

ICMS - SERVIÇOS DE TRANSPORTES AÉREOS - INCIDÊNCIA - CONSTITUCIONALIDADE DOS CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 E ICMS NºS 54/89, 72/89, 109/89, 89/90, 6/91, 25/91 E 92/91 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.089-1/600-DF - IMUNIDADE RECÍPROCA E CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS - INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO EXMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DE ECONOMIA E FINANÇAS E MEMORIAL APRESENTADO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Excelentíssimo Senhor Presidente:

Em atenção ao Of. nº 105-P/MC, datado de 8 de julho corrente, firmado por Vossa Excelência, pelo qual vem comunicado o deferimento de liminar, pelo Excelentíssimo Senhor Relator, *ad referendum* do plenário, para suspender a eficácia de disposições do Convênio ICM-66/88 e outros, até a decisão final da Corte, na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.089-1/600, e em que, também, se me solicita a prestação das informações regimentalmente admitidas, faço chegar, em anexo ao presente, tais informações.

Ao pedir vênias para registrar que aquele deferimento em favor das empresas prestadoras de serviços de transportes aéreos, por ele poupadas da obrigação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte - ICMS, previsto no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal - significará gravíssimas conseqüências ao erário estadual e, por ende, ao atendimento de satisfações de relevantíssimo interesse público, como as de saúde, educação, segurança e outras - panorama que, é lícito supor-se, se repetirá nas demais unidades da Federação -, busco demonstrar, pela peça acostada, a absoluta improcedência das razões da petição inicial.

Sensibiliza-me, ademais - além dos já ponderabilíssimos negativos efeitos no tocante ao grupo das empresas privadas aéreas, que estão a reivindicar insólita imunidade e, exata e surpreendentemente, a *imunidade recíproca* do art. 150, VI, a, da Magna Carta -, a possibilidade de abertura de preocupante precedente, tendo-se em conta que a motivação para a concessão da r. liminar fez espeque no que as empresas interessadas alegaram, pela inicial, como suas dificuldades financeiras e riscos provenientes de execuções fiscais. De notar-se, por oportuno, que o ICMS é dos tributos que se classificam como indiretos, em que o contribuinte de fato, e não o de direito, suporta os ônus fiscais.

Para além de tanto, tal imposto responde, na economia do Estado, por esmagador percentual no conjunto de suas receitas, e que, em função do repasse constitucional dos 25% aos Municípios, traduz-se, para inúmeros deles, em quase sua única fonte de meios.

Peço que Vossa Excelência mande entrar nos autos estas informações, e espero que, submetendo ao ilustre Senhor Relator, entenda, por bem, ele, à luz das razões que lá se contêm, reconsiderar a concessão do provimento liminar. Todavia, se o não fizer, aguardo que o Egrégio Plenário negue o referendo, não concedendo a cautelar. E, no mérito, que se julgue pela improcedência.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência expressões de elevado apreço

Cibília Viana

Secretário de Estado de Economia e Finanças

ADIn nº 1.089-1/600

ADIn nº 1.083-2

Ref.: ICMS sobre serviços de transportes aéreos (Convênio ICM 66/88, art. 1º, art. 2º, IX)

Rte.: Procurador-Geral da República

(Sindicato Nacional das Empresas Aeroaviárias)

Rdos.: Ministro da Fazenda e Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal

QUANTO AO MÉRITO

Argumento da Inicial: A competência para legislar seria privativa da União (Art. 21, XII e Art. 22, X, CF/88)

Da inicial, referindo-se à atividade aeronáutica regulada pelo art. 21, XII da CF/88: "Essa atividade privativa da União exclui os Estados de poderem atuar sobre tais atividades".

Os Estados não estão a atuar sobre as atividades. Não estão a legislar sobre "regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aero-espacial", isto sim, competência legiferante privativa da União (art. 22, X, CF/88). A privatividade daquela norma é para legislação de "navegação (...) área". No caso, não se trata disto, e sim, de legislar sobre instituição de tributo da competência de Estado-membro (art. 155, II, CF/88).

É acaciano.

Argumento da Inicial: A Navegação Aérea, por ter natureza de serviço público, não seria alcançada pelo ICMS

O serviço não é prestado por órgão da Administração Pública, mas, porque *concedido*, o é por empresa privada, sujeita, portanto, ao regime de Direito Privado (art. 170, IV, CF/88).

Aliás, assinala-se que a própria "empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias" (art. 173, § 1º, CF/88).

E mais: "As (próprias) empresas públicas e as (próprias) sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais mais extensivos às do setor privado" (fixa o art. 173, 2º, CF/88).

Portanto, se as entidades da Administração Pública Indireta não gozam de privilégios, e se subsumem, por dicção constitucional, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não é sensato subtrair empresa privada aeronáutica da incidência de tal regime, ou seja, do que é próprio da empresa privada.

E que se trata de *concessão a particulares* não resta dúvida. E nem cabe a confusão que foi lançada: Diz o art. 174 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.86), por seu art. 174, que "Os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (arts. 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (arts. 180 a 221)", ou seja, dois gêneros. Já quanto ao segundo destes dois, subdivide-o, o mesmo Código, assim: "Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não-regular, doméstico ou internacional" (grifos acrescentados).

Prossegue o Código, a fixar, pelo art. 180, que "A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular,