



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.718 - SP (2009/0060167-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
RECORRIDO : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que "o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias" (RE 461.968/SP).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do **RE 206.069-1/SP**, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, *verbis*:

"E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (RE 461.968/SP).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law*, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de *leasing* em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: **AgRg no Ag 791.761/RS**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; **AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP**, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; **REsp 337.433/PR**, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; **REsp 264.954/SE**, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e **REsp 93.537/SP**, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo *a quo*). Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial adesivo da empresa, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Sustentaram, oralmente, os Drs. JOSÉ MAURICIO CAMARGO DE LAET, pela recorrente e ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS, pela recorrida.

Brasília (DF), 24 de março de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.718 - SP (2009/0060167-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fulcro na alínea "a", e recurso especial adesivo manejado por TAM LINHAS AÉREAS S/A, com espeque nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, no intuito de verem reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, cuja ementa restou assim vazada:

"MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - Aeronave - Importação - Arrendamento mercantil - Bem que integrará o ativo fixo do importador - Operações jurídica de substrato econômico que implica em circulação de mercadoria - Incidência do ICMS - A base de cálculo do tributo deve ser a expressão econômica desse negócio jurídico, ou seja, aquela retratada nas demais parcelas de pagamento do arrendamento - Recurso parcialmente provido."

Noticiam os autos que TAM LINHAS AÉREAS S/A impetrou mandado de segurança preventivo, em 06.10.2002, contra suposto ato ilegal e abusivo a ser praticado pelo CHEFE DO POSTO FISCAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS, consistente na exigência de ICMS sobre a importação de aeronave pelo regime de arrendamento simples (*leasing* operacional), sem opção de compra e sem cobertura cambial.

Ao formular os pedidos integrantes da pretensão mandamental, a impetrante consignou que:

"... uma vez demonstrado que o contrato por meio do qual foi firmado o arrendamento da aeronave prevê (i) que a aeronave será efetivamente devolvida ao arrendador ao final do contrato (fls. 4 - 'vigência básica' e fls. 10 - 'data da devolução' - doc. 7) e que (ii) caso seja requerido pela arrendatária, o contrato possa ser renovado pelos prazos de 24, 36, 18 ou 60 meses (fls. 16 - doc. 7), e uma vez demonstrado o direito líquido e certo de não ser compelida a recolher o ICMS exigido pela autoridade coatora sobre a importação da aeronave objeto do presente processo, bem como a existência de periculum in mora, a impetrante quer a V. EXª:

I - a concessão de medida LIMINAR inaudita altera pars nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51, a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos moldes do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - que, uma vez concedida a liminar requerida, seja determinado que a autoridade impetrada se abstenha de lavrar contra a impetrante qualquer tipo de autuação e aplicação de penalidade em relação à importação objeto do presente 'mandamus';

III - que seja expedido ofício ao Sr. Inspetor da Receita Federal (ou a quem exerça as funções para determinar o desembaraço aduaneiro) no Aeroporto de Guarulhos, acompanhado de cópia do despacho concessivo da liminar, para que aquela autoridade federal possa processar o desembaraço da aeronave sem a exibição de Guia de Recolhimento do ICMS ou da Guia de Liberação de Mercadoria sem Comprovação do recolhimento do ICMS;

IV - a notificação da autoridade coatora, ou quem lhe faça as vezes no exercício da coação impugnada, para, no prazo legal, prestar as informações de praxe; e

V - que, após a manifestação do D. Representante do Ministério Público, seja proferida sentença que confirme a liminar requerida e conceda definitivamente a segurança pleiteada, reconhecendo o direito da impetrante de realizar a importação da aeronave constante dos documentos de importação em anexo, sob o regime de arrendamento, sem que lhe seja exigido o pagamento do ICMS."

Deferida a liminar pleiteada, sobreveio sentença que denegou a segurança, revogando a liminar, para julgar improcedente o pedido, ao fundamento de que incidente o ICMS sobre a operação de importação de aeronave. De acordo com o Juízo Singular, *"no caso dos autos, a operação realizada pela impetrante apenas tenta burlar o interesse fiscal do Estado, posto que, na verdade, não estávamos diante de contrato de leasing, mas, sim, de uma compra e venda, financiada no decorrer do tempo"*.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, para determinar que a base de cálculo do ICMS, *in casu*, não é o valor do bem (*"uma vez que não se cuida de compra-e-venda"*), mas, sim, aquelas retratadas nas demais parcelas de pagamento do arrendamento.

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Estadual, rejeitados, uma vez não vislumbrados os vícios enumerados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sustenta-se, preliminarmente, que o acórdão hostilizado incorreu em vício de julgamento *ultra petita*, ao determinar que a base de cálculo deve ser a expressão econômica retratada nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcelas de pagamento do arrendamento mercantil, ao passo que a empresa impetrante, na inicial, limitou-se a requerer provimento jurisdicional que a autorizasse a importar a aeronave, adquirida no exterior sob o regime de arrendamento mercantil, sem que lhe fosse exigido o recolhimento do ICMS. No mérito, aponta violação dos artigos 13, V e § 1º, e 14, ambos da Lei Complementar 87/96, ao argumento de que inexistente fundamento legal *"que autorize fixar as parcelas de pagamento do arrendamento mercantil com base de cálculo do ICMS incidente na importação em exame"*.

