



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.385 - SC (2007/0260532-4) (f)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PASSAGEM AÉREA. ÔNUS DO ENCARGO DO TRIBUTO. SÚMULA 7/STJ. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.164.574/MG, firmou entendimento de que o art. 166 é aplicável aos casos em que a empresa aérea postula restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens, devendo ser reconhecida a ilegitimidade da empresa quando não comprovado que esta arcou com o custo da exação, ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto.

2. O Tribunal de origem asseverou que a empresa aérea não logrou comprovar que o valor do ICMS não estava embutido no preço da passagem, com o repasse da exação ao consumidor, ou ainda que estava autorizado por este a receber os valores indevidos. A modificação da conclusão demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça:, "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Humberto Martins, retificando seu voto, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."Os Srs. Ministros Herman Benjamin e Castro Meira votaram com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator.

Não participaram, justificadamente, do julgamento os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.385 - SC (2007/0260532-4)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICIOI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão monocrática de minha relatoria que deu parcial provimento ao recurso especial da empresa contribuinte, sintetizada na seguinte ementa (fl. 591):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO-APLICAÇÃO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO."

Aduz o agravante, em apertada síntese, que não há legitimidade ativa da empresa aérea para a repetição do indébito porque, sendo o ICMS um tributo indireto, cabe a quem arcou com o pagamento da exação requerer a restituição, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.385 - SC (2007/0260532-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO APLICAÇÃO – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA.

1. O STJ entende que a empresa aérea é parte legítima *ad causam* no polo ativo para postular a repetição de indébito de ICMS indevidamente pago.

2. Isso porque, no período em que foi inconstitucionalmente exigido das empresas aéreas o recolhimento do ICMS, o preço dos serviços de transportes aéreos era controlado pelo Governo Federal (Departamento de Aviação Civil), ficando a contribuinte sem campo de ação para estabelecer qualquer critério de fixação de sua remuneração. Não há, *in casu*, formação da base tarifária nem possibilidade do repasse de qualquer tributo aos usuários.

3. Assim, evidenciado que a empresa aérea não repassou o encargo financeiro ao usuário, porquanto o ICMS não estava incluído na composição final do preço das tarifas aéreas, não se aplica *in casu* o disposto no art. 166 do CTN.

4. Configurada a legitimidade *ad causam* da empresa aérea para figurar no polo ativo da ação de repetição de indébito, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da remessa necessária e das apelações interpostas pelo ESTADO DE SANTA CATARINA e pela VASP, que restou prejudicado em face do acolhimento da ilegitimidade ativa.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Nada a prover.

Conforme já consignado na decisão agravada, o Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça entende que a empresa aérea é parte legítima *ad causam* no polo ativo para postular a repetição de indébito de ICMS indevidamente pago.

Isso porque, no período em que foi inconstitucionalmente exigido das empresas aéreas o recolhimento do ICMS, o preço dos serviços de transportes aéreos era controlado pelo Governo Federal (Departamento de Aviação Civil), ficando a contribuinte sem campo de ação para estabelecer qualquer critério de fixação de sua remuneração. Não há, *in casu*, formação da base tarifária nem possibilidade do repasse de qualquer tributo aos usuários.

Assim, evidenciado que a empresa aérea não repassou o encargo financeiro ao usuário, porquanto o ICMS não estava incluído na composição final do preço das tarifas aéreas, não se aplica, *in casu*, o disposto no art. 166 do CTN.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. PASSAGENS AÉREAS. PREÇO CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC). PROVA DE NÃO-REPERCUSSÃO DO ENCARGO. ART. 166 DO CTN. INEXIGIBILIDADE IN CASU. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O ICMS não incide no produto ou serviço cujo preço seja tabelado sujeito a regime próprio de recolhimento de impostos, por isso que, nessa sistemática, não se cogita do fenômeno da repercussão para os fins do art. 166 do CTN no que pertine à devolução.

2. É que nas mercadorias sujeitas a tabelamento, incluem-se nos custos os tributos pagos, pré-eliminando a transferência desse ônus ao preço cobrado do consumidor final.

3. Deveras, o produto tabelado tem o seu preço determinado pelo Poder Público, por isso que se estabelece controle do lucro, que é o parâmetro para a medida econômica da repercussão. No tabelamento, com a fixação do lucro, já são considerados como custo os tributos pagos. Há assim, como dito, uma pré-eliminação desses tributos no preço ao consumidor final (Precedentes: REsp 781.285/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 03/08/2007; REsp 943.119/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/08/2007; REsp 902327/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 10/05/2007; REsp n.º 317.920/BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 30/09/2002; EDcl no REsp n.º 71.962/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 11/09/2000).

4. Destarte, em se tratando de produto tabelado, há uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção (relativa) de não-repasse, que precisa ser elidida pelo Fisco com prova contrária, que, no caso, não houve, de modo específico.

5. In casu, é notório que a recorrente é empresa concessionária de serviços públicos de transporte aéreo, cujas tarifas eram, à época de ocorrência dos fatos geradores, controladas pelo Poder Público, não sujeitas à alteração, muito menos a ter acrescentado custo extraordinário, o que, por óbvio, a inviabilizou de repassar o encargo financeiro ao consumidor final.

6. Os embargos infringentes limitam-se ao objeto da divergência, que, in casu, cingiu-se à comprovação ou não do repasse do encargo financeiro a terceiros, nos termos do art. 166 do CTN, sendo certo que o deslinde da controvérsia prescinde desta comprovação, porquanto, consoante assentado no acórdão exarado pelo Tribunal a quo, em sede de apelação, os valores recolhidos a título de ICMS sequer foram incorporados no preço dos bilhetes comercializados entre 1989 e 1994, por isso que impossível a transferência do ônus financeiro ao consumidor, in verbis:

'Resta, então, aferir se, no caso concreto, a autora efetivamente demonstrou não ter repassado os encargos de ICMS aos seus clientes, arcando com os pagamentos do tributo no período abrangido pelo pedido, ou seja, de 1989 a 1994, eis que, obviamente, não recebeu autorização de todos os seus consumidores para obter ressarcimento da exação declarada inconstitucional.

Neste plano, as provas produzidas nos autos são os documentos de fls. 481/487 e o laudo pericial de fls. 546/572. Conjugando-se todos estes elementos probatórios, ao contrário do que entendeu o magistrado a quo, deduz-se, mediante interpretação sistemática, que de fato os valores de ICMS não estavam incluídos nos valores das tarifas aéreas no período em questão, não tendo sido, portanto, repassados aos consumidores finais do serviço.

Inicialmente, é importante trazer à reflexão o fato de que entre os anos de 1989 e 1994, relativamente aos quais a autora pede a restituição, o preço das tarifas aéreas domésticas foi, em maior ou menor grau, controlado pelo DAC, por sistema de bandas tarifárias em que a liberdade de atuação e determinação dos valores dos bilhetes pelas empresas era extremamente limitado. Apenas em 1998 (fls. 544) foram eliminados os limites das bandas tarifárias e as empresas aéreas domésticas passaram a ter total liberdade para fixar as tarifas aplicáveis aos seus serviços.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...) Pode-se, portanto, inferir que os valores dos bilhetes aéreos emitidos entre 1989 e 1994 eram determinados diretamente pelo órgão governamental, o DAC, bem como o eram os elementos que compunham tais preços.

(...) Revela-se claro, por meio dos documentos emitidos pelo sindicato das empresas aeroviárias e pelo próprio DAC, órgão governamental responsável pela regulação da atividade, que os valores recolhidos a título de ICMS não foram incorporados no preço dos bilhetes comercializados entre 1989 e 1994, fato que se coaduna com a tese autoral.(...)"

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. *Recurso especial provido."*

(REsp 1.105.349/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 18.5.2010.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO-OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ICMS. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESAS AÉREAS. PREÇO CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC). REPASSE DE ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. INEXISTÊNCIA. ART. 166 DO CTN. NÃO-APLICAÇÃO, IN CASU. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. *Recurso especial contra acórdão a quo considerou a recorrente parte ativa ilegítima ad causam para postular a repetição de indébito de ICMS indevidamente pago.*

2. *Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.*

3. *Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99). Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada.

4. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o art. 166 do CTN contém referência clara ao fato de que deve haver, pelo intérprete, sempre identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. Esse entendimento consolidou-se por se considerar que o art. 166 do CTN só tem aplicação aos tributos indiretos, isto é, que se incorporam explicitamente aos preços, como é o caso do ICMS, do IPI, etc. Há que se notar a natureza do tributo, se direta ou indireta, para fins de se verificar a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiros.

5. No caso específico dos autos, há a certidão na qual consta registro de que, na composição dos custos das empresas aéreas (concessionárias de serviços públicos de transporte), inclusive nos anos de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 e 1994, o ICMS não foi incluído. No período em que foi inconstitucionalmente exigido da recorrente o recolhimento do ICMS, o preço dos serviços de transportes aéreos era controlado pelo Governo Federal (Departamento de Aviação Civil), ficando a recorrente sem campo de ação para estabelecer qualquer critério de fixação de sua remuneração. Não há, in casu, formação da base tarifária nem possibilidade do repasse de qualquer tributo aos usuários.

6. Não há como o transportador aéreo repassar ao consumidor final (o passageiro ou o expedidor de cargas) eventual tributo exigido pelo Fisco. Tais empresas não desempenham atividades mercantis geradoras do ICMS, sendo, portanto, inaplicável o art. 166 do CTN.

7. Recurso especial provido."

(REsp 902.327/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 19.4.2007, DJ 10.5.2007, p. 357.)

Com efeito, tendo a empresa aérea legitimidade ad causam para figurar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no polo ativo da ação de repetição de indébito, retornem os autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da remessa necessária e das apelações interpostas pelo ESTADO DE SANTA CATARINA e pela VASP, que restou prejudicado em face do acolhimento da ilegitimidade ativa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0260532-4

AgRg no
REsp 1.003.385 / SC

Números Origem: 20050421120 20050421120000200 200701617168 23020219892

PAUTA: 19/08/2010

JULGADO: 19/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 19 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.385 - SC (2007/0260532-4)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICIOI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PASSAGENS AÉREAS. ICMS. RESTITUIÇÃO. ART. 166 DO CTN. APLICAÇÃO.

1. O art. 166 do CTN é aplicável aos casos em que a empresa aérea postula restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens. Não é possível rever o entendimento a que chegaram as instâncias de origem quanto à comprovação do repasse do tributo ao consumidor. Precedente do STJ.

2. Ademais, desde 1992 (justamente o período não atingido pela prescrição decenal, já que ação foi ajuizada em junho de 2002) deixou de haver tabelamento de preços das passagens aéreas pelo Governo brasileiro, conforme a Portaria 075/GM5, do Ministério da Aeronáutica, de 6.2.1992.

3. Agravo Regimental provido.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: O Recurso Especial da empresa foi interposto contra acórdão assim ementado (fl. 503):

APELAÇÃO CÍVEL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TRIBUTO INDIRETO – EXEGESE DO ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.

Na hipótese de imposto indireto, a sua restituição só pode ocorrer caso o contribuinte comprove a assunção do encargo sem transferi-lo ao tomador do serviço, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

APELAÇÃO CÍVEL – ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CONTROLE OFICIAL DE PREÇOS - IRRELEVÂNCIA.

O controle oficial dos preços das passagens aéreas, por si só, não afasta a incidência do artigo 166 do CTN, uma vez que todos os serviços públicos explorados por concessão são submetidos à referida fiscalização e a transferência do ICMS ao consumidor do serviço decorre da sistemática do tributo.

APELAÇÃO CÍVEL – ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELO STF - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CERTIDÃO DO DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL - INDICAÇÃO DE QUE O ICMS NÃO INTEGRA O CUSTO DA PASSAGEM AÉREA.

A certidão do Departamento de Aviação Civil (DAC), informando que o ICMS incidente sobre o preço dos bilhetes de passagens e cargas aéreas não estava incluído na composição dos custos das empresas aéreas no período compreendido entre 1989 e 1994, não serve para efeito da prova exigida pelo artigo 166 do CTN porque já considerava os efeitos da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.089-1/DF.

O eminente Relator, em decisão monocrática, conheceu do apelo e deu-lhe provimento. Eis a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO-APLICAÇÃO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (fl. 591)

O Estado interpôs Agravo Regimental, defendendo a aplicabilidade do art. 166 do CTN e salientando que a autora não comprovou que inexistiu repasse do ICMS ao consumidor, o que ensejaria a ilegitimidade da empresa aérea para pleitear a restituição do tributo.

O e. Relator apresentou voto, negando provimento ao recurso. Eis a ementa proposta:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO APLICAÇÃO – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA – RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. O STJ entende que a empresa aérea é parte legítima ad causam no polo ativo para postular a repetição de indébito de ICMS indevidamente pago.

2. Isso porque, no período em que foi inconstitucionalmente exigido das empresas aéreas o recolhimento do ICMS, o preço dos serviços de transportes aéreos era controlado pelo Governo Federal (Departamento de Aviação Civil), ficando a contribuinte sem campo de ação para estabelecer qualquer critério de fixação de sua remuneração. Não há, in casu, formação da base tarifária nem possibilidade do repasse de qualquer tributo aos usuários.

3. Assim, evidenciado que a empresa aérea não repassou o encargo financeiro ao usuário, porquanto o ICMS não estava incluído na composição final do preço das tarifas aéreas, não se aplica in casu o disposto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 166 do CTN.

4. Configurada a legitimidade ad causam da empresa aérea para figurar no polo ativo da ação de repetição de indébito, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da remessa necessária e das apelações interpostas pelo ESTADO DE SANTA CATARINA e pela VASP, que restou prejudicado em face do acolhimento da ilegitimidade ativa.

Agravo regimental improvido.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a controvérsia, especialmente porque **esta Segunda Turma, ao julgar o REsp 1.164.574/MG, adotou posicionamento diferente do proposto pelo Relator a respeito do tema em discussão. É preciso observar, porém, que a decisão monocrática de Sua Excelência foi proferida antes do mencionado julgamento pelo colegiado.**

1. Julgamento do REsp 1.164.574/MG, em 22.6.2010

No julgado acima, este colegiado, por maioria, vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Humberto Martins, entendeu que o art. 166 do CTN é aplicável aos casos em que a empresa aérea postula restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens. Naquela ocasião, negou-se provimento ao Recurso Especial da TAM Linhas Aéreas, ao fundamento de que esta não tem legitimidade para pleitear a repetição do indébito tributário. Confira-se a ementa:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PASSAGENS AÉREAS. COMPROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO AO CONTRIBUINTE DE FATO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação de repetição do indébito ajuizada pela prestadora do serviço de transporte aéreo em que busca a restituição do ICMS cobrado sobre a venda de passagens aéreas, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação pelo STF, no julgamento da ADI nº 1.089/DF.

2. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possua autorização expressa para tanto.

3. No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula 07/STJ.

4. Reconhecida a ilegitimidade do autor da demanda para a repetição do indébito, fica prejudicado o recurso da Fazenda Estadual, que versa sobre o prazo prescricional para seu ajuizamento.

5. Recurso especial do contribuinte não provido. Recurso especial do Estado de Minas Gerais prejudicado.

(REsp 1164574/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 16/03/2011)

O tema foi exaustivamente debatido nesta Segunda Turma, com extensos votos proferidos por cada integrante do colegiado. O Ministro Castro Meira, Relator para o acórdão, inaugurou a divergência, no que foi acompanhado por mim e pelo Ministro Mauro Campbell. Sua Excelência (Min. Castro Meira), no voto vencedor, destacou com bastante propriedade:

O Tribunal afirma que, na formação do preço, o DAC não levou em consideração o valor do ICMS. Logo, essa exação foi cobrada com a margem de lucro e mais o repasse.

A Corte de origem consignou, que, de acordo com a análise dos documentos, chega-se à conclusão de que esse preço foi transferido ao consumidor final. E disse mais: sequer cogitou a TAM de trazer qualquer elemento que pudesse, pelo menos, inferir que haveria autorização desses consumidores.

Nessas condições, entendo que não há nenhum fundamento para a irresignação da recorrente. Dessa forma, considero que, quanto a esse ponto, não se deve conhecer do recurso e julgar prejudicado o questionamento quanto à matéria prescricional.

Quero só lembrar que trouxe a esta Turma o Recurso Especial nº 861.289/RS, ocasião na qual fui acompanhado por todos da Turma, de tal modo que mantenho esse entendimento. Acho que não há meios de se reformar o acórdão a ponto de desprezar a análise fática, que foi bem feita, citando, inclusive, as folhas.

O Min. Mauro Campbell, como afirmado, acompanhou esse entendimento.

Transcrevo trecho do voto-vista de Sua Excelência:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios contidos nos autos, entendeu que, no caso concreto, o ICMS era incluído no preço das passagens aéreas e a empresa aérea “apenas arrecadava o tributo junto aos usuários, repassando o valor à autoridade fazendária”, ou seja, “resta claro que o ICMS era cobrado do consumidor final, considerando o valor final da tarifa autorizada pelo DAC”. Assim, considerando que TAM LINHAS AÉREAS S/A sustenta que não houve a transferência do encargo referente ao ICMS, verifica-se que, a princípio, o exame da suposta ofensa ao art. 166 do CTN demanda o revolvimento de matéria fática, o que é obstado pelo disposto na Súmula 7/STJ. Contudo, considerando que a questão referente ao conhecimento do recurso especial ficou superada, passa-se à análise da suposta ofensa ao art. 166 do CTN.

A orientação da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que o pedido de restituição de tributo que, em tese, comporte a transferência do respectivo encargo financeiro a terceiro é condicionado à regra prevista no art. 166 do CTN, ou seja, a restituição somente *“será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”*.

Como no caso dos autos ficou comprovada a transferência do ICMS no preço da passagem aérea, não há falar em ofensa ao art. 166 do CTN.

Como se percebe, no julgamento acima, que tratou exatamente da mesma questão debatida no presente recurso, esta Segunda Turma chegou a duas conclusões: 1) o art. 166 do CTN é aplicável às ações em que as empresas aéreas postulam a restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens; 2) não é possível rever o entendimento a que chegaram as instâncias de origem quanto à comprovação do repasse do tributo ao consumidor.

É importante destacar que, considerando a prescrição decenal, o período em discussão nestes autos é exatamente o mesmo do debatido no citado precedente (entre 1992 e 1994).

Ora, aplicando a orientação firmada na Segunda Turma ao presente caso, é imperioso reconhecer que se deve negar provimento ao Recurso Especial. Isso porque o Tribunal *a quo* negou o pleito da empresa, concluindo não ter esta comprovado que inexistiu o repasse do ônus tributário ao consumidor. Transcrevo trecho do acórdão:

(...)

Assim, em que pese o direito à repetição do indébito do ICMS incidente sobre o transporte aéreo estar legitimado pela decisão proferida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.089-1/DF, a apelada não logrou comprovar que deixou de repassar o valor da exação ao consumidor do serviço ou, alternativamente, que estava autorizada por este a receber a restituição (fls. 510, grifei).

Dessa forma, adotando o entendimento firmado neste colegiado a partir do julgamento do REsp 1.164.574/MG e, conseqüentemente, a premissa – estabelecida pelo Tribunal *a quo* – de que não foi comprovado que a empresa arcou com o custo do ICMS, **deve ser reconhecida sua ilegitimidade para pleitear a restituição do tributo e, portanto, desprovido seu Recurso Especial.**

Por outro lado, ainda que se admita ser possível analisar, nesta instância excepcional, se houve ou não o repasse do tributo ao consumidor, entendo que o ICMS estava sim incluído no preço das passagens aéreas e seu custo foi integralmente repassado ao consumidor.

