

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Inauguro o presente voto com toda vênua ao Ministro relator pelo esmero no relatório e voto de intrincada questão de alta relevância não só para a garantia da neutralidade econômica o setor elétrico brasileiro, mas, também, para o próprio equilíbrio da federação brasileira.

Inicialmente, cumpre consignar o exato objeto do presente recurso, com a finalidade de fixação de tese objetiva apta a gerar orientação jurisprudencial a todo o sistema judicial, como é próprio da sistemática da repercussão geral.

Em síntese, trata-se de saber se a imunidade do ICMS prevista no art. 155, §2º, X, b, alcança a operação interestadual de comercialização de energia elétrica com destinatário final industrial. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao apreciar a questão procedeu correta aplicação da imunidade tributária em decisão que restou assim ementada:

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. 2.e , inciso III, da Lei n.9 8.820/1989. Precedentes do STF e do TJRS. Hipótese em que a energia elétrica se destinava ao consumo pelo consumidor final na industrialização de derivados do petróleo. 2. A finalidade da não-incidência prevista no art. 155, § 2.º, inc. X, alínea "b" da Constituição da República é harmonizar a distribuição das receitas tributárias entre os Estados produtores e os destinatários da energia elétrica e não beneficiar o contribuinte.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp n.1.322.072 /RS, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi fixada interpretação diversa no sentido de que não há incidência do ICMS no Estado de origem, nem mesmo no Estado de destino, considerando que a energia elétrica fora destinada à industrialização restando a decisão assim ementada:

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.

Oportuno registrar, que trata-se de entendimento isolado que distoa da jurisprudência do próprio STJ (AgRg nº 282.925/PR, REsp 1.340.323/RS) que ao apreciar recurso aviado pelo mesmo contribuinte em ação outra afastou aplicação da desoneração ora pretendida restando a decisão assim ementada:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VENDA A CONSUMIDOR FINAL. O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços não incide na saída de energia elétrica do território de uma unidade federada para incidir na entrada no território de outra; implementação, pelo art. 155, inciso II, § 2º, item X, alínea 'b', da Constituição Federal, de um lado, e pelo art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87, de 1996, de outro, da política fiscal de atribuir ao Estado do destino a arrecadação do tributo quando se tratar de energia elétrica. Se a energia elétrica integrar um ciclo posterior de industrialização ou comercialização sem ser consumida, o tributo não incide; incidirá se a energia elétrica for consumida no processo de industrialização ou de comercialização de outros produtos. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (RE nº 198.088, SP, relator o Ministro Ilmar Galvão). (REsp 1.340.323/RS, rel. Ministro Ari Pagendler, julgado em 06/08 /2013)

Considerando o aspecto eminentemente constitucional da matéria o próprio STJ ao apreciar a questão cita precedente deste Eg. STF fixado no sentido de que a imunidade prevista no art.155, §2º, X, b, fundamentada no princípio do destino, não tem alcance para desonerar o destinatário final restando a decisão assim ementada:

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.(RE 198088, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2000, DJ 05-09-2003 PP-00035 EMENT VOL-02122-03 PP-00618)

A melhor compreensão da questão ora em julgamento, bem como, dos julgados já proferidos pelos Tribunais Superiores se realiza a partir da análise da tributação do setor elétrico sob a perspectiva dos princípios constitucionais federativo, da não-discriminação geográfica e da neutralidade tributária.

Como sabido o setor elétrico brasileiro é integrado por três agentes econômicos na geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que incorrem em diferentes fatos geradores de obrigações tributárias concebidos com vistas a propiciar neutralidade econômica.

Conforme leciona Lucas Bevilacqua a tributação da energia elétrica, antes mesmo da privatização, foi concebida tendo em conta necessidade de neutralidade econômica do setor (BEVILACQUA, Lucas e BUISSA, Leonardo, Seletividade, justiça fiscal e neutralidade concorrencial: o ICMS sobre energia elétrica nos Tribunais Superiores. In: *Interesse público- IP*, Belo Horizonte, ano 19, n.104, p.121-141, jul/ago, 2017, p.131).

A partir do escólio doutrinário de Roque Antonio Carrazza, atribui-se a seguinte configuração constitucional ao ICMS, quando relativo à circulação de energia elétrica:

“Em suma, o ICMS pode alcançar, também, as operações relativas a energia elétrica. Noutros termos, a energia elétrica, para fins de tributação por via de ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria, o que, aliás, não é novidade em nosso direito positivo (CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS* . 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310).

Por sua vez, no altiplano constitucional, torna-se conveniente transcrever os dispositivos normativos relevantes à tributação da energia elétrica via ICMS:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - 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;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

Nessa perspectiva, as operações relativas à circulação de mercadorias podem apresentar diversos sentidos. A partir disso, correntes surgiram tentando explicar o fato gerador do imposto, ou seja, a situação ou hipótese descrita na lei que, realizada de forma concreta, faz nascer a obrigação tributária .

Para parte dos doutrinadores, a operação é caracterizada pela saída física da mercadoria; e, conforme outros, a circulação é jurídica, devendo haver transferência da propriedade da mercadoria. Por fim, defende-se, ainda, que o imposto deveria incidir quando houvesse circulação econômica da mercadoria, isto é, sua evolução na cadeia produtiva da fonte produtora ao consumidor final (RIBEIRO, Ricardo Lodi. O fato gerador do ICMS. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 9, n. 52, p. 143163, jul./ago. 2011).

A circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um

adquirente. A operação, portanto, somente é tributada quando envolve essa transferência, desde que ausente regra obstativa do exercício do poder de tributar, isto é, imunidade tributária.

Em relação à mercadoria *energia elétrica*, entende-se que o ICMS tem por hipótese de incidência possível a circunstância de alguém praticar negócios jurídicos que girem em torno de sua geração, transmissão, distribuição ou consumo. Nesse sentido,

Dentre estas alternativas, a legislação optou pela descrição de uma operação jurídica que possibilite o consumo de energia elétrica. Portanto, atualmente, a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, por força de um negócio jurídico, energia elétrica.

(...)

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas (...) Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade)". (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 310-312, grifo nosso).

Em que pese a existência de reserva de lei complementar para a fixação da base de cálculo desse imposto, nos termos do art. 155, §2º, X, "i", do Texto Constitucional, o Poder Constituinte decidiu no art. 34, §9º, do ADCT, o seguinte:

"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." (grifos nossos)

Por conseguinte, como a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, efetivamente, energia elétrica, transformando-a em

outro bem da vida, o presente tema se resume em responder se a imunidade tributária prevista no art.155, §2º, II, b, tem alcance ao destinatário final industrial.

Em geral, empresas consomem mais energia do que consumidores domésticos, o que exige que a potência disponível seja bastante elevada. Dessa forma, com os objetivos de obter a melhor condição a ser contratada e de evitar pagar multas por ultrapassagem de demanda, as indústrias adquirem diretamente no mercado livre de energia elétrica, inclusive, em outros estados.

A legislação do estado de destino usualmente prevê regime de substituição tributária (ICMS/ST) o que impõe do destinatário final indústria recolhimento do ICMS devido na operação vez que não acobertado pela imunidade tributária prevista que se limita ao estado de origem.

Nesse sentido estudo doutrinário promovido pelo Min.Reynaldo da Fonseca (STJ), em co-autoria com Leonardo e Rafael Campos Soares da Fonseca, bem delimita a aplicação da imunidade tributária prevista no art. 155, §2º, X, b:

(...) por considerar que o beneplácito fiscal visa ao Estado de destino do petróleo e da energia elétrica, a norma imunizante não exonera todo o ciclo econômico dos produtos, de maneira a beneficiar o consumidor final, limitando-se ao Estado de origem.” (FONSECA, Reynaldo; FONSECA, Leonardo e FONSECA, Rafael. Imunidades tributárias específicas ao ICMS jurisprudência do STF. In: DAYAN, Thiago e FANTONI, André. *Processo Administrativo Fiscal no Piauí*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019, p.367-376, p.373.)

A imunidade tributária prevista no art.155, § 2º, X, b, foi prevista foi introduzida por ocasião das discussões da Constituinte de 1988 diante da extinção do imposto único e sujeição ao ICMS que porventura incidisse de modo generalizado representaria um (des)equilíbrio fiscal federativo entre os Estados produtores de potenciais de geração de energia elétrica daqueles não geradores causando, por conseguinte, uma intervenção econômica indesejável no mercado.

Portanto, a imunidade da energia elétrica do art.155, § 2º, X, b, em nada respeita a direito fundamental qualquer do destinatário final. O único dado subjetivo que eleito como critério para aplicação da imunidade é a atividade para a qual o destinatário final procedeu a aquisição da energia elétrica.

Porventura, adquirida por distribuidor a imunidade encontra aplicação, no entanto, tratando-se de destinatário final que emprega a energia adquirida no processo produtivo, ainda que industrial, nítida hipótese de consumidor ainda que considerada tal energia elétrica insumo estratégico do processo produtivo.

Ademais, este Eg. STF tem jurisprudência assente no sentido de que a imunidade do art.155, § 2º, X, b, tem aplicação exclusivamente no Estado de origem:

EMENTA: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL E OUTROS DERIVADOS DE PETRÓLEO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. A legitimidade do regime de recolhimento do ICMS por substituição tributária foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 213.396, de minha relatoria. Entendimento reiterado nos REs 220.308, Relator Ministro Marco Aurélio, e 216.867, Relator Ministro Moreira Alves, entre outros. A imunidade ou hipótese de não-incidência contemplada na alínea "b" do inc. X do § 2.º do art. 155 restringe-se ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino da mercadoria, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos, independentemente de se tratar de consumidor final ou intermediário. Entendimento adotado no julgamento do RE 198.088, de que fui relator. No mesmo sentido, o RE 227.466-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, o RE 272.127-AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, e o RE 201.703, Relator Ministro Moreira Alves. Agravo regimental desprovido.

(RE 190992 AgR, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00127 EMENT VOL-02096-04 PP-00815)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CF, art. 155, § 2º, X, b. I. - Ao Estado do destino dos produtos em causa caberá ICMS sobre eles incidentes. II. - Reconhecimento de contradição no acórdão. Acolhimento dos embargos de declaração. Não conhecimento do RE do Estado de São Paulo.

(RE 338681 AgR-ED, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00085 EMENT VOL-02219-07 PP-01281)

Nessa perspectiva, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul para assentar entendimento de que a imunidade do art.155, § 2º, X, b, não veda a incidência de ICMS nas operações interestaduais de comercialização de energia elétrica à industrial destinatário final.

É o voto.

Tese: “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.”

Plenário Virtual - minuta de voto - 29/10/2014 14:39