

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.362.742 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: RAIZEN COMBUSTIVEIS S.A.
ADV.(A/S)	: RONALDO REDENSCHI
ADV.(A/S)	: JULIO SALLES COSTA JANOLIO
ADV.(A/S)	: VICTOR MORQUECHO AMARAL
ADV.(A/S)	: ANDREA DE SOUZA GONÇALVES CAMPBELL
ADV.(A/S)	: MARCOS ANDRE VINHAS CATAO
RECDO.(A/S)	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES - SINDICOM
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE PACHECO BASTOS
AM. CURIAE.	: FEDERACAO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FIEMG
ADV.(A/S)	: LETICIA DE OLIVEIRA LOURENCO
ADV.(A/S)	: MARIANA BARBOSA SALIBA MOREIRA
ADV.(A/S)	: PEDRO HENRIQUE LACERDA MIRANDA COELHO
ADV.(A/S)	: MARINA CARVALHO BELLONI
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE PETROLEO E GAS
ADV.(A/S)	: LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES - ABRACE
ADV.(A/S)	: SACHA CALMON NAVARRO COELHO
ADV.(A/S)	: TIAGO CONDE TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
ADV.(A/S)	: ÉSIO COSTA JÚNIOR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS REFINADORES PRIVADOS - REFINABRASIL
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE PACHECO BASTOS
ADV.(A/S)	: PEDRO PAULO ALVES CORRÊA DOS PASSOS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de recurso extraordinário no qual se discute a possibilidade de manutenção dos créditos de ICMS relativos às operações internas anteriores à operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo imune ao imposto relativo ao estado de origem.

No caso concreto, a recorrente, distribuidora de combustíveis, adquiriu, em operação interna no Estado de Minas Gerais, combustíveis derivados de petróleo (óleo combustível e querosene de aviação) e os vendeu em operação interestadual. Em razão da citada operação interna, ela se creditou do ICMS. Por ocasião da venda interestadual, sobre a qual incide a imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, da Constituição Federal, não promoveu o estorno do referido crédito, motivo pelo qual foi autuada pelo Fisco Mineiro.

Ajuizou, então, a ora recorrente, ação com o objetivo principal de anular o auto de infração (e-doc. 2 e 23). A sentença foi pela improcedência do pedido (e-doc. 85). O Tribunal de Origem negou provimento ao apelo da parte contribuinte, mantendo, assim, a exigência do estorno do crédito de ICMS. Interpôs a recorrente o presente recurso extraordinário.

Da óptica da recorrente, a manutenção do crédito é devida, sob pena de violação dos arts. 150, inciso II; 152; e 155, § 2º, inciso I; inciso II, alíneas **a** e **b**; inciso X, alínea **b**; inciso XII, alínea **c**, da Constituição Federal. Para o Fisco, a exigência do estorno deve ser mantida, especialmente em razão da aplicação da regra da anulação do crédito relativo às operações anteriores na hipótese de isenção ou não incidência (art. 155, § 2º, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal) e da inexistência de norma em lei complementar federal prevendo a manutenção de tal crédito.

O presente caso é paradigma do Tema nº 1.258, que trata da “[p]ossibilidade de manutenção dos créditos de ICMS relativos às operações internas anteriores à operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo imune ao imposto devido ao estado de origem”.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REGRA DA ANULAÇÃO DO CRÉDITO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES ANTERIORES NA HIPÓTESE DE ISENÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA (ART. 155, § 2º, INCISO II, ALÍNEA B)

A não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, inciso I, do texto constitucional é, consoante a jurisprudência da Corte, medida prevista para evitar a sobreposição de incidências do ICMS ao longo da cadeia econômica, ou, em outras palavras, para evitar o efeito cascata da tributação por esse imposto.

De acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, essa não cumulatividade está relacionada com o regime do crédito físico, o qual “condiciona o direito à entrada de bens que, de algum modo, se integrem na operação da qual resultará a saída da mesma ou de outra mercadoria (industrialização ou comercialização)” (AI nº 493.183/RS-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJe de 8/10/10).

No contexto do ICMS, a não cumulatividade é de observância obrigatória, observadas as exceções permitidas. De acordo com o art. 155, § 2º, inciso II, alíneas **a** e **b**, a isenção ou a não incidência do imposto, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes (alínea **a**) e acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores (alínea **b**).

O Supremo Tribunal Federal, há muito, se debruça sobre o alcance dessas disposições, especialmente sobre a alínea **b**. Nesse contexto, a Corte já compreendeu que a exigência da anulação do crédito de ICMS se aplica no caso de redução de base de cálculo, por essa técnica tributária se enquadrar na noção de isenção parcial (**vide**, por exemplo, o RE nº 174.478/SP e o RE nº 635.688/RS, Tema nº 299). Vale realçar que a anulação do crédito deve ser proporcional à referida redução da base de cálculo.

O que há de comum na isenção, na não incidência e na redução de base de cálculo que ensejam a anulação do crédito de ICMS relativo às

operações anteriores? Nessas hipóteses (isenção, não incidência e redução de base de cálculo), inexistente a cobrança do ICMS na operação de referência, ainda que apenas em parte.

Vejam os um exemplo. Suponhamos que uma indústria venda, em operação interna, determinada mercadoria para um comerciante, sendo essa operação normalmente tributada pelo ICMS. Em razão dessa operação, o adquirente (comerciante) se creditou do imposto até então cobrado. Em seguida, tal comerciante revende a mercadoria, ainda em operação interna, mas sujeita à isenção do ICMS, para o consumidor final. Nesse caso, não houve a cobrança do tributo nessa última operação, devendo, portanto, o comerciante anular aquele crédito. Se, no lugar de tal isenção, tivesse havido a redução da base de cálculo do imposto, o comerciante deveria anular o crédito de ICMS apenas de maneira proporcional a essa redução. Nessa hipótese, parte da cobrança do ICMS na operação com o consumidor final não teria ocorrido (parte relativa à redução da base de cálculo).

Como se nota, para que haja a integral anulação do crédito do ICMS relativo às operações anteriores, a isenção, a não incidência ou a redução de base de cálculo devem resultar, inquestionavelmente, na inexistência de cobrança da integralidade do imposto na operação de referência. De outro giro, constata-se que, se há a total cobrança do imposto na operação de referência, o crédito relativo às operações anteriores deve ser mantido, em observância ao princípio da não cumulatividade.

Visto isso, passo a tratar da orientação da Corte sobre o art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, do texto constitucional. Após, observando essa orientação, adentrarei na impossibilidade de se aplicar, no presente caso, a anulação do crédito de ICMS relativo às operações anteriores na hipótese de isenção ou de não incidência.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SOBRE O ART. 155, § 2º, INCISO X, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Estabelece o texto constitucional que o ICMS “não incidirá” sobre

operações interestaduais com, entre outros produtos, combustíveis derivados de petróleo. A regra consta do art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, da Carta Federal.

Como bem disse o recorrente, a Corte já se pronunciou sobre a interpretação teleológica do dispositivo. Como se verá, a norma em análise exprime verdadeira transferência tributária segundo o princípio do destino, em contraposição ao da origem.

Ambos os princípios costumam ser mais bem trabalhados pelas doutrinas em matéria de direito tributário internacional. Alberto Xavier, por exemplo, leciona que os impostos indiretos que oneram o consumo são “geralmente lançados no país consumidor, revertendo em benefício dos Estados nos quais são consumidos os bens sobre [os quais] incidem”¹. Trata-se do princípio do destino. Já pelo princípio da origem, a tributação cabe ao país de origem. Evidentemente, é possível adaptar essas lições para o plano doméstico em matéria de ICMS, considerando as operações interestaduais. Assim, o princípio do destino implica o lançamento de imposto indireto pelo estado onde são consumidos os bens ou serviços sobre os quais incide, revertendo o imposto em seu benefício. Por seu turno, o princípio da origem implica dizer que o tributo em questão cabe ao estado federado de origem de tais bens ou serviços.

Pois bem. No RE nº 198.088/SP, em que se discutia a aplicação do dispositivo constitucional em comento, tendo presentes operações interestaduais com combustíveis derivados do petróleo, o Plenário da Corte consignou que a norma tem por objetivo prevenir o agravamento das desigualdades sociais, retirando-se dos estados de origem, que geralmente concentram poços de petróleos, a possibilidade de eles cobrarem o ICMS nas operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas. Em tal julgamento, a Corte consignou permitir o dispositivo em alusão que **a tributação ocorra no estado de destino, desde a produção até o consumo**. Na ocasião, destacou-se que a não incidência não foi instituída em prol do consumidor, e sim do estado

¹ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 230.

onde ocorrer o consumo.

Por ser esclarecedor, transcrevo trecho do voto do Ministro **Ilmar Galvão**:

“Salta à vista, com efeito, que objetiva ela [a norma constante do art. 155, § 2º, X, b, da Constituição Federal] eliminar, como fonte geradora de ICMS, os poços de petróleo e as refinarias instaladas em poucos Estados, na medida em que exclui da incidência do tributo as 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). Prestigiu o constituinte, nesse passo, os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores.

(...)

O dispositivo constitucional transcrito não discrimina entre operação interestadual destinada a contribuinte do ICMS e operação interestadual destinada a consumidor.

É patente, entretanto, que não se está, no caso, diante de imunidade propriamente dita, mas de genuína hipótese de não-incidência do tributo — como aliás, se acha expresso no inc. X do § 2º do art. 155 da CF —, **restrita ao Estado do origem, não abrangendo o Estado de destino, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos descritos no dispositivo sob enfoque, desde a produção até o consumo.**

Não beneficia, portanto, o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final. Do contrário, estaria consagrado tratamento desigual entre consumidores, segundo adquirissem eles os produtos de que necessitam, no próprio Estado, ou no Estado vizinho, o que não teria justificativa”

(grifo nosso).

Insta destacar que, na ocasião, o Ministro **Nelson Jobim** acompanhou o Relator, também defendendo que o dispositivo constitucional em comento foi editado com o propósito de garantir a aplicação do princípio do destino. Aliás, Sua Excelência bem lembrou que, no sistema tributário anterior, os combustíveis estavam sujeitos ao imposto único da União, o qual era repartido com as unidades federadas. Com a Constituição de 1988, o antigo ICM (que passou a ser ICMS), de competência dos estados, passou a incidir sobre combustíveis, sendo extinto o imposto único federal. Ocorre que, se fossem aplicadas as regras normais do ICMS, os poucos estados produtores de petróleo ficariam em vantagem. Foi estabelecido, então, “o princípio **puro** do destino, qual seja[,] o tributo, que poderia ser arrecadado na origem, passou a ser arrecadado integralmente no destino” (grifo nosso). Sua Excelência ainda lembrou que foi criado o sistema de royalties, que compensaria a participação dos estados produtores no extinto imposto único.

Em suma, o que se nota é que o dispositivo constitucional em comento foi editado, inequivocamente, com o propósito de **garantir a aplicação do princípio da tributação no destino em sua integralidade**. Intimamente relacionado a isso, **ele não afasta a ocorrência da tributação, e sim garante a possibilidade da cobrança do ICMS, desde a produção, pelo estado onde ocorrer o consumo**. Ou seja, todo o ICMS incidente nessa cadeia econômica deve ser direcionado, ao cabo, ao estado onde ocorrer o consumo.

Há, portanto, como bem sustentou a ora recorrente, **evidente transferência de tributação** em benefício do estado onde ocorrer o consumo. Em outras palavras, **é esse estado, e não o de origem dos combustíveis derivados de petróleo, que detém a competência para tributar as respectivas transações com os consumidores, mediante o ICMS**.

O REFORÇO PELA EC Nº 33/01 DE QUE A INTENÇÃO DO CONSTITUINTE DE 1988 FOI GARANTIR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESTINO EM SUA INTEGRALIDADE

Como se viu, o texto constitucional, em sua redação originária, estabeleceu a aplicação do princípio do destino no que diz respeito ao ICMS sobre combustíveis derivados do petróleo (entre outros produtos). O imposto, como se sabe, permite a incidência plurifásica e demanda, na aplicação da não cumulatividade, a apuração de débitos e créditos.

Ocorre que essas características traziam algumas inconveniências no contexto do comércio de combustíveis, as quais podiam provocar desequilíbrio concorrencial, mormente em razão de abusos no acionamento do Judiciário para a concessão de liminares (que depois eram revogadas) assegurando o afastamento do dever de recolhimento do imposto. Ao que tudo indica, muitos desses acionamentos decorriam de controvérsias em torno da interpretação do já comentado art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**.

Nos debates durante a tramitação da PEC nº 277/00 (Câmara dos Deputados), indicou-se que a técnica da tributação monofásica podia servir para, entre outros pontos, superar aquelas inconveniências. Para se observar o desejo original do constituinte de 1988 quanto à aplicação do princípio do destino, a sugestão foi estabelecer que a arrecadação do ICMS monofásico em questão deveria ser destinada ao estado de consumo. Por serem esclarecedores, transcrevo trechos da justificativa da Emenda nº 12/01, por meio da qual foi sugerido o acréscimo ao texto constitucional de disposição sobre o ICMS-combustível monofásico:

“Incidência Monofásica - Combustíveis Automotivos

Incidência monofásica significa a incidência do tributo uma só vez na cadeia, de modo a evitar a bitributação e a necessidade de sistemática de débitos e créditos, facilitando a administração tributária inclusive através da concentração em poucos contribuintes da obrigação de recolher o tributo.

(...)

Se a incidência monofásica como regra geral é um benefício, no setor de combustíveis automotivos ela é uma absoluta necessidade. O setor vem sofrendo um terrível desequilíbrio concorrencial provocado por agentes que abusam do direito de acionar o Poder Judiciário, obtendo liminares em questões já decididas pelo Supremo Tribunal Federal somente para evitar o recolhimento momentâneo de tributos e a transferência deste suposto benefício para a sua margem de lucro. Desse modo, quando a liminar é revogada, inicia-se um longo e infrutífero processo de cobrança da dívida tributária, com significativo prejuízo ao Erário e consequentemente ao País.

(...)

Arrecadação para o Estado de consumo

A redação adotada neste dispositivo permite que os recursos sobre operações com combustíveis automotivos continuem sendo arrecadados em benefício do Estado de consumo sem os inconvenientes da imunidade constitucional (Constituição Federal, art. 155, § 2º, X, b), que tem gerado diversos questionamentos judiciais que prejudicam um ambiente concorrencial saudável no setor”² (grifos no original).

Note-se que a ideia é que a integralidade do ICMS-monofásico seja arrecadada pelo estado onde ocorrer o consumo dos combustíveis derivados de petróleo. Nada, portanto, fica com o estado de origem.

A sugestão de se acrescentar ao texto constitucional a possibilidade do ICMS-combustível monofásico foi aprovada nos termos da Emenda Constitucional nº 33/01.

² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31546>. Acesso em: 13 nov. 2024.

O relato acima corrobora o entendimento de que sempre foi desejo do constituinte estabelecer, por meio do art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, da Carta Federal, o princípio da tributação no destino, garantindo-se que **a integralidade do ICMS atinente aos combustíveis derivados do petróleo seja arrecadada pelo estado onde ocorrer o consumo.**

Julgo que a recente reforma tributária também tende a corroborar esse entendimento. A EC nº 132/23 previu a possibilidade da instituição do imposto sobre bens e serviços (IBS), de competência compartilhada entre estados, Distrito Federal e municípios. O imposto em questão, que tem por propósito substituir o ICMS e o ISS, observado o período de transição, é orientado pelo princípio ora em comento (princípio do destino). O Ministério da Fazenda, aliás, em página dedicada a esclarecer a reforma tributária, apontou que o IBS e a contribuição sobre bens e serviços (CBS) “serão destinados ao ente onde estão localizados os consumidores dos bens ou dos serviços”³, beneficiando as unidades federadas menos desenvolvidas. No plano normativo, pode-se depreender o princípio em referência, no que diz respeito ao IBS, a partir do art. 156-A, § 1º, inciso VII, e § 4º, inciso II, da Constituição Federal⁴, com a redação conferida pela citada emenda constitucional. Anote-se, ainda, que § 6º do artigo em comento previu (de maneira análoga àquela

³ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Acesso à informação. Ações e programas. Reforma tributária. Perguntas e respostas. 14/08/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/reforma-tributaria/perguntas-e-respostas>. Acesso em: 29 mai. 2025.

⁴ “Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 1º O imposto previsto no caput será informado pelo princípio da neutralidade e atenderá ao seguinte:

(...)

VII - será cobrado pelo somatório das alíquotas do Estado e do Município de destino da operação;

(...)

