

STF reconhece impossibilidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica

RAFAEL MARBACK DE MENEZES
Sócio do Nogueira Reis Advogados



Há muitos anos o Judiciário vem discutindo a incidência do ICMS sobre a “demanda contratada” constante das faturas de energia elétrica dos contribuintes enquadrados como grandes consumidores em razão do exercício das suas atividades empresariais.

Isso porque, a “demanda contratada” consiste em mera disponibilidade de potência, pois trata-se de garantia contratual de que a potência dimensionada e solicitada pelo consumidor será continuamente fornecida pela concessionária, devendo ser paga independentemente da sua efetiva utilização.

Portanto, a “demanda contratada”, não se confunde com o consumo efetivo de energia elétrica, medido em KWh, absorvido pelo consumidor após a saída da energia da linha de transmissão e do ingresso em seu estabelecimento, motivo pelo qual não se subsume ao fato gerador do ICMS.

Seguindo esta linha, os Tribunais Estaduais vinham reconhecendo a procedência do pleito dos contribuintes quanto à não incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, haja vista a inexistência de qualquer circulação de mercadoria na contratação desta demanda.

A discussão chegou ao conhecimento do STF por meio do RE 593.824/SC, que diante da relevância jurídica, em 28/08/2009, reconheceu a repercussão geral da tese (Tema 176), fato que implicou na suspensão dos processos em andamento envolvendo a matéria, até que apreciada definitivamente pelo Plenário da Suprema Corte.

Para o alívio dos contribuintes, mesmo em meio à pandemia, o STF, enfim, julgou o RE 593.824/SC, reconhecendo a procedência do pleito dos contribuintes, fixando 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 consu-

midor.”

A consolidação do entendimento do STF acerca da não incidência do ICMS sobre a “demanda contratada”, partindo do pressuposto de que somente integram a base de cálculo do ICMS os valores que correspondam com o efetivo consumo de energia elétrica, ganha ainda mais importância na conjuntura atual, pois garante “solo firme” para os contribuintes que ingressaram ou pretendem ingressar em juízo contestando a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST).

Assim como ocorre com a “demanda contratada”, não existe circulação de mercadoria nas fases de distribuição e transmissão de energia elétrica, tampouco transferência de titularidade do bem, sendo certo que o fato gerador do ICMS apenas se perfaz quando do efetivo consumo da energia elétrica pelo consumidor final, conforme entendimento recém-firmado pela Suprema Corte.

De tal sorte, para aqueles grandes consumidores de energia elétrica que ainda não ingressaram em juízo contra a cobrança do ICMS sobre a “demanda contratada”, assim como para aqueles que estejam suportando a incidência do ICMS sobre as tarifas de distribuição (TUSD) e transmissão (TUST) de energia, o momento é bastante oportuno e seguro, haja vista a consolidação do entendimento do STF no julgamento do RE 593.824/SC, possibilitando a adoção de medida judicial pela suspensão imediata da cobrança do imposto estadual sobre tais rubricas constantes das faturas de energia, assim como pela restituição dos valores pagos indevidamente nos últimos 5 anos, devidamente corrigido pela Selic.

Diante do cenário de crise econômica instaurado com a pandemia da Covid-19, medidas oportunas destinadas à redução de custos operacionais, proporcionando algum alívio ao fluxo de caixa das empresas com respaldo jurídico, não devem passar despercebidas em tempos tão difíceis.