

SUELEN CAROLINE DE BARROS GIRALDI

ICMS SOBRE OS VALORES RELATIVOS À DEMANDA DE
POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA

CURITIBA
2007

De acordo

16/11/07

[Handwritten signature]
Suelen Caroline de Barros Giraldi

SUELEN CAROLINE DE BARROS GIRALDI

**ICMS SOBRE OS VALORES RELATIVOS À DEMANDA DE
POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção da graduação de bacharel em
Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Betina Treiger
Gruppenmacher.

CURITIBA

2007

SUELEN CAROLINE DE BARROS GIRALDI

**ICMS SOBRE OS VALORES RELATIVOS À DEMANDA DE
POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção da graduação de bacharel em Direito
pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

ORIENTADORA:

Professora Doutora Betina Treiger Grupenmacher

Professor Doutor José Roberto Vieira

Professor Doutor Egon Moreira Bockmann

Curitiba,

de

de 2007.

*À minha mãe EUNICE, fonte
de inspiração por seu ânimo,
esforço e dedicação.*

*"A interpretação das leis
conduz, muitas vezes, à
alteração delas."*

VOLTAIRE

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
RESUMO.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
1 ENERGIA ELÉTRICA.....	11
2 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS.....	29
3 DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA.....	47
4 SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA.....	56
CONCLUSÃO.....	69
ANEXO A.....	71
ANEXO B.....	83
REFERÊNCIAS.....	88
ÍNDICE.....	95

ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

CTN – Código Tributário Nacional

Eletrobrás – Centrais Elétricas Brasileiras

H.I. – Hipótese de Incidência

ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

kV – Kilo Volts – quilovolts

kW – Kilowatts – quilowatts

kWh – Kilowatt-hour – quilowatt-hora

MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica

MW – Megawatts

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

SIN – Sistema Interligado Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo delimitar a incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre a energia elétrica, com o fim de descobrir se tal imposto pode ou não tributar a demanda de potência de energia. Para tanto, faz-se uma análise geral sobre a conceituação e a natureza jurídica da energia elétrica. Verifica-se como se dá o funcionamento dos serviços públicos de geração, transmissão, distribuição e fornecimento de energia no Brasil, e a abertura que se deu no seu mercado de comercialização a partir da "nova estrutura do sistema elétrico". Igualmente, são analisados todos os critérios da regra-matriz de incidência do ICMS, assim como algumas de suas particularidades. Ressalta-se a necessidade de ocorrer a transferência de titularidade da mercadoria para que se realize seu fato jurídico-tributário. Restringe-se, então, a aplicação deste tributo quanto à energia elétrica, para, finalmente, determinar a possibilidade de sua incidência sobre a demanda de potência. Dá-se destaque à jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Examina-se, ainda, a legislação do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

A energia elétrica, desde a sua criação, vem se tornando um bem necessário e indispensável para a sociedade. Por essa razão, demonstra-se clara a sua importância econômica para o desenvolvimento da humanidade, o que se comprova pelo aprimoramento das tecnologias utilizadas e pela sua propagação cada vez maior, atingindo até as localidades mais extremas do globo terrestre. Tão grande é a sua importância, que alguns países consideram a exploração da energia elétrica um serviço público; como é o caso do Brasil, conforme se aduz do artigo 21, inciso XII, alínea *b*, da Constituição Federal.

Entretanto, justamente pelo fato de os investimentos nesse meio energético serem extremamente rentáveis é que, em contrapartida, tornam-se alvos diretos de arrecadação do Estado, sendo o principal tributo brasileiro incidente sobre esses valores o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Todavia, a fim de proteger o contribuinte contra cobranças confiscatórias e indevidas, a legislação federal impõe limitações ao poder de tributar, tais como o princípio da legalidade. Dessa forma, só é possível ao Fisco cobrar tributos sobre as hipóteses previstas na lei, devendo-se respeitar sua hierarquia e competência.

É, então, nesse escopo que se propõe o tema analisado, com a finalidade de verificar a consistência da cobrança do ICMS sobre uma das despesas relativas à energia elétrica, qual seja, a demanda de potência, a partir da observância de suas regras gerais de incidência. Assim, primeiramente, far-se-á uma análise quanto à importância da energia elétrica para o Direito, estabelecendo sua regulamentação, processamento e consumo no Direito brasileiro. Em seguida, será determinada a regra-matriz de incidência do ICMS, com as suas peculiaridades. Posteriormente, com base na regra geral, será possível restringir a hipótese tributária, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota do ICMS, no que diz respeito à energia elétrica. Por fim, restará à comprovação a possibilidade ou não de incluir a parcela da fatura de energia elétrica denominada demanda de potência como hipótese tributária e base de cálculo do ICMS, a partir da determinação de sua

natureza jurídica. Ao final dessa análise, as seguintes dúvidas deverão ter sido solucionadas:

- Como a energia elétrica se encaixa no ramo do Direito? Como o direito brasileiro a qualifica? Como se dá o seu controle pelo setor público?

- Quais as fases principais de processamento da energia? Como ela chega aos consumidores finais? Como estes se classificam?

- Qual a relação da energia elétrica com o ICMS? Quais são as bases de incidência estabelecidas pela lei para este imposto? Quais os limites estabelecidos constitucionalmente para sua aplicação?

- Como enquadrar a energia elétrica entre as hipóteses tributárias do ICMS? Quais são os sujeitos passivos, a base de cálculo e a alíquota válidos neste contexto?

- Qual a natureza jurídica da demanda de potência de energia? Pode ser ela confundida com a energia elétrica consumida? Seus valores podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS?

- Como a jurisprudência nacional e a legislação do Estado do Paraná se posicionam sobre o tema ora tratado?

De acordo com as respostas dadas a essas perguntas será possível inferir uma posição a respeito da constitucionalidade e da legalidade da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica, parcela esta cobrada na fatura mensal dos consumidores livres, juntamente com a quantidade de energia por eles consumida.

1 ENERGIA ELÉTRICA

1.1 A Energia Elétrica e o Direito

Como forma de iniciar o presente estudo, entende-se essencial conceituar o seu objeto, qual seja, a eletricidade. Esta, nas palavras de Dawes *apud* ÁLVARES¹, "*consiste em cargas infinitesimais, chamadas eletrônicas, e estas partículas são forçadas a se locomoverem em uma mesma direção e sentido, daí resultando a corrente elétrica*". Tal conceito foi criado com base na teoria eletrônica, explicada por HENNINGER²:

Sustenta a ciência moderna que os átomos de qualquer matéria consistem de núcleos carregados positivamente, chamados 'prótons', ao redor dos quais giram partículas de eletricidade extremamente pequenas, carregadas negativamente, chamadas 'eléctrons' [*sic*]; a esta teoria dá-se o nome de 'teoria electrônica [*sic*] da matéria' e de acôrdo [*sic*] com ela cada eléctron [*sic*] é uma pequeníssima partícula de eletricidade carregada negativamente que tem por companheiro o próton, partícula de eletricidade positiva. Também existem pequenas partículas neutras que nem têm carga positiva nem negativa e se chamam 'nêutrons'. O nêutron pode consistir na união de um próton e um eléctron [*sic*].

Assim, as cargas elétricas ou eletrônicas representam essa propriedade física dos prótons ou elétrons de serem, respectivamente, positivos e negativos. Quando a quantidade de prótons e elétrons em um corpo é equivalente, diz-se que ele está eletricamente neutro ou em repouso, o que caracteriza a eletricidade estática.³

Entretanto, como os elétrons se localizam na parte mais exterior do átomo, pode acontecer de eles se locomoverem de um corpo para outro, através de um condutor elétrico, em razão da diferença de potencial, percebendo-se aí a eletricidade dinâmica.⁴

¹ ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito da Energia*, v. 1, p. 245.

² HENNINGER, G. Ross. *Engenharia Elétrica. Enciclopédia Prática Jackson*, v.5, p. 5

³ RAMALHO JUNIOR, Francisco; FERRARO, Nicolau Gilberto, e SOARES, Paulo Antônio de Toledo. *Os Fundamentos da Física*, v. 3, p. 3.

⁴ ÁLVARES, W. T. Obra citada, p. 246.

Quando o condutor proporciona um movimento constante da corrente elétrica de sua fonte geradora até o local de consumo, e daí novamente para o seu ponto de partida, constitui-se o denominado circuito elétrico. Conseqüentemente, a corrente elétrica é a quantidade de eletricidade que flui por um condutor, durante um determinado período de tempo.⁵

A potência elétrica, por sua vez, medida na unidade *watt*, segundo Dawes *apud* ÁLVARES⁶ “é a capacidade de produzir trabalho ou capacidade de produzir energia. Portanto, energia elétrica é uma grandeza igual ao produto da potência elétrica pelo tempo.”. Assim, a medida comumente usada para determinar o consumo de energia elétrica é o *quilowatt-hora*, ou seja, mil *watts* durante uma hora.

Sabendo-se o conceito físico da energia elétrica, cabe agora analisar sua importância para o direito. Esta se dá pelo fato de a energia elétrica ser cada vez mais utilizada pelas pessoas e, por conseqüência, precisar de uma regulamentação específica desde o momento de sua produção até o seu consumo.

Conforme ÁLVARES⁷, “o conceito jurídico de eletricidade abrange três elementos integrantes básicos: a) o fenômeno físico da eletricidade; b) utilização da corrente elétrica; c) repercussão econômica”. E continua a explicar:

Por conseguinte, se é gerada energia elétrica (fenômeno físico da eletricidade) e utilizada por uma comunidade com vantagens econômicas, temos neste todo um fenômeno jurídico novo, que é a eletricidade, como figura jurídica.

[...]

Sem o fenômeno físico não há utilização e nenhuma repercussão econômica, mas por sua vez o fenômeno físico sem utilização continua sendo a eletricidade que não empolga ao direito, e, por sua vez, uma eletricidade utilizada sem repercussão econômica não tem substrato jurídico, pois falta justamente o interesse que movimenta toda fenomenologia jurídica.

Em relação à natureza jurídica da energia elétrica, destaca-se o ensino de Pontes de MIRANDA⁸, como pioneiro em classificar esta como bem

⁵ HENNINGER, G. R. Obra citada, p. 11-12.

⁶ ÁLVARES, W. T. Obra citada, p. 249.

⁷ ÁLVARES, W. T. *Idem*, p. 251.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, tomo II, p. 180.

móvel, nos seguintes termos: "*energia é coisa, como o ar, a água, a terra, tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta específico o contrato de energia*".

Em seguida, a mesma idéia foi adotada pelo legislador brasileiro, que, no artigo 155, § 3º, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), estabeleceu:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

[...]

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) classificou a energia elétrica como produto industrializado. Veja-se:

Art. 74. O imposto, de competência da União, sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País tem como fato gerador:

[...]

§ 1º Para os efeitos deste imposto a energia elétrica considera-se produto industrializado.

[...]

Mais recentemente, também o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), em seu artigo 83, inciso I, veio a enquadrar as energias que tenham valor econômico como bem móvel.

Ainda, conforme será estudado adiante, a Constituição Federal de 1988, assim como a legislação regulamentar do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), fazem menção à energia elétrica como sendo mercadoria.

Dessa forma, percebe-se pacificada a idéia de que a natureza jurídica da energia elétrica é de bem móvel, pelo fato de ser apropriável pelo homem, bem como de lhe proporcionar uma utilidade econômica; além de ser passível de movimentação, ainda que por força alheia.⁹

Ante tais considerações, cabe agora analisar o tratamento dado à energia elétrica no Direito brasileiro.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, p. 324; 331-333.

1.2 A “Reforma Administrativa” e a Nova Estrutura do Setor Elétrico Brasileiro

Uma das medidas precursoras da chamada “*reforma administrativa*”, concretizada por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, foi a adoção de agências reguladoras pelo Governo brasileiro, como forma de instauração de um modelo administrativo gerencial¹⁰. Tais entidades são, conforme conceitua o professor Celso Antônio Bandeira de MELLO¹¹, “autarquias sob regime especial, *ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades*”, e têm por base as *regulatory agencies* norte-americanas.

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras representam qualquer autoridade pública americana, com exceção do Congresso e dos Tribunais. Ainda, por se tratar de um país dirigido pela *common law*, dá-se a elas um poder normativo originário, o que se justifica pelo fato de terem se espalhado por diversos setores da sociedade e, portanto, terem maior propriedade para estatuir normas técnicas e específicas sobre o ramo em que atuam do que o Congresso Nacional.¹²

Entretanto, o mesmo poder normativo não seria possível dar às agências brasileiras, tendo em vista o princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal¹³. Por essa razão, as agências reguladoras do país devem tomar alguns cuidados especiais no momento de exercerem a atividade regulamentar, como explicado por MELLO¹⁴:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providir de providências subalternas, [...]. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações

¹⁰ Cf. artigo 37, § 8º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 154 (grifo do autor).

¹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: *Direito Administrativo Econômico*, p. 332-335.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”

¹⁴ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 157.

da alçada do poder concedente [...] ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada 'supremacia especial' [...].

Ademais, adiante em sua obra, ao tratar especificamente da referida "*supremacia especial*", MELLO¹⁵ idealiza a mesma como a situação de "*disciplina interna*" a que se impõem pessoas particulares que se inserem na Administração Pública, por meio de uma relação jurídica, de forma a gerar "*certas imposições restritivas, assim como, eventualmente, certas disposições benéficas*". A respeito destas, por sua vez, seria "*impossível, impróprio e inadequado*" que se previsse somente em lei, sem a possibilidade de uso de qualquer outra fonte normativa.

Com base nisso, a União Federal, utilizando-se da competência a ela atribuída pelo artigo 21, inciso XII, alínea *b*, da Constituição Federal de 1988¹⁶, veio a instituir a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a disciplinar o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, por meio da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Criou-se, assim, a primeira agência reguladora do país e, com ela, o chamado "*novo modelo institucional do setor elétrico brasileiro*"¹⁷.

Outras normas também possibilitaram a concretização dessa nova estrutura, cabendo ressaltar: I) Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para concessões, permissões e autorizações no setor elétrico, além de criar a figura do produtor independente; II) Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; III) Lei nº 9.478/97, a qual dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo; IV) Lei nº 9.648/98, que autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás) e de suas subsidiárias, além de instituir o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS); V) Lei nº 10.433/02, que dispõe sobre a autorização para a criação do MAE,

¹⁵ MELLO, C. A. B. de. Idem, p. 774-779.

¹⁶ "Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; [...]"

¹⁷ A expressão é utilizada por Antonio Ganim (*Setor Elétrico Brasileiro: Aspectos Regulamentares e Tributários*, p. 252-254).

pessoa jurídica de direito privado; VI) Lei nº 10.848/04, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica; VII) Decreto nº 2.003/96, o qual regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor; VIII) Decreto nº 2.335/97, que constitui a Aneel e aprova sua estrutura regimental; IX) Decreto 2.655/98, que regulamenta o MAE e define as regras de organização do ONS, e X) Decreto nº 5.163/04, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica.

Além disso, a própria Aneel, assumindo o papel de agência reguladora¹⁸ e em conformidade com as restrições acima expostas a respeito de sua atividade normativa, foi responsável pela edição de vários atos regulamentares, especialmente Resoluções, que ajudaram a preencher lacunas deixadas pela lei, trazendo esclarecimentos mais específicos e técnicos. Alguns desses atos, bastante importantes, serão citados e analisados no decorrer do presente trabalho.

1.3 Etapas de Processamento da Energia Elétrica

Com a instituição do novo modelo jurídico-institucional de energia elétrica no Brasil, criou-se o Sistema Interligado Nacional (SIN), que representa o conjunto das *“instalações responsáveis pelo suprimento de energia elétrica a todas as regiões do país eletricamente interligadas”*¹⁹. A partir dessa nova estrutura do setor elétrico brasileiro, a energia elétrica passou a ter um processamento constituído em quatro fases principais: geração, transmissão, distribuição e comercialização, as quais serão estudadas a seguir.

¹⁸ Lei nº 9.427/96: “Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.”

¹⁹ Cf. Resolução ANEEL nº 205/05, art. 2º, inc. XIV.

1.3.1 Geração

A geração ou, como antes chamada, produção de energia elétrica, nos termos do artigo 3º, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, "*consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem*". Portanto, há várias fontes que podem ser usadas para se produzir energia elétrica, sendo que, no Brasil, os potenciais hidroenergéticos são o meio mais utilizado. Tanto é assim, que a Constituição Federal considera os potenciais de energia hidráulica como bens da União.²⁰ Dessa maneira, transforma-se a força das águas em energia, por meio do represamento de cursos d'água.²¹

Outra forma de geração que também vem se desenvolvendo no país é a das termelétricas, que é a obtenção de energia elétrica por meio da queima de combustíveis. Sua atividade foi regulada pela Resolução Aneel nº 112, de 18 de maio de 1999, que também trata da geração eólica (pela força dos ventos) e de outras fontes alternativas de energia, como a solar (pela luz e calor do sol) e a biomassa (que utiliza resíduos naturais).

