

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se discute o Tema 689 da repercussão geral:

Possibilidade de o estado de origem cobrar ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final, para emprego em processo de industrialização.

Na origem, a empresa TRADENER LTDA, sociedade domiciliada no Paraná e autorizada a comprar e vender energia elétrica a estabelecimentos situados em outros Estados da Federação, ajuizou ação ordinária em face do Estado do Rio Grande do Sul postulando a anulação de débito fiscal referente ao ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica neste Estado.

Sustenta, em síntese, que os artigos 2º, §1º, III e 3º, III, ambos da Lei Complementar 87/1996 afastaram a incidência do ICMS sobre remessas interestaduais de energia para industrialização. Dessa forma, sobre o contrato de compra e venda de energia elétrica firmado entre a autora e a Ipiranga Petroquímica S.A (empresa situada no Rio Grande do Sul) não poderia haver incidência do ICMS, haja vista que a energia elétrica foi utilizada no processo de industrialização.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação, mantendo a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido. Veja-se ementa do acórdão (Vol. 8, fl. 24):

“ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ENERGIA ELÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. INDUSTRIALIZAÇÃO.

1. Incide ICMS na operação interestadual de entrada de energia elétrica para ser empregada no processo de industrialização de outros produtos, cuja tributação está sujeita ao regime de substituição tributária. Somente não se sujeitam ao ICMS as operações de entrada de energia destinada à sua própria industrialização ou comercialização. Art. 2º, inciso III, da Lei nº 8820/1989. Precedentes do STF e do TJRS. Hipótese em que a energia elétrica se destinada ao consumo pelo consumidor final na industrialização de derivados do petróleo.

2. A finalidade da não-incidência prevista no art. 155, §2º, inc. X, alínea "b", da Constituição da República é harmonizar a distribuição das receitas tributárias entre os Estados produtores e os destinatários de energia elétrica e não beneficiar o contribuinte.

Recurso Desprovido".

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial interposto pela autora, nos termos da seguinte ementa (Vol. 9, fl. 91):

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC 87/96, ARTS. 2o., § 1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO E JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA".

No apelo extremo interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com amparo no artigo 102, III, da CF/1988, sustenta-se a violação ao artigo 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal, sob o fundamento de que o acórdão do STJ violou tese firmada pelo Plenário desta SUPREMA CORTE, nos autos do RE 198088/SP, no sentido de que o benefício previsto no artigo 155, §2º, X, "b", da CF/1988 *não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.*

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos constitucionais de admissibilidade do recurso, passo à análise do mérito.

A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA QUESTÃO

Inicialmente, convém esclarecer que, embora conste na descrição do tema aqui discutido que a celeuma gira em torno da cobrança de ICMS pelo

Estado **de origem** (Paraná), na verdade a discussão travada nos autos é se o Estado **de destino** da energia elétrica (no caso, o Rio Grande do Sul) pode cobrar o ICMS.

Isso porque, conforme relatado, a TRADENER LTDA, pessoa jurídica situada no Estado do Paraná, vendeu energia elétrica para a Ipiranga Petroquímica S.A (posteriormente substituída pela Braskem S.A), pessoa jurídica situada no Estado do Rio Grande do Sul.

Ato contínuo, o Estado do Rio Grande do Sul, diante da compra e venda interestadual, autuou a TRANEDER pelo ICMS que deixou de recolher na operação.

Quanto ao Estado de origem (no caso, o Paraná), não há qualquer dúvida de que não está autorizado a cobrar ICMS na operação de compra e venda interestadual de energia elétrica. Vejamos:

De acordo com o artigo 20, §1º, da Constituição Federal, é assegurada à União (EC 102/2019), aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração, no respectivo território, de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais.

O artigo 155, §2º, X, "b", da Constituição Federal, por sua vez, prevê que não incidirá ICMS sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

Ora, são poucos os Estados que concentram a maior produção de petróleo e de recursos hídricos para fins de geração de energia. Logo, são esses poucos Estados que se beneficiam da participação no resultado da exploração constante do artigo 20, §1º, da CF/1988.