§ 4º Para fins de distribuição do produto da arrecadação do imposto, o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços:

I - reterá montante equivalente ao saldo acumulado de créditos do imposto não compensados pelos contribuintes e não ressarcidos ao final de cada período de apuração e aos valores decorrentes do cumprimento do § 5º, VIII;

II - distribuirá o produto da arrecadação do imposto, deduzida a retenção de que trata o inciso I deste parágrafo, ao ente federativo de destino das operações que não tenham gerado creditamento”.

inovação trazida pela EC nº 33/01) que lei complementar deve dispor sobre regimes específicos de tributação para combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá **uma única vez** (inciso I).

Nesse contexto, registro que a LC nº 214/25 prevê que o IBS e a CBS incidirão uma única vez sobre as operações, ainda que iniciadas no exterior, com, entre outros, os seguintes combustíveis, qualquer que seja sua finalidade: gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), **querosene de aviação e óleo combustível**.

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO PRESENTE CASO, DA ANULAÇÃO DO CRÉDITO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES ANTERIORES, NA HIPÓTESE DE ISENÇÃO OU DE NÃO INCIDÊNCIA (ART. 155, § 2º, INCISO II, ALÍNEA B)

Como se viu, para a aplicação da regra da anulação (total ou parcial) do crédito relativo às operações anteriores, na hipótese de isenção ou de não incidência (art. 155, § 2º, inciso II, alínea **b**), é necessário que inexista cobrança (total ou parcial) de ICMS na operação de referência.

E o que ocorre no caso de operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo? Nos capítulos anteriores, demonstrou-se que, conforme a jurisprudência da Corte e a intenção dos constituintes, a Constituição Federal estabeleceu, por meio do art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, transferência tributária à luz do princípio do destino, garantido que **a tributação de toda a cadeia econômica dos combustíveis derivados de petróleo, desde a produção, fosse realizada pelo estado onde ocorrer o consumo**. Em outros termos, o ICMS que onera essa cadeia econômica cabe, inteiramente, a tal unidade federada. Há, portanto, a cobrança do imposto.

Se a Constituição não afasta a possibilidade de cobrança do imposto, a consequência lógico-jurídica é a impossibilidade de se invocar o art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, em conjunto com o art. 155, § 2º, inciso II, alínea **b**, para se exigir de quem realiza a referida operação interestadual o estorno (anulação) do crédito do imposto relativo às operações anteriores. Vai nessa direção o parecer da Procuradoria-Geral da República:

“A cobrança da totalidade do imposto, incidente, portanto, desde a produção até o consumo, compete ao Estado de destino do produto, não havendo, efetivamente, hipótese de isenção ou de não-incidência em sentido estrito em prol do consumidor na cadeia produtiva. Daí não ser aplicável às operações que compõem o ciclo econômico da produção de combustíveis derivados de petróleo o art. 155, § 2º, II, ‘b’, da Constituição, que prevê a anulação do crédito relativo às operações anteriores, no caso de isenção ou não-incidência do ICMS”.

Vale ressaltar que a exigência do estorno em referência desvirtua o princípio do destino, adotado pelo texto constitucional (sobre o assunto, **vide** também os pareceres dos professores Alcides Jorge Costa e Ricardo Lodi Ribeiro, constantes dos e-doc. 28/30 e 101, respectivamente). Com efeito, se se mantém tal exigência, o resultado é que a unidade federada de origem manterá em seus cofres uma quantia do imposto estadual que onerou a cadeia econômica equivalente ao valor do crédito estornado.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. Suponhamos que uma refinaria venda por R\$ 100,00 determinada quantidade de óleo combustível para a empresa X (primeira operação), e que essa empresa a comercialize por R\$ 120,00 para a empresa Y (segunda operação), todas situadas no mesmo estado, denominado estado de origem. Consideremos, também, que a empresa Y revenda o bem por R\$ 140,00, em operação interestadual e para fins de comercialização, para a empresa Z (terceira operação), situada no estado de destino, e que essa última empresa mercadeje o produto, por R\$ 150,00, com o consumidor final (quarta operação) também localizado nessa unidade federada. Admitamos, ainda, que a alíquota interna do ICMS em ambos os estados é de 18% e a refinaria não detém qualquer crédito do imposto a ser compensado.

