

## TRIBUTÁRIO

No último dia 24.04.2020, o Supremo Tribunal Federal decidiu por fixar, em regime de repercussão geral (RE 593824 – Relator Min. Ricardo Lewandowski), 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.”***

Esse julgamento consolida o bom prognóstico de medida judicial para recuperar ICMS recolhido nos últimos cinco anos por empresas que contratam diretamente com concessionárias de energia elétrica uma reserva de potência fixa, chamada de demanda contratada, segundo a qual a mera disponibilização da energia elétrica, mesmo que não seja efetivamente utilizada, gera o dever da empresa de pagar à concessionária.

Entretanto, como para a incidência do ICMS sobre energia elétrica é necessária a circulação da mercadoria que corresponda à efetiva transferência de “energia elétrica” ao consumidor, a parte que não for efetivamente utilizada pela empresa não deveria entrar no cálculo do tributo estadual, até porque a energia flui livremente pelas linhas de transmissão sem destinatário específico, e se não for utilizada poderá ser inclusive vendida a outros consumidores.

O Superior Tribunal de Justiça já havia apreciado o tema e decidido favoravelmente aos contribuintes, editando a Súmula 391 com o seguinte teor:

***“O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”***

Como isso, a maioria do Estados da Federação adaptou sua legislação ao precedente, cessando a cobrança dali em diante.

Ocorre que, em outro julgamento extremamente favorável aos contribuintes, o STJ decidiu em um recurso especial representativo da controvérsia submetido à sistemática do 543-C do CPC antigo, que as empresas que pagaram ICMS indevidamente sobre a energia não utilizada, ou seja, o usuário do serviço de energia, têm direito a pedir a restituição do imposto estadual (Recurso Especial 1.299.303/SC).

Assim sendo, ficam bem delineados excelentes precedentes que autorizam o ingresso de medida judicial para reaver **o ICMS que eventualmente tenha sido pago a maior nos últimos cinco anos** pelas empresas contratantes de demanda fixa de energia, **nos meses em que a reserva não tenha sido inteiramente utilizada.**

Nossa equipe tributária está à disposição para quaisquer esclarecimentos julgados necessários, bem como para avaliar uma amostra das contas de energia e realizar uma análise preliminar de viabilidade da medida em cada caso concreto.