Por seu turno, TAM LINHAS AÉREAS, no bojo do recurso especial adesivo, aduz que restou contrariado o artigo 3º, VIII, da lei Complementar 87/96, *"que prevê a não incidência do ICMS sobre operações de arrendamento mercantil (não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário)"*. Traz ainda arestos do STJ para confronto, no sentido de que:

"IMPORTAÇÃO DE AERONAVE PELO REGIME DE LEASING. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. ALTERAÇÃO DO ART. 155, § 2º, "a" DA CF PELA EMC 33/2001. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

I - A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não incide ICMS sobre a importação sob regime de leasing. Precedentes: REsp nº 341.423/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 18/02/2002, REsp nº 299.674/SP, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 11/06/2001; REsp nº 58.376/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 08/05/95.

II - A despeito de recente pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal em acórdão isolado e não unânime proferido no RE nº 206.069/SP, a PRIMEIRA SEÇÃO, no julgamento do REsp nº 692.945/SP, DJ de 11/09/2006, Rel. Min. ELIANA CALMON, à unanimidade, entendeu que deve prevalecer o entendimento pacificado deste Superior Tribunal de Justiça pela não-incidência de ICMS.

III - Mesmo após a alteração que a EC 33/2001 promoveu no art. 155, § 2º, "a", da Constituição da República, tem-se que nos contratos de leasing, por não existir a circulação jurídica da mercadoria, não incide o ICMS. A propriedade do bem permanece com o arrendante, sendo que a mera circulação física da mercadoria não configura o fato gerador daquele tributo.

IV - A solução prevalece mesmo no caso concreto, em que a importação se deu depois da referida emenda constitucional, pois como bem observado naquele julgado da 1.ª Seção, o Eg. STF desconsiderou o fato de que no leasing não há circulação de mercadoria, pois se trata de um contrato de arrendamento mercantil. De qualquer forma, os bens assim importados não integrarão o ativo fixo do importador, não havendo que se falar em circulação de mercadoria.

V - Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no REsp 851386/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05/12/2006, DJ 01/02/2007)

O Juízo *a quo* negou seguimento ao recurso especial principal, por não vislumbrar as violações legais apontadas, reputando prejudicado o recurso adesivo.

Os autos ascenderam a esta Corte por força de provimento do agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública Estadual.

Em 17.09.2009, o presente recurso especial foi submetido ao regime dos "recursos representativos de controvérsia" (artigo 543-C, do CPC).

O *parquet* federal opinou pelo desprovimento do recurso especial da Fazenda Pública Estadual, nos termos da seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. LEASING.

1 - Controvérsia jurídica de recurso representativo (CPC, art. 543-C): A importação de aeronave mediante arrendamento mercantil (leasing) não constitui fato gerador de ICMS.

2 - Aplica-se ao direito controvertido a orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento do RE 461.968/SP, acompanhada pelo STJ (Eresp 783.814/RJ).

3 - Parecer pela aplicação do preceito aos casos repetitivos e não provimento do presente recurso especial."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.718 - SP (2009/0060167-0)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, *ex vi* do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do **RE 461.968/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que *"o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias"* (**RE 461.968/SP**).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do **RE 206.069-1/SP**, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, *verbis*:

"E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (**RE 461.968/SP**).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law*, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de *leasing* em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: **AgRg no Ag 791.761/RS**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; **AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP**, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; **REsp 337.433/PR**, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; **REsp 264.954/SE**, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e **REsp 93.537/SP**, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo *a quo*). Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, revela-se forçoso consignar que, uma vez admitido o recurso especial principal, por força do provimento do agravo de instrumento manejado pela Fazenda Pública Estadual, incumbe ao STJ o exame da admissibilidade do recurso adesivo que tinha sido julgado prejudicado na origem. No mesmo diapasão, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDOS COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELAS VIAS PRINCIPAL E ADESIVA. ADMISSIBILIDADE DO PRINCIPAL. SUBORDINAÇÃO DA VIA ADESIVA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001.

- A admissibilidade do recurso especial viabiliza a do apelo adesivo, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 500 do CPC.

(...)

- Agravo regimental provido." (AgRg no Ag 791.761/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, AO TORNAR SEM EFEITO O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO ESPECIAL, ABORDA A QUESTÃO DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL ADESIVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA APRECIÁVEL DE OFÍCIO. NÃO-OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. O agravo previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil produz efeito translativo, o qual autoriza que regressem ao prolator da decisão monocrática as questões apreciáveis de ofício.

