc. IV). (grifo nosso)

Esta alteração restringe o direito à isenção apenas a pessoas com autismo incapacitados de dirigir, ferindo diretamente o disposto na Lei do Autista (Lei 12.764/12) que dispõe que a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para **todos** os efeitos legais.

Existem mais de 100 estereotípias relacionadas ao autismo, daí a denominação de espectro, das quais apenas algumas podem ser identificadas por diagnóstico. Cada tipo de estereotípias gera barreiras diferentes, porém a capacidade de dirigir não é uma dessas barreiras. (Draaisma, 2009)

Diante do disposto na Lei do autista, não há como distinguir dentre as pessoas com autismo nenhum grupo que tenha direito diverso, não permitindo nenhuma liberdade para futuras normas poderem diferenciar pessoas com autismo por fatores externos à característica de PcD. Tendo em vista isso, a diferenciação das pessoas com autismo pela capacidade de dirigir, além de violar o referido dispositivo legal, viola o Princípio da Isonomia.

Com a finalidade de encontrar a motivação da alteração do texto do dispositivo citado, foi solicitada, via Lei de acesso à informação, a ata da 164ª Reunião Ordinária do CONFAZ que homologou a alteração do convênio ICMS 23/12, ao aprovar o Convênio ICMS 28/17, excluindo as pessoas com autismo e capacitadas a dirigir do direito à isenção do imposto.

Porém, com a justificativa de que tal documento fiscal é sigiloso e que o CONFAZ é apenas o guardião de informações pertencentes às unidades Federadas não foi disponibilizada a documentação solicitada, conforme o e-mail abaixo transcrito:

Conforme informado no e-mail anterior, nos termos do art. 198 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966),

c/c os arts. 22 e 23, incisos IV e VIII da Lei nº 12.527/2011; arts. 6º, inciso I, 20, parágrafo único, e 25, incisos V e IX, do Decreto nº 7.724/2012, os processos administrativos ou expedientes que se destinem a embasar decisões de política econômica, ou que possam comprometer atividades de inteligência, bem documentos que tratam de investigação ou fiscalização em andamento, relacionados com a prevenção ou repressão de infrações devem ser classificados como sigilosos.

Ademais as informações sob a guarda desta secretaria são de titularidade dos entes federados, não possuindo a Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Políticas Fazendárias (SE/CONFAZ) poder decisório quanto à divulgação de informações, sendo esse o entendimento consolidado no Regimento Interno do CONFAZ, aprovado pelo Convênio ICMS 133/97, de 12 de dezembro de 1997; e no Regimento Interno da COTEPE/ICMS, divulgado pela Resolução 03/97, de 12 de dezembro de 1997, desta forma, esclarecemos que todas as informações são de acesso restrito.

Nesta linha, verifica-se que esta SE/CONFAZ é mera guardiã de informações pertencentes às Unidades Federadas, conforme registrado no Parecer SEI Nº 2205/2019/ME da PGFN.

Assim, repisamos que a decisão acerca do sigilo fiscal já foi tomada pelo Conselho quando da edição do Convênio ICMS 133/97 e da Resolução 03/97, não podendo esta determinação ser desconsiderada por esta Secretaria Executiva.

Por todo o exposto, informamos a impossibilidade de atendimento do pleito de acesso à ata da 164ª Reunião Ordinária realizada em Cuiabá/MT, uma vez que está se reveste de sigilo legal. (CONFAZ, 2023)

Neste sentido, não foi possível encontrar uma justificativa razoável para discriminar o direito à isenção ora estudada pela capacidade de dirigir ou não da pessoa com autismo, e por isso entende-se que tal alteração viola o princípio da igualdade, pois pela lei todo autista tem direito como pessoa com deficiência, independente de sua capacidade de dirigir.

Com a negativa de acesso ao teor das atas do CONFAZ, não foi possível compreender a motivação da alteração aqui questionada, a metodologia de estudo se concentrará, então, apenas nas consequências jurídicas da aplicação da norma. O contexto maior aqui abordado se refere à discriminação ao direito de isenção de um tributo entre pessoas portadoras do transtorno do espectro autista por sua capacidade de dirigir.

4 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA VIOLAÇÃO:

O Princípio da Isonomia, também chamado de Princípio da Igualdade, é previsto no art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), como “Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza”. Garantir sua aplicação, contudo, não é tarefa fácil, podendo gerar conflitos sobre os quais devem estar os parâmetros considerados para garantir sua eficácia sem ferir direitos outros.

Toda legislação infraconstitucional deve ter o Princípio da Igualdade como base, havendo, porém, situações em que há possibilidade de diferenciar as pessoas sem violá-lo.

Para Bandeira de Mello o Princípio da Igualdade é definido como:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme as pessoas, sem embargo, consoante se observou, o próprio da Lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outros vem ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (Mello, 2014. p 12-13).

Resumindo, o princípio da igualdade, no ordenamento jurídico, busca evitar divergências ao equilibrar diferenças, conferindo direitos e abrigos justos numa sociedade diversa.

O autor ainda diz que:

Com efeito, a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado proporcionar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos (Mello, 2014. p 23).

Para ele, o princípio da igualdade visa “evitar perseguições ou favoritismos em relação a determinadas pessoas.” (Mello, 1993, p. 26). Uma norma não pode ser específica para um sujeito, devendo ser geral, isso é, atingir um grupo de pessoas, e caso seja para uma pessoa será denominada Lei individual.

Celso Antônio Bandeira de Mello (Mello, 1978) estabeleceu critérios que devem ser observados para garantir a aplicação do Princípio da Igualdade. Para ele, deve-se analisar 3 questões para evitar uma possível quebra de isonomia, sendo elas:

- (i) o elemento tomado como fator de desigualação;
- (ii) a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- (iii) a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

O primeiro, o fator de desigualação, coloca em pauta dois requisitos:

- a) A Lei não pode erigir em critério diferencial em traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;
- b) O traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes (Mello, 2014. p. 23)

O primeiro desses requisitos visa garantir que a diferenciação não ocorra em níveis tão restritos a ponto de personificar o direito. Já o segundo requisito esclarece que o critério de diferenciação deve ser do indivíduo e não devido aos elos sociais por ele criados. No caso a diferenciação não é restrita a ponto de personificar o direito e o critério utilizado como fator de diferenciação será do indivíduo e não das relações pelo individuo estabelecidas.

Para um melhor entendimento do critério que está sendo estudado, vale classificar as regras jurídicas quanto à sua estrutura, em que se subdividem em geral ou individual e abstrata ou concreta.

A regra será geral quando abranger um grupo de indivíduos, e caso não seja generalizada, ou melhor, caso seja individualizada, a regra será individual. A regra será abstrata quando pressupor uma situação passível de ser reproduzida, já o seu contraposto será a regra concreta, que são aquelas que pressupõem uma condição única, sem estabelecer sua reiteração.

Observando essas considerações, diz-se que:

- a) a regra simplesmente geral nunca a poderá ofender à isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário, vez que seu enunciado e, de si mesmo, incompatível com tal possibilidade;

b) a regra abstrata também jamais poderá adversar o princípio da igualdade no que concerne ao vício de atual individualização absoluta, ou definitiva, pois a renovação da hipótese normativa acarreta sua incidência sempre sobre uma categoria de indivíduos, ainda que, à época de sua edição, exista apenas uma pessoa integrando-a

c) a regra individual poderá ou não se incompatibilizar com o princípio da igualdade no que atina à singularização atual absoluta do sujeito. Será convivente com ele se estiver reportada a sujeito futuro, portanto atualmente indeterminado e indeterminável. Será transgressora da isonomia se estiver referida a sujeito único atual, determinado ou determinável;

d) a regra concreta, igualmente, será ou não harmonizável com a igualdade. Sê-lo-á, quando, ademais de concreta, for geral. Não o será quando, sobre concreta, for, no presente, individual. (Mello, 2014, p. 28)

Não é aceitável, diante do princípio da isonomia, diferenciar pessoas, situações ou coisas mediante fato diferenciador nelas incluídos.

No caso analisado, a regra será geral e abstrata. Geral por tratar de pessoas com autismo, por sua vez, abstrata por pressupor uma hipótese possível de reproduzir.

Tendo em consideração o Princípio da Igualdade, não se admite diferenciar algo por algum fator que não esteja nela mesmo incluso, ou como diz Celso de Mello: “um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las” (Mello, 2014, p. 30).

Um outro fator que nunca poderá ser utilizado como critério diferenciador, é o tempo. Pois “aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico” (Mello, 2014, p. 32).

Celso de Mello ainda conclui que:

Se são iguais, não há como diferenciá-los, sem desatender à cláusula da isonomia. Portanto, se a lei confere benefício a alguns que exerceram tais ou quais cargos, funções, atos, comportamentos, em passado próximo e os nega aos que os exerceram em passado mais remoto (ou vice-versa) estará delirando do preceito isonômico, a menos que existam, nos próprios atos ou fatos, elementos, circunstâncias, aspectos relevantes em si mesmos, que os hajam tornado distintos quando sucedidos em momentos diferentes.

Com efeito: o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas (Mello, 2014, p. 34).

Neste trabalho, a análise proposta pelo autor faz observar que a diferenciação pela capacidade de dirigir segrega um mesmo grupo de beneficiados (pessoas com autismo) por característica não pertencente ao critério de diagnóstico do transtorno, pois não há limitação legal à pessoa com autismo para dirigir, se comprovadamente este apresentar as capacidades necessárias para tal.

Pois, como anteriormente mencionado, existem mais de 100 estereotípias ligadas ao autismo, e a incapacidade de dirigir nunca foi uma delas (Draaisma, 2009). Por isso, a legislação das pessoas com autismo vedou a diferenciação desse grupo por fatores externos a sua situação de Pessoa com Deficiência, o que violou o Princípio Constitucional da Igualdade.

O segundo critério, a correlação lógica abstrata existente entre o fator exigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, tem como ponto central possibilitar que haja aplicação de Leis de caráter geral de forma a que diferentes necessidades sejam supridas.

Objetiva-se pesquisar, primeiramente, o fator utilizado como critério de discriminação e, posteriormente, se há razão justificada para, observando esse fator, promover o devido tratamento jurídico constituído pela desigualdade afirmada.

Como exemplo, no caso analisado, uma Lei concedeu isenção de ICMS para as pessoas com autismo não capacitados de dirigir e não a concedeu para os capacitados de dirigir. Sendo a capacidade de dirigir o elemento tomado como critério distintivo. Entretanto, essa capacidade não é, por si só, fator pleno para ser utilizado como efeito jurídico característico. Sendo inadmissível, por inexistir relação direta entre o elemento de *discrímen* e os efeitos que dela decorrem. Por não fazer sentido excluir os capacitados de dirigir da isenção de ICMS, porque não há nenhuma conexão direta entre os dois. E os dois grupos, os capacitados de dirigir e os não capacitados, receberam anteriormente esse direito porque todas as pessoas com autismo possuem gasto superior para manter sua qualidade de vida

Viola-se a isonomia quando o motivo de diferenciar adotado para classificar os afetados pela norma não possui relação lógica com o enquadramento no benefício estabelecido. No caso deste artigo a capacidade de dirigir está sendo usada como diferencial restritivo e não possui relação lógica com a motivação para conceder isenção às pessoas com autismo, uma vez que são portadores de deficiência para todos os efeitos legais.

Celso de Mello ainda conclui que:

o critério especificador escolhido pela Lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica — a dizer: o fator de discriminação — pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: **a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu ele supedâneo.** Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. (Mello, 2014, p. 38); Negrito nosso.

Em suma, a lei e, também, os agentes públicos não podem estabelecer tratamento preferencial, seja ele benéfico ou não, com características e circunstâncias distintas para um grupo de pessoas, a menos que exista uma justificativa racional para as diferenças entre o elemento distinto e o regime aplicado àqueles que pertencem ao grupo sem distinção.

Já por sua vez o terceiro critério é a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicializados, e para isso exige-se que concorram quatro elementos:

- a) Que a diferenciação não atinja de modo atual e absoluto, um único indivíduo;
- b) Que as situações ou pessoas diferenciadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) Que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público (Mello, 1993, p. 41).

No presente caso, a diferenciação não atingiu um único indivíduo. As pessoas são diferenciadas pela capacidade ou não de dirigir. Porém, não há relação lógica entre o fator diferenciador e a distinção do regime jurídico, ou seja, entre a capacidade de dirigir e a concessão da isenção ou não de ICMS.

