

DIREITO TRIBUTÁRIO

DIREITO CONTRIBUINTE CREDITAR-SE ICMS ENERGIA ELÉTRICA

Com a promulgação da Constituição da República em 05/10/1988, atribuiu-se competência aos Estados e do Distrito Federal, para instituírem imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, denominado de ICMS.

Este imposto estadual, que substituiu o antigo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias – ICM -, ampliou de forma significativa suas hipóteses de incidência, dentre elas, sobre o fornecimento de energia elétrica. Este fornecimento se configura como serviço público essencial, que se incumbe ao Poder Público, que na forma prevista em lei, direta ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, deve prestá-lo.

Como os Estados não podem tributar os serviços por eles próprios prestados, passaram suas prestações pelo regime de concessão para empresas privadas, com isto resultando duplo benefício às Administrações Públicas: de um lado, passaram a responsabilidade e todo o custeio às atividades privadas, que passaram a receber as taxas incidentes sobre os serviços; e de outro, aumentaram sua arrecadação, pela tributação do ICMS, acarretando, porém, prejuízos aos cidadãos, quais sejam: a taxa dos serviços públicos tomaram por base os contratos de concessão, em que se deve preservar seu equilíbrio econômico à concessionária – inclusive de lucro que não se encontra no custo do serviço público --, e de seus substanciais aumentos decorrentes do repasse em seus preços, do ICMS.

Para os contribuintes do imposto, preservou-se o direito dele não ser cumulativo, sendo a eles assegurado direito de compensar-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.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, os Estados celebraram o Convênio nº. 66, de 14/12/88, para fixar regular provisoriamente, dispondo a este respeito que, não implicaria crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações, a entrada de mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial, não sejam nele consumidos ou não integrem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição. A Lei nº. 6.374 de 1.989, do Estado de São Paulo, praticamente repetiu este preceito, dispondo que seria vedado o crédito relativo a mercadoria entrada ou adquirida e, conforme o caso, a prestação de serviço tomado, para uso ou consumo, assim entendido o que não seja utilizada na comercialização e a que não seja empregada para integração no produto ou para consumo no respectivo processo de industrialização ou, ainda, na prestação de serviço.

Estabeleceu-se, assim, celeuma sobre direito de compensação do ICMS que incidiu sobre fornecimento de energia elétrica, sendo ela dirimida com a edição da Lei Complementar nº. 87 de 13/12/96, com as alterações lhe dadas pela Lei Complementar nº. 102 de 11.07.2000, cuja redação de seu art. 33, inciso II, letra b, assegura direito de crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando consumida no processo de industrialização. Mesmo em face deste preceito, parte da jurisprudência interpretou que não haveria direito a este crédito, e outra parte de que este direito estava assegurado pelo precitado dispositivo.

Em recente decisão publicada em 15/09/2008, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão prolatado pela sua Primeira Seção em Embargos de Divergência, afastou derradeiramente qualquer dúvida existente a respeito do direito em comento,

assentando a pacificação de sua jurisprudência, no sentido de que ***“O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica “no processo de industrialização” ou ter utilizado serviços de comunicação na “execução de serviços da mesma natureza”.***

Destaca-se desta interpretação, que o contribuinte deve comprovar ter utilizado a energia elétrica no processo de industrialização. Para esta comprovação, recomenda-se que os estabelecimentos industriais solicitem à concessionária de energia elétrica, que instale nas dependências onde exerça seu processo de industrialização, aparelho medidor de energia separado daquele que mede o seu consumo geral.

A respeito do direito de aproveitar-se do crédito do ICMS gerado pelos serviços de telefonia, a prova de seu consumo ou exclusivo uso na comercialização de produtos, se apresenta mais dificultosa, a não ser que se instale linha telefônica especialmente para este fim, e que assim possa ser demonstrado em eventual questionamento formulado pela Fazenda Estadual.

Dr. José Maria Duarte Freire
Advogado – OAB-SP nº. 64.398
Especialista em Direito Tributário
E-mail: jm-freire@uol.com.br