

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A peça recursal, subscrita por Procurador do Estado, foi protocolada no prazo legal, considerada a regência do Código de Processo Civil de 1973. Tendo a publicação do acórdão impugnado ocorrido no Diário da Justiça de 6 de fevereiro de 2013 (folha 946), o prazo recursal começou a fluir a partir de 7 seguinte (quinta-feira). Formalizou-se o extraordinário no dia 6 de março imediato (quarta-feira).

Afasto a preliminar de não conhecimento veiculada pela Tradener Ltda. No tocante à alegação de ausência de prequestionamento e de ofensa reflexa, verifica-se enfrentamento suficiente do tema constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, que, mediante o acórdão atacado, assentou, com base na letra “b” do inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, não incidir o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS em relação às operações interestaduais de fornecimento de energia elétrica, para emprego no processo de industrialização do petróleo.

A visão contida no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, formalizado nos embargos declaratórios nos embargos declaratórios no recurso especial nº 1.322.075/RS, transcrita a ementa nas contrarrazões, segundo a qual “é vedado a este Tribunal apreciar a violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, uma vez que o julgamento de matéria de índole constitucional é reservado ao Supremo Tribunal Federal”, além de distanciar-se do acórdão impugnado inicialmente formalizado, decorre do pandemônio jurídico surgido com a quebra do princípio da unirrecorribilidade.

Explique-se melhor: a Constituição de 1988 criou não só o Superior Tribunal de Justiça, como também cinco Regionais Federais. Extinguiu o Tribunal Federal de Recursos. Então, uma fatia da competência do Supremo passou ao Superior Tribunal de Justiça: a relativa à higidez de lei federal ou tratado. Ao contrário do que havia antes, afastou-se o princípio da unicidade recursal. Veio o Superior Tribunal de Justiça a ter competência fixada de forma estrita. Então, acórdãos proferidos pelos 27 Tribunais de Justiça e os 5 Regionais Federais, contendo duplo fundamento, passaram a desafiar, de modo simultâneo, a impugnação mediante os recursos especial e extraordinário. O sistema ficou deficiente. Enquanto, para chegar-se ao Supremo, no campo eleitoral e trabalhista, há de passar-se antes pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Tribunal Superior do Trabalho, em

verdadeira triagem, aliviando a sobrecarga suportada pelo Supremo, tem-se que o extraordinário é cabível contra acórdão dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, além de o ser contra pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Frise-se que os recursos especial para o Superior Eleitoral e de revista para o Superior do Trabalho são adequados presente a contrariedade à Constituição Federal. No tocante a este último, em execução, somente é apropriado quando haja ofensa à Lei Maior. Enquanto isso, não tem o Superior Tribunal de Justiça como admitir o recurso especial por transgressão à Constituição Federal. A reforma constitucional visando restabelecer o sistema está parada na Câmara dos Deputados, sendo que, na gestão do senador Antônio Carlos Magalhães no Senado, houve a aprovação por este último. Tarda a sequência da emenda constitucional para aditar-se o artigo 105 da Constituição Federal e prever-se o cabimento do especial para o Superior Tribunal de Justiça também por transgressão à Lei Maior.

De qualquer forma, a jurisprudência do Supremo é no sentido de ter-se, ultrapassada a barreira do conhecimento de certo recurso, o exame da demanda pelo tribunal competente – verbetes nº 456 (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”) e nº 457 (“O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”) da Súmula do Supremo. Em síntese, todo e qualquer órgão investido do ofício judicante exerce o controle difuso de constitucionalidade. Surge incoerente admitir-se que, apreciando a controvérsia, esteja o Superior Tribunal de Justiça compelido a fechar os olhos à Constituição Federal.

Quanto à matéria de fundo, não é dado reescrever a Constituição Federal, mais precisamente o que se contém na alínea “b” do inciso X do § 2º do artigo 155, a dispor sobre verdadeira imunidade, no que revela não incidir o ICMS “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”. Clareza maior não pode haver, valendo considerar que a alínea “a” do inciso IX do mesmo artigo versa, esta sim, a incidência do imposto e define o sujeito ativo, prevendo competir o tributo ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço, no caso de importação por pessoa natural ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do tributo, pouco importando a finalidade, bem como quanto a serviço prestado no exterior. Explicito, mais ainda, o contexto, valendo-me de voto proferido no recurso extraordinário nº 198.088-5/SP:

[...]

Sob a égide da Constituição decaída, expressão tão a gosto do Ministro Sepúlveda Pertence, competia à União instituir imposto sobre “produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outro tributo sobre elas” (artigo 21, inciso VIII). Por sua vez, previa o artigo 26, inciso I, a distribuição aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios de “sessenta por cento do produto de arrecadação do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, mencionado no inciso VIII do artigo 21, bem como dos adicionais e demais gravames federais incidentes sobre os referidos produtos”.

A matéria mereceu tratamento diverso na Carta de 1988. Dispôs-se, de forma abrangente, competir aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos 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;” (inciso II do artigo 155). No preceito regedor da competência da União, não se repetiu a norma da Carta pretérita, que, conforme teor, alcançava, também, relativamente a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, a circulação, fazendo-se referência à distribuição ou consumo, bem como à produção e importação. Depreende-se, portanto, que, no gênero “operações relativas à circulação de mercadorias”, passou-se a ter, considerada a atividade dos Estados e do Distrito Federal na instituição de tributos, aquelas ligadas a petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como as de energia elétrica. Assente-se a primeira premissa:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias abrangido o petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos.

Houvesse o Legislador-constituente parado aqui, dúvida não teria sobre o acerto, em si, da sentença, do acórdão que a confirmou e do voto proferido pelo Relator. Todavia, desprezando, é certo, a melhor terminologia, o Constituinte de 1988 veio a excepcionar a cobrança generalizada do tributo. Dispôs, na alínea “b” do inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, no campo da imunidade e a partir dos aspectos espacial e objetivo, que o ICMS não incide “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica”. No preceito, há alusão a “operações”, e o vocábulo há de ser tomado como sempre o foi. Vale dizer que a expressão, tão própria ao

tributo em comento, “operações relativas à circulação de mercadorias” faz presumir a saída de um estabelecimento e a entrada em outro, mesmo porque o objeto da operação, a menos que extraviado, não fica, em si, no ar. A venda, a remessa de mercadoria ao adquirente pressupõe a saída e a chegada, fenômenos físicos que integram algo único, ou seja, a operação. Ninguém desconhece que o fato gerador do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias é a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento e o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. A entrada somente é considerada de forma independente quando provém a mercadoria do exterior. Tratando-se de circulação nacional, a operação é única para efeito de incidência do tributo, alcançando saída e entrada da mercadoria. Foge à melhor técnica, aos ditames constitucionais bipartila. Ora, o dispositivo constitucional encerra, em si, imunidade, e esta diz respeito a operações que destinem, a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica. Daí haver aludido, neste voto, ao elemento espacial e à espécie de imunidade como objetiva e não subjetiva. Não se há de estabelecer, em si, distinções; descabe o desdobramento da operação alcançada pela imunidade, no que surge como um grande todo, a abranger a saída da mercadoria e a chegada no Estado de destino, mais precisamente, no estabelecimento daquele que a adquiriu. Em síntese, sob pena de esvaziar-se a imunidade, encerrando-se o ciclo de operações ante a aquisição da mercadoria por consumidor final, não se verificando, portanto, desdobramentos, envolvido deslocamento de um Estado a outro, não há incidência do ICMS. Impossível é inaugurar, como o fizeram, até aqui, os órgãos judicantes que atuaram no caso, uma nova espécie de sistemática para a cobrança do ICMS, afirmando-se inexistente a incidência, ante a letra expressa da alínea “b” do inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, na saída da mercadoria, para a seguir, sem outra operação, dizer-se legítima a cobrança quando da chegada ao estabelecimento destinatário, olvidando-se que a operação é única, englobando, assim, a saída e o recebimento da mercadoria. Vale frisar que a Constituição Federal distingue a imunidade, embora utilizada a nomenclatura “não-incidência”, da atribuição do imposto a um certo Estado. Observe-se a alínea “a” do inciso IX do § 2º do mesmo artigo 155. O preceito, ao versar sobre a incidência do tributo na entrada de mercadoria importada do exterior, define a competência para a cobrança como sendo do Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário

da mercadoria ou do serviço e não o da entrada no território nacional. Nota-se nítida distinção do trato da matéria. Na alínea “b”, regedora da espécie, está encerrada imunidade, e não definição, em si, do Estado ao qual cabe o imposto. O nobre Ministro Relator trouxe à balha o preceito do § 9º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para revelar que, em relação ao petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, deve adotar-se a mesma disciplina, como fizeram os Estados, via Convênio 105/92, da relativa à energia elétrica. Eis o teor do preceito transitório:

§ 9º 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.

Pinço das balizas do preceito o seguinte:

- a) trata-se de disposição transitória;
- b) a disciplina ficou restrita à energia elétrica;
- c) a previsão revelou a matéria imprópria à regência via convênio;
- d) às distribuidoras foi atribuída responsabilidade pelo tributo nas diversas operações efetuadas e que venham a ocorrer;
- e) a referência “ainda que destinado a outra unidade” diz respeito às operações passíveis de incidência do tributo entre produtor-distribuidor, distribuidor-comprador situados no Estado e, por último, vendedor de outro Estado e comprador e, assim sucessivamente.

Daí o cabimento de análise que não implique a incongruência, a conclusão sobre a inocuidade, ante o preceito precário e efêmero, porque transitório, do mandamento constitucional de maior envergadura, que é o permanente.

Em primeiro lugar, o dispositivo apenas versa sobre a energia elétrica, sendo de eloqüente sinalização, no que não veio a abranger o petróleo e derivados. Seria muito simples inserir-se o trato da matéria, mormente considerada a junção verificada na alínea “b” do inciso X do § 2º do artigo 155 do corpo permanente da Carta, a alcançar a energia elétrica, o petróleo e derivados. Isso não ocorreu, não restando campo para que o façam os Estados, muito embora verificado imposto novo para estes últimos. É que o Legislador Constituinte veio a dispor transitoriamente, revelando, com isso, a impropriedade do § 8º do

artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. De qualquer forma, observem-se os parâmetros do § 9º do artigo 34 do Ato das Disposições Transitórias, cujo alcance deve ser perquirido considerando o sistema tributário permanente. Preencheu-se lacuna ante a necessidade de contar-se com lei complementar. Previu-se a qualificação das empresas distribuidoras de energia elétrica, e tão-somente destas, ficando de fora as de petróleo e derivados, como contribuintes ou substitutos tributários, revelando-as responsáveis. A cláusula diz respeito às situações jurídicas em que se tem não só a primeira operação, como também a operação subsequente, ambas tributáveis, aludindo-se, por isso mesmo, à operação final. Ora, o conflito do § 9º do artigo 34 do Ato das Disposições Transitórias, com a imunidade em análise é simplesmente aparente. Não abrange a disposição transitória a operação, em si, que o corpo permanente da Carta revela imune, que é aquela ligada à saída e destinação da mercadoria a um outro Estado, ou seja, a que pode ganhar rótulos de operação intermediária ou de operação derradeira, porque implementada com o envolvimento de consumidor final. A referência se fez à responsabilidade pelo recolhimento do tributo nas operações diversas como são a do produtor ao distribuidor, que não se mostra final e que, logicamente, não é a imune. Em suma, o artigo 9º em comento, ao estabelecer a responsabilidade da distribuidora de energia, e não de derivados de petróleo, há de ter alcance fixado em harmonia com o corpo permanente da Constituição Federal. Entendo-o - torno a dizer - a alcançar as operações em geral, exceto as que destinem a outros Estados energia elétrica. Conclusão diversa implica afirmar que a lei complementar nele prevista poderá esvaziar, por completo, importando em revogação, a imunidade que se quis definitiva.

Repita-se: não se está diante de preceito constitucional voltado a um melhor equilíbrio na distribuição dos tributos, o que seria, confesso, desejável. O que previsto na alínea “b” concerne não à atribuição da cobrança a este ou àquele Estado, mas à imunidade, ficando esta ligada, ante a ordem natural das coisas, à operação como um grande todo. Destinando-se a mercadoria nela envolvida a outro Estado, descabe cogitar, relativamente a esta e não a outra operação que possa se mostrar subsequente, da incidência do ICMS, quer se trate de petróleo e derivados, quer de energia elétrica. Nisso, pouco importa o encerramento, com esse negócio jurídico - de um Estado a outro - das sucessivas operações e, portanto, estar na ponta da linha consumidor final. É possível que, diante do fato de somente uns poucos Estados serem produtores de petróleo, a intenção do legislador tenha sido um maior equilíbrio relativamente a receitas. Todavia, cumpre levar em conta o teor do preceito, o alcance da norma tal como se contém, descabendo a exumação da vontade do legislador e

sem distinguir-se no campo interpretativo a qualificação do destinatário da mercadoria - se contribuinte, ou não. A imunidade surge linear e assim deve ser observada, porquanto tanto vulnera a norma aquele que inclui no respectivo âmbito hipótese não contemplada, como também o que exclui situação por ela alcançada. A imunidade - e sob o ângulo material assim tomo a previsão - surge, é de frisar, abrangente. Sobre operações, e não apenas saídas, que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica não incide o ICMS. Esse é o ditame constitucional, sendo impossível a inserção de cláusula limitativa, considerada a destinação da mercadoria apenas a compradores que imprimam seqüência à circulação. Atribua-se ao legislador o emprego dos vocábulos com sentido técnico. Não se confunda operação com saída, muito embora esta componha a primeira, não a perfazendo, porque indispensável a entrada. É esta a interpretação mais consentânea com a organicidade do Direito, com os textos constitucionais envolvidos, alfim com a segurança jurídica sempre lastreada no respeito às balizas normativas constitucionais, sob pena de vir-se a distinguir onde a lei não distingue ou de transformar-se o ICMS em tributo de "importação" quando da remessa de mercadoria de um Estado a outro, bipartindo-se operação que é única, no que encerra saída de um estabelecimento e entrada em outro. Descabe cobrar o tributo quanto a esta última considerada isoladamente [...].

Desprovejo o recurso extraordinário. Ante o fato de haver sido admitido sob o ângulo da repercussão geral, lanço tese: "A teor do disposto na alínea 'b' do inciso X do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, não incide o ICMS sobre operação que destine a outro Estado energia elétrica, alcançada a saída e a entrada da mercadoria considerados estabelecimentos diversos."

É como voto.