

Andrade: ICMS sobre demanda contratada de potência

14/05/2020

Em 2009, o STJ julgou, sob dinâmica repetitiva, o REsp nº 960.476, em que se controvertia a incidência do ICMS sobre os valores pagos pelo consumidor à concessionária de energia elétrica a título de "demanda de potência contratada". Meses depois, sumulou no verbete nº 391 o entendimento consagrado no precedente: "*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada*".



Ao assim decidir, a corte revelou uma grave

incompreensão dos conceitos de física envolvidos; apreendendo mal os fatos, a aplicação do Direito sobre eles, como era de se esperar, resultou canhestra.

Explica-se. Potência, medida normalmente em *watts*, é a grandeza física que mensura a quantidade de energia fornecida por uma fonte em um átimo de tempo. É possível medi-la, é possível atingi-la, mas não é possível consumi-la nem gastá-la. Passível de consumo é, apenas, a própria energia, e esse fenômeno é normalmente medido em *watts/h*.

Em um singelo exemplo: numa sala, há uma lâmpada de 200 w, que fica ligada por uma hora durante um dia; na sala ao lado, há uma lâmpada de 100 w, ligada por duas horas. Ao final do dia, o consumo de energia em cada sala terá sido igual: 200 w/h; a potência necessária em cada sala, no entanto, é diferente, pois na primeira sala a quantidade de energia que trafega na sua rede em um mesmo instante é maior.

Demanda de potência tem, então, a ver com o chamado "pico de energia", isto é, com a quantidade máxima de energia que poderá trafegar ao mesmo tempo em um ponto de consumo. Quanto maior a demanda de potência, mais robustos devem ser a fiação, os equipamentos e a estrutura geral da rede elétrica no ponto de consumo, e maior, por conseguinte, o custo para viabilizar o fornecimento seguro da energia.

Essa estrutura é fornecida e instalada pela distribuidora de energia — que, para dimensioná-la, deve aferir justamente a quantidade de energia passível de consumo quando todas as máquinas do usuário estiverem funcionando simultaneamente.

Por isso, a norma reguladora (Res. Aneel 410/14, artigo 2º, XXI e XXXVII) prescreve que, para grandes usuários (integrantes do Grupo A), o custo necessário para atendimento da demanda é cobrado separadamente do valor da energia consumida propriamente.

São as chamadas tarifas "binômias". Nelas, autonomizam-se duas relações jurídicas distintas, ainda que contracenadas simultaneamente entre as mesmas partes:

- a) Uma relação jurídica mercantil, cujo objeto é a venda de mercadoria energia elétrica; e
- b) Uma relação jurídica cujo objeto é a preparação e disponibilização temporária de infraestrutura adequada para atendimento da demanda de potência.

Ainda segundo a Resolução Aneel 410/14 (artigo 104, §1º), o valor imputável à demanda contratada será devido integralmente ainda que, no período de medição, ela não tenha sido atingida. Esse racional é indisputável, afinal o custo da distribuidora para instalar e manter uma estrutura para atender uma demanda de, digamos, 500 w, será o mesmo ainda que, naquele mês, o usuário tenha atingido um pico de apenas 450 w.

Já se vê, de qualquer forma, por que o ICMS não deve incidir sobre o valor da demanda contratada: ela simplesmente *não mensura uma operação mercantil translativa da propriedade de um bem móvel*. A base de cálculo infirmaria a materialidade possível do ICMS se a demanda contratada a integrasse.

O STJ, porém, não compreendeu bem o conceito físico de demanda de potência delineado acima. Tomou-o como se fosse *uma estimativa de energia a ser consumida pelo usuário, como um "crédito de energia" para consumo futuro*.

Concluiu, então, que somente a demanda *efetivamente consumida* somaria à base do ICMS. É o que se lê na Súmula nº 391.

A conclusão seria perfeita se a premissa estivesse correta. Mas, como se viu acima, a premissa está completamente equivocada, na medida em que potência não é passível de consumo, e a demanda contratada não guarda nenhuma relação com a quantidade de energia elétrica consumível em um intervalo de tempo.