Sobre esse ponto, faço algumas considerações.

2. Repasse do ICMS aos consumidores e incidência do art. 166 do CTN

Conforme destaquei no voto-vista apresentado no julgamento do Recurso Especial 1.164.574/MG, o ICMS estava sim embutido no preço das passagens aéreas no período em questão, de forma que, de fato, quem arcou com o seu custo foi o consumidor. Vejamos o porquê.

2.1. Inexistência de tabelamento no período em questão (a partir de 1992)

Primeiramente, é preciso esclarecer que, no caso dos autos, **levando-se em conta o período para o qual se busca a prestação jurisdicional, não se está diante de hipótese de tabelamento de preços pelo Governo.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fixação das tarifas das passagens aéreas pelo Estado tem apoio legal no art. 193 da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que dispõe (grifei):

Art. 193. Os serviços aéreos de transporte regular ficarão sujeitos às normas que o Governo estabelecer para impedir a competição ruinosa e assegurar o seu melhor rendimento econômico podendo, para esse fim, a autoridade aeronáutica, a qualquer tempo, modificar frequências, rotas, horários e tarifas de serviços e outras quaisquer condições da concessão ou autorização.

(...)

Art. 200. Toda empresa nacional ou estrangeira de serviço de transporte aéreo público regular obedecerá às *tarifas aprovadas pela autoridade aeronáutica*.

Com base nas normas acima referidas, no período entre 1986 e 1992, o Departamento de Aviação Civil – DAC exercia rígido controle sobre o mercado de aviação, estabelecendo, inclusive, a estrutura tarifária nas rotas domésticas.

No entanto, **desde 1992 (justamente o período não atingido pela prescrição decenal, já que ação foi ajuizada em junho de 2002), deixou de haver tabelamento de preços das passagens aéreas** pelo Governo brasileiro. Com efeito, o Ministério da Aeronáutica, em 6 de fevereiro de 1992, editou a Portaria 075/GM5, que "Institui a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas", nos seguintes termos (grifei):

Art. 1º Fica estabelecido o regime de **tarifas liberadas**, com monitoramento, nos serviços de transporte aéreo regular de passageiros e cargas entre pontos de território nacional.

Art. 2º O Departamento de Aviação Civil estabelecerá as regras de funcionamento do regime tarifário a que se refere esta Portaria, bem como procederá ao monitoramento das tarifas praticadas pelas empresas, intervindo, sempre que forem ultrapassados os limites estabelecidos.

Assim, respeitada a prescrição decenal e ajuizada a ação em junho de 2002, **no período em discussão nos autos, é certo que não havia a fixação de um preço rígido para as passagens aéreas, mas apenas de bandas tarifárias (limites máximo a mínimo autorizados pelo órgão regulador)**. Dentro desses limites, as empresas aéreas poderiam oferecer descontos e estabelecer suas margens, escolhendo o valor que cobrariam do consumidor pelos bilhetes aéreos. **E descontos, todos nós sabemos, as empresas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofertavam aos seus consumidores!

Logo, ainda que se aceitasse que, nas hipóteses de tabelamento, haveria a presunção da ausência de repasse do tributo, **o caso dos autos não é de tabelamento.**

2.2. Esclarecimento do Departamento de Aviação Civil

Sobre a certidão do DAC à fl. 242 dos autos, o Min. Humberto Martins, na decisão agravada (fls. 591-594), observou o seguinte:

A recorrente demonstrou que não repassou o encargo financeiro ao consumidor final. Com efeito, juntou aos autos certidão expedida pelo Departamento de Aviação Civil que esclarece **que não houve o repasse do ICMS com a venda das passagens aéreas** (fl. 242):

Certifico, para os devidos fins, que o Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Interestadual e de Comunicações (ICMS) incidente sobre o preço dos bilhetes de passagens e cargas aéreas não está incluído na composição dos custos das empresas aéreas, inclusive nos anos de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 e 1994.

Com as devidas homenagens a Sua Excelência, penso que a conclusão que se pode extrair da mencionada certidão é outra.

Ora, ao se afirmar que "o ICMS incidente sobre 'o preço dos bilhetes de passagens e cargas aéreas não está incluído na composição dos custos das empresas aéreas, inclusive nos anos de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 e 1994'", é evidente que o tributo era repassado aos consumidores.

Declarar que o tributo não está incluído na composição dos custos das empresas é asseverar que este ônus não é delas! Se o custo é X, fora o ICMS, o preço final cobrado do consumidor, obviamente, será o custo acrescido da margem de lucro da empresa e do ICMS, já que não se pode admitir que o tributo seria simplesmente desconsiderado.

