

Rio de Janeiro, em 1º de agosto de 1994

SENHOR MINISTRO

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, tendo tomado ciência da concessão pelo Senhor Ministro FRANCISCO REZEK de medida liminar na ADIn nº 1089/-1/600-DF, em que figura como requerente o Exmo. Sr. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, suspendendo a eficácia de normas previstas no Convênio ICM nº 66/88, Convênio SINEF nº 6/89 e Convênios ICMS nºs 72/89, 109/89, 89/90, 6/91, 25/91 e 92/91, disciplinadoras da tributação pelo ICMS dos serviços de transporte aéreo, na qualidade de ente da Federação dotado de competência para instituir e arrecadar o imposto em questão, nos termos do que prevê o artigo 155, II, b da CF/88, permite-se apresentar a Vossa Excelência algumas considerações sobre o tema, sob a forma de memorial.

A apresentação é oportuna, uma vez que a concessão da medida cautelar em referência deu-se "ad referendum" do Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não cabendo desta decisão Agravo Regimental, como decidido na ADIn nº 548-1-DF (AgRg), Relator Sr. Ministro NERI DA SILVEIRA (DJU, 24.04.94, p. 5376).

Francesco Conte
Subprocurador-Geral do Estado

Vera Lúcia Kirdeiko
Procuradora do Estado

DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO À LUZ DA CF/88

Dispõe o artigo 155, inciso I, alínea "b", da CF/88:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal, instituir:

I - impostos sobre:

.....
b - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior".

A Constituição Federal de 1988, originária da convocação da Assembléia Constituinte efetuada pela Emenda Constitucional nº 26, promulgada em 27.11.85, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal, a competência para instituir um imposto integrado de três fatos geradores distintos: a) circulação de mercadorias; b) prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; c) prestação de serviços de comunicação.

Como ensina GERALDO ATALIBA (Hipótese de Incidência Tributária, RT, 1990, pág. 46), "o conceito jurídico de tributo é eminentemente formal. Caso todos os conceitos jurídicos - positivos - tal como conceituados por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (v. Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, pp. 77 e ss.) só pode ser formulado a partir do desenho legal construído discricionariamente pelo legislador constituinte (já que no Brasil, a Constituição adotou implicitamente um conceito de tributo, que o legislador infraconstitucional não pode alterar)".

Em sendo assim, para aferição da regra matriz de hipótese de incidência, para se utilizar a expressão correta, deve-se interpretar a Constituição e somente esta, desprezando-se quaisquer outras normas porventura existentes anteriormente à sua promulgação, ainda

mais na hipótese vertente, na qual a norma constitucional deriva de uma convocação de uma Assembléia Constituinte livre e soberana, tanto que batizada pelo saudoso DEPUTADO ULISSES GUMARÃES como a "Constituição Cidadã".

Em conseqüência, para apreciação do tema em debate, devem ser arredadas quaisquer discussões acerca da Carta anteriormente em vigor. Tanto é assim, que para verificação da recepção da legislação infraconstitucional pela nova Constituição, em honra ao princípio da continuidade das leis, o que importa é a compatibilidade das leis infraconstitucionais com as novas normas constitucionais, sem que se indague sobre a sua origem. Nesse ponto, é de se trazer à colação a lição de VICENTE RÁO in O Direito e a Vida dos Direitos, volume I, tomo II, Ed. Resenha Universitária, 1976, SP, pág. 294.

O artigo 155, o inciso I, alínea "b", refere-se a "prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal", não efetuando qualquer distinção sobre o meio através do qual se efetua o transporte, delimitando-o apenas geograficamente.

Diante da norma constitucional, imperioso é concluir-se que qualquer serviço de transporte está abrangido pela regra-matriz de hipótese de incidência descrita na CF/88.

Assim, completamente descabida a ponderação feita pelo Exmo. Sr. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA em petição que originou a ADIn nº 1089-1-DF de que a CF/88 objetiva excluir da incidência do ICMS a navegação aérea, porquanto a antigo Imposto sobre Transportes Rodoviários (ISTR) não recai sobre a navegação aérea.