Para tentar dar algum sentido à Súmula nº 391, é necessário conferir à expressão "utilizada" não a semântica de "consumida", mas a de "atingida". No exemplo de uma indústria que haja contratado com a distribuidora uma demanda de potência de 500 w por R\$1 mil, se ela alcançou, no mês um pico de 450 w, o ICMS incidiria proporcionalmente sobre a "demanda atingida" (=90% de 500 w), isto é, sobre R\$ 900 (=90% de R\$1 mil).

Assim entendida a súmula, a impropriedade do conceito físico subjacente fica resolvida, mas o equívoco jurídico-tributário persiste, afinal o ICMS passa a incidir sobre parte de uma grandeza que não mensura operação mercantil nenhuma.

Em teoria, a Súmula nº 391 erige um Frankenstein no meio do caminho entre as pretensões do contribuinte (que deseja excluir inteiramente o valor da demanda) e do Fisco (que deseja incluir inteiramente o valor da demanda).

Na prática, porém, representa uma vitória para os Fiscos estaduais, uma vez que, em condições normais de produção, o pico de energia é comumente muito próximo daquele que foi estimado contratualmente; basta, para tanto, que o usuário tenha funcionado, em algum momento no mês, com sua capacidade instalada máxima.

A demanda de potência "atingida", assim, é no mais das vezes muito próxima ou mesmo igual à demanda de potência contratada e, sempre que isso ocorre, o seu valor integral, sob o entendimento sumular, verte à base de cálculo do ICMS.

Tanto é assim que o estado de São Paulo, por exemplo, não hesitou em "se conformar" com o entendimento sumulado e o incorporou ao ordenamento através da Lei Estadual nº 16.886/18.

Pois bem. Coincidentemente, no mesmo setembro de 2009 em que o STJ editou a Súmula nº 391, o STF reconheceu repercussão geral ao tema no REExt nº 593.824. Depositou-se, então, no Supremo a esperança de que o tema fosse "endireitado" e que a análise jurídico-tributária lá se realizasse com as premissas fáticas corretas hauridas da física.

Uma década se passou (como se cansam de esperar os contribuintes!) e o *leading case* acaba de ser finalmente julgado pelo Plenário. Por expressiva maioria de 9 a 2, assentou-se a seguinte tese:

"A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor".

O enunciado soa bem. Tem-se a impressão de que os pecados conceituais da Súmula STJ nº 391 foram expiados, afinal já não se fala em "demanda utilizada". Ao contrário, consigna-se simplesmente que a demanda de potência não se sujeita — nunca, nem parcialmente — ao ICMS porque não configura uma operação de consumo de energia. Premissa correta, conclusão perfeita.

O alcance preciso da tese fixada será conhecido somente quando da publicação da íntegra do acórdão. Por ora, o que se conhece é, apenas, o voto condutor do ministro relator Edson Fachin, já divulgado na imprensa.

O conteúdo do voto de Sua Excelência, no entanto, preocupa. Inobstante a apurada redação final da tese jurídica fixada, a fundamentação que a precede é toda construída a partir do voto vencedor do saudoso Teorí Zavascki no REsp nº 960.476. Uma interpretação sistemática do voto do ministro Fachin, portanto, pode sugerir que está, na verdade, *apenas endossando, e não propriamente aprimorando, o entendimento do STJ*.

Tanto assim que, logo antes de enunciar a proposta de tese, o eminente relator derrapa no mesmo equívoco conceitual de sempre, afirmando que não integra a base do ICMS *"eventual montante relativo a negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de*

potência não-utilizada" (grifo do autor).

Essa fundamentação, portanto, poderá render dissenso sobre o verdadeiro alcance da tese fixada. Se a íntegra do acórdão não esclarecer o ponto, ainda se poderá eventualmente dirimi-lo em embargos de declaração, interposto por qualquer das partes.

O que se deve evitar, a nosso ver, a qualquer custo, é que, após 15 anos de litígios, com a produção de um precedente em regime repetitivo, uma súmula e um precedente em repercussão geral pelos tribunais superiores, reste na boca aquele acre sabor de "tudo certo, nada resolvido".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-14/andrade-icms-demanda-contratada-potencia/>