



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JOSÉ MAURÍCIO CAMARGO DE LAET E OUTRO(S)
EMBARGADO : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (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.). ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do artigo 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. Erro material constatado na ementa do julgado embargado, que indicou como prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional, quando, na verdade, cuidava-se de recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual, o que restou clarividente no dispositivo da decisão objeto dos embargos de declaração.

3. Por outro lado, a pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o aresto recorrido assentou que:

*"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:*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 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)."*

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para correção do item 7 da ementa do julgado embargado, que passa a ostentar a seguinte redação: "Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo)".

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, receber parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Eliana



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Calmon.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO em face de acórdão de minha relatoria, proferido em sede de recurso especial representativo de controvérsia, cuja ementa restou assim vazada:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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."

Em suas razões, aduz o embargante que:

"... por primeiro, à guisa de contradição, postula-se seja sanado o erro material, consignando-se que o recurso principal foi manejado pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

(...)

Com as mais redobradas vênias, o d. voto não explicitou que o presente mandamus foi impetrado em junho de 2002, ou seja, após a Emenda Constitucional 33.

Também olvidou enfrentamento no tocante as conclusões fáticas das instâncias ordinárias, eis que a respeitável sentença denegatória da segurança proclamou que o documento juntado aos autos não cuida de um contrato de 'leasing', mas, sim, de uma compra e venda, financiada no decorrer do tempo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma diretriz, o douto voto-vencido da apelação, pontificou que houve importação da aeronave com cláusula de opção de compra por parte da arrendatária, passível inclusive de cessão.

Data vênia, tendo o d. voto deixado de explicitar essas relevantes circunstâncias, à guisa de respeitosa omissão, impende requerer a sua necessária explicitação.

Deveras.

Como sustentou a ora embargante, há incidência de ICMS em operações de leasing firmadas após o advento da Emenda Constitucional nº 33/01, face a nova redação do artigo 155, parágrafo 2º, IX, 'a', da Constituição Federal, a qual ampliou a hipótese de incidência do imposto para compreender a entrada de bem seja qual for a finalidade da importação e seja o importador pessoa física ou jurídica.

(...)

... pouco importa a natureza jurídica que se confira ao contrato que originou a importação, à medida que a Carta Magna é inequívoca ao estabelecer que o elemento fático caracterizador da circulação jurídica da mercadoria é a entrada da mercadoria importada em território nacional.

Com efeito, o Plenário do STF ainda não emitiu pronunciamento definitivo sobre a exigibilidade do ICMS em hipótese de importação posterior a essa nova redação da EC nº 33/01, como o é a importação deste mandado de segurança.

O precedente do RE 461.968/SP, inclusive, está sendo objeto de revisão no bojo do RE 226.899/SP, cujo julgamento se iniciou em 04.02.2009, tendo a eminente Relatora Ministra Ellen Gracie votado pelo conhecimento e provimento do recurso fazendário.

Após o voto-vista do próprio Min. EROS GRAU, na sessão de 02 de dezembro último, no que foi acompanhado pelos Ministros DIAS TÓFOLI, CARMEN LÚCIA e RICARDO LEWANDOVSKI, o julgamento foi novamente suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro JOAQUIM BARBOSA.

Dois outros recursos extraordinários (RE 439796/PR e RE 474267/RS), que também controvertem sobre a incidência de ICMS na importação de bem por pessoa jurídica não comerciante, em data posterior a EC 33/2001, após o voto do Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, tiveram o julgamento suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro DIAS TÓFOLI.

Face o exposto, à guisa de respeitosa contradição, impõe-se requerer, por primeiro, a correção do erro material, consignando no item 7 da respectiva ementa do v. acórdão, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo como recorrente principal.

Por segundo, à guisa de respeitosa omissão, no intuito de fazer cumprir as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigências preconizadas pelas Súmulas 282 e 356, do STF, a explicitação pela colenda Primeira Seção das questões olvidadas, notadamente em decorrência da matéria constitucional enfrentada no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, na exata conformidade do tópico do d. voto-condutor que se vem de transcrever, consistente, data vênia, na afronta direta perpetrada ao artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea 'a', da Constituição da República, com a redação dada pela EC nº 33/01, à medida que tanto a finalidade, quanto a natureza do negócio jurídico, se erigem em elementos impertinentes para efeito de configuração do fato gerador de ICMS na importação de aeronave, oportunizando-se a abertura da instância extraordinária."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (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.). ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do artigo 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. Erro material constatado na ementa do julgado embargado, que indicou como prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional, quando, na verdade, cuidava-se de recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual, o que restou clarividente no dispositivo da decisão objeto dos embargos de declaração.

3. Por outro lado, a pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o aresto recorrido assentou que:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)."

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para correção do item 7 da ementa do julgado embargado, que passa a ostentar a seguinte redação: "Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo)".

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Merece reparo o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embargado, uma vez constatado o erro material apontado.

Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do artigo 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

Deveras, vislumbra-se erro material na ementa do julgado embargado, que indicou como prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional, quando, na verdade, cuidava-se de recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual, o que restou clarividente no dispositivo da decisão objeto dos embargos de declaração.

Por outro lado, a pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o aresto recorrido assentou que:

*"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)."

Com essas considerações, ACOLHO EM PARTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, sem efeitos infringentes, apenas para correção do item 7 da ementa do julgado embargado, que passa a ostentar a seguinte redação: "Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Pública Estadual (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo *a quo*)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0060167-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
REsp 1.131.718 / SP

Números Origem: 200800146018 23802002 3385665 3385665000 3385665402

PAUTA: 09/08/2010

JULGADO: 09/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JOSÉ MAURÍCIO CAMARGO DE LAET E OUTRO(S)
EMBARGADO : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(S)

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, recebeu parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de agosto de 2010

Carolina Vêras
Secretária