



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.278.074 - RJ (2011/0217583-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PASSAGEM AÉREA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC E DO ART. 166 DO CTN. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ART. 876 DO CC. ART. 165 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. PROVA DA REPERCUSSÃO FINANCEIRA DO TRIBUTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC e ao art. 166 do CTN quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. A alegação sobre a ofensa ao 876 do Código Civil e ao art. 165 do CTN não foi apreciada pelo acórdão recorrido. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, consignou que a recorrente não comprovou o pagamento do tributo sem a repercussão. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.003.385/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2012; REsp 1.164.574/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16.3.2011; e AgRg no Ag 1.254.991/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.5.2012.

5. Recurso Especial não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Dr(a). ALDE SANTOS JÚNIOR, pela parte RECORRIDA: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Brasília, 04 de outubro de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.278.074 - RJ (2011/0217583-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (fl. 1.125, e-STJ):

Apelação Cível. Ação de repetição de indébito. ICMS incidente sobre serviços de transporte aéreo.

Caráter indireto do tributo, onde há a possibilidade de o contribuinte de direito repassar ao consumidor final o valor a ser recolhido aos cofres públicos. Fato que impõe a prova cabal de que a autora-apelante efetuou o pagamento do tributo sem repassá-lo ao contribuinte de fato.

Inteligência do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

Prova pericial que restou inconclusiva, não tendo esclarecido se ocorreu ou não o repasse do tributo nas tarifas cobradas pela apelante aos usuários do serviço de transporte aéreo.

Apresentação de certidão do DAC (Departamento de Aviação Civil) e de declaração do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias que não são documentos suficientes para suprir a prova da ausência de transferência da carga tributária ao consumidor final.

Autora-apelante que não apresentou prova escriturada comprovando o pagamento do ICMS sem a repercussão e o repasse de tal ônus financeiro ao consumidor final.

Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido.

Sentença correta que se mantém.

Desprovimento do recurso.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados nos seguintes termos (fl. 1.148, e-STJ):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de Declaração. Apelação Cível.

Repetição de indébito. ICMS incidente sobre serviços de transporte aéreo.

Caráter indireto do tributo. Possibilidade de o contribuinte de direito repassar ao consumidor final o valor a ser recolhido aos cofres públicos.

Prova pericial inconclusiva, sem esclarecer se ocorreu ou não o repasse do tributo nas tarifas cobradas pela apelante aos usuários do serviço de transporte aéreo.

Certidão do Departamento de Aviação Civil e declaração do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias. Documentos que não são suficientes a provar a ausência de transferência da carga tributária ao consumidor final.

Autora-apelante que não apresentou prova escriturada comprovando o pagamento do ICMS sem a repercussão e o repasse de tal ônus financeiro ao consumidor final.

Exigência do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Jurisprudência do STJ e Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido.

Desprovimento do recurso.

Embargos de Declaração invocando omissão e erro material quanto à apreciação da prova.

Matéria devidamente tratada no Acórdão que não contém omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

Julgador que não está obrigado a repetir todas as questões invocadas pelas partes e nem a mencionar os dispositivos legais, bastando que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso. Súmula nº 52 deste Tribunal.

Pretensão da embargante ao reexame da matéria e da fundamentação da decisão. Impossibilidade.

Rejeição dos embargos.

A recorrente sustenta que houve violação do art. 535 do Código de Processo Civil; do art. 876 do Código de Civil; e dos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional.

Contrarrazões às fls. 1.207-1.215, e-STJ.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 1.223-1.227, e-STJ).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Dr. Antonio Fonseca, opinou pelo não conhecimento do presente recurso (fls. 1.238-1.243, e-STJ). Eis a ementa do parecer ministerial:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. NAVEGAÇÃO AÉREA. REPASSE ICMS. CONSUMIDOR FINAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE

1 - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é necessária a comprovação, por parte do conhecimento de direito, de que não repassou ao contribuinte de fato o encargo financeiro do tributo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, de que está por ele autorizado a pleitear a repetição do indébito (art. 166 do CTN). Esse entendimento foi mantido por ocasião da apreciação e julgamento do Resp 1.110.550/SP, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC).

2 - O Tribunal de origem solucionou a lide - repasse da carga tributária - ICMS, referente ao período entre setembro/89 a junho/94, ao usuário dos serviços de transporte aéreo interestadual e intermunicipal - com base no conjunto de provas (prova pericial) contida nos autos. Rever tal entendimento incidiria o enunciado da Súmula 07/STJ.

3- Parecer pelo não conhecimento do Recurso Especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.278.074 - RJ (2011/0217583-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, a recorrente sustenta que o art. 166 do Código Tributário Nacional e o art. 535 do Código de Processo Civil foram violados, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF. Cito precedente:

(...) DISPOSITIVOS DE LEI. (...) DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STF. (...)

(...)

II - A via estreita do recurso especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a alegação genérica de ofensa a dispositivo de lei caracteriza deficiência de fundamentação, em conformidade com o enunciado nº 284 da Súmula do STF.

(...)

(AgRg no AREsp 80.124/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/05/2012, grifei).

Ademais, observo que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre as questões jurídicas levantadas em torno do art. 165 do Código Tributário Nacional; e do art. 876 do Código Civil.

Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSIDERADO VIOLADO DO QUAL NÃO SE EXTRAÍ A TESE SUSTENTADA. (...)

(...)

2. Tampouco o recurso merece êxito em relação ao disposto nos arts. 154, 244, 248 do CPC, pois a leitura atenta do acórdão combatido revela que tais dispositivos, bem como as teses a eles vinculadas não foram objeto de debate pela instância ordinária e não houve oposição de embargos de declaração, o que atrai a aplicação da Súmula n. 282 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.

(...)

(REsp 1237506/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/04/2011, grifei).

Por outro lado, no tocante à divergência jurisprudencial, destaco que a discrepância deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. (...) AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, requerida comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou trechos de votos.

(...)

(AgRg no Ag 1207818/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010)

Com efeito, *in casu*, a recorrente, nas razões do Recurso Especial, não indicou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as circunstâncias que identificariam ou assemelhariam os casos confrontados, limitando-se à transcrição de ementas e dos trechos de votos.

Por fim, o Tribunal *a quo* consignou que (fls. 1.131-1.134, e-STJ, grifei):

Razão alguma lhe assiste.

Inicialmente, independentemente da declaração de inconstitucionalidade, considerando-se o caráter indireto do ICMS, onde há a possibilidade de o contribuinte de direito repassar ao consumidor final o valor a ser recolhido aos cofres públicos, *caberia à autora-apelante a prova cabal de que efetuou o pagamento do tributo sem repassá-lo ao contribuinte de fato a fim de subsidiar a pretensão de repetição do suposto indébito, ex vi do art. 166 do Código Tributário Nacional*

(...)

Ressalte-se, por oportuno, que a prova pericial restou inconclusiva, não tendo esclarecido se ocorreu ou não o repasse do tributo nas tarifas cobradas pela apelante aos usuários do serviço de transporte aéreo, não sendo suficiente a apresentação de certidão do DAC (Departamento de Aviação Civil) e de declaração do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias para suprir a prova da ausência de transferência da carga tributária ao consumidor final.

Ademais, pela própria natureza indireta do ICMS, o ônus tributário sempre é transferido pelo contribuinte de direito para o contribuinte de fato, já que o ônus financeiro é sempre repassado adiante, numa verdadeira tributação em cascata, razão porque, *se a autora-apelante não repassou tal ônus financeiro ao consumidor final, competia-lhe apresentar a prova escriturada de pagamento do tributo sem a repercussão.*

(...)

Neste sentido, inclusive, opinou o Ministério Público em ambos os Graus.

Correta, portanto, a sentença, que se mantém na íntegra.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Já nas razões do Recurso Especial, sustenta-se que "dos elementos considerados para a formação dos preços das tarifas aéreas, largamente examinados nos autos, decorre com clareza que **o ICMS pago pela Recorrente não era inserido no preço das tarifas**, conforme certificou expressamente o órgão responsável pela fixação das tarifas no período (DAC) - fls. 203/207, tornando economicamente e juridicamente impossível o seu repasse a terceiros" (fl. 1.169, e-STJ, grifos no original).

Assim, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PASSAGEM AÉREA. ÔNUS DO ENCARGO DO TRIBUTO. SÚMULA 7/STJ. (...)

(...)

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.

(AgRg no REsp 1003385/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 02/05/2012, grifei).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS SOBRE TRANSPORTE AÉREO PAGO DESDE 1989 ATÉ 1994. ÔNUS REPASSADO AOS USUÁRIOS DO SERVIÇO OFERTADO PELA CONCESSIONÁRIA. TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU A DEMANDA COM BASE EM SITUAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Na origem, a então agravante ajuizou ação de repetição de indébito, onde se pleiteou a restituição de ICMS referentes a fatos geradores sobre passagens aéreas ocorridos entre maio de 1989 e junho de 1992. No Juízo monocrático, julgou-se improcedente o pedido, por entender que a Companhia não comprovou ter efetivamente suportado o ônus financeiro, e que o ICMS teria sido repassado aos consumidores finais.

2. O Tribunal de origem, mantendo a sentença, reconheceu a ilegitimidade ativa, nos termos do art. 166 do CTN, ao fundamento de que a prova dos autos atesta que o ônus financeiro do imposto, não obstante o tabelamento, foi repassado para o consumidor final. A revisão desse entendimento, pressupõe, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável na estreita via do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

(...)

4. Considerando que o Tribunal de origem levou em consideração a observância de provas contidas nos autos que atestam o repasse do tributo (ICMS) na venda de passagens aéreas ao consumidor final, incide, in casu, a Súmula 7/STJ.

5. No mesmo sentido: REsp 1.164.574/MG, Rel. p/acórdão Ministro Castro Meira, DJ 16/03/2011 e AgRg no REsp 1081933/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 26/04/2012.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1254991/MG, Rel. Ministro BENEDITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/05/2012, grifei).

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 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.*

(...)

(REsp 1164574/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 16/03/2011, grifei).

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial é como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0217583-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.278.074 / RJ

Números Origem: 20020010764978 201013527060

PAUTA: 04/10/2012

JULGADO: 04/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Repetição de indébito

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ALDE SANTOS JÚNIOR, pela parte RECORRIDA: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.