

STF define que não incide ICMS sobre energia elétrica não utilizada

FALCÃO, Carolina. “STF define que não incide ICMS sobre energia elétrica não utilizada”. Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2020.

O Supremo Tribunal Federal decidiu na última sexta, 24 de abril, em repercussão geral (RE 593824), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, de que não deve incidir ICMS sobre energia elétrica de demanda contratada que não foi utilizada. Para tanto, fixou 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.”

Sobre esse assunto, o Superior Tribunal de Justiça já tinha se manifestado sobre o tema, ao julgar o RE 1.299.303/SC pela sistemática do art. 543-C, do CPC/1973, entendendo que as empresas que pagaram ICMS indevidamente sobre a energia não utilizada teriam direito a pedir restituição do imposto.

Outrossim, o STJ também já havia editado a Súmula 391: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Para entendermos melhor sobre o tema, a situação deu-se início nos casos em que grandes empresas que necessitam de muita energia elétrica no seu cotidiano acabam contratando uma reserva fixa de potência em concessionárias de energia elétrica, a qual é denominada de “demanda contratada”.

Demanda contratada nada mais é do que uma disponibilização, mediante pagamento antecipado, de energia elétrica da concessionária para a empresa, mesmo que esta não consuma 100% do que fora contratado.

Nesse sentido, a partir da Constituição de 1988, a energia elétrica passou a ser classificada como mercadoria, sendo tributada pelo ICMS. E o fato gerador desse tributo – a circulação de mercadoria, nesse caso, fora entendido como a passagem da mercadoria de uma pessoa para a outra, pressupondo transmissão de posse ou propriedade. Então, a incidência de ICMS nessas situações de energia elétrica se daria quando houvesse efetiva transferência de “energia elétrica” para a empresa contratante.

Com isso, as empresas que consomem grande quantidade de energia elétrica interpuseram ações, sustentando que não deveriam pagar ICMS sobre a mera disponibilização de energia elétrica, pois, se não houve a efetiva utilização da mesma, não se configuraria o fato gerador do tributo, qual seja, a efetiva transferência de energia elétrica, nem ocorreria a transmissão de posse ou propriedade também.

Portanto, tratando-se de energia elétrica, o que deve ser utilizado como base de cálculo é quando há a efetiva transmissão da posse – quando a energia sai da linha de transmissão e ingressa no estabelecimento da empresa que contratou a demanda. Vale salientar ainda, que enquanto a energia permanecer nas linhas de transmissão da concessionária, ela pode, inclusive, vender para outros consumidores, já que a energia corre livremente na citada linha de transmissão sem haver destinatário certo ainda.

Felizmente, o pleito foi reconhecido pelo STF, de que não há incidência de ICMS sobre energia elétrica contratada se não foi não utilizada, ratificando a tese. Caso fosse entendido que a cobrança do ICMS deveria ter como base de cálculo a mera disponibilização da energia elétrica contratada, sem dúvidas, o valor a pagar seria maior.

Carolina Falcão é tributarista da Lopes & Castelo Sociedade de Advogados