Na primeira operação, a refinaria deve recolher R\$ 18,00 ($R\$ 100,00 \times 18\%$) ao estado de origem, ficando esse imposto destacado na nota fiscal de venda e, assim, gerando crédito para o adquirente (empresa X). Na segunda operação, isso é, revenda da mercadoria pela empresa X, incide ICMS de R\$ 21,60 ($R\$ 120,00 \times 18\%$), sendo isso destacado na nota fiscal. Por força da compensação entre crédito e débito, essa empresa deve recolher R\$ 3,60 ($R\$ 21,60 - R\$ 18,00$) aos cofres do estado de origem. Até então, essa unidade federada arrecadou R\$ 21,60 (R\$ 18,00 por parte da refinaria e R\$ 3,60 por parte da empresa X). Por seu turno, a empresa Y, obtém crédito de R\$ 21,60, em razão do valor de ICMS destacado na última nota fiscal. Na terceira operação, a de revenda da coisa em operação interestadual por tal empresa, não há cobrança de ICMS pelo Estado de Origem, por força do art. 155, § 2º, inciso X, alínea b, da Constituição Federal. Acrescente-se que também inexistente cobrança de ICMS por ocasião da entrada do bem no Estado de Destino, em razão do art. 2º, § 1º, inciso III, da LC nº 87/96⁵.

Caso seja determinado que a empresa Y, que fez a operação interestadual, estorne o crédito de R\$ 21,60, o resultado final será que o estado de origem manterá, em seus cofres, quantia equivalente a essa, já recolhida pela refinaria e pela empresa X ($R\$ 18,00 + R\$ 3,60$). Há aqui, reitero, desvirtuamento do princípio do destino acolhido pelos constituintes, em razão de parte do ICMS da cadeia econômica ficar nos cofres do estado de origem. Somente garantindo à empresa Y a manutenção do referido crédito é que essa situação será ajustada, permitindo que seja zerada a posição do estado de origem.

⁵ “Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto 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” (grifo nosso).

De mais a mais, a exigência do estorno provoca o deletério efeito cumulativo do ICMS ao longo da cadeia econômica, não desejado pelos constituintes. Intimamente relacionado a isso, verifica-se que, via de regra, o consumidor final, localizado no estado de destino, sai prejudicado, na medida em que o estorno do crédito faz com que a tributação cobrada pelo estado de origem seja, ao cabo, repassada para o preço final do produto. Note-se que **o ICMS efetivamente mantido nos cofres públicos ao longo da cadeia, quando há a exigência do estorno, é maior do que aquele que seria efetivamente mantido na hipótese de observância do princípio da não cumulatividade**. Considerando o exemplo anterior, seria recolhido a mais na cadeia econômica o valor equivalente ao estorno determinado.

Com efeito, a empresa Z, que adquiriu o combustível em operação interestadual não obtém nenhum crédito do imposto. Ao revendê-lo ao consumidor final (quarta operação), ela fica sujeita ao ICMS de R\$ 27,00 ($R\$ 150,00 \times 18\%$), os quais devem ser, ante a inexistência de crédito a ser compensado, recolhidos integralmente ao estado de destino. O total de ICMS efetivamente recolhido ao longo da cadeia econômica em questão, na hipótese de exigência do estorno debatido nos autos, é de R\$ 48,60 (R\$ 21,60 recolhidos aos cofres do estado de origem e R\$ 27,00 recolhidos aos cofres do Estado de Destino), recaindo tudo sobre o bolso do consumidor final. Caso fosse garantido o crédito à empresa Y, que fez a operação interestadual (terceira operação), o valor total de ICMS efetivamente recolhido aos cofres públicos seria de apenas R\$ 27,00, isso é, R\$ 21,60 (quantia equivalente ao estorno determinado) a menos do que aquele total.

Corroborando o entendimento, cito, mais uma vez, trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

“O estorno do crédito tampouco é consentâneo com o art. 155, § 2º, I, da Constituição, que consagra o princípio da não-cumulatividade (*‘compensando-se o que for devido em cada operação*

relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal’). O princípio busca evitar, afinal, a incidência repetida do mesmo tributo sobre operações sucessivas, com base em um sistema de creditamento. Sendo recolhido em sua totalidade no Estado de destino, a exigência de estorno do crédito de ICMS, apropriado na operação interna anterior à operação interestadual, acarreta a duplicidade da incidência do imposto, onerando com bitributação os produtos derivados de petróleo para os Estados de destino quando comparados aos consumidos no Estado produtor. Daí o recurso extraordinário cogitar de ofensa ao princípio da isonomia tributária.

