

ICMS sobre demanda contratada – 30 anos depois, parece que temos um desfecho sobre o tema

TRIBUCI, Einar. “ICMS sobre demanda contratada – 30 anos depois, parece que temos um desfecho sobre o tema”. Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 18 de maio de 2020.

Não é de hoje que os consumidores de energia elétrica questionam a cobrança dos diversos itens que constam nas faturas recebidas das distribuidoras. Como de costume, os tributos são quantias que saltam aos olhos, como, por exemplo, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) sobre a circulação de energia elétrica, cuja alíquota pode chegar a 32%

O ICMS sobre a energia elétrica representa importante fonte de arrecadação dos Estados e, por isso, qualquer discussão tributária que ameace os cofres públicos recebe grande atenção de seus agentes e sensibilidade do judiciário devido ao potencial impacto econômico que pode gerar. E não foi diferente o que ocorreu com a discussão do ICMS sobre a demanda contratada.

A demanda contratada é devida pelas unidades consumidoras do grupo A , e definida pela Resolução Normativa ANEEL nº 414, de 2010 como a demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW). Trata-se meramente de uma expectativa de consumo de energia elétrica, que pode ser atingida ou não, mas que por essa norma depreende-se que deve ser integralmente paga pela unidade consumidora, independente se houve o seu consumo de fato.

Ocorre que, algumas distribuidoras incluem o valor total da demanda contratada, seja ela consumida integralmente ou não, na base de cálculo do ICMS. Observe que aqui não se trata de uma ilegalidade cometida pelas distribuidoras, mas sim a sua observância de norma estadual, enquanto responsável tributária pelo recolhimento do tributo em nome do contribuinte de fato e de direito, o consumidor. Não obstante, o fato gerador do ICMS se dá com a circulação da mercadoria, que para simplificação de entendimento, se dá com a transferência jurídica do bem, e que no caso da energia elétrica concretiza-se no momento do seu efetivo consumo. *Diante disso, cobrar ICMS sobre uma expectativa de consumo, que é justamente o que ocorre quando se considera a demanda contratada não consumida na base de cálculo do ICMS, é ilegal por não haver subsunção do fato à norma.*

Apesar de parecer um tanto quanto lógico esse raciocínio, as Secretarias de Fazenda dos Estados insistiam na cobrança do ICMS sobre o valor da demanda contratada da energia elétrica. Em razão disso, ao longo dos últimos 30 anos pendia nos tribunais a discussão envolvendo a base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, se a demanda contratada ou o montante dessa demanda de fato consumida.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula 391, pacificando a questão nos tribunais inferiores com o seguinte entendimento: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Nesse contexto, alguns Estados afastaram essa cobrança tendo em vista sua ilegalidade, como por exemplo, o Estado de São Paulo que editou a Lei Estadual 16.886/2018 para alterar o artigo 4º da Lei Estadual 6.374/1989, passando a prever que “nas operações de fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras sujeitas à tarifa binômica, decorrentes da celebração de contratos com a concessionária de energia elétrica, ***não será exigido o recolhimento do imposto relativamente ao valor que corresponde à parcela referente à demanda de potência não utilizada pelo consumidor***”.

Embora houvesse posicionamento favorável aos contribuintes no judiciário, alguns Estados mantêm a posição de exigir o recolhimento do ICMS sobre a demanda de potência contratada contribuindo para um cenário de insegurança jurídica para os contribuintes.

Felizmente, no último mês de abril, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.824/SC, de relatoria do Ministro Edson Fachin, firmou entendimento de que “*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 acórdão do *leading case* ainda não foi publicado e assim que houver a sua disponibilização haverá prazo para que o Estado de Santa Catarina apresente recurso. De todo modo, a decisão é um importante precedente para todos os contribuintes, tendo em vista que foi proferida em sede de repercussão geral, cuja decisão deverá ser observada por todos os tribunais.

Diante de todo o exposto, os contribuintes que desejarem evitar a cobrança do ICMS sobre o montante da demanda contratada não utilizada devem socorrer-se ao judiciário para estancar o prejuízo que vem sendo causado ao longo de todos esses anos, bem como pleitear a recuperação dos valores eventualmente pagos dos últimos 5 anos.

Einar Tribuci é sócio da Tribuci Advogados