Aliás, a inclusão do transporte aéreo no campo de incidência do ICMS é de tal forma irrefutável, que se pronuncia sobre o tema, com sua autoridade, SACHA CALMON NAVARRO COELHO (Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, Forense, pág. 225):

"Impende observar, ainda que os impostos sobre os serviços de transportes e comunicações, transplantados da competência da União para a dos Estados-membros, estavam parcialmente implantados. O de transporte sobre serviços de cargas e pessoas por meio rodoviário e o de comunicações sobre telefonia e telex. Há campo, teoricamente, para a expansão dos fatos jurídicos. A outorga constitucional permite sejam tributados os serviços de transporte por via ferroviária, aérea, lacustre, fluvial e marítima. Os serviços de comunicações podem dilatar-se tributariamente à televisão e à radiodifusão. Resta saber se operacionalmente ou economicamente é conveniente a expansão da área tributável. A competência constitucional não é um poder-dever e sim poder-faculdade, para lembrar a terminologia de Santi-Romano. Que o Estado-membro pode, querendo, alcançar tais fatos com o ICMS é indubitável. Mera questão de oportunidade e conveniência no exercício de competência constitucional."

Assim, diante da regra-matriz da hipótese de incidência do ICMS, pode a lei complementar definir como fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 146, III, "a" combinado com o artigo 155, XII da CF/88, a execução dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal, como o fez o artigo 2º, IX, do Convênio ICM nº 66/88.

E, nem se argumente que ao se incluir o transporte aéreo no campo de incidência do ICMS estar-se-ia atribuindo aos Estados competência para legislar sobre essa atividade que é privativa da União, por força do artigo 21, XII, "c" c/c artigo 22, X da CF/88, uma vez que se distingue constitucionalmente a competência dos entes federativos para instituir tributos (competência tributária) da competência para regular serviços (competência administrativa).

DA REGULAMENTAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA NAVEGAÇÃO AÉREA E A INCIDÊNCIA DO ICMS

Como ensina AMILCAR FALCÃO, fato gerador "é o fato ou conjunto de fatos, ou estado de fato ao qual o legislador vincula o nascimento de obrigação jurídica de pagar um tributo" (*apud*. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, p. 455).

Ora, esses fatos ou conjunto de fatos, podem muito bem ter como origem relações jurídicas disciplinadas única e exclusivamente pela União, sem que essa circunstância os tornem impassíveis de tributação pelos Estados e Municípios e implique violação ao princípio federativo. "Ad exemplo", compete à União, em caráter privativo, legislar sobre energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, CF/88), sendo que a energia elétrica e os serviços de comunicação são tributáveis pelo ICMS. Já compete também à União legislar privativamente sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX, CF/88), sendo tributáveis pelo ISS esses serviços (item 85 da Lista Anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação de Lei Complementar nº 56/90).

Também a circunstância de ser a navegação aérea explorada direta ou indiretamente pela União não se mostra suficiente para afastar a incidência do ICMS.

Outros serviços prestados pela União são passíveis de tributação pelo ICMS, como o de comunicações, energia elétrica e transporte rodoviário, sem que isso resulte interferência dos Estados nas atribuições da União. Reafirme-se.

Ademais, não se tem conhecimento de nenhuma manifestação da União no sentido de entender como ingerência em suas atribuições, a tributação pelo ICMS do transporte aéreo de passageiros e cargas realizado por seus concessionários.

A regulamentação e a execução dos serviços de transporte aéreo não sofre com a tributação do ICMS nenhuma alteração, exercendo a União "tout court" as suas competências constitucionais.

Interferência haveria, se os Estados, a pretexto de tributar o serviço, estatuissem novas obrigações aos concessionários ou descaracterizasse a natureza de determinado serviço em face do que prevê o Código Brasileiro da Aeronáutica.

Aliás, cabe frisar que questões econômicas ou de má gerência administrativa escapam ao conhecimento do direito tributário, assim como as de política de governo, tais como as ventiladas por IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (parecer anexo ADIn nº 1083-2-DF) acerca dos subsídios governamentais às empresas aéreas e outros tais.

