
A cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia e o STJ

Como é de amplo conhecimento, nobres julgadores vêm declarando a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre os valores decorrentes do contrato de demanda reservada de potência. Em apertado resumo pode-se firmar que o referido instrumento visa garantir o volume de energia e potência necessárias para a realização das atividades produtivas de grandes consumidores.

A ilegalidade da cobrança do imposto decorre principalmente pela inexistência de circulação econômica da mercadoria, uma vez que a demanda contratada não ingressa no estabelecimento contribuinte, caracterizando-se como uma garantia de fornecimento.

Não restando dúvidas quanto a ilegalidade da tributação, o STJ editou recentemente (setembro de 2009), a Súmula 391, *verbis*:

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Ocorre que, como no direito nada é unânime, alguns juristas como procuradores e magistrados, *data vênia*, interpretam equivocadamente o entendimento lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça. Para eles a jurisprudência do STJ, agora concretizada pela Súmula nº 391, declara que a base de cálculo do ICMS nas operações sob comento, consiste no somatório entre a energia elétrica consumida e a parcela da demanda reservada utilizada pelo contribuinte.

Apesar de valorosos, os defensores da referida tese não se atentaram para o fato de que a energia consumida pelo contribuinte advém do próprio contrato de reserva, desta forma, a tributação somente se justificaria se houvesse uma legislação (inconstitucional) autorizando a incidência de ICMS sobre um negócio jurídico em que o objeto é uma simples garantia.

A súmula é precisa ao afirmar que *o ICMS deve incidir sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência utilizada*, ou seja, o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica consumida. O bem tributado é a energia elétrica ativa (aquela que sai da tomada e movimentada as máquinas) e não a potência reservada (encontrada na rede não ingressando no estabelecimento).

A expressão “*Valor da tarifa de energia*” constante na súmula retira quaisquer dúvidas sobre o *thema*. Demanda reservada não é energia ativa, calculada no relógio medidor, mas sim, potência. Frise-se que o contribuinte utiliza kW/h (medida de energia) e não kW (medida de potência). Com certeza ninguém levou um choque de demanda ou de potência.

Já no ano 2000, o ministro José Delgado no julgamento do Resp 222.810, frisou o fato de não haver lei determinando a reserva de demanda como fato gerador do imposto, salientando: “a só formalização desse tipo de contrato de compra e fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”.

A própria Ministra Eliana Calmon, que relatou o projeto da mencionada súmula, quando relatora do recurso (Resp 343.952) afirmou: “é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor. Conforme concluiu a ministra, o ICMS só incide sobre a mercadoria transferida, naturalmente não incidindo sobre o que não circulou e não se transferiu. Para ela, como a empresa compradora não recebe a energia da reserva, apenas paga para mantê-la reservada, o imposto não pode ser exigido.”

Desta forma, como nos elucida o douto voto transcrito, não sendo a demanda contratada uma mercadoria, mas apenas uma garantia de fornecimento, não existe circulação econômica e, por conseguinte, não é base de cálculo do ICMS.

Date Created

22/11/2009