

## O ICMS sobre energia interestadual e a industrialização no STF



**Fernando Facury Scaff**  
Tributarista e professor

O STF concluiu o julgamento de um interessantíssimo caso que envolve

diversos temas correlatos ao direito financeiro e ao tributário, como *imunidade*, *isenção* e *federalismo fiscal*. Trata-se do RE 748.543, que gerou a [aprovação](#) da seguinte tese em repercussão geral (tema 689): “Segundo o artigo 155, § 2º, X, b, da CF/1988, cabe ao Estado de destino, em sua totalidade, o ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final, para emprego em processo de industrialização, não podendo o Estado de origem cobrar o referido imposto”.

A norma constitucional é muito interessante, pois reza que o ICMS: “X – não incidirá: b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

O texto é emblemático, e de sua leitura direta constata-se a existência de uma *imunidade tributária*, afastando constitucionalmente a incidência do ICMS nas operações interestaduais com esses produtos.

Todavia, desde 2000, quando ocorreu o julgamento do RE 198.088, que teve por Relator o Ministro Ilmar Galvão, o STF assentou que essa norma *não* veicula uma *imunidade tributária*, mas uma regra de *federalismo fiscal*, determinando que o ICMS não seja cobrado pelo Estado de origem da mercadoria, mas pelo Estado para o qual ela foi destinada. Pode parecer estranho, mas esse assunto tem origem nas discussões sobre a destinação dos *royalties* de petróleo e energia hidroelétrica no âmbito dos debates constituintes, conforme exposto pelo Ministro Nelson Jobim naquele vetusto julgamento do RE 198.088, bem como no MS 24.312 (relatado pela Ministra Ellen Gracie), os quais analisei em texto acadêmico [1](#).

O assunto voltou à pauta do STF, desta feita por uma questão envolvendo *energia elétrica*, e, mais uma vez, o Tribunal utilizou a lógica do *federalismo fiscal*, e não da *imunidade tributária*, usando o mesmo paradigma anterior, do RE 198.088.

Até este passo não haveria *nada de novo no front*, pois, bem ou mal, o julgamento privilegiou a segurança jurídica interfederativa, mantendo a mesma trilha interpretativa do julgamento anterior. O Ministro Marco Aurélio, relator original, votou como dantes, reconhecendo a imunidade tributária, e o

---

Ministro Alexandre de Moraes abriu a dissidência, que foi seguida pela maioria de seus pares, tornando-se o redator do acórdão.

O problema está nos *detalhes*, pois nele está implicada uma questão de *isenção*, a qual foge do âmbito de análise jurídica do STF, pois não se refere à matéria constitucional, mas infraconstitucional, dizendo respeito à Lei Complementar 87/96, que assim dispõe sobre o ICMS: “art. 3º O imposto não incide sobre: III – operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização”.

Peço atenção do leitor para esse trecho do texto da tese aprovada (tema 689): “... *para emprego em processo de industrialização, ...*”. Neste *detalhe* reside o problema. Terá havido uma espécie de *invasão de competência* do STF naquilo que é matéria do STJ? Tendo o STF decidido a questão *federativa* sobre quem cobra o ICMS, se o Estado de origem ou de destino da energia elétrica, e afastada pela Corte a interpretação sobre *imunidade*, que entendo presente naquela norma constitucional (como escrevi em 2008 com Pedro Bentes Pinheiro Filho na saudosa Revista Dialética de Direito Tributário<sup>2</sup> editada por Valdir de Oliveira Rocha), a questão da utilização da energia elétrica destinada à “industrialização” diz respeito a uma *isenção*, que é de âmbito infraconstitucional, estabelecida pela LC 87/96, art. 3º, III.

De fato, o Ministro Alexandre de Moraes havia proposto uma *segunda parte* na redação do Tema 689 que *não foi aprovada pelo Colegiado*, assim escrita: “2. São inconstitucionais os artigos 2º, §1º, III e 3º, III, da Lei Complementar 87/1996, na parte em que restringem a incidência do ICMS apenas aos casos em que a energia elétrica não se destinar à industrialização ou à comercialização.”

Esse *detalhe* não escapou das lentes atentas dos Ministros Gilmar Mendes e, em especial, do Ministro Roberto Barroso, tendo este mencionado, inclusive, que a constitucionalidade da LC 87/96 não estava sob julgamento, motivo pelo qual não aprovava a 2º parte do texto proposto.

Agiu bem o STF em afastar o adendo apresentado, seja em razão de que a referida norma não estava sob ataque naquele processo – o que é correto e respeita o devido processo legal, nos limites do contraditório e da ampla defesa -, seja porque se trata de um assunto infraconstitucional, de competência do STJ.

De todo modo, foi aprovado o texto do Tema 689 com aquela frase, meio perdida no contexto: “... *para emprego em processo de industrialização, ...*”. Ao que tudo indica, teremos *chuvas e trovoadas* interpretativas nos diversos *fronts* em que se debate esse assunto.

---

<sup>1</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Royalties* do petróleo, minério e energia : aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, em especial, o item 3.1.1.

<sup>2</sup> SCAFF, Fernando Facury e PINHEIRO FILHO, Pedro Bentes. ICMS sobre as operações interestaduais com petróleo e seus derivados, e os efeitos da coisa julgada tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 152. São Paulo: Dialética, maio 2008.

**Date Created**

21/09/2020