Também cabe destacar, que o art. 177 da Constituição instituiu como monopólio da União a pesquisa, a lavra e as jazidas de petróleo e gás natural, o refino, a importação e exportação e o transporte do petróleo e seus derivados, sem que sequer tenha se imaginado que a tributação pelo ICMS desses produtos implicasse em ingerência dos Estados sobre essas atividades e atentado à segurança nacional.

Ademais, a doutrina de Segurança Nacional invocada no parecer mencionado, nascida nos albores de Revolução de 1964, foi sepultada pela Assembléia Nacional Constituinte.

Por outro lado, os serviços de transporte aéreo não são prestados por órgão da administração federal, mas, sim, concedidos a empresas privadas, sujeitas, portanto, ao regime de direito privado (art. 170, IV, CF/88).

Se as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas nas obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, CF/88) e não gozam de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (art. 173, § 2º, CF/88), não se afigura lógico e razoável o entendimento de que as empresas exploradoras

do transporte aéreo estariam indenados à tributação de imposto previsto constitucionalmente. Por força do artigo 174, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.86), a exploração do transporte aéreo público é inequivocamente serviço concedido a particulares, porquanto os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (arts. 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (arts. 180 a 221), abrangendo estes os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular e não regular, doméstico ou internacional (artigo 175).

E o artigo 180, do Código Brasileiro de Aeronáutica estatui que a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre de prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular ou de autorização, no caso de transporte aéreo não-regular ou de serviços especializados.

Também o Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece as exigências a serem observadas para a outorga da concessão (art. 181) requisitos esses comuns às empresas privadas, bem como regulamenta a relação jurídica entre o concessionário e o usuário do serviço (art. 175, § 2º), prescrevendo ser essa relação de natureza contratual e, evidentemente, de cunho privado no que tange à política tarifária.

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE RECÍPROCA E AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O artigo 150, VI da CF/88 consagra o princípio de imunidade recíproca que é uma decorrência do princípio federativo e a isonomia entre os entes públicos.

O princípio de imunidade recíproca, contudo, não tem a dimensão que se lhe atribui nas ADINS nº 1089-1/600-DF e 1083-2-DF, não se estendendo às empresas públicas, sociedades de economia mista e muito menos a particulares, concessionários de serviços públicos.

Como ensina ALIOMAR BALEEIRO (ob. cit. p. 85) desde a Constituição de 1946 é expressa a não extensão a particulares dos benefícios de imunidade recíproca.

Para concluir-se nesse sentido, basta uma leitura atenta e serena do artigo 150, § 3º, da CF/88:

"Art. 150

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda, e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador de obrigação de pagar imposto relativamente a bem imóvel".

Sobre o tema, confira-se o magistério de PAULO DE BARROS CARVALHO (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, p. 120):

"A imunidade recíproca é extensiva às autarquias federais, estaduais e municipais, por obra de disposição contida no art. 150, § 2º, no que atina ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades, *mas não se aplica aos serviços públicos concedidos*, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o imposto que grava a promessa de venda e compra de bens imóveis".

Assim, totalmente inaplicável à hipótese o princípio de imunidade recíproca e, ainda que por amor ao debate, fosse a União que explorasse diretamente o serviço também não seria ele extensível a esse serviço pela natureza de imposto indireto do ICMS, onde ocorre o fenômeno da repercussão financeira de imposto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime no sentido de que o princípio de imunidade recíproca não se aplica aos chamados impostos indiretos, onde o contribuinte de direito transfere ao contribuinte de fato o ônus financeiro do imposto. (*Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 57/244, 55/188, 55/580 e 55/110).

O fenômeno de repercussão econômica erige os beneficiários de imunidade recíproca à condição de contribuinte. O Decreto-Lei 406/68, previa em seu artigo 6º, § 1º, inciso III, que são contribuintes do antigo ICM, órgãos de administração direta ou indireta. Por seu turno, o artigo 21, parágrafo único, incisos VII e VIII do Convênio ICM nº 66/88 estabelece que são contribuintes do ICMS órgãos de administração direta e indireta e concessionários ou permissionários de serviço público de transporte, de comunicação e de energia elétrica.