Outra não foi a conclusão a que chegou o Min. Castro Meira, acerca do mesmo documento, nos debates travados no mencionado julgamento do REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.164.574/MG, conforme as notas taquigráficas do dia 18.3.2010:

(...)

Sr. Presidente, estou lendo a fl. 1.541. Este é o ponto central.

"A certidão de fls 1.158, por sua vez, emitida pelo Departamento de Aviação Civil, informa que 'o ICMS incidente sobre o preço dos bilhetes de passagens aéreas não está incluído na composição dos custos das empresas aéreas, inclusive nos anos de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 e 1994.' Esta é uma citação do ofício do DAC.

Por isso, no ofício de fls. 1.170-1, 1.171, o Departamento de Aviação Civil esclarece que o ICMS não está incluído na estrutura dos custos das empresas aéreas, incidindo apenas sobre os insumos utilizados na atividade."

E vem o Tribunal e diz:

"Contudo, o mesmo ofício deixa claro que o imposto incide sobre o preço final da passagem aérea, custos mais a margem, sendo que a empresa apenas arrecada o tributo junto aos usuários, repassando o valor à autoridade fazendária. Assim, resta claro que o ICMS era cobrado do consumidor final, considerando o valor final da tarifa autorizada pelo DAC e, como o valor era repassado ao contribuinte de fato, não era necessário que o tributo entrasse no rol dos elementos que compunham o montante da tarifa. O fato alegado pela primeira apelante e corroborado pela perícia de que as companhias aéreas não obtiveram os reajustes pleiteados junto ao DAC, pouco importa para o deslinde do feito, eis que, independentemente do valor final da tarifa, o imposto era sempre repassado ao consumidor final."

O que o Tribunal disse, em suma, foi que, na verdade, na formação de preço, não entrou o ICMS. Mas esse ICMS foi absorvido pela empresa? Não. Ela diz claramente que o ICMS foi cobrado do consumidor final.

Para que possa dizer qualquer coisa contra isso, tenho que contrariar matéria fática do Tribunal. Sei que há o argumento a respeito dos preços tarifados, dos chamados preços administrativos. Mas não é o caso da hipótese. O Tribunal diz que, na formação do preço, o DAC não levou em consideração o valor do ICMS; logo, o ICMS foi cobrado com a margem de lucro e mais o repasse. Está dizendo, claramente, que, na análise dos documentos, leva à conclusão de esse preço foi transferido, sim, ao consumidor final. E disse mais: sequer cogitou a TAM de trazer qualquer elemento que pudesse, pelo menos, inferir que haveria autorização desses consumidores (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deve-se lembrar que, no período inatingido pela prescrição, não havia tabelamento de preços, mas apenas a fixação de margens, de modo que a empresa poderia perfeitamente somar aos custos, para definição do preço das passagens, o valor do ICMS.

Dessa forma, com a devida vênia, ousou afirmar que o teor da referida certidão do DAC leva à conclusão de que **houve o repasse do tributo**.

De fato, como consignado no acórdão recorrido, ficou devidamente comprovado, na hipótese, ter sido repassado o ICMS aos consumidores.

2.3. Portaria 131/SPL, do DAC

A Portaria 131/SPL, do DAC, de 28 de abril de 1989 (portanto, ainda no período de tabelamento dos preços), concedeu o reajuste das tarifas aéreas justamente em função da incidência do ICMS a partir de então. Veja-se o que dispõe o referido ato:

O DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL, com fundamento no que dispõe no Decreto nº 301, de 19 Dez 61, em seu Art. 4º, bem como o disposto no Decreto nº 59.906, de 30 Dez 66, e devida aprovação do Exmo Sr Ministro da Aeronáutica, de conformidade com o disposto no § 3º do Artigo 2º do Decreto nº 72.898, de Out 73, resolve:

Art. 1º - Conceder um reajuste para mais de 14,06% (quatorze vírgula zero seis por cento) **mais 6,38% (seis vírgula trinta e oito por cento) devido ao ICMS**, totalizando 21,34% (vinte e um vírgula trinta e quatro por cento) nas Tarifas Aéreas Domésticas aplicáveis entre pontos do território nacional (grifei).

Note-se também que o reajuste foi concedido após provocação do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias, que pleiteou a concessão do aumento das passagens para fazer frente à nova incidência do ICMS. No que concerne ao imposto, foi requerido o aumento de 6,38%, de forma a suportar integralmente a incidência do tributo (na alíquota de 6%, calculado por dentro, o que totaliza exatamente os 6,38% solicitados).

Ora, se o imposto passou a incidir sobre as passagens aéreas e o preço destas foi aumentado para absorver integralmente o custo extra, é evidente que o tributo foi todo suportado por quem paga o preço da passagem, ou seja, pelo consumidor. Se todo o custo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extra decorrente da incidência do ICMS foi repassado ao preço final das passagens aéreas – e repita-se, tal ficou cabalmente comprovado nos autos, como reconheceu o acórdão *a quo* –, **quem, de fato, pagou o tributo foi o consumidor**, razão pela qual a companhia aérea não detém legitimidade para pleitear sua restituição

Há que se considerar ainda que, pela legislação anterior, nem sequer era admitida a restituição de tributo indireto, seja ao contribuinte de fato, seja ao de direito. Este o teor da Súmula 71/STF: "Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto".