A exceção ao princípio da não-cumulatividade do ICMS defendida pelo Estado na hipótese de operação interestadual de derivado de petróleo não tem, portanto, respaldo constitucional.

Havendo regramento constitucional que consagra a totalidade do imposto ao Estado de destino do produto, não se vislumbra exigência de lei complementar para reconhecer o direito do contribuinte à manutenção do crédito tributário”.

A compreensão de que deve ser garantida a manutenção do crédito de ICMS ao contribuinte que realiza a operação interestadual se harmoniza com as lições, adaptadas ao plano doméstico, de Alberto Xavier sobre a aplicação do princípio do destino no plano internacional. Como se viu, nas operações internacionais, geralmente o princípio em tela também é aplicado, cabendo ao país de destino os impostos indiretos sobre bens e serviços. Por conta disso, diz o professor que o país de origem procede, normalmente, a uma medida compensatória, afastando a dupla tributação e evitando interferências na dinâmica da concorrência. A adoção, por esse país, do método do reembolso ou do sistema da isenção muito depende do tipo de imposto incidente. **Leciona o professor que,**

no caso de imposto polifásico, cumulativo ou sobre o valor acrescentado, a mercadoria exportada já foi, antes da exportação, “normalmente objeto de uma ou mais imposições, correspondentes aos vários estádios do seu circuito produtivo e comercial, anteriores à exportação”⁶. Faz, então, o país de origem a restituição dos impostos que incidiu nesses vários estádios. Ademais, ensina que, no caso de “tributação da despesa de tipo monofásico, incidindo o imposto apenas num momento ou fase do ciclo produtivo e mercantil, o sistema geralmente adotado é o da isenção”⁷. Em casos como esse, inexistiria fase anterior sobre a qual o tributo teria incidido.

No presente caso, o ICMS tem caráter **polifásico**, sendo que, no estado de origem, pode ele ter incidido em diversos momentos antes da operação interestadual. O exemplo que mencionei anteriormente vai nessa direção. A simples ausência de cobrança do imposto pelo estado de origem na operação interestadual, com a determinação do estorno do crédito, não é suficiente para o equilíbrio do sistema e afastar a dupla tributação. Como visto, somente com a manutenção do crédito será possível que seja zerado o montante arrecadado pelo estado de origem por ocasião das operações internas que lá ocorreram anteriormente à operação interestadual.

Ao cabo, a exigência do estorno debatido nos autos apenas camufla o fato de que o estado de origem – que (como se viu anteriormente) não detém competência para tributar os combustíveis derivados de petróleo quando há operação interestadual – está a exercer tributação inconstitucional.

OUTRAS CONSEQUÊNCIAS NOCIVAS DA EXIGÊNCIA DO ESTORNO DOS CRÉDITOS DE ICMS DE QUEM REALIZA A OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DO PETRÓLEO

Ainda em relação à dimensão econômica dos efeitos nocivos da

⁶ XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 232.

⁷ Idem, p. 232.

exigência do estorno em referência, cito o parecer constante do e-doc. 229. Em primeiro lugar, ele registra que, conforme dados divulgados pela Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), “os combustíveis e lubrificantes responderam, em média, entre 2002 e 2019, por 32% de todos os custos e despesas” das empresas aéreas brasileiras, sendo que 19% do custo total do querosene de aviação (QAV) corresponde a “Tributos Brasil (ICMS e PIS/COFINS)”. O parecer ainda ressalta que o QAV no Brasil “é um dos mais caros do mundo, sendo, por exemplo superior em 40,4% ao disponível nos Estados Unidos em média em dólares”. Remetendo a relatório da ABEAR, o parecer indica que o grande impacto tributário no preço do QAV “é proporcionado pelo ICMS”. Mais à frente, o parecer revela que a exigência do estorno debatido nos autos provoca, em média, aumento de 22% no preço que o consumidor do QAV tem de pagar. Se for considerada a maior alíquota de ICMS, o aumento vai para 33%.

Outro efeito nocivo do estorno debatido nos autos, realçado pela Associação Brasileira dos Refinadores Privados (RefinaBrasil), consiste no risco de ele afetar negativamente a cadeia de abastecimento de derivados de petróleo no interior do País (e-doc. 273, p. 11 e seguintes). Isso porque, se for exigido o estorno nas operações interestaduais, as refinarias e os formuladores que produzem tais combustíveis darão preferência (para não terem de estornar seus créditos) às operações de venda interna. E, no tocante às refinarias não verticalizadas, a RefinaBrasil indica que a exigência do estorno dos créditos do ICMS cobrado nas operações de compra de insumos “resulta em perdas de receita na ordem de R\$ 1,5 bilhão por ano para o setor, que hoje representa 20% do mercado de derivados comercializados no país”. Ainda ressalta o **amicus curiae** que “os insumos correspondem a aproximadamente 90% dos custos de produção dos combustíveis”.

Convém ainda citar o parecer trazido aos autos pela RefinaBrasil, subscrito por um grupo de economistas da LAC – Consultoria Econômica (e-doc. 313). De acordo com esse parecer, a restrição ao crédito de ICMS “não possui racionalidade econômica e **acarreta em bitributação para**

todas as rotas de produção nacional (i.e. exceto para a importação direta do combustível)". A medida em tela provoca resíduo tributário de ICMS que "representa de **25 a 27% no preço da refinaria**, quando a refinaria adquire petróleo importado ou no mesmo estado". Ainda de acordo com o documento em referência, deixar de garantir o crédito de ICMS em debate resulta em "bitributação equivalente a adicional de **custos de R\$ 861 milhões por ano** para consumidores de QAV e OC".

Diz ainda o parecer da LAC – Consultoria Econômica que, com a restrição: os preços desses combustíveis são "**majorados em até 27%**", impactando os custos das companhias aéreas com QAV e os preços dos fretes marítimos; há o "**desestímulo à produção de UFs superavitárias** na venda dos combustíveis para outros estados e restrição das opções de consumo nestes estados"; há a "**perda de eficiência por aumento de custos logísticos** como o distanciamento da demanda e mudanças de rotas de distribuição para os combustíveis, à medida que o abastecimento seria deslocado para os estados com refinarias".

Também o parecer em alusão aponta que a restrição ao crédito "favorece combustível importado em detrimento do nacional". Especificamente, indica que a importação de QAV e OC "aumentaria em R\$ 1,3 bilhão por ano, valor 45% superior ao atual", comprometendo a autossuficiência energética do país, aumentando sua vulnerabilidade a choques externos e desestimulando os investimentos na cadeia local de refino.

Em suma a não incidência de que trata o art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, do texto constitucional cuida-se de verdadeira imunidade com a finalidade especial de proteger a aplicação do princípio do destino no contexto das operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. Nessa toada, não há como se invocar a aplicação do art. 155, § 2º, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, de maneira a exigir a anulação, por parte da empresa que realiza operação mencionada naquele dispositivo, do crédito do imposto relativo às operações internas

anteriores.

As considerações acima dão conta de que é verdadeiro **contrassenso**, ainda mais quando se considera a importância dos combustíveis derivados de petróleo para a economia, **exigir aquele estorno**, o qual provoca aumento de tributação ao longo da cadeia de circulação desses produtos. Afinal, **a real intenção dos constituintes, ao prever aquele dispositivo (art. 155, § 2º, inciso X, alínea b), não foi aumentar a carga tributária sobre os combustíveis derivados de petróleo, mas apenas, reitero, garantir a aplicação do princípio do destino, em benefício do estado onde ocorrer o consumo.**

ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Na espécie, tanto o Juiz Sentenciante quanto o Tribunal de Origem concluíram que estava correta a exigência pelo Estado de Minas Gerais do estorno do crédito de ICMS relativo às operações anteriores à operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo realizada pela ora recorrente. Mantiveram, com isso, o auto de infração originário contra ela lavrado.

É o caso, portanto, de dar provimento ao recurso extraordinário da Raízen Combustíveis S.A., para, reformando o acórdão recorrido, cancelar o citado auto de infração.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, cancelar o auto de infração originário lavrado contra a recorrente.

Ficam invertidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

Proponho a fixação da seguinte tese para o Tema nº 1.258:

“O art. 155, § 2º, inciso X, alínea **b**, da Constituição Federal

RE 1362742 / MG

não enseja a anulação do crédito do ICMS cobrado nas operações internas anteriores”.

É como voto.