Ainda, WALTENBERG²² fala em geração térmica com base na fissão nuclear, que é realizada no Brasil por meio das usinas Angra-I, II e III; e em co-geração, a qual, nos termos da Resolução Aneel nº 235, de 14 de novembro de 2006, que regulamenta sua atividade, é o "*processo operado numa instalação específica para fins da produção combinada das utilidades calor e energia mecânica, esta geralmente convertida total ou parcialmente em energia elétrica, a partir da energia disponibilizada por uma fonte primária*".

Quanto aos regimes jurídicos de geração de energia elétrica, são três, conforme WALTENBERG²³. Primeiramente, há o regime de serviço público, realizado por usinas pertencentes ao Estado ou contratadas com ele, que produzem energia elétrica em grande quantidade com a finalidade de atender à população em geral, como ocorre com a Itaipu Binacional. Já o regime de autoprodução, de acordo

²⁰ Cf. artigos 20, VIII, e 176 da Constituição de 1988.

²¹ WALTENBERG, David A. M. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: **Direito Administrativo Econômico**, p. 359.

²² WALTENBERG, D. A. M. *Idem*, *ibidem*.

²³ WALTENBERG, D. A. M. *Idem*, p. 360.

com o Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, é exercido por *“pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo”*.

Além disso, mais recentemente, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, cria a figura do produtor independente, conceituada pelo Decreto nº 2.003/96 como *“a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco”*. Assim, na produção independente é possível o autoconsumo e, igualmente, a comercialização da energia produzida, que poderá ser negociada *“com os consumidores livres²⁴ ou, no caso de cogeração, com a própria indústria participante do projeto”²⁵*. Tornou-se possível, então, a partir desse novo regime de geração de energia elétrica, a competitividade neste setor, haja vista que a energia passou a ser disponibilizada não apenas pelo gerador responsável por oferecer o serviço público; mas, também, pelo produtor independente.

1.3.2 Transmissão

A transmissão de energia elétrica, por sua vez, é a fase que corresponde à transferência ou transporte da energia, por meio de complexas instalações de alta tensão denominadas como Rede Básica, até os acessantes do Sistema Interligado Nacional (SIN). Sua regulamentação se dá, atualmente, pela Resolução Aneel nº 67, de 8 de junho de 2004, a qual, em seu artigo 2º, estabelece como seus acessantes: *“concessionária ou permissionária de distribuição, concessionária ou autorizada de geração, autorizada de importação e/ou exportação de energia elétrica, bem como o consumidor livre”*. Ainda, o mencionado ato normativo também trata sobre as instalações de transmissão e a Rede Básica, conforme se verifica:

²⁴ A figura dos consumidores livres será estudada na Seção 1.4.

²⁵ GANIM, A. Obra citada, p. 50.

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução são considerados os seguintes termos e respectivas definições:

[...]

II – Instalações de Transmissão: instalações para prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, abrangidas pelas Resoluções nº 166 e 167, de 2000, acrescidas das instalações de transmissão autorizadas por resolução específica da ANEEL, aquelas integrantes de concessões de serviço público de transmissão outorgadas desde 31 de maio de 2000 e, ainda, as instalações de transmissão que tenham sido cedidas, doadas ou transferidas a concessionária de transmissão.

Art. 3º Integram a Rede Básica do Sistema Interligado Nacional - SIN as Instalações de Transmissão, definidas conforme inciso II do artigo anterior, que atendam aos seguintes critérios:

I – linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kV; e

II – transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kV e tensões secundária e terciária inferiores a 230 kV, bem como as respectivas conexões e demais equipamentos ligados ao terciário, a partir de 1º de julho de 2004.

Ademais, veja-se o que afirma GANIM²⁶ a respeito dessa estrutura denominada Rede Básica:

A Rede Básica, através do livre acesso ao sistema de transmissão e de distribuição, possibilitará a comercialização direta entre produtores e consumidores, independentemente de suas localizações no sistema elétrico interligado, contribuindo, assim, para a redução de custos e modicidade das tarifas ao consumidor final.

Cabe, ainda, ressaltar, que o único regime possível para exploração da transmissão de energia elétrica é o de serviço público, por meio de concessão. Portanto, tal atividade não pode ter um caráter competitivo ou comercial, sendo que suas taxas são aprovadas pela Aneel.²⁷

Também por essa razão, o artigo 13, da Lei nº 9.648/98²⁸, criou o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pessoa jurídica de direito privado

²⁶ GANIM, A. Idem, p. 59.

²⁷ Resolução Aneel nº 281/99: "Art. 13 Os encargos de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição deverão ser suficientes para a prestação destes serviços e serão devidos aos respectivos concessionários, permissionários e ao ONS. § 1º Os encargos associados ao uso dos serviços de transmissão serão estabelecidos observando: I – as receitas anuais permitidas para as empresas concessionárias de transmissão, determinadas pela ANEEL; II – a parcela do orçamento anual do ONS a ser coberta por estes encargos, conforme estabelecido no seu Estatuto e aprovada pela ANEEL; III – a compensação de déficit ou superávit do exercício anterior, contabilizado anualmente pelo ONS e aprovada pela ANEEL. [...]"

²⁸ Lei nº 9.648/98: "Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido

responsável pela coordenação e controle das atividades desenvolvidas no SIN. Em 14 de maio de 2004, o Decreto nº 5.081 veio regulamentar essa entidade, atribuindo-lhe as seguintes funções:

Art. 3º Sem prejuízo de outras funções atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS, a serem exercidas privativamente pela Diretoria:

I - o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização do Sistema Interligado Nacional - SIN;

II - a supervisão e a coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos, a supervisão e o controle da operação do SIN e das interligações internacionais;

III - a contratação e a administração de serviços de transmissão de energia elétrica e as respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;

IV - a proposição ao Poder Concedente das ampliações de instalações da Rede Básica, bem como de reforços do SIN, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão;

V - a proposição de regras para a operação das instalações de transmissão da Rede Básica do SIN, mediante processo público e transparente, consolidadas em Procedimentos de Rede, a serem aprovadas pela ANEEL, observado o disposto no art. 4º, § 3º, da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996;

VI - a divulgação dos indicadores de desempenho dos despachos realizados, a serem auditados semestralmente pela ANEEL.

[...]

Logo, a transmissão é a segunda fase para o processamento da energia elétrica, no Brasil.

1.3.3 Distribuição

Igualmente à transmissão, a distribuição de energia elétrica também é uma modalidade de transporte ou transmissão desta; entretanto, ao invés de utilizar a Rede Básica e equipamentos de alta tensão e complexidade, aqui se utilizam equipamentos simples e de tensões mais baixas, conforme se aduz do artigo 1º, do anexo, da Resolução Aneel nº 102, de 1º de março de 2002:

a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)*.

Art. 1º Para os fins e efeitos do disposto nesta Convenção são adotados os seguintes termos, expressões, conceitos e definições:

[...]

Rede de Distribuição - Conjunto de instalações de distribuição de energia elétrica, com tensão inferior a 230 kV ou instalações em tensão igual ou superior, quando especificamente definidas pela ANEEL.

[...]

WALTENBERG²⁹ explica melhor a atuação deste segmento, ao afirmar que *“é preciso haver um rebaixamento da tensão e é necessária a existência de um sistema capilarizado, que possibilite o trânsito da energia até os diversos consumidores finais”*. Quem realiza esse serviço (o qual, vale dizer, é de regime público), em geral, é a distribuidora local, por meio de concessão; mas também é possível seu exercício em regime privado, por meio das cooperativas de eletrificação rural³⁰.

Por se tratar, justamente, de uma atividade pública, a distribuição de energia deveria ser, assim como na transmissão, um setor neutro. Contudo, devido ao fato de as distribuidoras locais também serem responsáveis pela comercialização de energia aos consumidores cativos, essa neutralidade acaba sendo relativizada. Sobre isso, veja-se a explicação de GANIM³¹:

Atualmente, a atividade de distribuição é exercida pela mesma concessionária que detém os direitos de comercialização de energia a consumidores cativos de uma determinada área de concessão, ou seja, não temos no Brasil nenhuma empresa cuja atividade seja exclusivamente de “Distribuição de Energia Elétrica”. A desverticalização societária só foi realizada para as atividades de geração e transmissão.

1.3.4 Comercialização

Por fim, a criação do segmento da comercialização³² ou fornecimento foi uma das maiores novidades do sistema elétrico brasileiro atual, haja

²⁹ WALTENBERG, D. A. M. Obra citada, p. 366.

³⁰ A atividade das cooperativas de eletrificação rural é regulamentada pela Resolução Aneel nº 205, de 22 de dezembro de 2005.

³¹ GANIM, A. Obra citada, p. 60.

³² O artigo 4º da Lei nº 9.648/98, ao alterar o artigo 26, II, da Lei nº 9.427/96, foi a primeira norma a fazer referência à pessoa do “comercializador” de energia elétrica.

vista que este setor era antes parte integrante da distribuição e, por isso, só podia ser exercido como atividade pública. Entretanto, com a instituição da figura do consumidor livre³³, foi possibilitado também aos produtores independentes e autoprodutores de energia (além dos distribuidores locais), comercializarem a mesma, o que tornou o mercado energético bastante competitivo.

A fim de controlar essa concorrência, autorizou-se a criação, por meio da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que, de acordo com o artigo 1º da lei, consistiria em pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, integrada por agentes setoriais do SIN, regulada e fiscalizada pela Aneel e com a finalidade de “*viabilizar as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados*”.

Posteriormente, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, autorizou a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), como sucessora do MAE, assumindo as suas funções. O Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004, veio regulamentar a norma supracitada, determinando como atribuições da CCEE as seguintes:

Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições:

- I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL;
- II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações;
- III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL;
- IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica;
- V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado;
- VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;
- VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e
- VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização.

[...]

³³ A figura do consumidor livre será estudada na Seção 1.4.

A criação dessa entidade foi efetivada segundo os termos da Resolução Aneel nº 109, de 26 de outubro de 2004, sendo que a mesma se encontra em plena atividade atualmente³⁴.

Ademais, vale destaque a observação feita por WALTENBERG³⁵ sobre a maneira como se realiza a entrega de energia elétrica ao consumidor final:

Em regra, o comercializador vende a energia elétrica, mas não a entrega. A entrega é feita pelo concessionário detentor das instalações físico-elétricas existentes no local em que se situa a unidade destinatária. Somente se o comercializador for o próprio distribuidor local, venderá e entregará a energia. Mas também é possível a hipótese inversa, em que o distribuidor não entrega a energia, o que ocorre nos casos de conexão direta do destinatário da energia à usina, ou à Rede Básica.

Outras características sobre a fase de comercialização de energia elétrica serão analisadas a seguir.

1.4 Os Consumidores e os Contratos Relativos ao Consumo de Energia Elétrica

Conforme visto, uma inovação importante no sistema elétrico brasileiro foi a criação do segmento de comercialização de energia elétrica. Em decorrência disso, surgiu a necessidade de dividir o mercado em dois grupos: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), o que se deu nos termos da Lei nº 10.848/04. Veja-se:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:
[...]

³⁴ Cf. endereço eletrônico da entidade, disponível em <http://www.ccee.org.br/>.

³⁵ WALTENBERG, D. A. M. Obra citada, p. 369.

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

[...]

Em seguida, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, veio a regular a norma supracitada, estabelecendo o seguinte:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á nos Ambientes de Contratação Regulada ou Livre, nos termos da legislação, deste Decreto e de atos complementares.

[...]

§ 2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como:

I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

II - Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

III - agente vendedor o titular de concessão, permissão ou autorização do poder concedente para gerar, importar ou comercializar energia elétrica;

IV - agente de distribuição o titular de concessão, permissão ou autorização de serviços e instalações de distribuição para fornecer energia elétrica a consumidor final exclusivamente de forma regulada;

[...]

X - consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; e

XI - consumidor potencialmente livre é aquele que, a despeito de cumprir as condições previstas no art. 15 da Lei no 9.074, de 1995, é atendido de forma regulada. (Redação dada pelo Decreto nº 5.249, de 2004)

[...]

Art. 9º As concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração sob controle federal, estadual ou municipal comercializarão energia elétrica no SIN de forma regulada ou livre, obedecendo às regras gerais de comercialização previstas para os respectivos ambientes.

Art. 10. Todos os contratos de comercialização de energia elétrica deverão ser informados, registrados, homologados ou aprovados pela ANEEL, conforme o caso.

[...]

Portanto, tem-se que o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) é o responsável pelo fornecimento de energia elétrica para a população em geral, obrigatoriamente por meio do agente distribuidor local, que deve ser uma concessionária de serviço público, que tenha passado pelo processo de licitação. Dessa maneira, são atendidos por esse sistema consumidores de baixa tensão, classificados no "Grupo B"³⁶, ou seja, consumidores residenciais ou comerciais urbanos e rurais, além de alguns prédios públicos; sendo conhecidos como consumidores cativos.

Esta denominação se justifica pelo fato de tais consumidores estarem obrigados junto à distribuidora local por meio de um contrato de adesão, regulado de acordo com a Resolução Aneel nº 615, de 6 de novembro de 2002. Além disso, a tarifa paga pelos consumidores cativos é chamada de monômnia, pois consiste apenas no valor resultante da energia elétrica efetivamente consumida, além de encargos e tributos³⁷.

Diferentemente, no Ambiente de Contratação Livre (ACL), o consumidor tem a opção de escolha sobre qual produtor de energia elétrica ele deseja como seu fornecedor, criando um clima de competição no mercado energético, conforme explica GANIM³⁸:

Até a regulamentação por parte da Aneel, do art. 15, da Lei nº 9.074, de 07.07.1995, que estabeleceu a opção de compra de energia elétrica por parte dos consumidores, só tínhamos então a figura do 'consumidor cativo'. Em virtude da necessidade de preparar o setor elétrico para a implantação do novo modelo que estava em desenvolvimento, com vistas da

³⁶ Resolução ANEEL nº 456/00: "Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais: [...] XXIII - Grupo 'B': grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômnia e subdividido nos seguintes subgrupos: a) Subgrupo B1 - residencial; b) Subgrupo B1 - residencial baixa renda; c) Subgrupo B2 - rural; d) Subgrupo B2 - cooperativa de eletrificação rural; e) Subgrupo B2 - serviço público de irrigação; f) Subgrupo B3 - demais classes; g) Subgrupo B4 - iluminação pública. [...]"

³⁷ Lei 10.848/04: "Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...] § 4º Com vistas em assegurar a modicidade tarifária, o repasse às tarifas para o consumidor final será função do custo de aquisição de energia elétrica, acrescido de encargos e tributos, e estabelecido com base nos preços e quantidades de energia resultantes das licitações de que trata o § 2º deste artigo, ressalvada a aquisição de energia realizada na forma do § 8º deste artigo."

³⁸ GANIM, A. Obra citada, p. 61.

implantação do livre mercado de energia elétrica, onde deveria prevalecer a competição, a Lei nº 9.074/1995 retirou das concessionárias de serviço público de energia elétrica a exclusividade sobre seus consumidores, permitindo aos mesmos, dentro de certas características de tensão e consumo, o direito de se tomar [*sic*] 'consumidores livres', figura esta criada juntamente com o produtor independente, para estimular a competição no setor elétrico.

Ainda, nos termos dos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, regulados pela Resolução ANEEL nº 264/98, são considerados consumidores livres aqueles, em geral, de alta tensão³⁹, cuja demanda contratada totalize, no mínimo, 3 MW de potência. É possível, porém, que consumidores enquadrados nos requisitos do ACL escolham continuar recebendo energia apenas do distribuidor local, situação na qual serão chamados de consumidores potencialmente livres, pois poderão contratar com outro fornecedor a qualquer momento que desejarem.⁴⁰

O principal instrumento firmado entre o consumidor livre e o fornecedor de energia elétrica por ele escolhido é o contrato de compra e venda ou fornecimento de energia, o qual, conforme a Resolução Aneel nº 456/00, artigo 2º, VI, é o "*instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo 'A' ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica*". Outros contratos que também podem ser realizados são: o Contrato de Uso do Sistema de Transmissão ou Distribuição, e o Contrato de Conexão às Instalações de Transmissão ou de

³⁹ Resolução ANEEL nº 456/00: "Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais: [...] XXII - Grupo 'A': grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos: a) Subgrupo A1 - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV; b) Subgrupo A2 - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV; c) Subgrupo A3 - tensão de fornecimento de 69 kV; d) Subgrupo A3a - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV; e) Subgrupo A4 - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV; f) Subgrupo AS - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional! [...]".

⁴⁰ Resolução Aneel nº 264/98: "Art. 3º. Os consumidores referidos nos incisos I, II e III do artigo anterior, respeitados os prazos estabelecidos, poderão optar pelo fornecimento através do concessionário de distribuição local, dentro de condições e/ou preços livremente negociados, passando a ser considerados como consumidores livres. § 1º Aos consumidores que não exercerem a opção de que trata este artigo, nem optarem por outro fornecedor, nas condições estabelecidas no artigo anterior, o concessionário deverá praticar as mesmas tarifas e demais condições reguladas pela ANEEL para os seus consumidores cativos da mesma classe e nível de tensão. [...]".

Distribuição, dados nos termos da Resolução Aneel nº 281, de 1º de outubro de 1999.⁴¹

Além disso, o sistema de tarifação para esses consumidores é mais complexo, sendo que a fatura de energia elétrica é composta de uma tarifa binômia, que, nos termos do artigo 2º, XXXVI, da Resolução Aneel nº 456, de 29 de novembro de 2000, corresponde ao "*conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável*". Ainda, segundo o mesmo artigo, energia elétrica ativa é a "*energia elétrica que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh)*", e demanda faturável é o "*valor da demanda de potência ativa, identificado de acordo com os critérios estabelecidos e considerada para fins de faturamento, com aplicação da respectiva tarifa, expressa em quilowatts (kW)*".

Igualmente, veja-se o que dita o artigo 12, do Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, sobre a demanda de potência faturável:

Art. 12. A demanda de potência faturável para as unidades consumidoras do Grupo A será a maior dentre as seguintes: (Redação dada pelo decreto nº 3.653, de 7.11.2000)

I - a maior demanda medida, integralizada no intervalo de quinze minutos durante o período de faturamento; ou (Redação dada pelo decreto nº 3.653, de 7.11.2000)

II - a demanda contratada, observado o disposto no art. 18 deste Decreto e no art. 3º do Decreto nº 86.463, de 13 de outubro de 1981. (Redação dada pelo decreto nº 3.653, de 7.11.2000)

§ 1º Nos casos de suprimento entre concessionários, a demanda de potência faturável será regulada contratualmente.

§ 2º Demanda contratada fixada em contrato de fornecimento, se houver. (Redação dada pelo Decreto nº 75.887, de 1975)

Portanto, ressalte-se, desde já, que a demanda de potência faturável não se confunde com quantidade de energia elétrica efetivamente consumida; mas, contrariamente, está relacionada à maior potência medida ou contratada durante o período de faturamento. Serve, portanto, apenas como um controle, por parte do fornecedor, da quantidade média de potência que deverá ser disponibilizada todo mês para cada consumidor; assim como, para este, servirá de garantia de que não lhe faltará energia dentro daquela demanda estipulada. Por essa razão, a fatura de energia elétrica deverá separar a energia consumida (medida

⁴¹ A temática desses contratos, porém, não condiz com o tema tratado no presente trabalho, motivo pelo qual não serão analisados com profundidade.

em quilowatts-hora) e a potência demandada (medida em quilowatts) e, quando esta for prevista no contrato de fornecimento, deverá ser tratada em um capítulo separado.⁴²

⁴² Cf. Resolução Aneel nº 44, de 1º de fevereiro de 2001.

2 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS

2.1 Previsão Constitucional e Regulamentação

A Constituição Federal brasileira de 1988, se comparada às Cartas estrangeiras, é, sem dúvida, a que trata mais extensa e minuciosamente sobre matéria tributária, como ressalta Sacha Calmon Navarro COELHO⁴³. Assim, a Norma Suprema previu a competência tributária de cada ente federativo e, ao tratar da competência dos Estados para instituírem impostos, possibilitou a criação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), como se observa:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-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;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

⁴³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p. 47.

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos;

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, *h*, observar-se-á o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

III - nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*, observando-se o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 5º As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

[...]

O longo texto da Constituição de 1988 inovou bastante ao tratar deste imposto. Antes, havia o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) – que foi criado por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, ao alterar a Constituição Federal de 1946; o imposto sobre transportes; o imposto sobre comunicações, e os impostos únicos sobre minerais, combustíveis e lubrificantes e energia elétrica⁴⁴. A partir da nova Carta Magna brasileira, contudo, todos esses impostos passaram a integrar um único tributo: o ICMS, fazendo deste um imposto

⁴⁴ FLENIK, Érika Fernandes. **Demanda Contratada de Potência**: incidência do ICMS?, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7975>>, acessado em 24/09/2007.

extremamente complexo. E é devido a sua complexidade, que CARRAZZA⁴⁵ continua a entender o ICMS por meio de cinco impostos distintos, como se explica:

A sigla "ICMS" alberga pelo menos cinco impostos diferentes, a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Dizemos *diferentes*, porque estes tributos têm hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes. Há, pois, pelo menos cinco núcleos distintos de incidência do ICMS.

Apesar de todas essas diferenças, percebe-se que há características do ICMS que se aplicam de uma forma igualitária, tais como: a não-cumulatividade, que já era prevista em relação ao ICM; a seletividade das alíquotas, e a incidência plurifásica (sendo estas duas últimas novidades trazidas pelo constituinte de 1988).

Além disso, cabe destacar que, mesmo sendo a previsão constitucional sobre o ICMS quase exaustiva, o § 2º, inciso XII, do artigo supramencionado, ainda deixou certas matérias a ele atinentes reservadas à lei complementar. Entretanto, enquanto esta não era aprovada, foi o Convênio ICMS nº 66, de 16 de dezembro de 1988, que regulamentou o tributo em análise, em obediência ao disposto no artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assim grafado:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

[...]

§ 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

[...]

Foi, então, somente em 13 de setembro de 1996, que se editou a Lei Complementar nº 87, conhecida como Lei Kandir, que veio a substituir o

⁴⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS, p. 34-35 (grifo do autor).

Convênio acima referido e dar regramento definitivo ao ICMS, estando em vigor atualmente com apenas algumas alterações. Ressalte-se, porém, que a lei complementar, ao regulamentar o tributo previsto na Constituição Federal, deve-se ater ao que ali foi estipulado, sob pena de cair em inconstitucionalidade. Sobre isso, discorre CARRAZZA⁴⁶:

Apenas para darmos fecho a este raciocínio, remarcamos que a Constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e dando uma certa margem de liberdade para o legislador – a *norma-padrão de incidência* (a *regra-matriz*, o *arquétipo*) de cada exação. Noutro falar, apontou a *hipótese de incidência possível*, o *sujeito ativo possível*, o *sujeito passivo possível*, a *base de cálculo possível* e a *alíquota possível* das várias espécies e subespécies de tributos. Logo, o legislador, ao exercer a competência tributária de sua pessoa política, deverá ser fiel à *norma padrão de incidência* do tributo, pré-traçada na Constituição. O legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), enquanto cria o tributo, não pode fugir deste arquétipo constitucional.

Isto posto, passa-se a analisar a regra-matriz de incidência do ICMS nos moldes dados pela Suprema Carta, examinando-se, como consequência, alguns aspectos controvertidos da legislação regulamentar, especialmente no que tange à temática do presente trabalho.

2.2 Hipótese Tributária e Fato Jurídico Tributário

O professor Geraldo ATALIBA foi um dos autores que, com maior propriedade, tratou sobre a hipótese de incidência tributária, conceituando a mesma como “a hipótese da lei tributária”⁴⁷. E continua: “É a descrição genérica e abstrata de um fato. É a conceituação (conceito legal) de um fato: mero desenho contido num ato legislativo.”. Além disso, ATALIBA⁴⁸ dá grande destaque para a distinção entre a hipótese de incidência e o que chamou de fato imponível, como se demonstra:

⁴⁶ CARRAZZA, R. A. Idem, p. 31-32 (grifo do autor).

⁴⁷ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 54.

⁴⁸ ATALIBA, G. Obra citada, p. 61.

Fato imponible é o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que – por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h.i. legal – dá nascimento à obrigação tributária.

Cada fato imponible determina o nascimento de uma obrigação tributária.

Portanto, enquanto a hipótese de incidência constitui a mera previsão legal de um fato que, se ocorrido, acarretará a cobrança de um tributo; o fato imponible corresponde a esta hipótese concretizada em um dado momento e lugar.

Com base nesses mesmos fundamentos, mas a partir de outra estrutura, Paulo de Barros CARVALHO⁴⁹ cria a teoria da regra-matriz de incidência tributária, a qual divide em dois momentos: a hipótese e a consequência. Segundo ele, a hipótese tributária seria o “*descriptor*” da “*norma tributária em sentido estrito*”, isto é, da norma que determina a incidência fiscal.⁵⁰ Além disso, o respeitado tributarista ainda denomina o “*fato jurídico tributário*”, como sendo a “*projeção factual*” da hipótese tributária.⁵¹ Com base nisso, CARVALHO⁵² estipula três critérios como identificadores da hipótese tributária: o critério material, o critério espacial e o critério temporal.

O critério material está relacionado a um comportamento humano e, nas palavras do doutrinador, “*será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento*”⁵³. Quanto ao ICMS, tal critério está identificado no artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, senão vejamos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 238-352.

⁵⁰ CARVALHO, P. de B. *Idem*, p. 238-239.

⁵¹ CARVALHO, P. de B. *Idem*, p. 244-245.

⁵² CARVALHO, P. de B. *Idem*, p. 251-264.

⁵³ CARVALHO, P. de B. *Idem*, p. 254.

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

A partir da análise da legislação supra, é possível dizer que, de uma maneira geral, a hipótese tributária do ICMS pode ser: **realizar operações relativas à circulação de mercadorias** ou **prestar serviços** (de transporte interestadual ou intermunicipal, de comunicações ou no exterior).

Ressalta-se, porém, dentre essas hipóteses, aquela relativa à realização de operações relativas à circulação de mercadorias, por ser, nas palavras de CARRAZZA, a *“economicamente mais importante”*⁵⁴, e por ocasionar, conforme será analisado adiante, a tributação deste imposto sobre a energia elétrica. Enfatiza, ainda, o ilustre professor, que a **“operação”** é o verdadeiro fato sobre o qual incidirá o ICMS, devendo-se entender esta como um negócio jurídico que terá como objeto a circulação de mercadorias⁵⁵.

Assim, a mera circulação de mercadorias de um lugar para outro não configura fato jurídico tributário do ICMS, a não ser que seja resultado de uma transmissão de titularidade desta mercadoria. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou seu entendimento, por meio da Súmula 166, que estabelece: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”* Sobre o assunto, veja-se, também, acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁶:

⁵⁴ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 36.

⁵⁵ CARRAZZA R. A. Idem, p. 40.

⁵⁶ STF. **Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 131.941/SP**, DJ 19/04/1991, p. 932.

EMENTA: - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - DESLOCAMENTO DE COISAS - INCIDÊNCIA - ARTIGO 23, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR. O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão "operações", bem como a designação do imposto, no que consagra o vocábulo "mercadoria", são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimentar frangos, de um estabelecimento a outro, para simples pesagem.

Tal entendimento ainda se reforça pelo fato de o legislador ter adotado a palavra "**mercadoria**", que é o bem móvel destinado à mercancia, como explica CARRAZZA⁵⁷:

Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.

Já os critérios espacial e temporal são conceituados por CARVALHO⁵⁸, respectivamente, como o "*conjunto de elementos indicativos, constantes dos antecedentes das normas tributárias, e que nos oferecem a ocasião de reconhecer as circunstâncias de lugar e de tempo que tolhem o conteúdo do critério material, dentro de parâmetros precisos e específicos*".

No que tange ao critério espacial do ICMS, este está claramente previsto no artigo 11, da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto. Sobre o tema, explicita CARVALHO⁵⁹:

Por fim, exações do estilo do IPI ou do ICMS apresentam pequena participação elaborativa, no que tange ao fator condicionante de espaço. Seja qual for o lugar em que o fato ocorra, dentro da latitude eficaz da norma, dão-se por propagados seus legítimos efeitos, não havendo falar-se de pontos particularmente determinados, ou de sub-regiões zelosamente delineadas. O critério espacial coincide, nessas hipóteses, com o âmbito de validade territorial da lei.

⁵⁷ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 41.

⁵⁸ CARVALHO, P. de B. Obra citada, p. 256.

⁵⁹ CARVALHO, P. de B. Idem, p. 257-258.

Logo, em relação ao ICMS, não é possível delinear um local especial para o acontecimento do fato; mas poderá ser qualquer lugar onde tenha ocorrido o fato jurídico tributário previsto na norma, desde que não extrapole sua competência territorial.

Por sua vez, o critério temporal do ICMS está demarcado no artigo 12, da Lei Kandir, e, em geral, consiste no momento da saída da mercadoria do estabelecimento por/para o seu adquirente, ou no momento da prestação do serviço.

Tendo isto sido esclarecido, passa-se à análise do que CARVALHO⁶⁰ denomina como conseqüente da norma tributária. Divide-se este nos critérios pessoal (sujeitos ativo e passivo) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).

2.3 Sujeito Ativo

Antes de estabelecer um conceito para o sujeito ativo tributário e, especialmente, o sujeito ativo do ICMS, mostra-se necessário fixar a diferença entre competência tributária e capacidade tributária, que é muito bem apontada por COÊLHO⁶¹, segundo o qual “a *competência tributária revela uma aptidão legislativa ou regulamentar (emissão de comandos normativos). A capacidade tributária desvela relação jurídica entre os sujeitos ativos e passivos em cópula obrigacional.*”.

Dessa maneira, a competência tributária condiz com a competência para legislar sobre matéria tributária; enquanto que a capacidade tributária é a possibilidade de atuar na relação jurídica tributária, como sujeito ativo ou passivo. Ademais, destaca-se que a competência tributária é indelegável; porém, a capacidade tributária ativa pode ser delegada, desde que obedeça ao princípio da legalidade. É o que dispõe o artigo 7º, do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa

⁶⁰ CARVALHO, P. de B. Idem, p. 280-340.

⁶¹ COÊLHO, S. C. N. Obra citada, p. 682.

jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Isto posto, passa-se à conceituação do sujeito ativo tributário, para a qual se utiliza a doutrina de ATALIBA⁶²:

30.1 Sujeito ativo é o credor da obrigação tributária. É a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo. Só a lei pode designar o sujeito ativo. Esta designação compõe a h.i., integrando seu aspecto pessoal.

[...]

30.4 Sujeito ativo é, em regra, a pessoa constitucional titular da competência tributária. [...] Em outras palavras: a regra geral é que o sujeito ativo é a pessoa cuja lei criou a h.i. (no Brasil, União Federal, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios). Está ele implícito na h.i., não havendo necessidade de que seja sua indicação formulada explicitamente.

30.5 Se, entretanto, a lei quiser atribuir a titularidade da exigibilidade de um tributo a outra pessoa que não a competente para instituí-lo, deverá ser expressa, designando-a explicitamente; na maioria das vezes, assim se configura a parafiscalidade (v. Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1990).

Portanto, sujeito ativo é aquele que possui capacidade tributária, atribuída por lei, para exigir o pagamento do tributo. Em relação ao ICMS, conforme se abstrai do artigo 155, inciso II, da Constituição, e do artigo 1º, da Lei Complementar nº 87/96, a competência tributária, assim como a capacidade tributária ativa se acumulam, sendo atribuições estatais e distritais. Assim, os Estados Federativos e o Distrito Federal são responsáveis tanto pela criação de leis que normatizem a cobrança do ICMS, como pelo seu recolhimento.

Além disso, da conjectura dos artigos 11 e 12, da Lei Kandir, percebe-se que a capacidade ativa pertence, em regra, ao Estado onde tenha ocorrido o fato jurídico tributário. Entretanto, há algumas situações como a importação de mercadorias ou serviços e as operações interestaduais com energia elétrica e petróleo ou derivados, em que o legislador elegeu como sujeito ativo o Estado de destino da mercadoria, excepcionalmente.

Por este motivo e em razão de algumas lacunas percebidas na lei regulamentar, muitas vezes surgem conflitos entre os Estados para saber qual

⁶² ATALIBA, G. Obra citada, p. 75-76.

deles possui competência e capacidade tributária sobre um determinado fato ocorrido. Porém, cabe esclarecer, para o presente estudo, que, qualquer que seja o sujeito ativo definido pela lei para a cobrança do ICMS, este só poderá atuar dentro dos limites estipulados pela Constituição Federal.

2.4 Sujeito Passivo

No outro pólo da relação jurídica tributária está o sujeito passivo, assim definido por ATALIBA⁶³:

32.1 Sujeito passivo da obrigação tributária é o devedor, convencionalmente chamado contribuinte. É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. É a pessoa que terá diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo.

[...]

32.3 É sujeito passivo, em regra, uma pessoa que está em conexão íntima (relação de fato) com o núcleo (aspecto material) da hipótese de incidência. Ao exegeta incumbe desvendar esta conexão, nos casos em que a lei não explicita tal circunstância. Muitas vezes a lei contém indicação pormenorizada, explícita e precisa – embora conceitual – do sujeito passivo, simplificando a exegese.

O legislador – inspirado pela ciência das finanças – orienta-se por princípios financeiros na configuração da hipótese de incidência, quanto ao aspecto subjetivo-passivo. Em todos os casos, no Brasil, só pode ser onerado o destinatário constitucional tributário, porque esse juízo político-financeiro foi exaurido pelo constituinte.

Logo, o sujeito passivo da obrigação tributária é aquele que a legislação, explícita ou implicitamente, atribui como devedor, por possuir uma conexão com a hipótese tributária. Ainda, o artigo 121, parágrafo único, do CTN, classifica o sujeito passivo em contribuinte ou responsável, como se observa:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

⁶³ ATALIBA, G. Obra citada, p. 77-78.

Contribuinte, então, é aquele cuja obrigação de pagar o tributo se dá em razão de ele estar diretamente relacionado com a ocorrência do fato jurídico tributário; enquanto que o responsável, apesar de não ter realizado o fato pessoal e diretamente, torna-se devedor do Fisco por determinação legal. Além disso, da leitura do artigo 128, do Código⁶⁴, conclui-se que a responsabilidade tributária pode se dar por transferência ou por substituição. Quem explica sua distinção é COELHO⁶⁵:

Cabe frisar que, nos casos de *responsabilidade tributária por transferência*, existe uma cláusula jurídica que imputa ao responsável o dever de pagar o tributo no lugar do contribuinte. O que se transfere é o *dever jurídico*, que migra total ou parcialmente do contribuinte para o responsável. Diferentemente, nos casos de *substituição tributária* a pessoa que pratica o fato gerador não chega a ser contribuinte. A lei imputa diretamente o dever de pagar o tributo ao responsável tributário. O que se substitui, portanto, é a pessoa que, tendo praticado o fato gerador, *deveria ser o sujeito passivo* (o substituto legal tributário, como diria Hector Villegas, não substitui o contribuinte, mas a pessoa que deveria sê-lo). [...] Rigorosamente, ele é devedor de tributo por fato de terceiro. Não poderá, pois, sofrer o ônus econômico; basta-lhe o dever jurídico.

Ademais, ressalta-se que, de acordo com o CTN, em seu artigo 126⁶⁶, a capacidade tributária passiva não se confunde com a capacidade civil, estando sujeitos à tributação atos praticados por pessoas consideradas absoluta ou relativamente incapazes pelo Código Civil; assim como, atos realizados por sociedades ainda não regularmente constituídas. Tanto é assim, que a Receita Federal exige o registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) de entidades como sindicatos, condomínios edilícios, clubes e fundos de investimentos, partidos políticos, dentre outros⁶⁷.

⁶⁴ Código Tributário Nacional: "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

⁶⁵ COELHO, S. C. N. Obra citada, p. 684-685 (grifo do autor).

⁶⁶ Código Tributário Nacional: "Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: I - da capacidade civil das pessoas naturais; II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios; III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional."

⁶⁷ Cf. Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007.

O mesmo se aplica em relação ao ICMS, cujo sujeito passivo, segundo o artigo 4º, da Lei Complementar nº 87/96, é *“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*. Da referida norma, percebe-se que é característica do sujeito passivo do ICMS a **habitualidade** na realização de operações mercantis ou na prestação de serviços. Sobre isso, destaca-se o ensinamento de CARRAZZA⁶⁸:

Pensamos, portanto, não ser excessivamente arrojada a idéia de que pode ser contribuinte do ICMS qualquer pessoa (física, jurídica ou, até, sem personificação de Direito) envolvida, em caráter de habitualidade, com a prática de operações mercantis. É o que, aliás, expressamente estipulam o art. 4º da Lei Complementar 87/1996 (*Lei Kandir*) e o art. 7º da Lei paulista 6.374/1989.

Carlos da Rocha Guimarães é de idêntico pensar:

“Assim, a habitualidade é o critério que nos guia no diferenciar o intuito objetivo do subjetivo, e que transforma a simples circulação jurídica de bens em circulação jurídica de mercadorias.

“(…)”

“Em conseqüência, e nessa ordem de idéias, achamos que outras pessoas, que não exerçam propriamente a mercancia, possam vir a ser tributadas se adquirirem e alienarem bens com habitualidade, obtendo lucros nessa atividade.”

Cabe destacar, porém, que a Lei Kandir prevê algumas situações em que haverá tributação pelo ICMS a despeito da existência de habitualidade⁶⁹. A constitucionalidade dessa previsão foi bastante discutida, a ponto de a aplicabilidade de tal norma ter sido afastada por decisão plenária do STF, no Recurso Extraordinário nº 185.789, julgado em 3 de março de 2000. Contudo, a Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, ao alterar a redação do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Carta Magna, excluiu a necessidade de habitualidade quando da importação de mercadorias do exterior, o que legitimou a cobrança do imposto para estes casos. Ainda falta, entretanto, regulamentação que estabeleça uma forma de garantir o princípio da não-cumulatividade nessas operações.

⁶⁸ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 38-39.

⁶⁹ Cf. o artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 87/96.

No que diz respeito às situações de responsabilidade no ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 prevê, em seu artigo 5º, a responsabilidade por transferência, e os artigos 6º ao 10 tratam da substituição tributária. Esta, por seu turno, pode se dar “para trás” ou “para frente”, conforme explica CARRAZZA⁷⁰:

O instituto da substituição tributária subdivide-se em: a) substituição tributária *para trás*; e b) substituição tributária *para frente*.

[...]

Na chamada *substituição tributária para trás*, a lei, tendo em vista comodidades arrecadatórias, estabelece que o tributo será recolhido, pelo substituto, *na próxima* operação jurídica (em nome do substituído). Destarte, a carga econômica do tributo não será suportada pelo realizador da operação jurídica (o substituído), mas por quem levar a cabo a seguinte (o substituto).

[...]

Situação diversa ocorre com a substituição tributária “para frente”. [...]

Na *substituição tributária “para frente”* parte-se do pressuposto de que o *fato imponível* ocorrerá no futuro e que, portanto, é válida a cobrança antecipada do tributo (ainda mais quando há fundados receios de que o realizador deste *fato futuro* praticará *evasão fiscal*).

Para acautelar interesses fazendários tributa-se, na *substituição tributária “para frente”*, fato que ainda não aconteceu (e que, portanto, ainda não existe e, em tese, poderá nunca existir).

Tem sido muito debatida a figura da substituição tributária “para frente”, prevista no artigo 150, § 7º, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993⁷¹. Todavia, a constitucionalidade da mesma foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851⁷².

2.5 Base de Cálculo

Tendo-se analisado as partes que envolvem a relação jurídica tributária, passa-se à análise de seu objeto, qual seja, o próprio tributo (ICMS) e a

⁷⁰ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 264-265 (grifo do autor).

⁷¹ Constituição Federal: “Art. 150. *Omissis* [...] § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]”.

⁷² DJU de 23/10/1998, p. 2.

sua formação. De acordo com o artigo 3º do CTN, “*tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”.

A base de cálculo, por sua vez, é a medida da hipótese tributária sobre a qual o tributo será calculado. Veja-se a explicação de CARVALHO⁷³ sobre este instituto do Direito Tributário:

Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma. [...]

O artigo 13, da LC nº 87/96, é que determina a base de cálculo do ICMS, sendo, em regra, o valor da operação ou da prestação de serviço. Além disso, vale destaque o ensino de CARRAZZA⁷⁴, no sentido de que a base de cálculo escolhida pelo legislador deve sempre estar relacionada à hipótese de incidência determinada pelo constituinte. Confira-se:

Para total garantia do contribuinte de que está sendo tributado nos termos da Constituição, exige-se uma *correlação lógica* entre a base de cálculo e a *hipótese de incidência* do tributo. Por quê? Porque a base de cálculo índice seguro para a identificação do aspecto material da *hipótese de incidência*, que confirma, afirma ou infirma (caso em que o tributo toma-se incobrável, por falta de *coerência interna* na norma jurídica que o instituiu). Transplantando estas noções, apenas bosquejadas, para o ponto que faz aqui nosso interesse, temos que a base de cálculo do ICMS deve necessariamente ser uma medida da operação mercantil realizada.

Assim, não deve ser considerada válida a adição à base de cálculo do imposto de valores estranhos à hipótese tributária constitucionalmente prevista. Por essa razão, o mesmo autor teoriza, em capítulo posterior de sua obra⁷⁵,

⁷³ CARVALHO, P. de B. Obra citada, p. 327.

⁷⁴ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 73 (grifo do autor).

⁷⁵ Cf. CARRAZZA, R. A. Idem, p. 242-262.

a inconstitucionalidade do cálculo “por dentro” do ICMS, previsto no artigo 13, § 1º, inciso I, da Lei Kandir, que dispõe o seguinte:

Art. 13. *Omissis*

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

[...]

Entretanto, novamente, restou decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 212.209⁷⁶, a constitucionalidade de tal cobrança, apesar de todas as críticas feitas pela doutrina.

2.6 Alíquota

Finalmente, a alíquota é o segundo elemento do critério quantitativo da hipótese tributária. Veja-se a designação dada por ATALIBA⁷⁷ para esta grandeza:

44.1 [...] Deve receber a designação de alíquota só esse termo que se consubstancia na fixação de um critério indicativo de uma parte, fração – sob a forma de percentual, ou outra – da base imponiblel.

[...]

44.3 Na maioria dos impostos, essa grandeza é uma expressão de riqueza do sujeito passivo tributário, da qual o estado se atribui (mediante a lei tributária) uma quota (parte, fração, quota, alíquota).

Ademais, é por meio da alíquota de um tributo que se percebe se os princípios instituídos pelo Estatuto do Contribuinte estão sendo cumpridos. É o que explica CARRAZZA⁷⁸:

A *alíquota* é o critério legal, normalmente expresso em percentagem (%), que, conjuntado à base de cálculo, permite discernir o *quantum debeat*

⁷⁶ DJU de 14/02/2003, p. 60.

⁷⁷ ATALIBA, G. Obra citada, p. 101-102.

⁷⁸ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 74-75 (grifo do autor).

(quantia devida, a título de tributo). A alíquota pode variar, inclusive num mesmo tributo (alíquota progressiva), mas não deve imprimir-lhe feições confiscatórias (art. 150, IV, da CF), aguilhoando-se, assim, o direito de propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, II, da CF). Ademais, em relação aos impostos, deverá tomar efetivo o *princípio da capacidade contributiva*, encartado na primeira parte do § 1º do art. 145 da CF ("Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte ...").

É sempre bom repisarmos que a alíquota também está submetida ao *princípio da estrita legalidade*, devendo, portanto, ser fixada por meio de lei.

Sobre o assunto, também doutrina CARVALHO⁷⁹:

É por mantê-la constante [a alíquota], sob a forma de fração, ou por fazê-la progredir, continuamente, ou por degraus, que o legislador busca realizar e assegurar o princípio da igualdade tributária. É também por contê-la dentro de certos limites que a autoridade legislativa evita que a tributação ganhe ares de confisco. Ao manipular os sistemas de alíquotas, implementa o político suas intenções extrafiscais e, por reduzi-las a zero (alíquota zero), realiza uma das modalidades de isenção.

Como se deduz das citações, como cumprimento aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária (função extrafiscal), a Constituição de 1988, no artigo 155, § 2º, inciso III, trouxe como inovação a possibilidade de seletividade das alíquotas do ICMS, conforme a essencialidade da mercadoria ou do serviço. BALEEIRO⁸⁰ esclarece o tema, com bastante propriedade:

A palavra [...] refere-se à adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do País. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. Geralmente são os artigos mais raros e, por isso, mais caros. Do ponto de vista econômico, a norma inspira-se na utilidade marginal. Do ponto de vista político, reflete as tendências democráticas e até mesmo socialistas do mundo contemporâneo no qual os países civilizados seguem orientação idêntica.

Ocorre, entretanto, que, muitas vezes, a lei utiliza critérios duvidosos ao determinar a essencialidade de certos produtos, situações nas quais COELHO⁸¹ defende que "*tem o contribuinte o direito de provocar o Judiciário para*

⁷⁹ CARVALHO, P. de B. Obra citada, p. 339-340.

⁸⁰ BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 188.

⁸¹ COELHO, S. C. N. Obra citada, p. 382.

que declare, à luz de critérios técnicos e dos aspectos sociais da Nação, se esta ou aquela mercadoria é supérflua”.

Desse modo, a fim de garantir a observância de todos esses princípios; assim como, com a finalidade de evitar a chamada “guerra fiscal” entre os Estados instituidores do ICMS, a Constituição Federal previu, no artigo 155, § 2º, incisos IV a VI, algumas limitações no estabelecimento das alíquotas do referido imposto. Note-se o resumo dessas normas, elaborado por COELHO⁸²:

Aqui temos um sistema muito complexo:

A) o Senado Federal, por resolução de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada por maioria absoluta, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação (art. 155, § 2º, IV);

B) em princípio, as Assembléias Legislativas de cada estado fixarão as alíquotas internas, que nunca poderão ser inferiores às fixadas pelo Senado para as operações interestaduais;

C) em funcionamento o sistema, faculta-se ao Senado, como poder mediador e moderador:

Primus – mediante resolução de um terço de seus membros e aprovada por maioria absoluta, estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, retirando eficácia às leis estaduais em contrário (piso); e

Secundus – mediante resolução de iniciativa de metade mais um dos seus membros e aprovada por dois terços dos mesmos, fixar alíquotas máximas para as operações internas (teto), com o fito de “resolver”, arbitrando, “conflitos específicos” que envolvam interesses de estados.

Além disso, o artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, traz regras para a determinação das alíquotas nos casos de operações mercantis ou prestações de serviços interestaduais. Nessas situações, quando o destinatário não for contribuinte, incidirá a alíquota interna do Estado de origem. Por outro lado, se o consumidor final for contribuinte do ICMS, será aplicada a alíquota interestadual, cabendo ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Com isso, encerra-se a análise da regra-matriz de incidência do ICMS, passando-se ao estudo deste imposto em relação à energia elétrica.

⁸² COELHO, S. C. N. Idem, ibidem.

3 DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

3.1 Hipótese de Incidência

Conforme analisado no primeiro capítulo deste trabalho, a energia elétrica é considerada pelo direito brasileiro como bem móvel. Igualmente, para efeitos da cobrança do ICMS, entende-se a energia como mercadoria, conforme se deduz do artigo 155, § 3º, da Constituição:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

[...]

Igualmente dispõe a Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

[...]

Assim, percebe-se que a hipótese de incidência do ICMS referente à energia elétrica é a realização de operações de circulação da mercadoria "energia elétrica". Ainda, como já verificado anteriormente, o momento de ocorrência do fato jurídico tributário é o da saída da mercadoria para o consumidor final. Sobre

o critério temporal do ICMS incidente sobre energia, confira-se o ensinamento de CARRAZZA⁸³:

Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

Faz-se necessário, portanto, descobrir qual é o exato momento em que a energia elétrica passa a pertencer ao consumidor final. Da leitura da Resolução Aneel nº 456/00, percebe-se que essa transferência ocorre quando a energia atravessa o ponto de entrega do destinatário. Veja-se:

Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

[...]

XXVI - Ponto de entrega: ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como o limite de responsabilidade do fornecimento.

[...]

Art. 9º. O ponto de entrega de energia elétrica deverá situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvados os seguintes casos:

[...]

Art. 10. Até o ponto de entrega a concessionária deverá adotar todas as providências com vistas a viabilizar o fornecimento, observadas as condições estabelecidas na legislação e regulamentos aplicáveis, bem como operar e manter o seu sistema elétrico.

Logo, pode-se concluir que, antes da passagem da energia elétrica pelo ponto de entrega, não é possível a sua tributação, haja vista que a energia ainda está em trânsito pelas redes de transmissão e distribuição sem destino certo. É o que demonstram GODOI e SALIBA⁸⁴:

Ora, enquanto a energia permanece nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega do consumidor, a legislação é clara no determinar que ainda não ocorreu a saída da mercadoria do estabelecimento gerador, e, deste modo, ainda não se pode reputar ocorrida a hipótese de incidência do ICMS.

Mesmo porque, se se reputasse ocorrida a saída antes da energia transpor os pontos de entrega, tal saída ocorreria sem discriminação de qualquer

⁸³ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 214.

⁸⁴ GODOI, Marciano Seabra de, e SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. Inconstitucionalidade e ilegalidade da Exigência do ICMS sobre a "Demanda Reservada de Potência". In: **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 63, p. 131.

usuário, pois a corrente flui pelas linhas de transmissão sem destinatário específico. Assim, até mesmo por óbice lógico, impede-se que se eleja momento anterior à entrega da energia ao consumidor como marco temporal hábil a reputar como ocorrido o fato gerador.

Assim, forma-se a hipótese tributária do ICMS sobre energia elétrica com a realização de operações de circulação da mesma, o que somente ocorre após a transferência da energia ao consumidor final, quando da passagem pelo ponto de entrega.

3.2 Sujeito Passivo

O artigo 4º, parágrafo único, inciso IV, da Lei Kandir, estabelece como contribuinte do ICMS sobre energia elétrica o consumidor:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

[...]

IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

Além disso, o artigo 9º da mesma Lei Complementar prevê a hipótese de substituição tributária às empresas geradoras ou distribuidoras, nas operações com energia:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

[...]

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço

praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

CARRAZZA⁸⁵ é quem explica a relação descrita na norma supracitada:

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é – e nem pode vir a ser – contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

[...]

III – A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de “responsável” pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, *paga tributo a título alheio*, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo).

Dessa maneira, sendo o consumidor final o contribuinte de fato e de direito do ICMS sobre energia elétrica, conseqüentemente, é ele, também, parte legítima para impetrar ações questionando eventual cobrança irregular. Igualmente entende o STJ, o que se confirma da decisão unânime da Primeira Turma, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 797.826⁸⁶:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).

[...]

⁸⁵ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 214-215 (grifo do autor).

⁸⁶ DJU de 21/06/2007, p. 283.

3.3 Base de Cálculo

Sobre a base de cálculo do ICMS, viu-se anteriormente que esta corresponde ao valor da operação referente à circulação da mercadoria. No que diz respeito à energia elétrica, o artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipula sua base de cálculo como o preço praticado na operação final, como se verifica:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

[...]

§ 9º - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

[...]

No mesmo sentido decretou o artigo 19, do Convênio ICMS nº 66, de 14 de dezembro de 1988, ao estipular que *“a base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor”*.

Cabe ressaltar que o valor da operação final significa o valor da energia elétrica efetivamente consumida; pois, em obediência ao princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição, a base de cálculo do tributo deve estar diretamente relacionada a sua hipótese de incidência. Igualmente se aduz do *caput* do artigo 4º, do Código Tributário Nacional, quando afirma que *“a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador*

da respectiva obrigação". O mesmo entendimento é exarado por CARRAZZA⁸⁷, como se demonstra:

A base de cálculo possível do ICMS incidente sobre energia é o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria (a energia elétrica) ao consumidor. Noutra giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final. Isto corresponde, na dicção do art. 34, § 9º, do ADCT, ao "preço então praticado na operação final".

Se a base de cálculo do ICMS levar em conta elementos estranhos à operação mercantil realizada, ocorrerá, por sem dúvida, descaracterização do tributo – fenômeno que nossa ordem constitucional reprova.

[...]

III – Repisando argumentos já exibidos, se o imposto é sobre operações mercantis, sua base de cálculo só pode ser o valor da operação mercantil realizada.

Obviamente, o valor das operações mercantis é, no caso em exame, o *realmente praticado* entre o fornecedor e o consumidor de energia elétrica.

[...]

Ademais, dá-se destaque à imunidade dada pelo artigo 155, § 2º, inciso X, alínea b, da Norma Suprema, para as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. Ocorre que, ao disciplinar o referido dispositivo, a Lei Complementar nº 87/96 reduziu sua abrangência apenas para as situações de industrialização ou comercialização⁸⁸. Por conta disso, gerou-se grande reviravolta dentre os doutrinadores⁸⁹ no sentido de que a norma mencionada seria inconstitucional. Contudo, o Recurso Extraordinário nº 198.088⁹⁰, julgado pelo Plenário do STF, definiu a divergência, novamente, em desfavor ao contribuinte, conforme se percebe:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora

⁸⁷ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 217-219 (grifo do autor).

⁸⁸ Lei Complementar nº 87/96: "Art. 3º O imposto não incide sobre: [...] III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização; [...]".

⁸⁹ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 217; COELHO, S. C. N. Obra citada, p. 369-380, e outros.

⁹⁰ DJU de 05/09/2003, p. 32.

dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido.

3.4 Alíquota

Passando-se ao estudo das alíquotas do ICMS sobre energia elétrica, faz-se necessário relembrar a previsão constitucional da seletividade, de forma a tributar as mercadorias com base na sua essencialidade. Resta, então, saber se a energia elétrica deve ser considerada uma mercadoria essencial. A esse respeito, cita-se o posicionamento de ÁLVARES⁹¹:

Realmente. A eletricidade de tal forma penetrou a vida da civilização material ocidental que, sem ela os seus quadros econômicos e sociais sofreriam colapso semelhante ao do corpo humano sem oxigênio. E a perspectiva atual é de cada vez maior importância da indústria da eletricidade, considerada esta não como uma categoria econômica, mas como ramo de atividade material humana, pois se a eletricidade surgiu e passou a ser explorada como uma indústria privada, com o tempo perdeu este caráter, ao assumir o conteúdo funcional de serviço público.

No mesmo sentido, também se expressa MACHADO SEGUNDO⁹²:

Neste fim de século, mesmo as famílias de baixíssima renda consomem energia elétrica em suas casas. Talvez aqueles mais miseráveis, que nem teto possuem, não sejam seus consumidores.

A maioria da população possui uma geladeira para conservar seus alimentos, um ferro elétrico para passar suas roupas, lâmpadas para iluminar a escuridão; bens sem os quais não se vive com dignidade. Sem energia não há vendas, prestação de serviços ou produção. Não se vive, apenas se sobrevive, e mal.

[...]

Não há dúvida de que a energia elétrica é essencialíssima a qualquer cidadão ou empresa, sendo consumida inclusive por aqueles desprovidos de qualquer capacidade contributiva.

Portanto, claro está o caráter essencial da energia elétrica, razão pela qual, em obediência à previsão constitucional da seletividade, esta

⁹¹ ÁLVARES, W. T. Obra citada, p. 186.

⁹² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A Tributação da Energia Elétrica e a Seletividade do ICMS. In: *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 62, p. 73-74.

deveria ser tributada em alíquotas mais baixas. Todavia, não é isso que se verifica na legislação de muitos Estados. Paraná e Ceará, por exemplo, adotam a alíquota mais alta, de 25%, para a energia elétrica, juntamente com supérfluos como bebidas alcoólicas, fumo, perfumes, automóveis importados, armas, etc.

Além disso, Estados como São Paulo, Mato Grosso, Sergipe e Pernambuco e o Distrito Federal têm adotado alíquotas que, além de serem seletivas, também são progressivas; isto é, para a mesma mercadoria, pode haver várias alíquotas, de acordo com a sua destinação ou quantidade. Contudo, MACHADO SEGUNDO⁹³ defende a inconstitucionalidade dessas normas, pelos seguintes motivos:

[...] Primeiro, porque a Constituição facultou a instituição de imposto seletivo ou não seletivo, sendo excluída, implicitamente, a possibilidade de progressividade, sob pena de completa perda de sentido do artigo 155, § 2º, III da CF/88.

Segundo, porque a progressividade no ICMS faz com que uma mercadoria, embora essencial, termine sendo tributada com alíquotas superiores à de mercadorias suntuosas e supérfluas apenas por haver sido consumida em maior quantidade, o que implica clara violação do citado artigo 155, § 2º, III da Constituição.

Terceiro, porque o Supremo Tribunal Federal já pacificou sua jurisprudência no sentido de que não é possível a adoção da progressividade para impostos reais, como é o caso do ICMS.

Sobre o tema, assim decidiu o Plenário do STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 153.771⁹⁴:

EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do

⁹³ MACHADO SEGUNDO, H. de B. Idem, p.74.

⁹⁴ DJU de 05/09/1997, p. 41.892.

setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte.

Dessa maneira, as alíquotas do ICMS sobre energia elétrica devem ser reduzidas, a fim de obedecer ao princípio da seletividade, sendo, porém, inconstitucional a sua progressividade.

4 SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA

4.1 Conceito e Natureza Jurídica

Depois de examinada a regra-matriz de incidência do ICMS e sua aplicação especificamente sobre a energia elétrica, passa-se agora ao estudo de caso da demanda de potência. Para tanto, inicialmente, faz-se necessário demonstrar seu conceito e sua natureza jurídica. Assim, em primeiro lugar, vale destacar a conceituação elaborada por ÁLVARES⁹⁵:

O encargo da demanda baseia-se em dado oferecido sobre o máximo de uso de carga durante um certo período, devendo, por conseguinte, a concessionária estar preparada para fornecer energia dentro daquela exigência do consumidor. Em consequência, torna-se necessário cobrir os encargos de capital da usina, que deve estar constantemente pronta para atender ao consumidor, e então o elemento de demanda foi concebido como maneira de reembolso dos investimentos das instalações, enquanto que a tabela de quilowattthora se refere ao custo da produção e distribuição da energia consumida. Em resumo: - a despesa de demanda representa uma contribuição, por assim dizer, para compensar o investimento de capital nas instalações da companhia, sempre à disposição do consumidor, enquanto que o encargo de consumo se refere ao efetivo custo de produção e distribuição.

Tendo-se isso por base, cabe rememorar que, de acordo com o estudado na Seção 1.4 do presente trabalho, a cobrança da demanda de potência se dá de forma destacada na fatura de energia elétrica dos consumidores livres do "Grupo A". Estes consumidores, por serem considerados de alta tensão, pagam uma tarifa considerada binômica, pois se divide entre a cobrança referente ao consumo da energia elétrica ativa e a da demanda faturável.⁹⁶ Na mesma oportunidade

⁹⁵ ÁLVARES, W. T. Obra citada, p. 659-660.

⁹⁶ A estrutura das tarifas pagas pelos consumidores do "Grupo A" é determinada pela Resolução Aneel nº 456/00: "Art. 49. O faturamento de unidade consumidora do Grupo "A", observados, no fornecimento com tarifas horo-sazonais, os respectivos segmentos, será realizado com base nos valores identificados por meio dos critérios descritos a seguir: I - demanda faturável: um único valor, correspondente ao maior dentre os a seguir definidos: a) a demanda contratada ou a demanda medida, no caso de unidade consumidora incluída na estrutura tarifária convencional ou horo-sazonal, exceto se classificada como Rural ou reconhecida como sazonal; b) a demanda medida no ciclo de faturamento ou 10% (dez por cento) da maior demanda medida em qualquer dos 11 (onze) ciclos completos de faturamento anteriores, no caso de unidade consumidora incluída na estrutura tarifária convencional, classificada como Rural ou reconhecida como sazonal; ou c) a demanda

explicitou-se que a energia econômica ativa é a energia elétrica efetivamente consumida, medida em quilowatts-hora (kWh), e que pode se converter em outras formas de energia (calor, luz, movimento, etc.)⁹⁷.

Já a demanda faturável, medida em quilowatts (kW), corresponde à demanda de potência ativa⁹⁸. Esta, por sua vez, de acordo com o artigo 12, do Decreto nº 62.724/68, será a maior demanda verificada entre a demanda medida e a demanda contratada. Tais conceitos estão todos explanados no artigo 2º, da Resolução Aneel 456/00, como se verifica:

Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

[...]

VIII - Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

X - Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW).

XI - Demanda faturável: valor da demanda de potência ativa, identificado de acordo com os critérios estabelecidos e considerada para fins de faturamento, com aplicação da respectiva tarifa, expressa em quilowatts (kW).

XII - Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

[...]

Também, do inciso I do dispositivo acima citado, denota-se que carga instalada é a "soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW)". Logo, a cada 15 minutos será feita uma média da potência disponibilizada ao consumidor pelo sistema elétrico, em decorrência da

medida no ciclo de faturamento ou 10% (dez por cento) da demanda contratada, observada a condição prevista no § 2º deste artigo, no caso de unidade consumidora incluída na estrutura tarifária horo-sazonal, classificada como Rural ou reconhecida como sazonal. II - consumo de energia elétrica ativa: um único valor, correspondente ao maior dentre os a seguir definidos: a) energia elétrica ativa contratada, se houver; ou b) energia elétrica ativa medida no período de faturamento. III - consumo de energia elétrica e demanda de potência reativas excedentes: quando o fator de potência da unidade consumidora, indutivo ou capacitivo, for inferior a 0,92 (noventa e dois centésimos), nos termos dos arts. 64 a 69.

⁹⁷ Cf. Resolução Aneel nº 456/00, artigo 2º, XIII.

⁹⁸ Cf. Idem, artigo 2º, XI.

quantidade de equipamentos elétricos em funcionamento durante aquele período. A maior média de potência atingida dentro de um mês (período de faturamento) corresponderá à demanda medida.

Além disso, é possível ao consumidor acertar com o distribuidor, por meio do contrato de fornecimento⁹⁹, uma quantidade certa de demanda a ser oferecida todo mês. É a chamada demanda contratada ou reservada de potência. Neste caso, será adicionado um capítulo em separado no ato contratual, pelo qual, de um lado, a empresa distribuidora de energia elétrica se compromete a disponibilizar aquela quantidade de potência ao consumidor todos os meses; enquanto que este garante que não utilizará potência mensal maior do que a combinada.

Prevendo o contrato de compra e venda de energia uma quantidade reservada de demanda mensal, ainda que esta seja superior ao valor de demanda medida em um determinado mês, o preço a ser pago será o mesmo, pelo menos até que seja feita uma alteração contratual que reduza o valor da demanda combinada¹⁰⁰. Entretanto, se o montante de demanda medida for maior do que o da demanda contratada, o consumidor haverá de pagar uma multa sobre a diferença, chamada de tarifa de ultrapassagem, de acordo com o previsto no artigo 56, da Resolução Aneel nº 456/00:

Art. 56. Sobre a parcela da demanda medida, que superar a respectiva demanda contratada, será aplicada a tarifa de ultrapassagem, caso aquela parcela seja superior aos limites mínimos de tolerância a seguir fixados:
I - 5% (cinco por cento) para unidade consumidora atendida em tensão de fornecimento igual ou superior a 69 kV; e
II - 10% (dez por cento) para unidade consumidora atendida em tensão de fornecimento inferior a 69 kV.

⁹⁹ Nesse caso, o contrato de fornecimento deverá conter, obrigatoriamente, as seguintes cláusulas, conforme dispõe a Resolução Aneel nº 456/00: "Art. 23. O contrato de fornecimento, a ser celebrado com consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "A", deverá conter, além das cláusulas essenciais aos contratos administrativos, outras que digam respeito a: I - identificação do ponto de entrega; II - tensão de fornecimento; III - demanda contratada, com respectivos cronogramas e, quando for o caso, especificada por segmento horo-sazonal; IV - energia elétrica ativa contratada, quando for o caso; V - condições de revisão, para mais ou para menos, da demanda contratada e/ou da energia elétrica ativa contratada, se houver; VI - data de início do fornecimento e prazo de vigência; VII - horário de ponta e de fora de ponta, nos casos de fornecimento segundo a estrutura tarifária horo-sazonal; VIII - condições de aplicação da tarifa de ultrapassagem; IX - critérios de rescisão; e X - metas de continuidade, com vistas a proporcionar a melhoria da qualidade dos serviços, no caso de contratos específicos. [...]".

¹⁰⁰ Cf. Resolução Aneel nº 456/00, artigo 2º, IX.

§ 1º A tarifa de ultrapassagem aplicável a unidade consumidora faturada na estrutura tarifária convencional, será correspondente a 3 (três) vezes o valor da tarifa normal de fornecimento.

§ 2º O procedimento descrito neste artigo deverá ser aplicado sem prejuízo do disposto no art. 31, que trata do aumento de carga.

§ 3º Quando inexistir o contrato por motivo atribuível exclusivamente ao consumidor e o fornecimento não estiver sendo efetuado no período de testes, a concessionária aplicará a tarifa de ultrapassagem sobre a totalidade da demanda medida.

Assim, a tarifa de ultrapassagem nada mais é que uma multa por descumprimento do contrato por parte do consumidor. Sua aplicação se justifica dado ao fato de que, como já estudado em capítulos anteriores, conforme a quantidade de potência utilizada por cada consumidor, verifica-se qual o tipo de equipamento que deverá ser utilizado para a distribuição ou transmissão de energia ao mesmo, se mais ou menos complexo. Dessa forma, se um consumidor está sendo alimentado por meio de uma rede resistente, apenas, a pequenas potências, havendo um aumento substancial de demanda, os equipamentos do sistema elétrico podem ser danificados, trazendo prejuízos a ambas as partes.

A fim de evitar que isso aconteça, o artigo 55 da Resolução supracitada traz a possibilidade de o consumidor requerer, antes da estipulação do valor da demanda a ser contratado, um período de testes de, no mínimo três ciclos de faturamento, podendo-se, assim, estabelecer uma máxima de potência a ser atingida pelo consumidor¹⁰¹.

Dessa maneira, a potência demandada não pode ser confundida com a energia elétrica consumida, pois, além de ambas possuírem unidades de medida diferentes (a potência se mede em kW, enquanto que a energia é medida em kWh), sua forma de cálculo também é bastante distinta. O valor da fatura que corresponde à energia elétrica ativa diz respeito à quantidade total de energia consumida durante o período de faturamento.

Diferentemente, quando se calcula a demanda de potência, independente de haver contrato prevendo seu valor, há de ser verificada qual foi a maior potência atingida de todos os intervalos de medição. Assim, não se fatura o

¹⁰¹ Resolução Normativa nº 456/00: "Art. 55. Com o propósito de permitir o ajuste da demanda a ser contratada, a concessionária deverá oferecer ao consumidor o período de testes, com duração mínima de 3 (três) ciclos consecutivos e completos de faturamento, durante o qual será faturável a demanda medida, observados os respectivos segmentos horo-sazonais, quando for o caso. Parágrafo único. A concessionária poderá dilatar o período de testes mediante solicitação fundamentada do consumidor."

total de demanda utilizada no mês; e sim, a mais elevada dentro deste período, justamente porque sua intenção não é cobrar a demanda, mas compensar o desgaste dos equipamentos da rede elétrica.

De todo o exposto, conclui-se que a demanda de potência de energia elétrica, independentemente da forma pela qual seja cobrada, possui uma natureza jurídica **meramente obrigacional**, pois, diferentemente do que ocorre quanto à energia ativa consumida, seu objetivo é dar uma garantia tanto à concessionária, como ao consumidor, de que ambos terão suas expectativas alcançadas no decorrer do período contratual. Sobre isso, veja-se a opinião expressada por GODOI e SALIBA¹⁰²:

A parte da conta referente à "demanda" não tem relação com o valor pago às concessionárias em função da energia efetivamente consumida no mês. O preço da "demanda" é fixado em função de um consumo presumível, baseado na potência dos aparelhos instalados pelo consumidor. A parte da conta correspondente ao consumo refere-se à energia elétrica efetivamente consumida, ao passo que a parte relativa à "demanda" refere-se à energia que a concessionária poderia ter sido chamada a entregar ao consumidor. A tarifa correspondente à demanda, destarte, visa a recompensar a concessionária pelo serviço público (fornecimento de energia elétrica) que, apesar de não ter sido prestado, foi posto à disposição do consumidor. A tarifa de consumo, por sua vez, remunera o efetivo fornecimento de energia elétrica pela concessionária.

4.2 ICMS x Demanda de Potência de Energia Elétrica

4.2.1 Hipótese de Incidência

Vista a natureza obrigacional da demanda de potência de energia elétrica, percebe-se que esta não pode ser enquadrada na hipótese de incidência do ICMS como operação de circulação de mercadoria. Como se denota da doutrina de MACHADO¹⁰³, não é possível a tributação, seja pelo ICMS ou por qualquer outro tributo, pelo simples fato de existir uma obrigação contratual. Vejam-se os argumentos do renomado tributarista:

¹⁰² GODOI, M. S. de, e SALIBA, L. G. F. *Obra citada*, p. 128.

¹⁰³ MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário*, p. 259-260.

Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam a circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade das mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até ao consumidor.

A principal dessas operações é, sem dúvida, o contrato de compra e venda. Vale ressaltar, todavia, que um contrato de compra e venda de mercadorias, por si mesmo, não gera o dever de pagar ICMS. Não é fato gerador desse imposto, enquanto não implique *circulação de mercadoria*. Por isto mesmo é importante o sentido da expressão *operações relativas à circulação de mercadorias*, que há de ser entendida em seu conjunto, e não o significado de cada uma das palavras que a compõem. O legislador constituinte preferiu, seguindo orientação da moderna doutrina do direito tributário, utilizar expressões desvinculadas de quaisquer negócios jurídicos. Referiu-se, assim, a um gênero de *operações*. Todos aqueles atos, contratos, negócios, que são usualmente praticados na atividade empresarial, com o fim precípua de promover a circulação das mercadorias em geral, movimentando-as desde a fonte de produção até o consumo. E os considerou ligados a essa movimentação, não lhes atribuindo relevância, se considerados isoladamente. Por isto, um contrato de compra e venda de mercadorias, considerado isoladamente, como simples negócio jurídico, não gera o dever de pagar o ICMS, dever esse que surge, todavia, da circulação da mercadoria, como ato de execução daquele contrato. [...]

Além disso, conforme anteriormente analisado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios pacificou o entendimento de que, para que ocorra a efetiva circulação da mercadoria, esta precisa ter sua titularidade transferida. E, na seção 3.1, demonstrou-se que, em relação à energia elétrica, a transferência da titularidade só se dá quando a mercadoria (energia) atravessa o ponto de entrega.

Na demanda faturável, entretanto, não ocorre a transferência de potência do fornecedor para o consumidor, mas esta é apenas disponibilizada, permanecendo inativa na rede elétrica. Repita-se o que foi afirmado no início deste estudo, de que a potência consiste na **capacidade** de produzir energia. Desse modo, a potência não é mercadoria, mas apenas um meio de produção da mesma. E só haverá produção de energia elétrica quando a potência for ativada. Portanto, quando houver a transferência de titularidade para o consumidor, a potência, por ter sido ativada, já terá se transformado em energia elétrica, de modo que apenas haverá circulação desta.

Conseqüentemente, se a potência não é mercadoria e se não ocorre a sua circulação, não é possível falar em incidência de ICMS sobre ela, nem,

tampouco, sobre sua demanda faturável, que é mera garantia contratual. No mesmo sentido se inclinam GODOI e SALIBA¹⁰⁴.

No caso em exame, o proceder que gera a incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria "energia elétrica", e não a colocação, à disposição do consumidor, de determinada quota de potência. A reserva de potência, em si, que é imposta pelas normas reguladoras do setor elétrico, não implica a transferência da posse ou propriedade da mercadoria "energia elétrica" para o consumidor.

Ademais, não se alegue a aplicação, para a demanda de potência, do artigo 155, inciso IX, alínea *b*, da Constituição, que determina a incidência do ICMS sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, uma vez que a disponibilização da potência não configura a prestação de um serviço. Para fins de esclarecimento, leia-se a anotação de NORONHA¹⁰⁵.

Distinção entre obrigações de dar e de fazer. As confusões sobre o enquadramento de certas obrigações numa ou noutra categoria surgem em especial quando se deixa de ter presente que as obrigações de dar têm por objeto a prestação de uma coisa, ao passo que as de fazer são relativas à prestação de um fato.

Verdadeiras dificuldades só surgem quando a prestação devida envolva fazer a própria coisa que deva ser entregue. Evidentemente que, se toda prestação devida diz respeito a uma atividade do devedor, mesmo nas obrigações de dar teremos essa atividade, que, no caso, consistirá em fazer a entrega da coisa. Todavia, nessas obrigações de dar, o interesse do credor não está propriamente na atividade do devedor, mas na coisa que deve ser entregue. Já nas obrigações de fazer, o interesse do credor está na realização da própria atividade, mesmo quando esta seja condição para a obtenção de uma coisa. Por isso, diz-se que será de fazer a obrigação em que a ação de entregar pressupõe prévio *facere* e que será de dar aquela que não o pressuponha. A essência da obrigação de fazer está na atividade que deve ser realizada, e não na coisa dela resultante.

Com efeito, serviço é somente atividade criativa que, com a utilização da força humana, fabrica algo que antes não existia, o que se verifica através de uma obrigação de fazer. A demanda de potência, porém, não se enquadra nesta definição, porque não é obrigação de fazer; mas sim, de dar,

¹⁰⁴ GODOI, M. S. de, e SALIBA, L. G. F. Obra citada, p. 130.

¹⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, v. 1, p. 39.

disponibilizar uma quantidade determinada de potência, caso seja requerida. Igualmente sustentam GODOI e SALIBA¹⁰⁶.

A regra do art. 155, § 2º, IX, "b" da Constituição, portanto, não é capaz de justificar a incidência do ICMS sobre o valor total da conta de energia elétrica ("demanda de potência" + consumo efetivo de energia elétrica), uma vez que o valor da "demanda reservada de potência" não se constitui em serviço prestado pela concessionária juntamente com o fornecimento da mercadoria "energia elétrica".

A "demanda reservada de potência", repise-se, constitui-se em contrato firmado entre consumidores e concessionárias de energia elétrica, cujo preço é fixado em função de um consumo presumível, baseado na potência dos aparelhos instalados pelo consumidor. A "demanda" refere-se à energia que a concessionária poderia ter sido chamada a entregar ao consumidor, e não se constitui em serviço não compreendido na competência tributária dos Municípios, capaz de ser incluído na base de cálculo do ICMS, por força do art. 155, § 2º, IX, "b" da Constituição.

Por conseguinte, tributar a demanda de potência de energia elétrica implica em violação constitucional ao princípio da legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Carta Política brasileira, e extrapola os limites da hipótese de incidência do ICMS, determinados por meio do artigo 155, inciso II, da CF/88, e pelo artigo 2º, da Lei Complementar nº 87/96.

4.2.2 Base de Cálculo

No que se atine à base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, foi estudado que, de acordo com o artigo 34, § 9º, do ADCT, esta equivale ao valor da operação final ao consumidor, isto é, deve ser o preço da energia efetivamente consumida. Dessa maneira, a demanda de potência de energia elétrica não pode ser incluída na base de cálculo do ICMS, pois, como já destacado anteriormente, sua cobrança se dá meramente com o fim de garantir a manutenção da rede elétrica, não tendo nenhuma ligação com o processo de produção, transmissão e fornecimento de energia.

Outrossim, a base de cálculo deve refletir, necessariamente, a previsão da hipótese tributária. Logo, tendo sido vastamente demonstrado que a

¹⁰⁶ GODOI, M. S. de, e SALIBA, L. G. F. Obra citada, p. 132.

demanda de potência não constitui fato jurídico tributário do ICMS, conseqüentemente, sua base de cálculo não poderá abrangê-la, por ser uma situação de não-incidência, conceito este explanado por CARRAZZA¹⁰⁷:

Temos para nós que *não-incidência* é um conceito didático, e não técnico. É simplesmente a explicitação de uma situação que ontologicamente nunca esteve dentro da *hipótese de incidência possível* do tributo.

Deveras, não há incidência quando não ocorre fato algum ou quando ocorre um fato tributariamente irrelevante, isto é, que não se ajusta (subsume) a qualquer hipótese de incidência tributária (*fato gerador "in abstracto"*).

Geraldo Ataliba equiparava, com sua extraordinária didática, a situação de *não-incidência tributária ao não-crime*. Chegava, até, a falar em *fato não-imponível*, para aludir ao acontecimento que não realizava a *hipótese de incidência tributária*.

[...]

Diante do exposto fica claro que, enquanto a isenção, a remissão e a anistia dependem de lei (*fato sensu*) para validamente surgirem, a não-incidência decorre da própria natureza das coisas, podendo – e devendo – ser deduzida por mero labor exegético. Ou, se preferirmos, enquanto a isenção, a remissão e a anistia derivam da lei, a não-incidência deriva da falta de lei (em alguns casos) ou da impossibilidade jurídica de tributar certos fatos, em face de a eles não se ajustar a regra-matriz constitucional do tributo.

[...]

Índiscutível, pois, que as situações de não-incidência de qualquer tributo independem de lei para serem reconhecidas. Noutros termos, a obrigação tributária não pode nascer de situações de não-incidência. Mesmo que a lei ou a Administração Fazendária assim o queiram.

GODOI e SALIBA¹⁰⁸ também contestam a introdução da demanda de potência como base de cálculo do ICMS, consoante o abaixo mencionado:

Note-se que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a saída do produto. Logo, é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte saída do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos *in casu* dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a saída de energia – e não daquela que resultou mera garantia de potência.

¹⁰⁷ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 223-224.

¹⁰⁸ GODOI, M. S. de, e SALIBA, L. G. F. Obra citada, p. 131.

Igualmente se posiciona a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, conforme se afere dos julgados das duas Turmas que compõem a Primeira Seção do Tribunal:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA EFETIVAMENTE UTILIZADA/CONSUMIDA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que denegou segurança que objetivava a suspensão da cobrança de ICMS sobre a energia elétrica de "demanda reservada", mantida a oneração, apenas, sobre aquela efetivamente consumida, assegurada a compensação dos valores indevidamente pagos.

2. Consoante entendimento desta Corte Superior, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

3. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

4. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

5. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

6. Precedentes: REsps nºs 840285/MT, DJ de 16/10/06; 798633/MG, DJ de 16/10/06; 839134/AC, DJ de 28/09/06; 838542/MT, DJ de 25/08/06; 825350/MT, DJ de 26/05/06; 829490/RS, DJ de 29/05/06; 806281/SC, DJ de 11/05/06; 809753/PR, DJ de 24/04/06; 647553/ES, DJ de 23/05/05; 343952/MG, DJ de 17/06/02; 222810/MG, DJ de 15/05/00; AgRegs nos REsps nºs 855929/SC, DJ de 16/10/06; e 804706/SC, DJ de 04/05/06; AgReg no AG nº 707491/SC, DJ de 28/11/05.

7. Recurso provido.¹⁰⁹

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. FATO GERADOR. SÚMULA 83/STJ.

1. O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

2. "Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

3. Agravo regimental improvido.¹¹⁰

¹⁰⁹ STJ – Primeira Turma, Recurso Especial nº 914.518, DJU de 10/05/2007, p. 361.

¹¹⁰ STJ – Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 707.491, DJU de 28/11/2005, p. 256.

4.3 Legislação do Estado do Paraná

Em 5 de julho de 2005, o Estado do Paraná, por meio da Lei nº 14.773, veio a regulamentar a tributação de ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica, assim dispondo:

Art. 1º. Nos casos de contratação de demanda de potência não incidirá o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sob nenhum título.

§ 1º. O tributo tratado no *caput* somente incidirá sobre a quantidade de energia elétrica efetivamente consumida.

Assim sendo, o Estado do Paraná, adequadamente, reconheceu a inconstitucionalidade e a ilegalidade do ICMS incidente, até então, sobre a demanda reservada de potência, o que se comprova da leitura da Justificativa do Projeto de Lei nº 006/05¹¹¹:

[...] no caso da energia elétrica, só há circulação jurídica da mercadoria quando esta efetivamente é transferida ao consumidor, ou seja, quando efetivamente há transferência de titularidade da mercadoria do produtor/distribuidor da energia para o consumidor, o que, em termos práticos, equivale à energia elétrica passar através do relógio de medição de consumo instalado em cada imóvel, e não simplesmente circular pela rede elétrica existente à frente do mesmo imóvel.

Para o Direito Tributário é irrelevante que na rede elétrica das vias públicas circule energia elétrica, pois esta circulação é apenas física e não jurídica. Somente quando a energia sai da rede, passa no relógio de medição e ingressa no imóvel do consumidor é que se dá o negócio jurídico circulação a que se refere a Constituição Federal em seu artigo 155, inciso II.

Assim o ICMS incide apenas sobre o total da energia elétrica consumida pelo cliente da concessionária, e não sobre o montante de energia elétrica produzida e posta à disposição dos consumidores. Eventuais excessos de produção não podem ser taxados com o ICMS, pois esta hipótese não está albergada na lei.

No caso da “demanda de potência” ou “reserva de potência”, o consumidor paga à concessionária uma certa quantia para ter sempre à sua disposição uma determinada quantidade de energia, que poderá ou não ser consumida no decurso do mês. A concessionária cobra pela reserva da energia, pouco importando se a mesma será consumida ou não. Assim, no caso da “demanda de potência” ou “reserva de potência” não existe circulação de mercadoria (pois a energia elétrica não muda de dono) de sorte que sobre os valores cobrados a este título não poderia incidir ICMS.

[...]

É por ser inconstitucional e ilegal a exigência do ICMS sobre a parcela relativa à demanda de potência que se propõe o presente projeto de Lei.

¹¹¹ Documento constante no Anexo I.

O ICMS vem genericamente previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal, que estatui: "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*"

Ou seja, o ICMS é um imposto que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços específicos, previstos *numerus clausus* na Constituição Federal (serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação).

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a incidência do ICMS sobre as operações relativas à circulação de energia elétrica decorre da inclusão desta como espécie do gênero mercadoria.

No caso do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica, no entanto, verifica-se que o imposto incide indistintamente sobre a parcela de valor relativa ao consumo efetivo da mercadoria energia elétrica e também sobre a parcela de valor relativa à demanda de potência.

Ocorre, porém, que a demanda de potência não se amolda ao conceito de mercadoria, nem tampouco sua exigência configura circulação.

No mesmo sentido foi o posicionamento do Parecer ao Projeto de Lei nº 006/05 – Emendas de Plenário, proferido pela Comissão de Constituição e Justiça¹¹²:

O Estado do Paraná tributa com o ICMS os contratos de demanda reservada de potência, todavia, o Estado não pode tributar a energia que não foi consumida ainda que pelo contrato tenha sido colocada à disposição do consumidor.

Com efeito, para que possa ocorrer a incidência do imposto, a energia deve ser efetivamente consumida, a mera formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria, vez que se trata de mera garantia de fornecimento, pelo que, o imposto somente pode incidir quando a energia for concretamente fornecida e utilizada, devendo o valor do imposto ser calculado com base no consumo apurado.

[...]

As emendas de plenário apresentadas tratam a matéria como caso de isenção do ICMS.

Há que se destacar que o projeto não visa isentar o pagamento de ICMS devido pelas empresas, mas proibir o Estado de cobrar o ICMS quando não houver a efetiva circulação de mercadoria, fato gerador do imposto.

Portanto, não há que se falar em perda de receita ou em isenção do imposto, tendo em vista que o Estado está a tributar indevidamente seus contribuintes, pelo que na espécie trata-se de hipótese de não incidência do ICMS.

Não incide o ICMS nos contratos de reserva de energia, tendo as altas Cortes do país julgado reiteradamente neste sentido.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 155, II, os Estados poderão instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

¹¹² Documento incluso no Anexo II.

Dessa forma, tem-se que a hipótese de incidência do ICMS é a efetiva circulação da mercadoria e ou serviço, sendo transferida a propriedade do produto ou serviço de um contratante para o outro. O ICMS deve incidir sobre a energia elétrica efetivamente consumida e não sobre o contrato de reserva de energia.

Posteriormente, o Decreto nº 5.633, de 9 de novembro de 2005, incluiu, ao Anexo I do Regulamento do ICMS do Estado do Paraná (Decreto nº 5.141, de 12 de dezembro de 2001), que trata das isenções, o item 23-A, referente à “parcela de DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA não utilizada e colocada à disposição do adquirente, nas operações realizadas com base em contratos de demanda”. Entretanto, conforme demonstrado na Seção anterior e reiterado pelo trecho do Projeto de Lei acima transcrito, a demanda de potência de energia elétrica é um caso de não-incidência de ICMS, instituto este bem diferente da isenção, segundo doutrina CARRAZZA¹¹³:

Não faz sentido isentar ou reter situação que não figura, nem mesmo em tese, no *campo tributável* da pessoa política. Reforçando a assertiva, não há como, nem por quê [sic], isentar ou reter situação de *não-incidência*. *Venia concessa*, tomando por empréstimo a sabedoria popular, seria o mesmo que “chover no molhado”.

[...]

Em suma, lei (*lato sensu*) que isente, remita ou anistie situação de não-incidência é inócua.

É que as pessoas políticas não precisam (e nem devem) isentar, reter ou anistiar o que está *fora* de seu campo de incidência tributária. Com ou sem a “isenção”, a “remissão” ou a “anistia”, o tributo e as penalidades que dele decorreriam não poderão, mesmo, nascer.

Ante o exposto, resta comprovado que a demanda de potência de energia elétrica não deve sofrer incidência do ICMS, pois não se subsume à hipótese prevista constitucional e legislativamente para este tributo. Assim, qualquer norma ou atitude advinda dos Fiscos Estaduais que aponte em sentido contrário ao disposto deverá ser considerada inconstitucional, ilegal ou, no mínimo, inócua.

¹¹³ CARRAZZA, R. A. Obra citada, p. 224 (grifo do autor).

CONCLUSÃO

A energia elétrica é uma grandeza física resultado do produto da potência elétrica pelo tempo. Juridicamente, porém, a mesma é classificada como bem móvel ou, em alguns casos, como mercadoria. Como analisado no Capítulo 1, no Brasil, a exploração da energia elétrica é considerada serviço público e, atualmente, é regulamentada por uma agência reguladora denominada Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Da análise de Resoluções da Aneel, em consonância com normas federais sobre energia elétrica, percebe-se que seu processamento se divide nas fases de geração, transmissão, distribuição e comercialização.

Com a nova estrutura do setor elétrico brasileiro, a comercialização de energia elétrica foi permitida aos produtores privados, o que tornou o ramo mais competitivo. Assim, os consumidores de alta tensão, conhecidos como consumidores livres, têm liberdade para decidir com qual fornecedor de energia contratar. Além disso, também é possibilitado a eles acordar com o fornecedor uma quantidade de potência a ser garantida todo mês, a fim de assegurar a disponibilização de energia. Por essa razão, a fatura de energia elétrica desses consumidores é binômia, dividindo-se entre o valor correspondente à energia elétrica ativa e o montante relativo à demanda faturável de potência.

Do Capítulo 2, aduz-se que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadoria ou sobre a prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, sendo que sua ocorrência é marcada pelo momento da saída da mercadoria para o adquirente ou da prestação do serviço. Seu sujeito ativo é o Estado Federativo que o instituiu; e o sujeito passivo é qualquer pessoa que realize, com habitualidade, operações de mercancia ou prestações de serviços, atribuindo a lei, em alguns casos, responsável tributário por substituição ou por transferência. A base de cálculo desse tributo, portanto, é o valor da operação ou da prestação de serviço; enquanto a sua alíquota será um percentual desse montante calculado, obedecidos o princípio da seletividade e as demais regras impostas pelo texto constitucional.

Dessa maneira, sendo a energia elétrica considerada como mercadoria, deve ser ela reputada como hipótese tributária do ICMS, conforme se explica no Capítulo 3. O momento de sua ocorrência, contudo, dá-se somente quando a energia elétrica atravessa o ponto de entrega, transferindo-se dos fios da rede elétrica para o consumidor final. Este, por conseguinte, será seu sujeito passivo de fato e de direito, pois é ele que arcará com o pagamento do imposto, cujo valor é incluído pelo fornecedor no preço final da mercadoria. A base de cálculo, então, só poderá ser a energia elétrica efetivamente consumida. Ademais, sendo a energia elétrica uma mercadoria reconhecidamente essencial, sua alíquota deve ser equivalente à dos produtos de primeira necessidade, não sendo legítima a adoção de alíquotas progressivas.

Já no que diz respeito à demanda de potência de energia elétrica, examinada no último Capítulo deste trabalho, demonstrou-se sua distinção em relação à energia elétrica efetivamente consumida, haja vista que aquela representa apenas uma garantia contratual, de natureza obrigacional. Logo, não é possível sua inclusão na hipótese de incidência do ICMS, posto que não ocorre a transferência de potência para o consumidor final; mas, quando esta é demandada, transforma-se em energia elétrica e, somente então, sobrevirá a tributação. Igualmente, a demanda de potência não configura obrigação de fazer, mas sim, de dar, porquanto não se enquadra na previsão do artigo 155, §2º, IX, *b*, da Constituição Federal.

Da mesma maneira, tais valores não podem ser inseridos na base de cálculo do ICMS, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ilegalidade, visto que a situação em análise configura uma não-tributação. Tal entendimento, ainda, tem sido corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se repete nas previsões legais do Estado do Paraná, o que consolida os argumentos demonstrados no presente trabalho.

ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 006/05



COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA

PARECER AO PROJETO DE LEI N.º 006/05 – EMENDAS DE PLENÁRIO

I – HISTÓRICO

O Projeto de Lei n.º 006/05, de autoria do Deputado Rafael Greca de Macedo, dispõe sobre a não incidência de ICMS sobre a energia elétrica não consumida e dá outras providências.

Aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, o projeto recebeu duas emendas de plenário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O projeto dispõe sobre a não incidência de ICMS sobre energia elétrica não consumida.

O Estado do Paraná tributa com o ICMS os contratos de demanda reservada de potência, todavia, o Estado não pode tributar a energia que não foi consumida ainda que pelo contrato tenha sido colocada à disposição do consumidor.

Com efeito, para que possa ocorrer a incidência do imposto, a energia deve ser efetivamente consumida, a mera formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria, vez que se trata de mera garantia de fornecimento, pelo que, o imposto somente pode incidir quando a energia for concretamente fornecida e utilizada, devendo o valor do imposto ser calculado com base no consumo apurado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é mansa e pacífica quanto à matéria, não havendo divergências, destacando-se o seguinte precedente:

“RESP 343952 / MG;

RECURSO ESPECIAL 2001/0101815-4

Relator(a) Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 05/02/2002

Data da Publicação/Fonte DJ 17.06.2002 p. 244

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA: DEMANDA RESERVADA – FATO GERADOR ART. 116, II, DO CTN).



Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

- 1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.*
- 2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio 66/88) e art. 166, II, do CTN.*
- 3. Recurso especial provido."*

Do voto da Ministra Relatora Eliana Calmon extraem-se os seguintes fundamentos, que encerram qualquer debate sobre o tema:

" Na espécie, a empresa compradora, ora recorrente, não recebe a energia da reserva. Apenas paga para mantê-la reservada.

Como o ICMS só incide sobre a mercadoria transferida, naturalmente que não incide imposto sobre o que não circulou e não se transferiu.

Lembro por oportuno, e a propósito do voto do Ministro Milton Luiz Pereira, que no Direito Brasileiro, o contrato não tem a força suficiente para transferir a propriedade, o que só ocorre com a tradição para os bens móveis, e a transcrição para os bens imóveis.

Na RESERVA DE DEMANDA não ocorre a tradição de energia e, como tal, não há que se falar em ICMS."

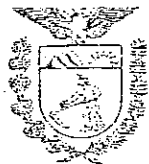
As emendas de plenário apresentadas tratam a matéria como caso de isenção do ICMS.

Há que se destacar que o projeto não visa isentar o pagamento de ICMS devido pelas empresas, mas proibir o Estado de cobrar o ICMS quando não houver a efetiva circulação de mercadoria, fato gerador do imposto.

Portanto, não há que se falar em perda de receita ou em isenção do imposto, tendo em vista que o Estado está a tributar indevidamente seus contribuintes, pelo que na espécie trata-se de hipótese de não incidência do ICMS.

Não incide o ICMS nos contratos de reserva de energia, tendo as altas Cortes do país julgado reiteradamente neste sentido.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 155, II, os Estados poderão instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.



Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

Desta forma, tem-se que a hipótese de incidência do ICMS é a efetiva circulação da mercadoria e ou serviço, sendo transferida a propriedade do produto ou serviço de um contratante para o outro.

O ICMS deve incidir sobre a energia elétrica efetivamente consumida e não sobre o contrato de reserva de energia.

Simplificando.

É como se o consumidor fosse a uma loja e reservasse para compra dez calças (contrato de reserva), mas na hora de efetivar a compra, o consumidor comprasse apenas sete calças. A circulação de mercadoria ocorreu efetivamente sobre as sete calças, mas em função do contrato de reserva anteriormente efetivado entre as partes, o Estado do Paraná cobra o imposto sobre as dez calças reservadas e não apenas sobre as sete calças que efetivamente foram compradas. Neste caso, está o Estado a cobrar indevidamente o ICMS sobre três calças, vez que estas não foram vendidas e, portanto, não circularam no mercado nem economicamente, nem juridicamente, vez que não houve mudança de proprietário, não havendo fato gerador do ICMS.

Pelo texto da Constituição Federal, o Estado não pode cobrar o ICMS sobre as três calças que não circularam economicamente, nem juridicamente pelo mercado, não ocorrendo sobre estas o fato gerador do imposto.

Desta forma, ao se proibir o Estado de cobrar o ICMS sobre mercadorias que não circularam, não se está tratando de caso de isenção de imposto e sim de não incidência do imposto.

A isenção ocorre quando o imposto é devido e o Estado por liberalidade, deixa de cobrar o imposto do contribuinte.

No caso da não incidência, o imposto não é devido porque não ocorreu o fato gerador.

O projeto de lei trata de matéria de não incidência do ICMS e não de isenção, motivo pelo qual as emendas de plenário não podem ser acatadas porque se encontram em desacordo com a matéria tratada, vez que não houve isenção ou redução da carga tributária, mas apenas a correção de uma grave distorção da política fazendária do Estado, que estava cobrando o ICMS sem a efetiva ocorrência do fato gerador.

Com efeito, não há que se falar em demonstração contábil do repasse da redução da carga tributária para o consumidor como exigem as Emendas de Plenário n.º 01 e 02, vez que para o contribuinte, seja ele consumidor final ou não, nada mudará, ele continuará pagando a mesma alíquota de ICMS sobre a energia efetivamente consumida, sem qualquer benesse fiscal.

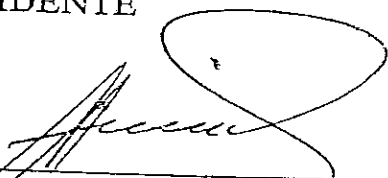


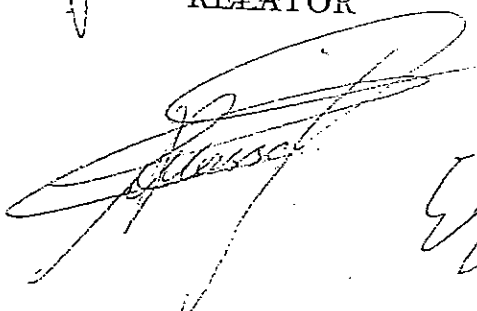

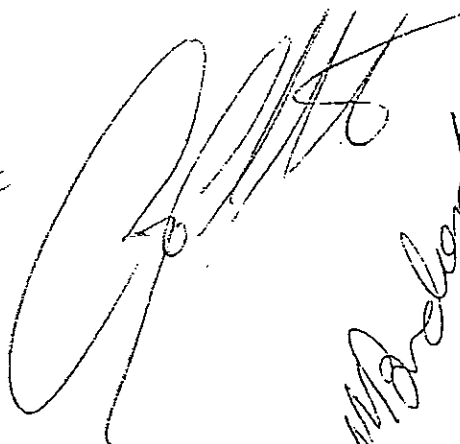
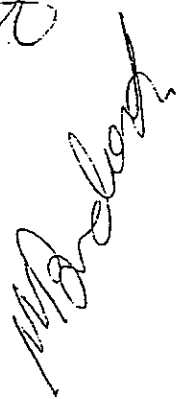
III - CONCLUSÃO

ambas as emendas. Pelo exposto, opino ^{des.} ~~de~~ favoravelmente à regular tramitação de

Sala das Comissões, 24 de maio de 2005.


DEPUTADO DURVAL AMARAL
PRESIDENTE


DEPUTADO JOSÉ MARIA FERREIRA
RELATOR

**ANEXO B – PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 006/05 – EMENDAS
DE PLENÁRIO**



Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

Projeto de Lei nº 006/05

LIDO NO EXPEDIENTE
CONCEDIDO APOIAMENTO

Em. 16 FEV 2006

Raimundo Lira
1º Secretário

Dispõe sobre a não incidência de ICMS sobre energia elétrica não consumida e dá outras providências.

Art. 1º. Nos casos de contratação de demanda de potência não incidirá o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sob nenhum título.

§ 1º. O tributo tratado no *caput* somente incidirá sobre a quantidade de energia elétrica efetivamente consumida.

Art. 2º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de sessenta dias, contados da data de sua publicação, inclusive no que tange à atuação da empresa concessionária estadual de energia elétrica.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

JUSTIFICATIVA

Preliminarmente, cumpre considerar que o fato de existirem, na estrutura do Governo do Estado do Paraná, Secretarias dedicadas à gestão administrativa do tema tratado neste projeto, tal competência (que é, frise-se, de índole administrativa), não retira da Assembléia Legislativa a prerrogativa de, por seus deputados, legislar autonomamente sobre a matéria, pois, como casa única do legislativo estadual, pertence-lhe, como regra, a competência para legislar sobre qualquer assunto atribuído pela Constituição Federal ao trato da autonomia legislativa estadual, sendo claro que os reservados à iniciativa privativa do Governador (art. 66 da CE), apenas o são de modo excepcional, devendo assim ser aplicado de forma restrita.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARANÁ
PROTÓCOLO Nº 603
EM 17/02/05

Raimundo Lira
Funcionário

Raimundo Lira



Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

Geraldo Ataliba e Cleber Giardino:

"Circular significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria, à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)."³

Carvalho de Mendonça:

"As mercadorias passando por diversos intermediários no seu percurso entre os produtores e os consumidores, constituem variados e sucessivos contratos. Na cadeia dessas transações dá-se uma série continuada de transferência da propriedade ou posse das mercadorias. Eis o que se diz circulação de mercadorias."⁴

Roque Carraza:

"De fato, o ICMS sobre operações mercantis só pode ser exigido quando comerciante, industrial ou produtor pratica um negócio jurídico que transfere a titularidade de uma mercadoria.

.....

Em suma, o ICMS é devido quando ocorrem operações jurídicas que levam mercadorias da produção para o consumo."⁵

² Paulo de Barros Carvalho, *Regra Matriz do ICM*. Tese apresentada para obtenção do Título Livre-Docente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1981, conclusão nº 26, pág. 74, apud Carraza, Roque Antonio, ICMS, Editora Malheiros.

³ Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, *Núcleo da Definição Constitucional de ICM*. RDT, vols. 25/26, São Paulo, Editora RT, pág. 111.

⁴ Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I, pág. 76, Editora Freitas Bastos.

⁵ Roque Antonio Carraza - ICMS, Ed. Malheiros, pág. 37

RVSM



Portanto, no caso da energia elétrica, só há circulação jurídica da mercadoria quando esta efetivamente é transferida ao consumidor, ou seja, quando efetivamente há transferência de titularidade da mercadoria do produtor/distribuidor da energia para o consumidor, o que, em termos práticos, equivale à energia elétrica passar através do relógio de medição de consumo instalado em cada imóvel, e não simplesmente circular pela rede elétrica existente à frente do mesmo imóvel.

Para o Direito Tributário é irrelevante que na rede elétrica das vias públicas circule energia elétrica, pois esta circulação é apenas física e não jurídica. Somente quando a energia sai da rede, passa no relógio de medição e ingressa no imóvel do consumidor é que se dá o negócio jurídico *circulação* a que se refere a Constituição Federal em seu artigo 155, inciso II.

Assim o ICMS incide apenas sobre o total da energia elétrica consumida pelo cliente da concessionária, e não sobre o montante de energia elétrica produzida e posta à disposição dos consumidores. Eventuais excessos de produção não podem ser taxados com o ICMS, pois esta hipótese não está albergada na lei.

No caso da "demanda de potência" ou "reserva de potência", o consumidor paga à concessionária uma certa quantia para ter sempre à sua disposição uma determinada quantidade de energia, que poderá ou não ser consumida no decurso do mês. A concessionária cobra pela reserva da energia, pouco importando se a mesma será consumida ou não. Assim, no caso da "demanda de potência" ou "reserva de potência" não existe circulação de mercadoria (pois a energia elétrica não muda de dono) de sorte que sobre os valores cobrados a este título não poderia incidir ICMS. Neste diapasão, adverte MARCIANO SEABRA DE GODOI e LUCIANA GOULART FERREIRA SALIBA⁶, *verbis*:

"No caso em exame, o proceder que gera a incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria "energia elétrica", e não a colocação,

⁶ *Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Exigência do ICMS sobre a "Demanda Reservada de Potência"*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 63, pág. 128/135



Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

à disposição do consumidor, de determinada quota de potência. A reserva de potência, em si, que é imposta pelas normas reguladoras do setor elétrico, não implica a transferência da posse ou propriedade da mercadoria "energia elétrica" para o consumidor.

.....
Note-se que o legislador qualificou a operação cujo valor servirá de base de cálculo ao ICMS sobre energia elétrica. Não se trata de qualquer operação, mas somente daquela da qual decorrer a saída do produto. Logo é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte saída do produto possa servir de base de cálculo ao imposto.

Assim, como são nítidos "in casu" dois valores correspondentes a duas situações fáticas distintas (numa, fornecimento de energia, noutra, garantia de potência), e uma destas situações não chega a configurar o fato gerador do ICMS, somente caberá falar da incidência do imposto sobre o valor da operação de que resultou a saída de energia - e não daquela que resultou mera garantia de potência.

.....
A "demanda reservada de potência", por não se constituir em operação de circulação da mercadoria "energia elétrica", não é fato gerador do ICMS. Este imposto, por força das disposições contidas na Constituição Federal (art. 155, II e § 3º) e na legislação complementar (Convênio ICMS nº 66/88 e Lei Complementar nº 87/96), tem como aspecto temporal da hipótese de incidência a saída da energia elétrica do estabelecimento



produtor, sendo sua base de cálculo o valor da operação da qual decorrer a saída da mercadoria.

O valor destacado nas contas de energia elétrica a título de "consumo" corresponde à efetiva operação de circulação de mercadoria (saída de energia elétrica do estabelecimento produtor) praticada em determinado lapso de tempo, sujeita à incidência do ICMS. Já o valor destacado nas contas de energia elétrica sob a rubrica "demanda" refere-se à energia elétrica que a concessionária poderia ter sido chamada a entregar ao consumidor. A tarifa correspondente à "demanda", contrariamente à tarifa relacionada ao "consumo", visa a recompensar a concessionária pelo serviço público (fornecimento de energia elétrica) que, apesar de não ter sido prestado, foi posto a disposição do consumidor.

A exigência do ICMS sobre o valor referente à "demanda reservada de potência", portanto, implica cobrança de tributo sem que tenha ocorrido o seu respectivo fato gerador, que é "realizar" operação de circulação da mercadoria "energia elétrica". Tal exigência, além de ferir a Constituição Federal, agride o Convênio ICMS 66/88 e agride a Lei Complementar nº 87/96

Esta também é a orientação doutrinária de GILBERTO ULHÔA CANTO⁷, *ipsis*
dixit:

"Feitas as considerações que precedem, posso concluir que o valor da operação que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era



no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (art. 19, do Convênio ICM nº 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida.

.....
É de toda evidência que o ICMS incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor, ou, como simples alegoria, como tendo saído da linha de transmissão, e entrado no estabelecimento da consulente. Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS em vez do valor referente aos KWh realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido.

⁷ *Direito Tributário Aplicado*, Rio de Janeiro, 1992, Editora RT, pág. 125

TRU



042

Assembléia Legislativa do Estado do Paraná
Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

Não é outra a exegese consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, frisando que "a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume nem comporta interpretação ampliativa na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca."¹

As empresas paranaenses são clientes da COPEL - Companhia Paranaense de Energia Elétrica S/A., de quem compram a energia elétrica que consomem no seu estabelecimento, indispensável para o desenvolvimento de suas atividades.

Mensalmente recebem a respectiva fatura de cobrança da COPEL, que nos termos do artigo 11 do Decreto nº 62.724 de 17 de maio de 1968, cobra uma importância relativa ao consumo de energia elétrica e outra relativa à demanda de potência (ou seja, potência de energia que é colocada à disposição do consumidor mas que não é consumida). Os respectivos valores vêm discriminados na conta de luz. Assim, por exemplo, no mês de agosto de 2.001, na conta de luz do Auto~~m~~ foram cobrados R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de consumo de energia e R\$ 1.000,00 (um mil reais) a título de demanda de potência.

Conforme discriminado nessas mesmas faturas, incide ICMS indistintamente, tanto sobre o valor do consumo efetivo quanto sobre o valor cobrado a título de demanda, ou reserva, de potência.

É por ser inconstitucional e ilegal a exigência do ICMS sobre a parcela relativa à demanda de potência que se propõe o presente projeto de Lei.

O ICMS vem genericamente previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal, que estatui: "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*"

¹ STF. Pleno. ADin 724-6/RS - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 27, abr. 2001, p. 56-57

AVM



042

Assembléia Legislativa do Estado do Paraná
Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

Ou seja, o ICMS é um imposto que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços específicos, previstos *numerus clausus* na Constituição Federal (serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação).

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a incidência do ICMS sobre as operações relativas à circulação de energia elétrica decorre da inclusão desta como espécie do gênero *mercadoria*.

No caso do ICMS cobrado nas faturas de energia elétrica, no entanto, verifica-se que o imposto incide indistintamente sobre a parcela de valor relativa ao consumo efetivo da mercadoria energia elétrica e também sobre a parcela de valor relativa à demanda de potência.

Ocorre, porém, que a demanda de potência não se amolda ao conceito de *mercadoria*, nem tampouco sua exigência configura *circulação*. Nesse sentido, mister se faz buscar o conceito de *circulação de mercadorias* para fins de incidência do ICMS, como meio de se identificar com clareza as operações que se inserem no aspecto material da hipótese de incidência daquele imposto, e quais não.

Em primeiro plano, deve-se ter em mente que o termo *circulação de mercadoria* traduz uma operação jurídica, ou seja, uma transferência de domínio (tradição), seja através da compra e venda, escambo, doação ou dação. Neste ponto a doutrina é unânime, *ad litteram*:

Paulo de Barros Carvalho:

"Circulação é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação, com mudança de patrimônio."

Paulo de Barros Carvalho



Neste mesmo sentido já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA em recente decisão publicada no DJU de 15 de maio de 2.000, *ad litteram*:

*"TRIBUTÁRIO - ENERGIA ELÉTRICA -
CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE
POTÊNCIA - FATO GERADOR - INCIDÊNCIA:*

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador de ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de

TRM



Neste mesmo sentido já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA em recente decisão publicada no DJU de 15 de maio de 2.000, *ad litteram*:

*"TRIBUTÁRIO - ENERGIA ELÉTRICA -
CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE
POTÊNCIA - FATO GERADOR - INCIDÊNCIA:*

- 1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).*
- 2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.*
- 3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.*
- 4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.*
- 5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.*
- 6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador de ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de*

TRM



Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Centro Legislativo Presidente Aníbal Khury

cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a "demanda reservada de potência", sem ser considerado o total consumido."⁸

É de se ressaltar ainda que o presente projeto, além de trazer mais justiça às formas de cálculo de cobrança do ICMS sobre consumo de energia elétrica, resgata o conceito de que a cobrança somente se justifica pelo pagamento do que realmente se utiliza.

Sala de sessões, 15 de fevereiro de 2005.

Rafael Greca de Macedo

Deputado do Paraná

⁸ RESP 222810/MG, DJU 15/05/2000, pág. 00135, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Órgão Julgador 1ª Turma.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da Energia**. 3 v. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BERNARDINI NETO, Alfredo. Cobrança do ICMS sobre a Energia que não é Consumida – Ilegalidade/Inconstitucionalidade da Incidência do ICMS sobre o Contrato de Demanda Reservada de Energia Elétrica. **FISCOsoft**. São Paulo, 2 ago. 2005. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=133155>. Acesso em: 15 ago. 2007.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial, Brasília, 5 out. 1988, p. 1 (anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 2.003, de 10 de setembro de 1996. **Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 11 set. 1996, p. 17.917. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2003.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997. **Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 7 out. 1997, p. 22.377. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2335.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 2.655, de 2 de julho de 1998. **Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 3 jul. 1998, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957. **Regulamenta os serviços de energia elétrica**. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 12 mar. 1957, p. 5.657.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 5.081, de 14 de maio de 2004. **Regulamenta os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e o art. 23 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que tratam do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.** Diário Oficial da União, Brasília, 17 maio 2004, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5081.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. **Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 30 jul. 2004, p. 1 (edição extra). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm>. Acesso em 18 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 5.177, de 12 de agosto de 2004. **Regulamenta os arts. 4º e 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.** Diário Oficial da União, Brasília, 16 ago. 2004, p. 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5177.htm>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Decreto n. 62.724, de 17 de maio de 1968. **Estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica.** Diário Oficial, Brasília, 20 maio 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724.htm>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, p. 2.391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.** Diário Oficial Eletrônico, Brasília, 5 jun. 1998, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 10.433, de 24 de abril de 2002 (revogada). **Dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 25 abr. 2002, p. 23. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10433.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. **Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis n^{os} 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2004, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966, p. 12.452. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. **Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 8 jul. 1995, p. 10.125 (edição extra). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Acesso em 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 27 dez. 1996, p. 28.653. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.** Diário Oficial, Brasília, 9 jan. 1997, p. 470. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras**

providências. Diário Oficial, Brasília, 7 ago. 1997, p. 16.925. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. **Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 28 maio 1998, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9648cons.htm>. Acesso em: 18 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 102, de 1º de março de 2002. **Institui a Convenção do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE).** Diário Oficial, Brasília, 4 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002102.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 109, de 26 de outubro de 2004. **Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.** Diário Oficial, Brasília, 10 nov. 2004, p. 47. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2004109.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 112, de 18 de maio de 1999. **Estabelece os requisitos necessários à obtenção de Registro ou Autorização para a implantação, ampliação ou repotenciação de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia.** Diário Oficial, Brasília, 19 maio 1999. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/RES1999112.PDF>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 205, de 22 de dezembro de 2005. **Estabelece os procedimentos e as condições gerais para o enquadramento de cooperativas de eletrificação rural como permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, bem como para operação de instalações de distribuição de energia elétrica de uso privativo, em área rural, aprova o modelo de Contrato de Permissão, e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 26 dez. 2005, p. 96. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2005205.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 235, de 14 de novembro de 2006. **Estabelece os requisitos para a qualificação de centrais termelétricas cogeneradoras de energia e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 22 nov. 2006, p. 78. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2006235.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 264, de 13 de agosto de 1998. **Estabelece as condições para Contratação de Energia Elétrica por Consumidores Livres.**

Diário Oficial, Brasília, 14 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres1998264.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 281, de 1º de outubro de 1999. **Estabelece as condições gerais de contratação do acesso, compreendendo o uso e a conexão, aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica.** Diário Oficial, Brasília, 2 dez. 2003, p. 83. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres1999281.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 44, de 1º de fevereiro de 2001. **Estabelece as diretrizes e condições para os contratos iniciais de compra e venda de energia elétrica entre as concessionárias que especifica.** Diário Oficial, Brasília, 2 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2001044.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 456, de 29 de novembro de 2000. **Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica.** Diário Oficial, Brasília, 30 nov. 2000, p. 35. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2000456.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 615, de 6 de novembro de 2002. **Aprova o modelo do Contrato de Prestação de Serviço Público de Energia Elétrica para Unidades Consumidoras Atendidas em Baixa Tensão.** Diário Oficial, Brasília, 7 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002615.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel n. 67, de 8 de junho de 2004. **Estabelece critérios para a composição da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional, e dá outras providências.** Diário Oficial, Brasília, 11 jun. 2004, p. 82. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2004067.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FLENIK, Érica Fernandes. Demanda contratada de potência: incidência do ICMS?. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7975>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

GANIM, Antonio. **Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares e tributários**. Rio de Janeiro: CanalEnergia, 2003.

GODOI, Marciano Seabra de, e SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Exigência do ICMS sobre a "Demanda Reservada de Potência". **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 63, dez. 2000, p. 128-135.

HENNINGER, G. Ross. Engenharia Elétrica. **Enciclopédia Prática Jackson**. São Paulo: W. M. Jackson, 1966.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A Tributação da Energia Elétrica e a Seletividade do ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 62, nov. 2000, p. 70-77.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte geral, tomo II**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 329-351.

RAMALHO JUNIOR, Francisco; FERRARO, Nicolau Gilberto, e SOARES, Paulo Antônio de Toledo. **Os Fundamentos da Física**. v. 3, 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Moderna, 1999.

SILVA, Luiz Augusto Cavaler da. A Ilegalidade da Incidência do ICMS sobre a Demanda Contratada e Demanda de Ultrapassagem nos Contratos de Fornecimento de Energia. **FISCOsoft**. São Paulo, jul. 2005. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=134222>. Acesso em: 15 ago. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALTENBERG, David A. M. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-375.

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	5
ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
RESUMO.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
1 ENERGIA ELÉTRICA	
1.1 A Energia Elétrica e o Direito.....	11
1.2 A “Reforma Administrativa” e a Nova Estrutura do Setor Elétrico Brasileiro.....	14
1.3 Etapas de Processamento da Energia Elétrica.....	16
1.3.1 <i>Geração.....</i>	<i>17</i>
1.3.2 <i>Transmissão.....</i>	<i>18</i>
1.3.3 <i>Distribuição.....</i>	<i>20</i>
1.3.4 <i>Comercialização.....</i>	<i>21</i>
1.4 Os Consumidores e os Contratos Relativos ao Consumo de Energia Elétrica.....	23
2 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS	
2.1 Previsão Constitucional e Regulamentação.....	29
2.2 Hipótese Tributária e Fato Jurídico Tributário.....	33
2.3 Sujeito Ativo.....	37
2.4 Sujeito Passivo.....	39
2.5 Base de Cálculo.....	42
2.6 Alíquota.....	44
3. DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA	
3.1 Hipótese de Incidência.....	47
3.2 Sujeito Passivo.....	49
3.3 Base de Cálculo.....	51
3.4 Alíquota.....	53

4 SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA	
4.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	56
4.2 ICMS x Demanda de Potência de Energia Elétrica.....	60
4.2.1 <i>Hipótese de Incidência</i>	60
4.2.2 <i>Base de Cálculo</i>	63
4.3 Legislação do Estado do Paraná.....	66
CONCLUSÃO.....	69
ANEXO A.....	71
ANEXO B.....	83
REFERÊNCIAS.....	88