Se o Estado de origem recebesse, adicionalmente, o ICMS na operação de venda da energia, estaríamos diante de evidente violação ao pacto federativo.

Portanto, a vedação para cobrança do ICMS disposta no artigo 155, §2º, X, “b”, está direcionada apenas aos Estados de origem, que são, como dito, os maiores produtores de petróleo e energia elétrica.

Em outras palavras: pela redação do artigo 155, §2º, X, “b”, analisado conjuntamente com o artigo 20, §1º, conclui-se que **apenas** os Estados de destino (Estado em que situado o adquirente) podem instituir ICMS sobre as operações interestaduais de energia elétrica.

Foi esse raciocínio, inclusive, que o ilustre Min. ILMAR GALVÃO considerou em seu voto nos autos do RE 198.088, da qual foi relator. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho:

“De acordo com a norma do art. 155, §2º, X, b, da Constituição Federal, o ICMS ‘não incidirá: a) ...; b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica’.

Salta à vista, com efeito, que ela objetiva eliminar, como fonte geradora do ICMS, os poços de petróleo e as refinarias instaladas em poucos Estados, na medida em que exclui da incidência do tributo operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas, prevenindo o agravamento das desigualdades regionais, um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da CF). Prestigiou o constituinte, nesse passo, os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores”.

Dessa forma, é certo que a norma prevista no artigo 155, §2º, X, “b”, da CF/1988, ao proibir a cobrança do ICMS pelo Estado produtor, **t eve por escopo beneficiar o Estado de destino, e não o Estado de origem, tampouco o contribuinte do tributo**. É o que se extrai da conclusão do Plenário desta CORTE nos autos do já citado RE 198088, bem resumido na ementa do acórdão:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.**

Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido”.

Esse entendimento, já consolidado nesta SUPREMA CORTE, foi reproduzido em diversos outros julgados. Vejam-se os seguintes precedentes:

“Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA COM A MATÉRIA A SER APRECIADA NO RE 748.543-RG. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, b, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA, MONOCRATICAMENTE, DECIDIR SOBRE PEDIDOS MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES OU CONTRÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO TRIBUNAL. 1. Inexiste similitude fática entre o caso dos autos e a matéria a ser discutida no RE 748.543-RG. Na hipótese destes autos, discute-se sobre a cobrança de ICMS, pelo Estado de destino, quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final. Já no recurso apontado como paradigma, o Plenário desta Corte irá decidir se a imunidade prevista no art. 155, § 2º, X, b, da CF impede a cobrança do ICMS sobre operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a adquirente que a emprega em processo de industrialização. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a imunidade prevista no art. 155, § 2º, X, b, da CF não abrange o Estado de destino, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico, desde a produção até o consumo. 3. O art. 21, § 1º, do RI /STF autoriza o relator a negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula da Corte. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015”. (ARE 1183834 AgR/BA, rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe. 14/08/2019)

“Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. LUBRIFICANTES DERIVADOS DE PETRÓLEO REMETIDOS A

CONSUMIDOR FINAL OU EMPREGADOS EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTO DIVERSO. ARTIGO 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA QUE SE RESTRINGE AO ESTADO DE ORIGEM, SENDO PERMITIDA A TRIBUTAÇÃO PELO ESTADO DE DESTINO. MULTAS FISCAIS. LIMITES. VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMAS 214, 816, 863 E 487. RE 582.461, RE 882.461, RE 736.090 E RE 640.452. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. REITERADA A DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM QUANTO À MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF)". (ARE 1055486 AgR/RS, Rel. Min. LUI FUX, Primeira Turma, DJe. 20/10/2017)

"EMENTA Recurso extraordinário. Tributário. Imunidade. Operações interestaduais com Combustíveis e outros derivados de petróleo. Artigo 155, § 2º, X, B, CF. Benefício que não se aplica ao consumidor final. Entendimento pacífico do STF. 1. No RE nº 198.088 /SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgado em 17 de maio de 2000, o Plenário da Corte, por maioria, decidiu que a imunidade prevista no art.155, § 2º, X, b, da Constituição Federal incide apenas nas operações interestaduais entre refinarias e distribuidoras, e não entre essas e o consumidor final. 2. A benesse fiscal é outorgada às operações de comércio de petróleo e de seus derivados entre estados federados excluídas aquelas operações interestaduais realizadas entre a distribuidora e o consumidor final. 3. Recurso extraordinário não provido. (RE 374933/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe. 03/04/2014)

Corroborando, ainda, a autorização constitucional de cobrança do ICMS pelo Estado destinatário em operações interestaduais de energia elétrica, bem como a responsabilidade da distribuidora pelo recolhimento da exação, o disposto no artigo 34, §9º, do ADCT, que, embora se trate de disposição transitória, demonstra harmonia com o artigo 155, §2º, X, "b", da CF/1988. Veja-se o teor da norma:

"34, § 9º, ADCT - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última

operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação”.

Ora, se o escopo do artigo 155, §2º, X, “b”, da CF/1988 fosse proibir a instituição do ICMS pelo Estado de destino, seria absolutamente incoerente o artigo 34, §9º, das disposições transitórias.

AS DISPOSIÇÕES DA LEI 87/1996 (“LEI KANDIR”) SOBRE A MATÉRIA

Posteriormente, sobreveio a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), reduzindo o alcance da norma constitucional, para que o ICMS somente incida nas hipóteses em que a energia elétrica objeto de operações interestaduais não for utilizada no processo de comercialização ou industrialização. Veja-se:

Art. 2, § 1º - O imposto [ICMS] incide também:

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

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;

Com a devida vênia aos que consideram válida a norma, entendo que é eivada de inconstitucionalidade a restrição.

Ora, a Constituição Federal, ao dispor sobre o ICMS incidente sobre energia elétrica nas operações interestaduais, apenas impediu que a cobrança fosse efetivada pelo Estado de origem (produtor), não fazendo qualquer restrição quando ao Estado destinatário.

Logo, a meu ver, a norma infraconstitucional que limita a instituição do imposto pelo Estado destinatário, quando a energia elétrica for empregada na industrialização ou comercialização, viola o artigo 155, §2º, X, “b”, bem

como o pacto federativo, colocando os Estados consumidores em situação de desvantagem em relação aos Estados produtores.

De todo modo, quanto ao caso concreto, mesmo que se pudesse superar a questão da inconstitucionalidade da restrição disposta nos artigos 2º, §1º, III e 3º, III, da Lei Kandir, entendo que não assiste razão à autora.

Isso porque o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a quem compete o exame dos fatos e provas constantes dos autos, após analisar as informações trazidas pela perícia, concluiu que a energia elétrica adquirida da autora foi utilizada pela Braskem S.A em sua atividade fim.

Assim, conforme pontuou o relator, *as transformações descritas pelo Perito em seu laudo constituem, na verdade, consequência natural do consumo de energia elétrica pelo usuário final para desempenhar sua atividade fim* (Vol. 8, fl. 41).

Logo, mesmo que se reconhecesse a constitucionalidade da restrição constante na Lei Complementar 87/1996, esta não se aplica à TRADENER LTDA, haja vista que a energia elétrica foi vendida a consumidor final (Braskem).

Para se chegar à conclusão diversa da exarada no acórdão recorrido, seria necessário o incursionamento nos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante a incidência da Súmula 279 (*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*) do STF.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, reafirmo a jurisprudência desta CORTE e dou provimento ao Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul, para julgar improcedente o pedido inicial.

Sugiro a seguinte tese:

1. *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;

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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015:26