Quando o sistema constitucional colocar sentido positivo em situações, não poderá a Lei colocá-las em desvantagem. Observando isso, não é qualquer diferença que autoriza a discriminação. Deve haver uma diferença relevante para o discrimen que quer se introduzir na legislação.

Por esses argumentos supracitados e defendidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, a diferenciação das pessoas com autismo, estabelecida na 164ª Reunião Ordinária do CONFAZ em Cuiabá/MT, viola o princípio constitucional da igualdade.

Joaquim Barbosa (2001), estabelece a Discriminação na aplicação do Direito, que se trata da ausência do fator intencionalidade, em sua forma mais franca. Que se subdivide em duas modalidades. Na primeira hipótese, a diferenciação existe independentemente de a norma aplicável à situação concreta ser objetivamente neutra, ou seja, não indicar que tenha sido adotado com a finalidade de distinguir qualquer grupo socialmente excluído. Já na segunda hipótese, não há de forma declarada a finalidade de prejudicar um determinado grupo. Em ambas, a prática diferenciadora será analisada observando os fatos, pois dificilmente pode-se identificar, claramente, a intenção de discriminar disfarçadamente por trás da suposta clareza da norma demandada. Estabelece ainda que:

Sustenta que esse tipo de discriminação ocorre quando da aplicação de uma norma aparentemente neutra e regular em sua face, porém concebida com propósitos discriminatórios. A prova da intenção discriminatória, nesses casos, há de ser extraída dos próprios dados relativos à aplicação da norma cuja aparência de neutralidade encobre em realidade um propósito ilegal. Se esses dados comprovarem uma visível tendência de excluir certas categorias de pessoas e de incluir, de forma exageradamente preponderante, a categoria dominante, isso pode vir a constituir prova do propósito discriminatório, não da Lei em si mas da sua aplicação. (GOMES, 2001)

O caso analisado se enquadra na segunda hipótese, uma vez que não se encontra de forma declarada a intenção de discriminar as pessoas autistas, entre

capacitados de dirigir e não capacitados, porém essa diferenciação viola o princípio da igualdade.

Erik Frederico Gramstrup (2017), distinguiu o Princípio da Igualdade perante a norma e na norma. O princípio da Igualdade será perante a norma quando, a norma define qual será o parâmetro de igualdade, já a igualdade na norma é quando a norma é igualitária.

O autor concebeu os seguintes significados:

(a) igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos): seria a distribuição de benefícios e ônus, em partes idênticas, a todos, criticável do ponto de vista da inverificabilidade. Não há notícia de Sociedade que não tenha efetuado alguma espécie de discriminação (nem de normas que assim não procedam: portanto, toda regra de distribuição seria desigualitária). Mas, esta concepção tem alguma relação com a promessa feita nas declarações de direitos fundamentais, que, pelo menos em aparência, atribuiriam-nos equanimemente a todos;

(b) igualdade proporcional (ou proporcional-quantitativa: a cada qual e de cada qual segundo certas características de grau variável): é a atribuição de benefícios maiores aos mais necessitados e ônus progressivos aos mais aquinhoados. A aplicação deste princípio depende da existência de uma regra de distribuição, cujo critério de materialização mais ou menos intensa a determine. Mas, neste caso, toda norma geral seria igualitária, por conter na hipótese elemento descritivo que serve de pauta à intensidade da distribuição;

(c) igualdade proporcional pelo mérito (a cada qual segundo seu merecimento): é uma variante da anterior, mas se tomando como característica decisiva o mérito individual relativo. O problema está na subjetividade da avaliação do mérito pessoal (é mais fácil determinar o valor relativo de coisas do que de pessoas), a reclamar a intermediação de critérios definidores, com o que, mais uma vez se reduz este caso ao da igualdade proporcional geral;

(d) igualdade pelas partes iguais ou proporcional-qualitativa (o igual aos iguais e o desigual aos desiguais): se tomado nesta pureza, resultaria, de novo, em que toda norma fosse igualitária, pois esta atribui ou exige conforme o atributo que designa como relevante, para identificar semelhança ou diferença. (Gramstrup, 2010)

No caso analisado, o significado (a) não se encaixa, uma vez que, não existe igualdade para todas as pessoas com autismo, nem o significado (b) pois a incapacidade de dirigir não é um sintoma das pessoas com autismo, então não pode ser utilizado para medir as necessidades desse grupo de pessoas. Já o (c) também não se enquadra, pois não há nenhum mérito individual relativo relacionado a

capacidade de dirigir. E por fim, o significado (d), também não se enquadra, pois a capacidade de dirigir não pode ser tomada como fator de diferenciação.