2. Na decisão ora agravada, que tornou sem efeito o julgamento monocrático do recurso especial, ficou consignado que o recurso especial adesivo deve ser diretamente processado e julgado nesta Corte, embora contra a decisão do Vice-Presidente do Tribunal de origem que deixou de admiti-lo não tenha o impetrante interposto agravo de instrumento. Isso, porque o recurso especial adesivo somente não foi admitido no Tribunal de origem em virtude da inadmissão do recurso principal. Assim, nada impede que, uma vez provido o agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o recurso principal, proceda este Tribunal ao exame da admissibilidade do recurso especial adesivo.

3. Esta Corte já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema: "Pode ser feito o exame de admissibilidade do adesivo na instância especial, admitido o principal" (REsp 264.954/SE, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 20.8.2001, pág. 461). Ainda: "Provido agravo de instrumento nessa instância e determinado o processamento do recurso especial, pode o recurso adesivo ser apreciado diretamente por esta Corte, quando tiver sido considerado prejudicado na instância ordinária apenas em decorrência da inadmissão do recurso especial principal." (REsp 93.537/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16.2.1998, pág. 87).

4. A admissibilidade dos recursos é matéria de ordem pública apreciável de ofício. Não procede, portanto, a alegação de que, no juízo de retratação proferido nestes autos, teria havido julgamento extra petita.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008)

"Processual civil. Recurso especial adesivo. Caderneta de poupança. Juros contratuais.

I. - Admitido o recurso especial principal, e oferecidas as contra-razões do recurso especial adesivo, pode o exame de admissibilidade deste ser feito nesta instância superior, em homenagem ao princípio da economia processual. Precedente.

II. - Encerradas as contas da caderneta de poupança antes da propositura da ação, os juros contratuais são devidos até aquela data.

III. - Recurso especial não conhecido." (REsp 337.433/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01.12.2003)

"Danos materiais e morais. Falta de condições de habitabilidade de imóvel adquirido. Recurso adesivo.

(...)

2. Pode ser feito o exame de admissibilidade do adesivo na instância especial, admitido o principal.

3. Indeferida parte substancial do pedido inicial, não cabe falar em sucumbência mínima.

4. Recursos especiais não conhecidos." (REsp 264.954/SE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001)

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE FILHO MAIOR. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. JUROS DE MORA E COMPOSTOS. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. TERMO FINAL DO PENSIONAMENTO. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ADESIVO.

(...)

2. PROVIDO AGRAVO DE INSTRUMENTO NESSA INSTÂNCIA E DETERMINADO O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL, PODE O RECURSO ADESIVO SER APRECIADO DIRETAMENTE POR ESTA CORTE, QUANDO TIVER SIDO CONSIDERADO PREJUDICADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA APENAS EM DECORRÊNCIA DA INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL PRINCIPAL.

(...)

9. RECURSO ESPECIAL PRINCIPAL CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE E RECURSO ESPECIAL ADESIVO NÃO CONHECIDO." (REsp 93.537/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998)

Ademais, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, aplicável de forma analógica ao regramento do recurso especial, estabelece que:

"Art. 321. (...)

§ 2º Aplicam-se ao recurso adesivo as normas de admissibilidade, preparo e julgamento do recurso extraordinário, não sendo processado ou conhecido, quando houver desistência do recurso principal, ou for este declarado inadmissível ou deserto.

§ 3º Se o recurso extraordinário for admitido pelo Tribunal ou pelo Relator do agravo de instrumento, o recorrido poderá interpor recurso adesivo juntamente com a apresentação de suas contra-razões.

(...)"

Destarte, passa-se ao juízo de admissibilidade de ambos os recursos especiais, os quais, *prima facie*, merecem conhecimento, uma vez prequestionadas as matérias federais ventiladas.

Em virtude do caráter prejudicial da insurgência especial adesiva, impende



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proceder ao exame da controvérsia atinente à incidência do ICMS sobre a importação de aeronave sob o regime de arrendamento simples (*leasing* operacional).

Deveras, o ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, *ex vi* do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do **RE 461.968/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

Na oportunidade, restou assente na Excelsa Corte que o arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que *"o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias"*.

Acerca da aparente dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do **RE 206.069-1/SP**, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, impende destacar excerto do voto condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau:

"E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.

Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600." (RE 461.968/SP).

Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário".

Consectariamente, impõe-se a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law* e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso *sub examine*, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3.º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna a não incidência de ICMS sobre operação de *leasing* em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL ADESIVO, julgando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual, cujas razões dirigem-se contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo *a quo*.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0060167-0

REsp 1131718 / SP

Números Origem: 200800146018 23802002 3385665 3385665000 3385665402

PAUTA: 10/03/2010

JULGADO: 24/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)
RECORRIDO : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. JOSÉ MAURICIO CAMARGO DE LAET, pela recorrente e ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS, pela recorrida.

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial adesivo da empresa, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 24 de março de 2010

Carolina Vêras
Secretária