

30/05/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EROS GRAU**
RECORRENTE(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO
RECORRENTE(S) : TAM - LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : OS MESMOS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de *leasing* não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário.

2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil -- é sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo e julgar prejudicado recurso da TAM - Linhas Aéreas S.A., nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de maio de 2007.

EROS GRAU

RELATOR



06/02/2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EROS GRAU**
RECORRENTE(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO
RECORRENTE(S) : TAM - LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : OS MESMOS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O debate que se trava nestes autos diz respeito à constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior mediante operação de arrendamento mercantil [leasing].

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que incide ICMS na hipótese.

3. A contribuinte interpôs recursos especial e extraordinário, ambos admitidos pelo Tribunal *a quo* [fls. 408/410].

4. O recurso especial foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO DE AVIÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES.

‘A jurisprudência desta eg. Corte é iterativa, no sentido de que a importação de mercadorias mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) não caracteriza fato gerador do ICMS’ (AGA n. 343.438/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003).


Na vigência do arrendamento, a titularidade do bem arrendado é do arrendante, admitida a sua transferência

futura ao arrendatário. Não há, até o término do contrato, transmissão de domínio, razão pela qual se entende que não existiu circulação do bem para fins de cobrança do ICMS. Nesse diapasão, estabelece o artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 que o imposto não incide sobre operação de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário. Recurso especial provido" [fls. 413/421].

5. O Estado de São Paulo opôs embargos de declaração contra esse acórdão, que resultaram rejeitados [fls. 427/434]. Seguiu-se a interposição de recurso extraordinário [fls. 436/446] em que se alegou violação do disposto nos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, 93, IX, 105, III, 155, § 2º, IX, "a", da Constituição do Brasil. Esse extraordinário foi inadmitido [fls. 468/469], ensejando-se o seu exame mercê de provimento do agravo de instrumento n. 528.977, apensado a estes autos.

6. Em virtude dos recursos extraordinários da contribuinte e do Estado de São Paulo debaterem matéria idêntica --- constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior mediante operação de arrendamento mercantil [leasing] ---, passo a apreciá-los conjuntamente.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Devo sublinhar inicialmente determinada circunstância, atinente ao fato de a indústria aeronáutica de grande porte valer-se de modalidade peculiar de arrendamento mercantil para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

2. Por mais estranho que possa parecer, aqui é a normalidade que aparenta ser peculiar. Pois de arrendamento mesmo se trata nesses casos. Vale dizer: ainda que se fale em *leasing*, as arrendadoras [= indústria aeronáutica direta ou indiretamente] permanecem, ao final do termo do contrato, proprietárias dos bens transferidos temporariamente ao uso das companhias de navegação aérea. Esse é um fato notório. Quando aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham são importadas em regime de *leasing* não se prevê a sua posterior transferência ao domínio do arrendatário.

3. Ora, essa circunstância importa em que não se verifique, no caso, circulação de mercadoria, pressuposto da incidência do tributo de que se cuida. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

4. A circulação de que aqui se trata é circulação econômica, envolvendo transferência de domínio. Veja-se, por todos, GERALDO ATALIBA:

"Circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, ocorre circulação para efeitos jurídicos. [...] Vê-se, portanto, que 'circulação', tal como constitucionalmente estabelecido (art. 155, I, 'b'), há de ser jurídica, vale dizer, aquela na qual ocorre a efetiva transmissão dos direitos de disposição sobre mercadoria, de forma tal que o transmitido passe a ter poderes de disposição sobre a coisa (mercadoria)¹."

5. Isso me parece inquestionável. Em recente decisão, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao negar provimento ao AI n. 605.950, DJ de 9.10.06, reafirmou entendimento do Plenário desta Corte que, no julgamento do RE n. 158.834, DJ de 23.10.02, Relator o Ministro Marco Aurélio, considerou indevida a exigência de pagamento de ICMS em operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Relembre-se ter naquela ocasião sustentado, o Ministro Marco Aurélio, que "[a] saída apenas física de um certo bem não é de molde a motivar a cobrança do imposto de circulação de mercadorias. Requer-se, como consta do próprio texto constitucional, a existência de uma operação que faça circular algo passível de ser definido como mercadoria, pressupondo, portanto, como aliás ressaltado por Aliomar Baleeiro em 'Direito Tributário Brasileiro', a transferência de domínio".