O que corrobora com a violação do Princípio da Igualdade, por parte do Convênio 28/17, que desigualou as Pessoas com Autismo por um fator exterior à sua condição de Pessoa com Deficiência

Segundo o entendimento de Robert Alexy (2015), uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorre da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela Lei”. Neste contexto, uma diferenciação é considerada arbitrária e, portanto, proibida, a menos que haja um motivo substancial que a justifique. A obrigação de apresentar uma justificação adequada para permitir essa diferenciação implica que, na ausência de tal justificação, é necessário garantir tratamento igualitário. Essa ideia pode ser observada no seguinte enunciado: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”.

Tendo em vista o exposto e a abordagem dos referidos autores, pode-se observar que essa alteração que o Convênio ICMS 28/17 promoveu sobre a possibilidade das pessoas com autismo capacitados de dirigir possuírem o direito à isenção do ICMS viola o Princípio da Isonomia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo buscou-se demonstrar o equívoco cometido na ata da 164ª Reunião Ordinária do CONFAZ que homologou a alteração do convênio ICMS 23/12, ao aprovar o Convênio ICMS 28/17, excluindo as pessoas com autismo e capacitadas a dirigir do direito à isenção do imposto ICMS.

Inicialmente buscou-se a motivação para tal alteração junto ao Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, sem êxito, por alegação de sigilo. Neste

sentido, toda análise pautou-se nos textos dos Convênios analisados, nas pesquisas bibliográficas e na legislação destinada às pessoas com autismo.

Essa violação, conforme demonstrado ao analisar Celso Antônio, violou o Princípio da Igualdade por não observar os três critérios que o mesmo estabeleceu como necessários para se diferenciar sem violar o Princípio Fundamental, são eles, o elemento tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

E no mérito da alteração resta demonstrado que não há suporte legal nem tampouco critério médico-científico para segregar pessoas com autismo pela capacidade de dirigir, devendo o ato ser revisto e reformulado a fim de resgatar os direitos garantidos aos indivíduos diagnosticados dentro do Transtorno do Espectro Autista.

Neste sentido pretende o presente artigo evidenciar a impropriedade ocorrida e alertar as pessoas pertencentes ao espectro e seus familiares quanto à redução de direitos imposta pela alteração ora questionada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 23.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 24, de 07 de Janeiro de 1975**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp24.htm. Acesso em: 15 jul. 23.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/l13146.htm. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/l13146.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172_Compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 23.

CONFAZ - CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Ata da 164ª reunião ordinária**. Brasília, 17 mar. 2023. Disponível em: brunoleo15@hotmail.com. Acesso em: 31 ago. 2023.

CONFAZ - CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS nº 38, de 30 de março de 2012**. Concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental ou autista. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2012/CV038_12. Acesso em: 15 jul. 23.

CONFAZ. **Convênio ICMS nº 28, de 07 de Abril de 2017**. “Altera o Convênio ICMS 38/12, que concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental ou autista.”. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV028_17. Acesso em: 15 jul. 23.

DRAAISMA D. (2009). **Stereotypes of autism**. Philosophical transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological sciences, 364(1522), 1475–1480. <https://doi.org/10.1098/rstb.2008.0324>

GARCIA, Vinicius Gaspar. **Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho: histórico e contexto contemporâneo**. 2010. 199 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12733/1614015>. Acesso em: 29 set. 2023.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Renovar, 2001.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Disponível em: https://s3.us-east-1.amazonaws.com/assetsvic.fasa.edu.br/arquivos/old/arquivos/files/RBEJ%20v_5,%20n_2_2010.pdf#page=69. Acesso em: 12 set. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ONU. **Declaração dos direitos das pessoas deficientes mentais**. 1971. Disponível em: https://abres.org.br/wp-content/uploads/2019/11/declaracao_dos_direitos_de_pessoas_com_deficiencia_mental_de_22_12_1971.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.