Concluindo, sendo as empresas exploradoras de transporte aéreo concessionárias de serviço público da União, por força do que dispõe a CF/88, Código Brasileiro de Aeronáutica e Convênio ICM nº 66/88 são contribuintes do ICMS.

DA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS ATRAVÉS DE TAXA

Um dos graciosos argumentos elencados nas ADIn's nºs 1083-DF e 1098-DF é o de que os serviços prestados pelas empresas concessionárias dos serviços de transporte aéreo subordinam-se ao regime público e, portanto, somente são passíveis de tributação através de taxa, nos termos do art. 145, inciso II da CF/88 e art. 77 do Código Tributário Nacional estando, portanto, livres da incidência do ICMS.

Esse raciocínio é, cristalinamente, equivocado. O art. 175 da CF/88 prescreve que ao Poder Público cabe prestar diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, devendo a lei dispor dentre outros temas, sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, inciso III). Assim, os serviços públicos concedidos são remunerados pela tarifa devida pelo usuário ao concessionário.

Ademais, a taxa é tributo vinculado, cuja incidência é cabível sobre serviços prestados por ente público e cujo sujeito passivo é o usuário do serviço. Inconfundível com tributo não vinculado (imposto) que incide sobre serviços prestados por particulares, caso do ISS e ICMS, em que o sujeito passivo é o prestador do serviço.

Em sendo os serviços de transporte aéreo público objeto de concessão, a relação entre o poder concedente e o concessionário e entre este e o usuário do serviço é de natureza contratual, não se imaginando que haja a espécie de atividade estatal específica prevista no artigo 145, II, da CF/88 e o artigo 77 do CTN que deriva sempre de um ato administrativo unilateral ou provimento jurisdicional ou administrativo decorrente de função pública. (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, RJ, p. 338)

Ao conceder o direito de exploração do transporte aéreo, a União celebra um negócio jurídico (contrato) que, não obstante tenha por objeto autorizar à concessionária a executar serviço público reservado constitucionalmente à sua exploração, esta por motivo de conveniência e oportunidade a outorga a particular, tendo a avença cláusulas de interesse público (regulamentares) e cláusulas de interesse privado do concessionário (econômicas), sendo que somente sobre o aspecto econômico do contrato é que incidem as normas regulamentares do ICMS.

DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO ICM Nº 66/88

Argumenta-se, ainda, nas ADIn's nºs 1083-DF e 1089-DF, que padeceria o Convênio ICM nº 66/88 de inconstitucionalidade à luz do art. 146 c/c art. 155, § 2º, XII da CF/88.

Em sendo o ICMS um imposto novo, de competência dos Estados e, diante da possibilidade de não serem editadas as normas gerais viabilizadoras de sua instituição e

cobrança, o legislador constituinte autorizou, no art. 34, § 8º do ADCT, celebrassem os Estados e o Distrito Federal convênio, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, para regular provisoriamente a matéria. Esse ato normativo é o Convênio ICM nº 66/88 que, materialmente, tem força de lei complementar.

A previsão expressa de celebração de convênio no ADCT, cujas normas têm o mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição, conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 1968, p. 192), evitou problemas imensuráveis no que concerne à instituição e cobrança do ICMS pelos Estados e Distrito Federal.

Caso não houvesse a previsão do ADCT correriam os Estados e o Distrito Federal o risco de não poderem exercer sua competência tributária ou exercendo-a terem esse ato tido como inconstitucional, tal como ocorreu em relação ao Adicional de Imposto de Renda, cujas leis estaduais instituidoras foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, justamente por inexistirem normas gerais disciplinando os conflitos materiais de competência.

Assim, o artigo 34, § 8º, do ADCT, tem como corolário o princípio federativo, postulado esse de fundamental relevância no que tange ao ICMS, tributo esse cujo produto é a principal receita tributária dos Estados Membros, e do Distrito Federal.

O princípio federativo é tão fundamental à ordem constitucional, que o constituinte o erigiu a cláusula pétrea ao dispor que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda à Constituição tendente a abolir a forma federativa de Estado (art. 60, § 1º, CF/88).

De outra parte, é também indiscutível que a autonomia financeira, entendida como a capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Constitucional Positivo*, 5ª edição, RT, p. 539) é uma das bases em que se assenta a autonomia dos Estados Membros e somente pode ser alcançada pela instituição e arrecadação de tributos.

Portanto, o art. 34, § 8º, do ADCT, tem como desiderato consagrar o princípio federativo e assegurar a autonomia financeira dos Estados e do Distrito Federal diante da competência tributária que lhes foi outorgada constitucionalmente. Assim, negar eficácia ao art. 34, § 8º do ADCT é incompatível com o princípio federativo porque importa em atribuir ao Congresso Nacional poderes para, por omissão, restringir a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal haurida da própria Constituição.

Não é demais lembrar que CELSO RIBEIRO BASTOS, em sua obra *Lei Complementar* (Saraiva, 1985, pp. 43/44), editada na vigência da anterior Carta Federal, já ensinava que a lei complementar não constitui pré-requisito à edição de lei ordinária em duas hipóteses:

a) nos casos em que o próprio texto constitucional limitou-se a prevê-la, mas sem requerê-la;

b) nos casos em que requerida pelo texto constitucional, acabam por se tornarem indispensáveis ante a vigência de um princípio maior que repila sua omissão.

Conclui-se, portanto, que a norma do artigo 34, § 8º do ADCT decorre de uma providencial cautela do legislador constituinte em honra ao princípio federativo no que tange ao ICMS, imposto esse que por ser de competência de todos os Estados demanda uniformidade de regramento no que tange a descrição de fato gerador, contribuinte e, principalmente local de prestação de serviço, como ocorre com os serviços de transporte.

Por fim, o argumento é superado em função das inúmeras decisões proferidas pela Corte Suprema desde a entrada em vigor da Constituição Federal, como, por exemplo, na ADIn nº 715-7-DF Relator para o acórdão Sr. Ministro CARLOS VELLOSO, 429-8-DF Relator Sr. Ministro CÉLIO BORJA, na ADIn 54-DF, Relator Sr. Ministro CARLOS

MADEIRA, na ADIn nº 33-DF, Relator Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO e na ADIn 128.1-AL, Relator Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

Recentemente, o Sr. Ministro CELSO DE MELLO, ao despachar o RE nº 158.327-4-SP, assim pontificou:

"O Convênio ICM nº 66/88, não obstante a provisoriedade do regramento normativo que veicula, qualifica-se, nos termos do artigo 34, § 8º do ADCT, como sucedâneo constitucional da lei complementar exigida pelo artigo 146, III, "a" de Carta Política. Daí a exata observação de HUGO DE BRITO MACHADO (*Curso de Direito Tributário*, p. 253, 7ª ed., 1993, Malheiros), no sentido de que "... o constituinte federal substituiu a lei complementar pelo convênio interestadual, para o fim específico de viabilizar a instituição do ICMS". (DJU, seção I, 29.06.94, p. 17.210).

Remarque-se que, o Convênio ICMS nº 66/88 não padece de inconstitucionalidade, quer formal, quer material, sendo o instrumento adequado para o estabelecimento de regras gerais disciplinadoras de instituição e cobrança do ICMS pelos Estados e o Distrito Federal.

Em conseqüência, também são constitucionais os Convênios SINIEF nº 6/89 e ICMS nº 54/89, 72/89, 109/89, 89/90, 6/91, 25/91 e 92/91 que dispõem sobre tributação do transporte aéreo pelo ICMS.

DA ALEGADA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

No que concerne à alegação de aplicabilidade à hipótese do princípio de isonomia é que a pretensão veiculada na ADIn nº 1083-2-DF chega às raias do absurdo, pois não especificada a aplicação desse postulado em relação a uma situação concreta e definida.

A inicial da ADIn nº 1083-2-DF alude ao princípio da isonomia "*in abstracto*", sem que se tenha efetuado o confronto analítico da tese exposta e a que se crê lhe sirva como paradigma.

A ausência desse confronto preocupa, máxime menção ao postulado constitucional pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República na petição inicial que deu origem à ADIn nº 1089-1/600-DF, onde foi proferida a decisão concessiva de medida cautelar pelo Sr. Ministro REZEK, "*ad referendum*" do Plenário da Corte.

Contudo, se a pretensa isonomia é pleiteada em função das decisões do Supremo Tribunal Federal no que toca ao Adicional de Imposto de Renda, cabe destacar que a extensão de tais julgados em relação ao ICMS encontra óbice no artigo 34, § 8º do ADCT da CF/88 que prevê a edição de convênio pelos Estados e Distrito Federal para estabelecimento de normas gerais necessárias a instituição de cobrança do imposto.

Enfim, as soluções para o caso do ADIR e para o caso do ICMS, não podem ser idênticas, porque a CF/88 deu às hipóteses, que são distintas, tratamento também distinto: no art. 34, § 8º do ADCT autorizou a celebração de convênio para substituir provisoriamente a Lei Complementar necessária à instituição do ICMS, inexistindo disposição semelhante em relação ao ADIR, segundo declarado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Se os casos mereceram tratamento distinto na CF/88 não pode o intérprete dar a eles idênticas soluções, porque aí sim haveria violação à regra de isonomia, que compreende não só atribuir tratamento diferenciado aos iguais, mas também ignorar as diferenças entre situações tratadas diversamente pelo texto constitucional.

DA MEDIDA CAUTELAR

De todo o exposto, mostra-se indiscutível padecer o pedido de suspensão cautelar dos atos normativos elencados nas ADIN's nº 1083-2-DF e 1089-1/600-DF do necessário "*fumus boni iuris*", porquanto inexistente qualquer plausibilidade no direito material invocado.

No que concerne ao "*periculum in mora*", a pretensão exposta não encontra respaldo no mundo fático.

Alega-se nas iniciais que servem de suporte às ADIN's nº 1083-2-DF e 1089-1/600-DF que as empresas concessionárias dos serviços de transporte aéreo:

- a) encontram-se em difícil situação financeira;
- b) estão sendo compelidas ao pagamento do imposto em diversas execuções fiscais;
- c) estão sujeitas à paralisação de suas atividades e, conseqüentemente, à falência;
- d) não terão possibilidade de continuar operando se tiverem suas receitas bloqueadas como a VASP.

Como é notório e ressabido, o ICMS é imposto indireto, cuja carga financeira é repassada integralmente ao contribuinte "de fato" pelo contribuinte de "direito". Assim, não se reveste de qualquer seriedade o argumento de que as empresas concessionárias de transporte aéreo estariam em sérias dificuldades financeiras em função de tributação dos serviços por elas prestados pelo ICMS. Dizer mais seria dizer demais.

Não se mostra plausível a possibilidade das empresas concessionárias de serviços de transportes aéreos estarem assumindo o encargo financeiro do imposto, principalmente por constar no bilhete da passagem dos vôos domésticos que o ICMS encontra-se incluso na tarifa.

Também para demonstrar a ocorrência do "*periculum in mora*", na petição inicial da ADIN nº 1083-2-DF se alude à desastrosa situação financeira da VASP. Ora, a VASP é empresa que encontra-se em dificuldades financeiras desde à época em que estava sob o controle acionário do Estado de São Paulo, ou seja, antes da promulgação da Constituição de 1988. Como então, atribuir-se à tributação pelo ICMS dos serviços de transporte aéreo à quebra das empresas aéreas, máxime a VASP, principalmente se esse imposto é recuperado dos usuários dos serviços?

Na realidade, a crise no setor decorre de fatores outros que não a tributação dos serviços aéreos pelo ICMS, tais como os reflexos da crise internacional no ramo, a concorrência predatória, a má gestão administrativa e o gigantismo de algumas empresas, tal como a VARIG que, inclusive, perdeu para empresas internacionais, como a AMERICAN AIRLINES e UNITED, determinada fatia dos vôos internacionais.

Para confirmar essas assertivas é suficiente uma rápida leitura nas matérias publicadas sobre o tema na Revista VEJA nos dias 01.12.93, p. 104 e 23.03.94, p. 89, cujas cópias encontram-se em anexo.

Assim, mostram-se fragilíssimas as ponderações contidas na petição inicial da ADIN nº 1083-1-DF, de que a ruína financeira das empresas aéreas se deve à tributação pelo ICMS dos seus serviços. Também não custa lembrar que o ICMS somente incide nas operações de transporte interestadual quando as atividades das empresas de transporte aéreo também compreendem o transporte internacional de cargas e passageiros.

Sobre o tema releva trazer à colação as seguintes passagens dos votos proferidos no RE. 150.764.1 sobre a possibilidade de ser o Supremo Tribunal Federal, sede adequada à solução de problemas financeiros das partes, no caso em questão, a União que dependia da receita do FINSOCIAL para custear a seguridade social:

"Antes de concluir, Sr. Presidente, deixo claro que a demorada reflexão sobre o tema e a leitura dos valiosos estudos provocados por este rumoroso "CASO FINSOCIAL", não me deixaram insensível às vigorosas críticas às conseqüências danosas dessa fórmula de

tributação em cascata sobre o faturamento das empresas, particularmente, em tempos de política recessiva: escusado dizer, porém, que não é o Supremo Tribunal Federal o fórum adequado à busca de alternativas economicamente mais adequadas para a solução do desafio dramático de financiamento da seguridade social numa sociedade marcada por tão perversas iniquidades." (Voto do Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE)

"Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa aos demais Ministros que integram esta Corte. Preocupa-me, sim, a manutenção, a intangibilidade da ordem constitucional." (Voto do Sr. Ministro MARCO AURÉLIO)

"Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição.

Razões do Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo. Esta Corte, ao exercer, de modo soberano, a tutela jurisdicional das liberdades públicas, tem o dever indeclinável de velar pela intangibilidade de nossa Lei Fundamental, que, ao dispor sobre as relações jurídico-tributárias entre o Estado e os indivíduos, institucionalizou um sistema coerente de proteção, a que se revelam subjacentes importantes princípios de caráter político, econômico e social." (Voto do Sr. Ministro CELSO DE MELLO)

Não há possibilidade de se salvar o dispositivo, por mais nobre que seja o propósito interpretativo da Corte, ainda que para preservar o respeitabilíssimo interesse público do Tesouro, da Previdência e da Seguridade Social. Por mais nobre que seja esse interesse, não é possível sacrificar princípios intocáveis da Constituição, que, também a meu ver, ficaram profundamente atingidos. (Voto do Sr. Ministro SYDNEY SANCHES)

O mesmo raciocínio deve aplicar-se à hipótese em apreciação, não podendo o Supremo Tribunal Federal socorrer as empresas aéreas em seus problemas de má gestão financeira. Devem essas empresas adequarem-se às regras do mercado, principalmente internacional e buscar alternativas para minimizar seus custos operacionais.

Enfim, da mesma forma que inconstitucionalidade não pode deixar de ser declarada pelo fato de causar problemas de caixa para a União, no que diz respeito a serviços de inegável interesse social (FINSOCIAL), inconstitucionalidade não pode ser declarada para obviar crise financeira de setor privado. Não e renão.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expendidas, está certo o Estado do Rio de Janeiro que demonstrada a total improcedência dos argumentos trazidos à baila para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas e, principalmente, do pedido de suspensão de sua eficácia através de medida cautelar, confiando que essa Suprema Corte não agasalhará a pretensão exposta na ADIN nº 1089-1/600-DF (ADIN nº 1083-2-DF), por ser medida da mais lúdima e ccnatural justiça!

Do Rio de Janeiro para Brasília,
1º de agosto de 1994.

Francesco Conte
Subprocurador-Geral do Estado

Vera Lúcia Kirdeiko
Procuradora do Estado