6. Daí devermos dizer, de pronto, que na hipótese de que ora cogitamos --- arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas --- não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

¹ GERALDO ATALIBA, "ICMS - Incorporação ao ativo - Empresa que loca, oferece em 'leasing' seus produtos - Descabimento do ICMS", Revista de Direito Tributário, vol. 52, pág. 74.

7. Essa verificação informará a correta compreensão do preceito veiculado pelo inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil.

8. No mínimo duas leituras poderiam ser feitas desse texto, a primeira delas conduzindo à equivocada suposição de que:

qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade sofrerá a incidência do ICMS.

9. Da segunda leitura, adequada à compreensão do todo normativo que o artigo 155 e seus parágrafos integram --- vale dizer, mais do que mera leitura, interpretação do seu texto --- extrair-se-á a seguinte norma:

qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas 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 sofrerá a incidência do ICMS

10. 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.

11. Digo-o em outros termos: o inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil não instituiu um imposto sobre a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica.

12. O que faz é simplesmente estabelecer que, desde que atinente a operação relativa a sua circulação, a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica sofrerá a incidência do ICMS.

13. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) a que respeita o recurso extraordinário.

14. 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.

15. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: “[e]is por que, 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 o 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.

16. Observo, por fim, que as importações de que se trata nos autos são anteriores às alterações introduzidas no inciso IX, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil pela Emenda Constitucional n. 33/2001, não se destinando, os equipamentos

importados, ao consumo ou ao ativo fixo da recorrente TAM - Linhas Aéreas S.A.

Nego provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo, para julgar indevida a incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos em virtude de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea nacionais, de aeronaves por ela construídas e julgo prejudicado o recurso extraordinário da TAM - Linhas Aéreas S.A.

06/02/2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7

SÃO PAULO

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, pergunto ao Ministro Eros Grau se aceita uma ponderação? É uma matéria de tal relevo e tem tal alcance que, talvez, devêssemos discuti-la em Plenário.

06/02/2007

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULO**D E B A T E**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu complementaria a ponderação de Sua Excelência porque estou com o voto da Ministra Ellen Gracie, que, em um dos trechos, examina exatamente o disposto no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 para concluir que tal dispositivo não excluiria a incidência do imposto.

Em outras palavras, foi o próprio Plenário que já versou este tema e, no caso deste Recurso Extraordinário nº 206.069, de maneira contrária à pretensão, aliás, brilhantemente sustentada agora; penso que não deveríamos subtrair ao Plenário essa oportunidade.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Gostaria de fazer alusão ao fato de que ponderei bem a hipótese do RE nº 206.069, no qual, inclusive, acompanhei a Relatora. Mas não vou antecipar o meu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A ponderação é exatamente por conta da singularidade do caso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - A situação aqui é singular. Aquela outra situação tratava de



RE 461.968 / SP

um forno, alguma coisa assim, que se incorporava ao patrimônio da empresa. No caso dos arrendamentos de avião isso não é possível --- até porque estaria além da capacidade econômica, como foi dito da tribuna.

Não tenho nada a opor que se vá ao Pleno.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente):

Havendo remessa ao Pleno, dispensa-se, regimentalmente, nova publicação de pauta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como já está em condições de ser julgado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente):

O processo poderá ser imediatamente chamado a julgamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, mas nem na intervenção do Ministro Eros Grau, nem na do Ministro Nelson Jobim, há qualquer restrição à conclusão da Relatora, a qual dizia que esse dispositivo não se aplica aos casos de operações externas. É textual:

"Ora, esse dispositivo aplica-se, tão-somente, a operações internas de arrendamento mercantil."

Em outras palavras, estamos suscitando a possibilidade de tomar uma decisão em sentido contrário do que já foi afirmado pelo Plenário. *pm*

RE 461.968 / SP

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Perdoe-me, vou insistir: há mais de uma hipótese de "leasing". Há o arrendamento que termina como venda e há o que não termina em venda.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente):
É conveniente, por isso mesmo, que o Plenário se pronuncie sobre o tema.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não tenho nada a opor.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO

RECTE.(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A

ADV.(A/S): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): OS MESMOS

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou submeter ao Plenário o julgamento do presente recurso extraordinário. 2ª Turma, 06.02.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

30/05/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULOV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, também acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Fiquei convencido de que a natureza jurídica da operação de *leasing* não se confunde com uma compra e venda mercantil em que há, como foi demonstrado e consta, inclusive, do parecer da Procuradoria, uma efetiva circulação de mercadorias. Na verdade, trata-se de um arrendamento em que não há transferência da titularidade do bem, mas uma mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário.



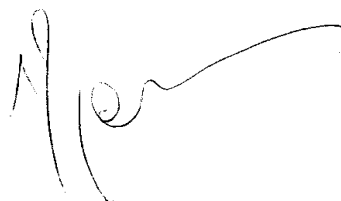
30/05/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULOVOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, também entendo que a matriz constitucional do ICMS tem como pressuposto a transferência da propriedade, pois essa é a única maneira de se poder interpretar a expressão "circulação de mercadorias".

Acompanho o eminente Relator.



30/05/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também penso que o Relator distinguiu bem as coisas, o que se trata aqui é de *leasing* ou de um contrato de arrendamento mercantil. O arrendatário não comprou o equipamento, a peça importada. Não adquiriu, portanto, a propriedade do bem.

O conceito jurídico de circulação foi bem exposto pelo Advogado que ocupou a tribuna, e muito bem retratado no voto do eminente Relator. É um conceito, hoje, clássico, pacífico na doutrina dos melhores tributaristas. Eu lembraria o Professor Roque Antônio Carrazza, que também perfilha idêntico entendimento.

Concordo com o Relator, conheço do recurso e o desprovejo.



30/05/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não se assuste o ilustre Advogado que assomou à tribuna, no que registrarei, em primeiro lugar, um elogio a Sua Excelência. Geralmente, quando o juiz começa por elogiar o causídico, vota contra a tese por ele defendida. Não será o meu caso. Precisa foi a sustentação. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe sempre uma operação de circulação de mercadorias, vale dizer, uma compra e venda. Não podemos elastecer conceitos constitucionais a ponto de albergar, sob o ângulo do tributo, negócio jurídico estranho ao versado na Constituição. Não há a menor dúvida, tem-se, no inciso IX do artigo 155 da Carta, a regra de incidência do ICMS sobre mercadoria importada do exterior, mas mercadoria que adentre o território nacional sob o ângulo da operação, a que me referi, de circulação, considerada a compra e venda.

No caso, correto é o Convênio mencionado no memorial, no que simplesmente explicita o que já está contido na Constituição Federal: a impossibilidade de incidir esse tributo em se tratando do arrendamento mercantil que é o *leasing*. A extensão da impossibilidade mostra-se maior, alcançando também - diria eu - até mesmo peças a serem inseridas no objeto do *leasing*, já que essas peças só podem ser enquadradas, juridicamente, como acessórios, e o



acessório segue a sorte do principal. Quando devolvida a aeronave, não se retira mesmo a peça adquirida para substituição da gasta. Devolve-se a aeronave arrendada como um grande todo.

Não cabe - isso está inclusive proclamado no Código Tributário Nacional - modificar, no afã arrecadador de tributo, conceitos tradicionais no direito posto, tomando-se como sinonímia "compra e venda" e "leasing". Acertada, mais do que acertada, merecedora de encômios, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a relação jurídica revele simplesmente o *leasing*, não chegando, portanto, aquele que arrenda à aquisição do bem, não há campo para cogitar-se da incidência do tributo.

Tínhamos jurisprudência pacificada que, depois, veio a ser alterada no precedente tão empolgado pela Fazenda, porque favorável à tese que sustenta sobre a incidência do tributo. Em boa hora voltamos a proclamar que o ICMS pressupõe operação de circulação de mercadoria e, mais do que isso, estando ínsita a compra e venda.

Acompanho o relator no voto proferido, para conhecer o recurso interposto e desprovê-lo, reafirmando, portanto, o que sempre sustentei no Plenário.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 461.968-7**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): PGE-SP - MANOEL FRANCISCO PINHO

RECTE.(S): TAM - LINHAS AÉREAS S/A

ADV.(A/S): ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): OS MESMOS

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou submeter ao Plenário o julgamento do presente recurso extraordinário. 2ª Turma, 06.02.2007.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo e julgou prejudicado o recurso da TAM - Linhas Aéreas S/A, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Falaram, pelos recorrentes, Estado de São Paulo, o Dr. Marcos Ribeiro de Barros, Procurador do Estado, e TAM - Linhas Aéreas S/A, o Dr. Roberto de Siqueira Campos. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 30.05.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário