

ICMS incide sobre energia usada, e não sobre a contratada

31/12/2008

A energia elétrica foi equiparada no sistema constitucional à mercadoria para a incidência do ICMS. O fato gerador — a circulação dessa mercadoria — se dá no momento de seu efetivo uso pelo consumidor. Portanto, a cobrança do ICMS sobre energia elétrica não incide no valor da demanda contratada, mas apenas do montante consumido.

Com esse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou recurso da Fazenda Pública Estadual que pretendia cobrar o tributo de um consumidor sobre a chamada demanda reservada de potência e não sobre a energia efetivamente consumida. A decisão, por votação unânime, é da 11ª Câmara de Direito Público. O relator foi o desembargador Aroldo Viotti.

Nos últimos anos, as empresas adotaram a chamada demanda reservada de potência como estratégia para se precaver de eventuais problemas no fornecimento de energia elétrica. A fornecedora de energia coloca à disposição da empresa determinada quantia de energia, a qual não poderá ser comercializada com terceiros, pois a qualquer momento pode ser necessária para a empresa que a adquiriu mediante contrato. A empresa consumidora paga pela demanda de energia, mesmo que não utilize tudo.

Essa relação contratual entre empresa e fornecedora criou duas espécies de valores a serem pagos pela empresa consumidora: um é o valor sob o que foi contratado, ou seja, paga-se pela garantia de fornecimento da energia elétrica, nos termos que foram dispostos no contrato. O outro valor corresponde ao consumo de energia elétrica, sobre o qual já se levantam discussões jurídicas sobre a incidência de imposto.

O caso que chegou ao Tribunal de Justiça paulista discute a incidência ou não do ICMS sobre a demanda reservada de potência de energia elétrica. A 11ª Câmara de Direito Público decidiu afastar a exigência do tributo sobre a demanda contratada de energia elétrica por entender que somente incidente o ICMS sobre a energia efetivamente utilizada.

Divergências nas bases

A decisão beneficiou um supermercado paulista, que pedia Mandado de Segurança contra o que considerou cobrança indevida de ICMS. A Fazenda do Estado contra-argumentou afirmando que a demanda de potência não é uma mercadoria ou serviço autônomo, sobre cujo fornecimento seria cabível questionar a incidência do ICMS. Na opinião dos advogados do estado, a incidência do imposto ocorreria com o fornecimento ou saída da energia, sendo que restaria analisar se a parcela em debate pode ou não compor a base de cálculo.

O governo paulista, então, apresentou a tese de que estaria em questão na Justiça a inclusão, na base de cálculo do tributo, de um elemento usado para a formação do preço cobrado do consumidor da mercadoria. E, nesse ponto, sustentava que a parcela da chamada demanda de

potencia de energia elétrica integraria a base de cálculo do ICMS.

No entendimento dos desembargadores que participaram do julgamento, a mera formalização do contrato não caracteriza a circulação de mercadoria. Ou seja, o fato gerador do ICMS não se configura com o simples contrato. Para sua configuração, é necessária a efetiva circulação física ou econômica da mercadoria (energia elétrica), em termos de seu real consumo.

O pensamento que predominou na turma julgadora foi o de que o valor da operação é a base de cálculo do ICMS. Então, o valor da operação corresponde ao que é entregue ao consumidor, que é a energia elétrica efetivamente consumida.

“Dúvida não resta de que à impetrante [o supermercado] assiste o direito de não ser compelida a pagar ICMS sobre o valor de energia elétrica que não consumiu”, afirmou o relator, desembargador Aroldo Viotti.

A turma julgadora, formada também pelos desembargadores Pires de Araújo e Ricardo Dip, seguiu a mesma orientação no sentido de que, se tratando de energia elétrica, o tributo só incide sobre a mercadoria efetivamente fornecida, “e não sobre o mínimo de consumo contrato, em decorrência de contrato de demanda reservada, em que o consumidor se obriga a pagar por um determinado consumo mesmo na hipótese do consumo efetivo não atingir esse montante”.

Em outras palavras, ao exigir ICMS sobre o valor da demanda reservada de potência ao supermercado, o estado cobrou o imposto sem a ocorrência do fato gerador daquele tributo. Tal atitude desrespeitou a Constituição Federal e a jurisprudência firmada no Tribunal de Justiça paulista, de acordo com a 11ª Câmara de Direito Público.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-dez-31/icms_incide_energia_usada_nao_contratada/