O art. 166 do CTN veio permitir a repetição, desde que se faça prova cabal de que não houve o repasse do valor do tributo. Após a nova regra, foi editada a Súmula 546/STF, para dispor que "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte '*de jure*' não recuperou do contribuinte '*de facto*' o '*quantum*' respectivo".

É preciso ter em mente que, diante da supremacia do interesse público sobre o particular, havendo dúvida quanto ao repasse, é preferível que o valor fique com o Estado (e, portanto, com toda a sociedade). Esse é também o entendimento de Paulo de Barros Carvalho:

Se não há fundamento jurídico que ampare o Estado, no caso de haver recebido valores indevidos de contribuintes que transferiram o impacto financeiros a terceiros, também não há justo título para que estes, os sujeitos passivos que não provaram haver suportado o encargo, possam predicar a devolução. E na ausência de títulos de ambos os lados, deve prevalecer o magno princípio da supremacia do interesse público ao do particular, incorporando-se as quantias ao patrimônio do Estado. (Curso do Direito Tributário, 21^a ed, p. 496-497).

Desse modo, por expressa determinação legal, seria preciso que a empresa aérea tivesse comprovado efetivamente que não transferiu o ônus do tributo, o que, como vimos, não ocorreu. Muito pelo contrário: a análise das circunstâncias do caso levam à conclusão de que o custo do ICMS foi integralmente suportado pelo consumidor.

Correto, pois, o entendimento do Tribunal *a quo*, que deve ser mantido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após minha manifestação na sessão do dia 26.4.2011, o eminente Relator, Ministro Humberto Martins, reconsiderou e votou pelo provimento do Agravo Regimental, para **negar provimento ao Recurso Especial**, de modo que passo a acompanhar Sua Excelência.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0260532-4

AgRg no
REsp 1.003.385 / SC

Números Origem: 20050421120 20050421120000200 200701617168 23020219892

PAUTA: 26/04/2011

JULGADO: 26/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, divergindo do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, pediu vista regimental dos autos o Sr. Ministro Humberto Martins."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.003.385 - SC (2007/0260532-4) (f)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PASSAGEM AÉREA. ÔNUS DO ENCARGO DO TRIBUTO. SÚMULA 7/STJ. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.164.574/MG, firmou entendimento de que o art. 166 é aplicável aos casos em que a empresa aérea postula restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens, devendo ser reconhecida a ilegitimidade da empresa quando não comprovado que esta arcou com o custo da exação, ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto.

2. O Tribunal de origem asseverou que a empresa aérea não logrou comprovar que o valor do ICMS não estava embutido no preço da passagem, com o repasse da exação ao consumidor, ou ainda que estava autorizado por este a receber os valores indevidos. A modificação da conclusão demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental provido.

VOTO-VISTA REGIMENTAL

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão monocrática de minha relatoria que deu parcial provimento ao recurso especial da empresa contribuinte, sintetizada na seguinte ementa (fl. 591):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO-APLICAÇÃO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO."

O recurso especial foi interposto por VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP -, com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão do TJSC, cuja ementa é a seguinte (fl. 503):

"APELAÇÃO CÍVEL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TRIBUTO INDIRETO – EXEGESE DO ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.

Na hipótese de imposto indireto, a sua restituição só pode ocorrer caso o contribuinte comprove a assunção do encargo sem transferi-lo ao tomador do serviço, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

APELAÇÃO CÍVEL – ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CONTROLE OFICIAL DE PREÇOS – IRRELEVÂNCIA.

O controle oficial de preços (sic) das passagens aéreas, por si só, não afasta a incidência do artigo 166 do CTN, uma vez que todos os serviços públicos explorados por concessão são submetidas à referida fiscalização e a transferência do ICMS ao consumidor do serviço decorre da sistemática do tributo.

APELAÇÃO CÍVEL – ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CERTIDÃO DO DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL – INDICAÇÃO DE QUE O ICMS NÃO INTEGRA O CUSTO DA PASSAGEM AÉREA.

A certidão do Departamento de Aviação Civil (DAC), informando que o ICMS incidente sobre o preço dos bilhetes e passagens e cargas aéreas não estava incluído na composição dos custos das empresas aéreas no período compreendido entre 1989 e 1994, não serve para efeito da prova exigida pelo artigo 166 do CTN porque já considerava os efeitos da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.089-1/DF."

No julgamento do agravo regimental, entendi pelo não provimento do recurso, reiterando o entendimento de que a empresa aérea tinha legitimidade ativa *ad causam* para a repetição do indébito tributário.

A proposta de ementa ficou assim ementada:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS AÉREAS – PREÇO DA PASSAGEM CONTROLADO PELO GOVERNO FEDERAL (DAC) – REPASSE DE ENCARGO – ART. 166 DO CTN – NÃO APLICAÇÃO – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA.

1. O STJ entende que a empresa aérea é parte legítima ad causam no polo ativo para postular a repetição de indébito de ICMS indevidamente pago.

2. Isso porque, no período em que foi inconstitucionalmente exigido das empresas aéreas o recolhimento do ICMS, o preço dos serviços de transportes aéreos era controlado pelo Governo Federal (Departamento de Aviação Civil), ficando a contribuinte sem campo de ação para estabelecer qualquer critério de fixação de sua remuneração. Não há, in casu, formação da base tarifária nem possibilidade do repasse de qualquer tributo aos usuários.

3. Assim, evidenciado que a empresa aérea não repassou o encargo financeiro ao usuário, porquanto o ICMS não estava incluído na composição final do preço das tarifas aéreas, não se aplica in casu o disposto no art. 166 do CTN.

4. Configurada a legitimidade ad causam da empresa aérea para figurar no polo ativo da ação de repetição de indébito, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da remessa necessária e das apelações interpostas pelo ESTADO DE SANTA CATARINA e pela VASP, que restou prejudicado em face do acolhimento da ilegitimidade ativa.

Agravo regimental improvido."

O eminente Ministro Herman Benjamin inaugurou divergência, entendendo que, **em atenção ao que a Segunda Turma já havia decidido no julgamento do REsp 1.164.574/MG**, o art. 166 é aplicável aos casos em que a empresa aérea postula restituição do ICMS incidente sobre a venda de passagens, devendo ser reconhecida a ilegitimidade da empresa quando não comprovado que esta arcou com o custo da exação, ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto.

Asseverou que, à época (período posterior a 1992), não se estava diante de tabelamento, mas de mera fiscalização dos órgãos governamentais que fixava "bandas tarifárias (limites máximo a mínimo autorizados pelo órgão regulador)" e que, de fato, quem arcou com o custo tributário foi o consumidor.

A ementa do referido julgado ficou assim assentada:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INDÉBITO. PASSAGENS AÉREAS. COMPROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO AO CONTRIBUINTE DE FATO. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação de repetição do indébito ajuizada pela prestadora do serviço de transporte aéreo em que busca a restituição do ICMS cobrado sobre a venda de passagens aéreas, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação pelo STF, no julgamento da ADI nº 1.089/DF.

2. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto.

3. No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula 07/STJ.

4. Reconhecida a ilegitimidade do autor da demanda para a repetição do indébito, fica prejudicado o recurso da Fazenda Estadual, que versa sobre o prazo prescricional para seu ajuizamento.

5. Recurso especial do contribuinte não provido. Recurso especial do Estado de Minas Gerais prejudicado.

(REsp 1164574/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 16/03/2011).

Nesse diapasão, a melhor análise dos autos enseja a modificação do voto anteriormente proferido por este Relator, para alinhar-se ao entendimento firmado no julgado paradigma, que, sem dúvidas, tratou de questão idêntica à dos presentes autos.

No caso, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem asseverou que a empresa aérea não logrou comprovar que o valor do ICMS não estava embutido no preço da passagem, com o repasse da exação ao consumidor, ou ainda que estava autorizado por este a receber os valores indevidos. Vejamos (fls. 509/510):

"Dessa forma, competia à VASP demonstrar que o ICMS não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*estava embutido no preço das passagens aéreas, o que não fez. É que as guias de recolhimento (fls. 85/167) comprovam apenas o pagamento do tributo ao Estado de Santa Catarina o que é insuficiente para conferir o direito à repetição de indébito conforme a dicção do artigo 166 do CTN. **Era necessário fazer prova de que o encargo não estava sendo repassado ao consumidor do serviço ou, alternativamente, que estava autorizado por este a receber os valores.***

(...)

Assim, em que pese o direito à repetição de indébito do ICMS incidente sobre o transporte aéreo estar legitimado pela decisão proferi-da pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.089-1/DF, a apelada não logrou comprovar que deixou de repassar o valor da exação ao consumidor do serviço ou, alternativamente, que estava autorizada por este a receber a restituição, sendo assim, parte ilegítima para propor a repetição de indébito, pelo que se dá provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina."

A modificação da conclusão à que chegou a Corte *a quo* demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

De consequência, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade ativa da empresa aérea para propor a ação de repetição tributária, pois esta só seria possível se tivesse arcado com o pagamento do tributo ou houvesse autorização do contribuinte de fato para assim proceder.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, para reconsiderar a decisão agravada e, alinhando-se à jurisprudência do STJ, negar provimento ao recurso especial da VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A (VASP).

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0260532-4

**AgRg no
REsp 1.003.385 / SC**

Números Origem: 20050421120 20050421120000200 200701617168 23020219892

PAUTA: 25/10/2011

JULGADO: 25/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : ANGELA CRISTINA PELICOLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : LUCIANO VALESQUE ROCHA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Humberto Martins, retificando seu voto, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram, justificadamente, do julgamento os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha.