



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MAURICIO CAMILO CESCO NETTO RODRIGUES

ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA

CURITIBA

2014

MAURICIO CAMILO CESCO NETTO RODRIGUES

ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Betina Treiger Gruppenmacher

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURICIO CAMILO CESCO NETTO RODRIGUES

ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professora Doutora Betina Treiger Grupenmacher
Orientadora – Departamento de Direito Público, UFPR

Professor Doutor Fabio Artigas Grillo
Primeiro Membro – Departamento de Direito Público, UFPR

Professor Doutor Rodrigo Luís Kanayama
Segundo Membro – Departamento de Direito Público, UFPR

“Mesmo que vivesses três mil anos, ou até trinta mil, lembra-te que a única vida que um homem pode perder é aquela que está a viver no momento; e mais, que ele não pode ter qualquer outra vida a não ser aquela que ele perde. Isto significa que uma vida mais longa ou mais curta vão dar ao mesmo. Porque o minuto que passa é o bem igual de todos os homens, mas o que já passou não é nosso. A nossa perda, portanto, limita-se àquele momento fugaz, uma vez que ninguém pode perder o que já passou, nem o que está ainda para vir — porque como é que ele pode ser despojado daquilo que não tem? Assim, duas coisas temos de ter em atenção. Primeiro, que todos os ciclos da criação, desde o princípio do tempo, têm o mesmo padrão recorrente, de modo que não importa que o mesmo espetáculo se observe durante cem anos ou durante duzentos, ou para sempre. Segundo, que quando aqueles de nós que vivem mais, e os que vivem menos, morrem, as suas perdas são perfeitamente iguais. Porque a única coisa de que o homem pode ser despojado é o presente, uma vez que isso é tudo o que ele possui, e ninguém pode perder o que não é seu.”

Meditações – Marco Aurélio.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelos maiores milagres: a vida, que nos demonstra o absoluto poder; e dom da liberdade, que nos prova a incondicional bondade.

À minha família por ter me educado mais com exemplos que com as letras.

A todos os amigos e mestres que ao longo do caminho compartilharam conhecimento, material de estudo e energia (humana) sem os quais esse trabalho não seria possível.

LISTA DE SIGLAS

ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
Art.	Artigo
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CC	Código Civil
CIP	Custeio do Serviço de Iluminação Pública
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
COPEL	Companhia Paranaense de Energia
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
ICM	Imposto sobre Operações relativas à circulação de mercadoria
ICMS	Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior
kWh	quilowatt-hora
LC	Lei Complementar
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MME	Ministério da Minas e Energia
ONS	Operador Nacional do Sistema
PIS	Programa de Integração Social
QEE	Qualidade de Energia Elétrica
SIN	Sistema Interligado Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar 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 a finalidade de discutir sua ainda polêmica incidência na demanda contratada de energia.

Palavras-Chave: Direito da Energia. Direito da Energia Elétrica. ICMS. Tributação no Setor Elétrico. Demanda Contratada de Energia Elétrica.

ABSTRACT

This present paper proposes the analysis of the Tax incidence on the Circulation of Goods and Supply Services on Interstate and Intermunicipal Transportation and Communication (ICMS) on electrical energy in order to discuss its still controversial occurrence in the contracted demand of energy.

Key-Words: Energy Law. Electric Energy Law. ICMS. Taxation in the Electric Sector.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ENERGIA ELÉTRICA.....	12
2.1 CONCEITO DE ENERGIA E DIREITO DA ENERGIA.....	13
2.2 ENERGIA ELÉTRICA – ASPECTOS FÍSICOS.....	14
2.3 DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	16
2.3.1 A ANEEL.....	19
2.3.2 O ONS.....	21
2.3.3 A CCEE.....	22
2.3.4 A ESTRUTURA TARIFÁRIA NO SETOR ELÉTRICO.....	23
2.4 INTRODUÇÃO AO DIREITO DA ENERGIA ELÉTRICA.....	24
3 RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA.....	28
3.1 NORMA TRIBUTÁRIA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	32
3.1.1 FATO GERADOR DO ICMS.....	32
3.1.2 SUJEITO PASSIVO.....	33
3.1.3 SUJEITO ATIVO.....	34
3.1.4 BASE DE CÁLCULO.....	34
3.1.5 ALÍQUOTA.....	35
3.2 TRIBUTOS APLICÁVEIS AO SETOR ELÉTRICO.....	35
4 OUTRAS NOÇÕES ACERCA DO ICMS.....	38
5 ICMS E A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA.....	42
5.1 CONCEITO DE DEMANDA CONTRATADA.....	43
5.2 DINÂMICA DA APLICAÇÃO DO ICMS À DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA.....	45
5.2.1 ASPECTO MATERIAL.....	50
5.2.2 ASPECTO ESPACIAL.....	51
5.2.3 ASPECTO TEMPORAL.....	52
5.2.4 ASPECTO PESSOAL.....	54
5.2.5 ASPECTO QUANTITATIVO.....	55
5.3 REPERCUSSÕES DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA.....	55
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O ICMS é a principal fonte de receita dos Estados e do Distrito Federal e a autonomia desses entes depende diretamente desse tributo¹. Embora seja um tributo complexo e, para muitos analistas, um tanto polêmico (a ponto de Sacha Calmon Navarro Coelho² chama-lo de “diabólico e radicalmente ilegal”), carece de profundas análises por ensejar, inclusive, a tão almejada reforma tributária (pois, no que tange ao setor elétrico, esta tão esperada reforma é necessária em virtude dos problemas tributários nesta área). Além disso, o ICMS está visceralmente ligado, como em muitos países que possuem um tributo análogo, à própria definição de atividade empresarial. O que o torna ainda mais importante do ponto de vista não somente do Direito Tributário, mas do Direito Empresarial/Privado e de tudo que fomenta o desenvolvimento da economia como um todo.

O setor de energia elétrica, por seu turno, por sua ampla relação com outras áreas estratégicas da economia, é fundamental para o desenvolvimento da sociedade. Em todos os setores da economia, primário, secundário ou terciário, a eletricidade representa um insumo indispensável de modo que não é exagerado considerá-lo como uma das bases de toda produção e geração de riquezas. Tal tecnologia torna mais barato e célere o transporte de pessoas e mercadorias; na indústria, permite uma forma menos poluente e extremamente versátil de converter essa energia em outras necessárias para o processamento de matéria prima; a fada eletricidade, como chamada no início do século que nos antecedeu, tirou a humanidade das trevas iluminadas pela queima de combustível, época em que inaugurações de postes de iluminação pública tinham espaço destacado nas agendas dos governantes; graças à eletricidade, vislumbramos a revolução das comunicações instantâneas e intercontinentais; as aplicações na medicina, por sua vez, também melhoraram diagnósticos e tratamentos incrementando a expectativa de vida das populações; o lazer também foi ampliado com o advento das tecnologias relacionadas à eletricidade, promovendo o entretenimento às pessoas

¹ OLIVEIRA, Júlio M. de. **O Princípio da Legalidade e sua Aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo, 2006, p. 296.

² COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Análise Crítica do ICMS: Energia Elétrica e Combustíveis**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 217, out. 2013, p. 137.

que têm acesso a tais meios e, inclusive, criando novas maneiras de entreter nunca antes sonhadas; a investigação espacial também foi em grande parte encorajada pelos instrumentos e equipamentos desta nova forma de vida proporcionada por estes avanços. T tamanha importância torna a exploração da eletricidade um importante serviço público, previsto, inclusive, na Constituição da República.

Destarte, podemos inferir a imprescindibilidade de todos os temas que cotejam energia elétrica e sua relação com o ICMS, uma vez que são dois assuntos que, pela abrangência e importância, são sempre alvo de estudos e fonte de desafios para os juristas pátrios, e, no caso dos tributos análogos de outros países, também inspira juristas estrangeiros. Desse modo, o estudo do Direito da Energia Elétrica, no que tange ao viés tributário, constitui uma faraônica tarefa para os profissionais do direito, pois deve harmonizar todas as peculiaridades atinentes ao setor de energia elétrica, desde a geração até o consumidor final.

De início, no capítulo 2, será analisado o tema da energia elétrica considerando primeiramente uma abordagem mais generalista do conceito de físico de energia para, em seguida, adentrarmos no viés elétrico; com isso podemos introduzir uma breve visão sobre o mercado brasileiro de energia para, enfim podermos vislumbrar, ainda que de modo incipiente, todas as complexidades atinentes, que são necessárias para a compreensão dos temas subsequentes, ao âmbito do Direito da Energia Elétrica e sua correspondência no universo jurídico e regulatório.

Em seguida, no capítulo 3, adentrar-se-á no âmbito do direito tributário tendo como objetivos a investigação das bases constitucionais e demais princípios norteadores, os quais serão de grande valia nos capítulos seguintes; o tema ICMS será introduzido por este capítulo.

O capítulo 4 abordará, de forma suplementar, outras questões relacionadas ao ICMS. A parte seguinte, o assunto principal deste trabalho, versará sobre a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica considerando a regra-matriz de incidência do ICMS bem como a análise jurisprudencial que evidencia a importância do tema proposto.

2 ENERGIA ELÉTRICA

Este capítulo busca delinear um pouco o conceito de energia elétrica primeiramente considerando o tema com um viés mais científico para, em seguida, definir seus aspectos jurídicos, regulatórios e comerciais. Isto servirá como instrumento para os capítulos subsequentes por definir termos específicos e reavivar conceitos de outras áreas. Não há a pretensão, contudo, de esgotar o assunto ou explorar de modo muito aprofundado estas outras searas. O objetivo é somente estabelecer uma linguagem comum e, com isso, desbravar a projeção deste ramo da tecnologia para o mundo jurídico. Ou ainda, buscar uma linguagem que seja adequada para analisar a aplicação da lei ao caso concreto.

Como bem resume Fabiana Del Padre Tomé³:

...a concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas. Estas normas jurídicas, por sua vez, nada mais são que resultados de atos de fala, expressos por palavras e inseridos no ordenamento por veículos introdutórios, apresentando as três dimensões sógnicas: suporte físico, significado e significação.

Nessa esteira, Paulo de Barros Carvalho⁴ salienta que para o jurista superar as ambiguidades e vagueza da linguagem técnica do direito positivo é necessário um esforço de formalização para alcançar, no altiplano da lógica jurídica, uma correspondência mais unívoca, ou seja, desvendar uma e somente uma significação para os termos. Nisso consiste o processo de formalização.

³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo, 2005, p. 40.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p. 38-39.

2.1 CONCEITO DE ENERGIA E DIREITO DA ENERGIA.

Como o conceito físico de energia consiste em um dos grandes desafios da física atual, sua sistematização no mundo jurídico representa, deveras, um trabalho hercúleo. A título de exemplo, e já adiantando genericamente o tema, podemos destacar tal desafio a partir dos delineamentos conceituais e parâmetros propostos pelo pioneiro Walter Tolentino Álvares⁵:

Direito da Energia é o ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas pertinentes à disciplina de utilização de resultantes tecnológicas da energia, com repercussão econômica.

Para tanto, o professor mineiro estabelece quatro parâmetros:

- a) a *energia*, como substância, como estofo do universo;
- b) *resultantes tecnológicas*, como consequência do desenvolvimento da energia pela técnica proveniente do progresso das ciências;
- c) repercussão econômica destas resultantes ao desenvolverem a energia, assim comunicando um teor de *economicidade* à energia sob formas tecnológicas.
- d) e, por fim, *utilização* do meio social, desta energia sob o manto tecnológico e portadora de consequências econômicas.

Explorando somente o primeiro parâmetro, com a intenção de demonstrar as dificuldades de estudar o tema, que remete à dificuldade de conceituar energia, evocamos a definição de *estofa do universo* do filósofo jesuíta francês Pierre Teilhard de Chardin⁶ como “resíduo último das análises sempre mais minuciosas da ciência”. Na verdade esse pensamento representa o quanto entendemos, até hoje, deste campo da natureza. A analogia utilizada por Feynman⁷ ilustra bem o quão abstrato é o conceito de energia. Imaginou o renomado físico norte-americano, um menino, “Dennis the manace”, com sua caixa de 28 blocos de montar idênticos e indestrutíveis. A mãe do menino o deixa brincar num quarto com sua caixa. Ao final do dia observa que o total dos blocos continua sendo 28. Esse número permanece inalterado ao longo dos dias até que, em certa ocasião, o levado garoto encerra

⁵ ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da Energia**, v.1. Belo Horizonte, 1974, p. 9.

⁶ TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. **O Fenômeno Humano**. São Paulo, 1988, p. 41.

⁷ FEYNMAN, Richard P. **Lectures on Physics**, v.1, 2009, p. 37.

uma parte de seus brinquedos em outra caixa e impede que sua mãe veja quantos blocos estão lá dentro. Para conferir, a paciente e engenhosa senhora, conhecendo o peso da caixa e dos blocos resolve calcular quantos há dentro da caixa e descobre a seguinte equação:

$$NBV + (PC - PCV)/PB = \text{Constante}$$

Onde:

NBV – número de blocos vistos;

PC - peso da caixa;

PCV – peso da caixa vazia;

PB – peso de cada bloco.

A abstração acima advém do princípio da conservação da energia e ilustra que, apesar de podermos calcular as várias formas de energia num sistema isolado, o estudo da lei da conservação da energia demonstra uma compreensão totalmente abstrata do conceito de energia. Apesar de tamanha dificuldade tal esforço tem proporcionado inúmeros avanços tecnológicos e sociais.

2.2 ENERGIA ELÉTRICA – ASPECTOS FÍSICOS.

A eletricidade começou a ser estudada na antiga Grécia⁸ percebida ao atritar objetos de naturezas diferentes, a palavra eletricidade vem do vocábulo grego “elektron” que significa âmbar, de modo a atrair pequenos corpos. Séculos mais tarde Charles François de Cisternay Du Fay observou a existência de duas formas

⁸ NUSSENZVEIG, Moysés H. **Curso de Física Básica**. vol 3. São Paulo, 1994.

de cargas elétricas, apelidadas por Benjamin Franklin de positivas e negativas. Mais tarde a invenção da pilha por Alessandro Volta permitiu uma série notável de experimentos tanto no campo prático, como a invenção do dínamo, do transformador e do motor elétrico; quanto no campo teórico, que culminaram, no campo do eletromagnetismo clássico, com as brilhantes descobertas de Michael Faraday e com a sistematização de toda teoria eletromagnética clássica por James Clerk Maxwell. A partir destes avanços umas séries de invenções revolucionaram para sempre o modo de vida: o telégrafo, mais tarde o telefone, o rádio, trens elétricos, etc.

Fisicamente, energia elétrica está relacionada com o movimento de cargas elétricas no tempo⁹. Esse fenômeno, por sua vez, advém da diferença de potencial que pode resultar no surgimento de uma corrente elétrica. Como explica NUSSENZVEIG¹⁰:

A passagem de uma corrente i através de uma queda de voltagem (tensão) V gera, por unidade de tempo, uma energia iV . Essa energia elétrica pode ser convertida em outras formas de energia: mecânica, se a corrente for usada, por exemplo, para alimentar um motor de corrente contínua; térmica, se for usada para aquecimento, através do efeito Joule, etc .. Os "medidores de luz" das companhias de fornecimento de eletricidade, registram o trabalho fornecido, em kW.h.

Em outras palavras, a energia elétrica é definida como potência elétrica pelo tempo. Potência elétrica, por seu turno, pode ser ativa, que consiste no trabalho realizado por uma corrente elétrica em um determinado intervalo de tempo, ou seja, represente a capacidade de consumir energia, em Watts; ou reativa, que não realiza trabalho, apenas circula na rede variando entre campos elétricos e magnéticos. Corrente elétrica, por fim, é o fluxo ordenado de cargas elétricas em um meio condutor.

⁹ FEYNMAN, Richard P. Obra citada, p. 251.

¹⁰ NUSSENZVEIG, Moisés H. Obra citada, p. 120.

2.3 DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

O sistema integrado de geração e transmissão no Brasil tem grande porte e características que o tornam único no mundo. Apenas 3,4% da capacidade de produção de eletricidade do país está fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica. A geração em hidrelétricas corresponde à 65% do total; as termelétricas (gás natural, carvão mineral, combustíveis fósseis, biomassa e nuclear) somam 28%. As usinas eólicas, por sua vez, ganham uma importância crescente na matriz energética. A transmissão interliga um território continental e atende aos diferentes regimes de nossas vastas bacias hidrográficas.

No Brasil a titularidade da exploração do aproveitamento energético e dos serviços de instalação de energia elétrica é da União, conforme menciona a Constituição da República:

CF, Art. 20. São bens da União:

[...]

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

CF, 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

A prestação do serviço público, através de concessão ou permissão está previsto no Art. 175 do mesmo diploma legal.

CF, Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Marçal Justen Filho destaca a importância da exploração da energia elétrica como serviço público¹¹ analisando dispositivos da Lei nº 9.074/1995. Para o autor: “Excluídas as atividades diretamente relacionadas com a soberania e que não

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo, 1997, p. 380-489.

comportam transferência de gestão a particulares, o fornecimento de energia elétrica talvez possa ser indicado como o serviço público mais essencial.”

Grosso modo, o setor elétrico brasileiro é composto pelas seguintes partes:

- a) Geração de energia, ou seja, os que produzem energia, atividade que demanda muito capital e, devido à isso, tem um importante reflexo na precificação do setor;
- b) Transmissão, que a transportam desde o local de geração até os grandes centros de consumo, segmento cujo planejamento é de crucial importância para diminuição das perdas inerentes à condução da corrente elétrica;
- c) Distribuição, responsável pelo suprimento desta energia transportada para os consumidores finais, setor que representa a qualidade e a capacidade de fornecimento da energia;
- d) E, por fim, as comercializadoras, autorizadas a comprar e vender energia para consumidores, geralmente grandes, chamados de consumidores livres;¹² tem função de intermediadora de operações com energia podendo atuar tanto no atacado, comercializando com distribuidores, quanto no varejo, vendendo para consumidores finais.

Essa divisão se deve ao novo modelo do setor elétrico, que após 50 anos de controle estatal o modelo institucional do setor experimentou uma gradativa liberalização, concebido para permitir a competitividade no mercado. Pois, a ideia de mercado de energia elétrica assenta-se no propósito de formação de preços como instrumento de orientação dos agentes, na medida em que tais preços são reflexos dos custos reais de implantação e manutenção do sistema elétrico bem como da demanda efetivamente consumida¹³.

Destarte grandes mudanças desde 1990 se fizeram necessárias. Notadamente a criação da ANEEL (deflagrada pela Lei n. 9.427). Outra mudança importante, ocorrida a partir de 2004 por meio das Leis 10.847/2004 e 10.848/2004,

¹² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Por dentro da conta de luz, informação de utilidade pública**. 6ª. ed., Brasília, 2013, p. 6.

¹³SILVA. Edson Luiz da. **Formação dos Preços em Mercados de Energia Elétrica**. Porto Alegre, 2001, p. 13.

foi a substituição dos critérios usados para concessão de novos empreendimentos de geração baseada no menor preço para a venda da produção das futuras usinas. Ademais, o novo modelo inaugurou dois novos ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia, quais sejam: o ambiente de contratação regulada (ACR), restrito para companhias de geração e distribuição; e o ambiente de contratação livre (ACL), aberto para geradoras, importadoras, comercializadoras, exportadoras e consumidores livres¹⁴.

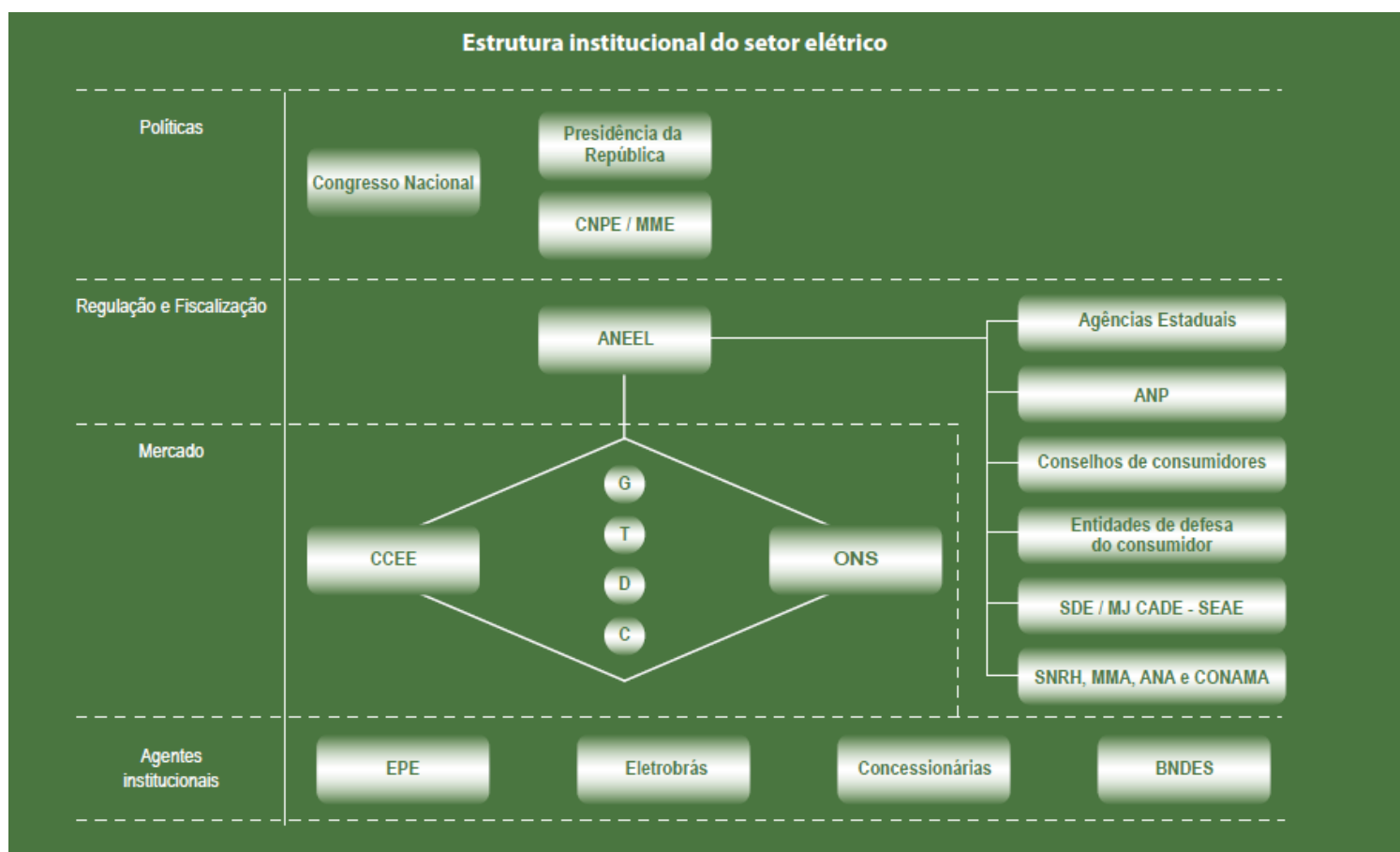
Para tanto, outras instituições se fizeram necessárias para que fosse possível atuar nesse novo ambiente institucional, quais sejam: o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS); e o Mercado Atacadista de Energia (MAE). Isso representa o conceito de “desverticalização” que significa separar geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia como forma de tornar factível tais inovações. Sendo uma das principais, que garante a sustentabilidade de toda a estrutura, a remuneração de todos os agentes que investem no sistema elétrico buscando um preço mais reduzido possível (condição imprescindível para promover o desenvolvimento). Nesse ponto destaca-se a análise de Celso Antônio Bandeira de Mello ao mencionar a competitividade do concessionário a partir das Lei 9.074 e 8.987¹⁵:

...tanto a Lei nº 8.987 quanto a Lei nº 9.074 traduzem, em sua concepção fundamental, virtudes inequívocas, merecedoras dos mais assinalados encômios. Assim, em atitude inovadora, colocam o concessionário na posição de quem se obriga a proteger de maneira efetivamente empresarial, assujeitado, salvo quando impossível, a um regime de competição, forçando-o a assumir os riscos inerentes a qualquer empreendedor e incitando-o, sob pena de malogro, aos mesmos empenhos de eficiência e produtividade inerentes à disputa corrente da atividade econômica...

A figura abaixo mostra como está organizado o mercado de energia no Brasil, que é regulamentado pela Lei nº 9.074/1995.

¹⁴ Agência Nacional de Energia Elétrica. **Atlas da Energia Elétrica no Brasil**. Brasília, 2008.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 1997, p. 449.



Fonte – ANEEL.

2.3.1 A ANEEL

Em geral, as agências reguladoras têm funções executivas, necessárias para averiguar as informações (de ordem financeira, técnica ou contábil) atinentes à fiscalização; função normativa, por observar os parâmetros legais; e função judicante, que tem a finalidade de orientar a solução de conflitos entre os agentes regulados.

A ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, por ser uma agência reguladora, aos moldes das demais como assevera Sergio Guerra, tem natureza jurídica de autarquia especial integrante da administração e tem competência

descentralizada¹⁶. Como tal foi criada pela Lei 9.427, de 26 de Dezembro de 1996 e está vinculada ao Ministério das Minas e Energia (MME)¹⁷. A ANEEL tem como competências:

- a) implementar, em âmbito federal, políticas para exploração da energia elétrica e aproveitamento do potencial hidroenergético;
- b) conduzir, com base em parâmetros estabelecidos em lei, os procedimentos licitatórios para contratar concessionárias e permissionárias no que tange à produção, transmissão e distribuição de energia elétrica;
- c) fiscalizar a prestação dos serviços de energia elétrica e tratar as divergências no âmbito administrativo atinentes, tendo em vista o ideal de universalização do uso da energia elétrica;
- d) fiscalizar práticas de mercado de agentes do setor elétrico, fomentando a sustentabilidade dos investimentos no setor;
- e) promover o equilíbrio entre os agentes proporcionando condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva em benefício da sociedade como um todo;
- f) buscar a modicidade tarifária.

A estrutura básica da ANEEL, aprovada pelo Decreto nº 2.335/1997 compreende três partes:

- 1) diretoria, que tem a competência de discutir e decidir, em instância administrativa, as matérias de competência da ANEEL;
- 2) procuradoria-geral, que tem a função de assessorar juridicamente a diretoria;
- 3) superintendências de processos organizacionais, que têm a função de apoio e instrução nos demais assuntos em cooperação com a diretoria.

O próprio Decreto supracitado fomentou a redução da assimetria de informações e a cultura da regulação¹⁸.

¹⁶GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, 2004.

¹⁷CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Direito da Energia Elétrica no Brasil**. Brasília, 2010, p 24-25.

¹⁸Agência Nacional de Energia Elétrica. **Descentralização das Atividades. Cadernos Temáticos v. 1**. Brasília, 2005.

2.3.2 O ONS

“O Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) é o órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)”¹⁹.

O ONS promove, de forma macro, estudos e ações para controlar a demanda de energia considerando as diferenças entre os regimes das bacias hidrográficas que são aproveitadas para a geração de energia. Esse esforço, que condiz às dimensões continentais de nosso país, visa garantir o suprimento contínuo em território nacional bem como aproveitar o potencial existente. O ONS foi criado, assim como o MAE (Mercado Atacadista de Energia), a partir da Lei 9.648/1998. Em resumo, a ONS tem função de controle físico das transações que envolvem produção de energia, em outras palavras, determina, por exemplo, quais usinas devem gerar energia de modo a atender, neste momento específico, a demanda.

São funções do ONS:

- 1) planejar e programar a geração de modo a otimizar o sistema interligado;
- 2) controlar os centros de operação do sistema elétrico;
- 3) administrar as conexões internacionais no SIN;
- 4) planejar expansões no sistema de forma a garantir o suprimento de energia elétrica.

Ou seja, o ONS tem função de controle e gestão do sistema físico de energia, com atividades restritas ao SIN, e é supervisionado pela ANEEL.

¹⁹Disponível em <http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx> Acesso em 15/07/2013.

2.3.3 A CCEE

A CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica), por seu turno, que sucedeu o MAE, conforme o Art. 5º da Lei 10.848/2004, tem por função coordenar a comercialização de energia elétrica.

Lei 10.848/2004, Art. 5o A CCEE sucederá ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, criado na forma da Lei no 10.433, de 24 de abril de 2002, cabendo-lhes adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei.

Tanto compradores quanto os potenciais vendedores de energia devem encaminhar a CCEE as quantidades anuais de energia que pretendem negociar. Assim como o ONS, grandes mudanças regulatórias no setor elétrico brasileiro, sobremaneira no âmbito da comercialização, foram deflagradas entre os anos de 2003 e 2004²⁰. Tais iniciativas fomentaram a transparência e estabilidade necessárias nos moldes na nova legislação. As transações de energia elétrica, conforme a Lei nº 10.848/2004, arts. 4º e 5º, passaram a ser administradas pela CCEE. A partir da criação da CCEE que se possibilitou, devido à sua função de controle contratual, ou seja, atinente a contratos de compra e venda de energia no âmbito do SIN, um regime dividido em dois ambientes negociais, os quais têm que ser registrados junto à CCEE, um regulado outro livre²¹.

2.3.3.1 ACR

No ACR, Ambiente de Contratação Regulado, os preços são estabelecidos no próprio leilão, promovidos pelo CCEE, regulado pela ANEEL mediante contrato denominado CCEAR, Contrato de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado. Tanto agentes geradores quanto distribuidores e comercializadores podem participar das negociações²².

²⁰CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Direito da Energia Elétrica no Brasil**. Brasília, 2010, p. 64.

²¹CCEE. **Comercialização de Energia**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/StaticFile/Visao_Geral_das_Operacoes_CCEE_2010.pdf> Acesso em 13/07/2013.

²²CCEE. **Ambiente Livre e Ambiente Regulado**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/ambiente-livre-ambiente-regulado?_afLoop=347394543140000#%40%3F_afLoop%3D347394543140000%26_adf.ctrl-state%3Dsce6meukm_4> Acesso em 13/07/2013.

Como assevera Clever Campos²³, o ACR deve priorizar:

- I. energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;
- II. energia proveniente de novos empreendimentos de geração;
- III. fontes alternativas de energia (§ 5º do artigo 2º da Lei nº 10.848/2004)”.

2.3.3.2 ACL

No ACL, Ambiente de Contratação Livre, os agentes de comercialização e geração, além dos consumidores livres e especiais podem participar da negociação entre compradores e vendedores. Isso é deflagrado pelo tipo de contratação que é livre, i.e., sem intermediação que não seja das próprias partes. Em relação ao modelo anterior, os preços surgem da negociação entre comprador e vendedor.²⁴

Como aduz Clever Campos:²⁵

Nos editais de licitação de novos empreendimentos de geração elétrica, o Poder Concedente pode constar de um percentual mínimo de energia elétrica a ser destinada ao mercado regulado, podendo a energia remanescente ser destinada ao consumo próprio ou à comercialização para contratação livre.

A CCEE monitora, inclusive em ACL, em relação aos contratos firmados, o que foi comercializado.

2.3.4 A ESTRUTURA TARIFÁRIA NO SETOR ELÉTRICO.

A tarifação no setor de energia elétrica sempre foi um ponto crucial. A tarifa deve compreender todos os custos de implantação, ampliação e manutenção do sistema e garantir o fornecimento e a qualidade requeridas; harmonizar interesses do investidor com as exigências do consumidor de modo a tornar factível e sustentável os melhoramentos no setor; ou seja, todos as fases da produção de energia até o consumo devem estar contempladas o que compreende a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização.

De acordo com Fábio El Hage, “entende-se por estrutura tarifária o conjunto de regras métodos e processos que definem, da forma mais objetiva possível, a

²³CAMPOS, Clever. **Curso Básico de Direito da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro, 2010, p. 62.

²⁴CCEE. **Ambiente Livre e Ambiente Regulado**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/ambiente-livre-ambiente-regulado?_afLoop=347394543140000#%40%3F_afLoop%3D347394543140000%26_adf.ctrl-state%3Dsce6meukm_4> Acesso em 13/07/2013.

²⁵ CAMPOS, Clever. Obra citada, p. 63.

diferenciação de preços aos diversos produtos e/ou consumidores de um determinado mercado”.²⁶

Portanto, a concepção de um modelo de precificação no setor elétrico é um trabalho, deveras, complexo. Idealmente os preceitos que devem nortear tal tarefa consistem em:

- a) garantir a eficiência pelo lado da demanda, i.e., do lado dos consumidores;
- b) no lado da oferta, a concessionária deve obter o retorno para consecução de suas atividades;
- c) a fim de justificar os valores estipulados, a análise do referido modelo carece de sólida fundamentação teórica;
- d) buscar a objetividade e coerência observando-se, quanto à sustentabilidade, uma visão holística que permita o desenvolvimento de todo o setor;
- e) garantir a estabilidade do sistema, ou seja, garantir o fornecimento e a qualidade da energia para os consumidores;
- f) para fins de fiscalização, tanto por parte dos consumidores quanto pelos órgãos públicos de fiscalização, deve o modelo ser transparente e confiável.

Em resumo, devido a todas essas complexidades e possíveis contingências, o preço estipulado da energia acaba sendo inferido por simulações computacionais realizadas de modo centralizado que levam em conta variadas restrições e parâmetros climáticos, mercadológicos, tecnológicos, etc. Ou seja, tal inferência computacional reflete nebulosamente o equilíbrio instável entre oferta e demanda.

2.4 INTRODUÇÃO AO DIREITO DA ENERGIA ELÉTRICA

Para Clever Campos²⁷, “Direito da Energia Elétrica é o ramo do Direito Econômico que estuda e disciplina as relações referentes às conversões dos

²⁶ EL HAGE, Fábio et al. **A Estrutura Tarifária da Energia Elétrica: teoria e aplicação**. Rio de Janeiro, 2011, p3.

²⁷ CAMPOS, Clever. Obra citada, p. 4.

diversos energéticos disponíveis, em energia elétrica, e subsequente utilização, com repercussão econômica.”

Desta simples definição resultam enormes consequências jurídicas, pois eletricidade é um elemento básico de todas as economias. A sua produção, comercialização e transporte envolvem diversos profissionais das mais variadas áreas. Essa complexidade é condizente com as distâncias, origens e destinos deste que talvez seja o insumo de natureza tecnológica mais básico já explorado pelas civilizações industriais. Além das consequências jurídicas, manifestadas em âmbito cível, trabalhista, ambiental, tributário, administrativo, econômico e tantos outros; há importantes impactos de cunho social, ambiental, tecnológico e econômico que não podem, sob pena de condenar à obsolescência comunidades por gerações, ser olvidadas.

Outra análise importante avoca uma definição jurídica de eletricidade, desafio magistralmente defendido por Walter Tolentino Alvares, que consiste na pedra fundamental dos estudos de Direito da Energia.

Conforme Alvares²⁸:

...o conceito jurídico de eletricidade abrange três elementos integrantes básicos: a) o fenômeno físico da eletricidade; b) utilização da corrente elétrica; c) repercussão econômica.

[...]

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.

De acordo com Maria João Pereira Rolim²⁹, a energia elétrica, apesar de não ser coisa tangível, do ponto de vista jurídico e econômico, tem repercussões importantes e, por isso, acaba por ser tratada como um bem móvel que advém das relações jurídicas que deflagra.

²⁸ ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da Energia**. v.1, Belo Horizonte, 1974, p. 251.

²⁹ ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro, 2002, p. 97.

Podemos citar como exemplo o Art. 74, § 1º do CTN.

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

I - a produção, como definida no artigo 46 e seu parágrafo único;

II - a importação, como definida no artigo 19;

III - a circulação, como definida no artigo 52;

IV - a distribuição, assim entendida a colocação do produto no estabelecimento consumidor ou em local de venda ao público;

V - o consumo, assim entendida a venda do produto ao público.

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

No mesmo sentido o NCCB trata energia como bem móvel:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

Outra consideração importante, como asseveram Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira, é considerar energia como um bem ambiental por criar bens a partir de recursos naturais³⁰.

O CP, por seu turno, também se refere à energia elétrica como bem móvel passível de furto.³¹

Em consonância com os preceitos do direito civil podemos definir energia elétrica como um bem, resultante de fontes diversas (eólica, hidráulica, nuclear, térmica, etc.) e transportado por linha de transmissão ou distribuição, que, por tais peculiaridades, melhor se caracteriza como bem móvel. As variadas relações que se depreendem de tal classificação (que podem ter traços administrativistas, obrigacionais ou de consumo) discriminam-se ainda, além de bem móvel, coisa simples, material, singular, divisível fungível e consumível. Outra característica notável do bem energia elétrica é o fato de não ser armazenável (é produzida para ser consumida instantaneamente) e, por ser negociada em mercado, ser considerada uma *commodity*.

Tais exemplos são possíveis por serem os efeitos da energia elétrica visíveis e tão importantes para a economia a ponto de ser tratada, por muitos estudiosos,

³⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de Direito da Energia**. São Paulo, 2009.

³¹ CP, 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.

como “sangue da sociedade industrial”. Tal constatação advém das diferentes relações jurídicas que o bem energia pode resultar: tributária, civil, penal, administrativa, etc.³².

³² CAMPOS, Clever. **Curso Básico de Direito da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro, 2010, p. 11.

3 RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA.

Este capítulo traz uma breve referência de conceitos constitucionais tributários com a finalidade de preparar o terreno para os capítulos vindouros. De acordo com Roque Antonio Carrazza³³, a constituição trouxe minuciosamente a matéria tributária restando ao legislador infraconstitucional pouco espaço para atuação. Destarte, em matéria tributária, os princípios albergados em nossa Carta Magna devem ser os primeiros pontos observados pelo hermeneuta.

Os princípios constitucionais estão na base do sistema jurídico. Um didático exemplo, mencionado pelo supracitado autor, advém da engenharia civil e trata normas constitucionais como se fossem os alicerces do grande “edifício jurídico”. Esta feliz explicação retrata não somente o aspecto nuclear que as normas constitucionais têm em relação ao ordenamento, mas também alude ao caráter uno que as ciências jurídicas têm. No direito tributário, não somente no estudo do ICMS, os princípios gerais do direito são, deveras, basilares na análise dos casos concretos que se apresentam neste trabalho. Assim, a seleção de alguns princípios é um bom ponto de partida para considerar as análises jurídicas e tributárias dos estudos de caso propostos neste trabalho.

Os princípios carregam valores axiológicos importantes em determinada sociedade em uma dada época. Constitucionalmente, não há de se falar em princípios constitucionais superiores ou inferiores, pois todas possuem semelhante hierarquia, como ponderou José Gomes Canotilho³⁴. O que podemos verificar é que existem princípios com diferentes pesos semânticos que se destacam quando expostos nos casos concretos. Outrossim, conforme elege Paulo de Barros Carvalho³⁵, podemos destacar o *princípio da justiça* como diretriz suprema, pois o que outros princípios norteiam corrobora com este princípio superior. Neste mesmo espírito o supracitado autor destaca o *princípio da certeza do direito* como o dever-

³³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª ed. São Paulo, 2012.

³⁴ *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo, 1999, p. 155.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p. 198-200.

ser inerente às normas jurídicas. Além destes mais gerais e abstratos podemos destacar os seguintes:

a) Princípio da Estrita Legalidade

Conforme menciona o Art. 150, I da CF, o princípio da estrita legalidade assenta-se nos ideais de justiça e segurança jurídica³⁶ que limitam os poderes da administração pública e protegem o cidadão. Isso requer que a lei³⁷ seja explícita, objetiva e considere todas as situações necessárias para definir as obrigações do contribuinte, como, por exemplo, o fato gerador.

CF, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Os tributos devem ser criados por meio de leis formais as quais devem descrever todos os elementos essenciais da norma tributária, quais sejam: a hipótese de incidência do tributo, o sujeito passivo, o sujeito ativo, a base de cálculo e a alíquota.

b) Princípio da Tipicidade

Segundo Ricardo Lobo Torres³⁸, o princípio da tipicidade é corolário do princípio da legalidade. Esse princípio obriga o legislador a ser taxativo na criação da lei tanto no aspecto das situações tributáveis quanto na quantificação dos tributos. Interpretações amplas ou analogias são incompatíveis com as limitações constitucionais ao poder de tributar. Isto está previsto no CTN:

CTN, Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

³⁶ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo, 2006, p. 111.

³⁷ No caso "lei" em sentido orgânico, formal.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O Princípio da Tipicidade no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004, p. 193-132.

c) *Princípio da Capacidade Contributiva.*

Este princípio, que está ligado ao princípio da igualdade, está disposto no Art. 145, § 1º da CF, nos seguintes termos: “Sempre que possível os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Ou seja, leva em conta a capacidade de o sujeito tributado contribuir para a sobrevivência do Estado.

d) *Princípio da Proibição do Confisco.*

Em consonância com o Art. 150, IV, é vedado aos Entes Federativos cobrar tributos com efeito confiscatório. O problema está na “área cinzenta”³⁹ que a expressão “efeito confiscatório” suscita. Esse problema deve ser analisado no caso concreto e depende muito da intensidade da tributação e da compreensão de cada julgador.

e) *Princípio da não-Cumulatividade.*

Este princípio não se aplica a muitos tributos, mas ao ICMS é imprescindível a sua observância. Está prevista no Art. 155, § 2º, I e II da CF. Ao se falar de não-cumulatividade há de se levar em conta o ciclo do produto de modo a atribuir a cada contribuinte a porção que lhe cabe. Assim, compensam-se os valores devidos em cada operação atinente à movimentação de mercadorias ou serviços de modo que o montante cobrado nestas transações não seja acumulado com aquele pago nas anteriores. Ou seja, a ideia é que o tributo incidente em uma operação seja deduzido na seguinte e assim sucessivamente. Podemos tomar um exemplo comercial pensando nas transações desde o atacadista passando pelo varejista e, finalmente ao consumidor, em cada uma destas operações deve descontar o ICMS das anteriores. Evita-se, com isso, a sobreposição de incidências do ICMS. Esse princípio está disposto na Lei que regulamenta o ICMS, a Lei Complementar nº 87 de 1996, intitulada Lei Kandir.

Lei Complementar nº 87/1996, Art. 19. O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de

³⁹ Expressão utilizada pelo Min. Carlos Mário da Silva Velloso na ADIN 2010-2-DF.

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Como pontifica Sacha Calmon Navarro Coelho⁴⁰ é importante notar que o ICMS é um imposto sobre o consumo e não deve onerar a produção e o comércio. Para tanto, torna-se imprescindível a observação do princípio da não-cumulatividade. Dessa forma, o ICMS é um imposto multifásico, pois é cobrado fracionalmente nas diversas fases do ciclo econômico (desde a produção até a venda para o consumidor final) sobre o valor adicionado. Nesse ponto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior fundamenta a escolha da não-cumulatividade pelo Constituinte⁴¹:

...a opção do Constituinte por um imposto não-cumulativo responde obviamente a problemas gerados pela cumulatividade dos impostos multifásicos, no que diz respeito aos efeitos econômicos de uma política tributária. O primeiro desses problemas pode ser visto na incidência repetida sobre bases de cálculo que, por superposição em cascata, tornam-se cada vez mais elevadas pela adição de novas margens de lucro, de novas despesas acessórias e do próprio imposto incidente sobre operações posteriores. O inchaço artificial provocado no preço das mercadorias tem um efeito indesejável que levou as nações modernas a optar pela não-cumulatividade. Uma segunda razão, não menos importante é o fato que um imposto multifásico cumulativo acaba por estimular a integração vertical das empresas, posto que a superposição em cascata faz com que quanto mais integralizada verticalmente uma empresa, tanto menor seria o ônus a que ficariam sujeitas as mercadorias para ela vendidas. (...) Um terceiro problema atesta o sentido do princípio da não-cumulatividade: a cumulatividade em cascata num imposto multifásico produz uma falta de uniformidade na carga tributária para todos os consumidores, os quais são os que, de fato, a suportam. Esse efeito, que se torna tão mais extenso quanto mais longo é o ciclo de produção e de comercialização, acaba por gerar uma espécie de perversão da justiça tributária, fazendo com que seja menor a carga dos produtos supérfluos e mais onerosa a de produtos essenciais.

Destarte, como exceções ao princípio da não-cumulatividade somente podem ser impostas por via constitucional, é obrigatório aos Estados-membros criar procedimentos que garantam a factibilidade de tal princípio.

⁴⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2011, p. 470-471.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **ICMS: não-cumulatividade e suas exceções constitucionais**. Revista de Direito Tributário, nº. 48, p. 19.

3.1 NORMA TRIBUTÁRIA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Considerando o subsistema constitucional tributário, assim denominado por Paulo de Barros Carvalho⁴², como uma derivação de normas constitucionais que versam sobre a matéria tributária; observamos normas de natureza mais geral e abstrata que orientam outras normas no sistema. No caso do ICMS, a título de exemplo, para ilustrar a complexidade legislativa deste importante tributo, citamos o seu regramento infraconstitucional⁴³:

O ICMS, em regramento infraconstitucional depende:

- a) Do Senado (resoluções);
- b) Do Congresso Nacional (leis complementares);
- c) Dos convênios de estados (pré-disciplinação legislativa);
- d) E atos normativos dos Estados formalmente legislativos (regimes especiais e protocolos bilaterais).

Essa complexidade de informações e normas, regido pela Constituição da República, permite a aplicação da norma tributária como será visto.

3.1.1 FATO GERADOR DO ICMS

Genericamente, o fato gerador do ICMS consiste na transferência de propriedade da mercadoria (ou seja, a tradição). O ICMS incide em operações, realizadas pelos sujeitos ativos da relação jurídica, relativas à circulação de mercadorias e realização de serviços. É deflagrado pelo cumprimento das situações (tipos) contidas no Art. 155, II da CF, ou seja, de acordo com Roque Antonio Carrazza⁴⁴, pode ser descrito especificamente:

- 1) da circulação de mercadorias, desde sua produção até seu consumo respeitando-se o princípio da não-cumulatividade;
- 2) dos serviços de transporte, tanto interestadual quanto intermunicipal, i.e., não estão sujeitos à incidência de ICMS os transportes realizados dentro de um mesmo Município;
- 3) dos serviços de comunicação, contemplados no Art. 2º, III da LC nº 87/1996⁴⁵, neste caso, se forem realizadas dentro de um mesmo Município pode incidir ICMS;

⁴² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p. 190.

⁴³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Análise Crítica do ICMS: Energia Elétrica e Combustíveis**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 217, out. 2013, p. 140.

⁴⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 14. ed. São Paulo, 2010, p. 36-37

⁴⁵ LC nº 87/1996, Art. 2º. O Imposto incide sobre:

[...] 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;

- 4) do imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica;
- 5) e, por fim, do imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

O fato gerador, ou fato imponible do ICMS, à luz do Art. 4º do CTN, é o que define a natureza jurídica do tributo. Para Geraldo Ataliba⁴⁶, consiste na concretização da hipótese de incidência considerando o momento em que esta efetivamente ocorre. Ou seja, nasce com a materialização do arquétipo legal. Neste ponto convém observar que deve o legislador observar o princípio da irretroatividade tributária.

3.1.2 SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo é que voluntariamente pratica o fato gerador do tributo.

Embora a norma constitucional que defina um tributo seja, muitas vezes, omissa em relação ao sujeito passivo⁴⁷, a Doutrina amplia as possibilidades do que seria um devedor de tributos extrapolando, em algumas situações, para além do sujeito que pratica o fato gerador de tributo. Este é o exemplo da substituição tributária. Em outros casos, a definição do sujeito passivo torna-se mais adequada pela via da Lei Complementar.

Entretanto, há a possibilidade de elencar o sujeito passivo antes da realização do fato gerador, inclusive, a CF também nos mostra a possibilidade da escolha de uma terceira pessoa responsável pelo tributo antes da ocorrência do fato gerador.

CF, Art. 150, § 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.

Quanto ao ICMS, o sujeito passivo deve ser interpretado a partir do arquétipo constitucional do tributo em questão. Desse modo, pode-se inferir que os sujeitos passivos, no caso do ICMS são os que praticam os seguintes fatos: a)

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo, 2002, p. 68.

⁴⁷ Não é a Constituição da República que indica sempre o sujeito passivo.

operações relativas à circulação de mercadoria; transporte interestadual e intermunicipal; serviço de comunicação; importadores de bens e mercadorias.

Conforme o CTN:

CTN, 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.

Ademais, de acordo com Júlio M. de Oliveira, cabe à Lei Complementar definir quem são os contribuintes do ICMS⁴⁸.

3.1.3 SUJEITO ATIVO

O sujeito ativo da relação jurídica tributária é aquele que tem a prerrogativa de exigir o cumprimento da obrigação⁴⁹. Ou seja, como na maioria das vezes o sujeito ativo se confunde com o Estado é comumente denominado como Fisco, Fazenda Pública, etc.

Conforme testifica o CTN:

CTN, Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

No caso do ICMS o critério da territorialidade é a regra geral para definição do sujeito ativo. Em geral é distrital ou estadual a competência sobre operações ocorridas dentro dos respectivos territórios. Entretanto, há casos em que para evitar conflitos entre entes federativos é necessária a criação de regras específicas de distribuição de competência tributária, mas será sempre estadual ou distrital.

3.1.4 BASE DE CÁLCULO

Para o ICMS, especificamente, a base de cálculo consiste no quantum que se refere à, conforme mencionado: operação mercantil; serviços de transporte; ou serviços de comunicação. Ou seja, está relacionada aos preços das mercadorias

⁴⁸ OLIVEIRA, Júlio M. de. **O Princípio da Legalidade e sua Aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo, 2006, p. 326.

⁴⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo, 2006, p. 291.

ou serviços em questão e contempla, segundo José Eduardo Soares de Melo⁵⁰ a dimensão da obrigação pecuniária.

Assim, a base de cálculo reflete:

- 1) no caso da circulação de mercadoria, do valor de tal operação;
- 2) se for transporte, interestadual ou intermunicipal, do valor do serviço;
- 3) em se tratando de serviços de comunicação, do preço destes.

A base de cálculo do ICMS, na análise de Nadja Araújo⁵¹, atinente à venda de energia elétrica é o preço do insumo comprado pelo consumidor; o qual consiste no:

Valor consignado na fatura emitida pela concessionária, agregando todos os custos desde a geração até a entrega da mercadoria ao usuário final. Nesse sentido, todos os custos oriundos do fornecimento de energia elétrica (inclusive a “demanda contratada” e/ou consumida e, eventualmente, a tarifa de ultrapassagem) devem, necessariamente, ser integrados à base de cálculo do imposto estadual, pois, somente assim, estarão imprimindo a real diferença do fato gerador do imposto.

3.1.5 ALÍQUOTA

O critério de fixação da alíquota não está descrito na Constituição da República. Consiste no percentual cotado a partir da base de cálculo que se deve pagar à administração fazendária. À luz da Resolução nº 22/1989, podemos destacar as alíquotas internas, livremente deliberadas pelos Estados; e as interestaduais.

3.2 TRIBUTOS APLICÁVEIS AO SETOR ELÉTRICO

A nova configuração do setor elétrico brasileiro implica em vários negócios passíveis de tributação. Todavia, é preciso que o legislador, ao criar normas tributárias neste meio, considere tal complexidade a fim de não onerar tanto o consumidor final. Em verdade, como admoesta Daniel Araújo Carneiro⁵², a legislação tributária não se adequou à nova formatação do setor elétrico brasileiro.

⁵⁰ MELO, José Eduardo Soares. **ICMS**. São Paulo, 2012, p173.

⁵¹ ARAÚJO, Nadja. **A Exigência de ICMS sobre o Valor de “Demanda Contratada” da Fatura de Venda de Energia Elétrica e o Regime de Arrecadação por Substituição Tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 161, fev. 2009, p51.

⁵² CARNEIRO, Daniel Araújo. **Tributos e Encargos no Setor Elétrico Brasileiro**. 2ª. ed. Curitiba, 2010, p. 84-85.

O valor da tarifa de energia elétrica, sem os tributos, é publicado pela ANEEL. A partir desses valores os tributos são calculados. Podemos discriminá-los da seguinte maneira⁵³:

3.2.1 Tributos Federais

a) PIS, Programa de Integração Social.

Um dos tributos presentes na conta de luz é cobrado pela União para manter os programas assistencialistas do Governo Federal.

b) COFINS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

Foi instituído pela Lei Complementar nº 70/1991 e é cobrado pela União também com o intuito de promover assistência social e para assistir o trabalhador. Incide sempre quando há comercialização de energia elétrica.

3.2.2 Tributos Estaduais

O ICMS é cobrado pelos Estados e o Distrito Federal. A distribuidora de energia repassa, obrigatoriamente, esse valor auferido na fatura diretamente ao governo estadual. O ICMS é o tributo mais complexo e o que tem maior peso dos que incidem nas operações que envolvem energia elétrica. Será analisado separadamente nos capítulos vindouros.

3.2.3 Tributos Municipais

Podemos destacar a CIP, Contribuição do Serviço de Iluminação Pública, como tributo da competência dos Municípios estabelecido por Lei específica aprovada pela Câmara de Vereadores. Tal atribuição de competência está disposta no Art. 149-A da Carta Magna.

CF, Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art.150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

⁵³ Agência Nacional de Energia Elétrica. **Por Dentro da Conta de Luz**. Brasília, 2008, p. 15-18.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Ou seja, além dos custos de produção, transporte e demais encargos setoriais a conta de luz engolfa ainda tributos federais, estaduais e municipais. Todos esses fatores elevam o custo da energia elétrica no Brasil e tornam este indispensável insumo um dos mais caros do mundo. Uma das medidas mais importantes iniciativas do Governo Federal advém do Decreto nº 7.891 de 23 de Janeiro de 2013, que dispõem sobre a modicidade tarifária. Tal medida considerou a amortização do repasse ao consumidor dos custos de investimento em produção e transporte de energia elétrica. Outro passo importante, no caso do ICMS, seria, em consonância com o esforço federal, considerar a redução deste tributo como medida imprescindível para tornar o custo da energia elétrica brasileira mais barata em relação à média mundial.

4 OUTRAS NOÇÕES ACERCA DO ICMS

José Eduardo Soares de Melo⁵⁴ retrata o seguinte:

O novo sistema elétrico possibilita a realização de diversos negócios jurídicos, que implicam a incidência do ICMS (comercialização nos ambientes de contratação regulada e contratação livre); ou se encontram fora da tributação estadual “contratos de compartilhamento de instalações, conexão ao sistema de distribuição, de constituição de garantia, de uso do sistema de distribuição, de conexão ao sistema de transmissão, de uso do sistema de transmissão, de intermediação na compra e venda.

Destarte, o ICMS é, possivelmente, o tributo mais importante dos Estados e Distrito Federal. Corresponde a mais de 80% da arrecadação destes entes federativos. Está disciplinado no Art. 155, I da CF e na Lei Complementar nº 87/1996, a chamada Lei Kandir.

CF, Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

LC 87/1996, Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o 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.

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

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.

O ICMS foi instituído pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965 e incide em toda a cadeia de produção (desde a fabricação até o consumo), mas obedece ao mandamento constitucional da não-cumulatividade.

CF, Art. 155, § 2º, I 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;

⁵⁴ MELO, José Eduardo Soares. Obra citada, p113.

No mesmo sentido do Art. 19 da LC nº 87/1996:

LC nº 87/1996, Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Como ocorre com outras espécies de tributo, o ICMS, por ser amplamente regulamentado na Lei Maior, não prescinde de uma prévia análise constitucional já que estas se impõem em um “escalão de direito positivo mais elevado”.⁵⁵ De acordo com a Constituição da República (Art.155 caput e inciso II), “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos 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”.

Todavia, devido às complexas relações oriundas da circulação de mercadorias e prestação de serviços⁵⁶, que muitas vezes iniciam em um Estado e terminam em outro, é salutar observar que este tributo transcende, não raro, os limites de tais entes federativos. Ademais, a União, com base nos arts. 147 e 154, II, da CF pode também criar o imposto.

CF, Art.147: “Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais”.

CF, Art.154: “A União poderá instituir: (...) II – na iminência de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua esfera tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”.

Para melhor compreendermos os conceitos jurídico-positivos contidos no texto constitucional, vale buscar na Doutrina uma linguagem mais apropriada. Como assevera Paulo de Barros Carvalho, “cumpre lembrar que o emprego de termos técnicos e o modo científico com que se expressa o jurista não conseguem superar certas dificuldades do vocabulário especializado, como as ambiguidades e

⁵⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6.ed. São Paulo, 1998, p155.

⁵⁶MIGUEL, Luciano Garcia. **A Lei Complementar nº 24/1975 e os Benefícios Fiscais e Financeiro-Fiscais Relacionados ao ICMS**. Revista Dialética do Direito Tributário n. 216, set. 2013, p. 96.

o teor de vagueza, que somente serão resolvidos à custa de ingentes esforços semânticos”⁵⁷

Por *operação*, fato gerador do tributo em tela, podemos compreender qualquer ato jurídico que deflagre o movimento de mercadorias (ou bens, no caso da energia elétrica) da produção até o consumo. Ou, como destacam Geraldo Ataliba e Cleber Giardino:⁵⁸

Operações são atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadoreias são, nesse sentido, adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações.

Para Carvalho de Mendonça⁵⁹, empresta-se o sentido do termo *circulação de mercadoria*, do direito comercial. Consideram-se os vários contratos realizados, desde a produção do bem até o consumo, como deflagradores contínuos das transferências de propriedade. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho⁶⁰, esta dinâmica está ligada visceralmente à própria definição da atividade empresarial, o que é testificado no Código Civil⁶¹.

Mercadoria, por seu turno, é um bem produzido com destino ao consumo, à comercialização. Ou ainda, conforme destaca José Eduardo Soares de Melo⁶²:

Mercadoria é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, e distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, considerando, ainda, o fornecimento de energia elétrica (coisa incorpórea), conforme previsto no Art.155,§ 3º, CF.

Assim, conforme salienta Roque Antonio Carrazza, a incidência do ICMS se dará com a imprescindível tradição, i.e., a transferência do domínio ou a posse indireta⁶³. A energia elétrica, por seu turno, à luz da CF e da Lei Kandir, passou a ser tratada como mercadoria. Por esse motivo, ocorre a incidência do ICMS. O CTN, por seu turno, confirma essa ideia:

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p. 38.

⁵⁸ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. “**Núcleo da Definição Constitucional do ICM**”. 7ª ed. Revista do Direito Tributário vols. 25/26. São Paulo, 2004, p105.

⁵⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de; MENDONÇA, Roberto Carvalho de; BEVILAQUA, Achilles. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.5. 3 ed., Rio de Janeiro.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, vol. 1**. 10ª ed. São Paulo, 2006, p. 74.

⁶¹ CC, Art.966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

⁶² MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática**. 12ª ed. São Paulo, 2012, p. 18.

⁶³ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 9ª ed. São Paulo, 2002, p. 48.

CTN, Art. 74, V, §1º: “Para efeitos deste imposto, a energia elétrica considera-se produto industrializado”.

Importante frisar ainda, de acordo com Paulo de Barros Carvalho⁶⁴, a finalidade econômica que o termo “mercadoria” encerra:

A natureza mercantil do produto não está, absolutamente, entre os requisitos que lhe são intrínsecos, mas na destinação que se lhe dê. É mercadoria a caneta exposta à venda entre outras adquiridas para esse fim. Não o será aquela que mantenho em meu bolso e se destina a meu uso pessoal. Não se operou a menor modificação na índole do objeto referido. Apenas sua destinação veio a conferir-lhe atributos de mercadoria.

Em verdade o conceito de “mercadoria” foi ampliado constitucionalmente para que fosse possível agregar a energia elétrica (coisa incorpórea)⁶⁵ ao âmbito de incidência do ICMS (CF, Art. 155, §3º). Nesse ponto, Roque Antonio Carrazza pondera que⁶⁶ “mercadoria, para fins de tributação por via de ICMS, é o que a lei comercial considera mercadoria.”

Outro aspecto importante, no estudo do ICMS é o regime de substituição tributária. Ocorre quando se atribui a terceiro a obrigação tributária da qual não foi o praticante do fato gerador. Como salienta Alfredo Augusto Becker⁶⁷:

“Existe substituto legal tributário toda vez que o legislador escolheu para sujeito passivo da relação jurídica tributária um ou outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese é signo presuntivo: o legislador escolheu para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo que é o substituto legal tributário”.

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra Matriz do ICM**. São Paulo, 1981, p. 207.

⁶⁵ PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. Porto Alegre, 2011, p. 221.

⁶⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. São Paulo, 2008, p. 44.

⁶⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo, 1963, p 502-503.

5 ICMS E A DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA

Alguns consumidores, principalmente indústrias e grandes prestadores de serviço, para poderem garantir o suprimento de energia elétrica, imprescindível para as suas atividades, em geral mantêm contratos individualizados de fornecimento com as distribuidoras. Com isso, esperam garantir certa quota de energia (expressa em kW). Entretanto, os problemas com a tributação surgem quando este montante, pago mensalmente à concessionária, não corresponde ao efetivo consumo. Na verdade podem ocorrer três situações: a demanda contratada corresponder ao consumo, hipótese realmente rara; a demanda contratada, ser superior ao consumo real, essa opção é a que enseja maiores discussões; e, por fim, a demanda medida ser superior ao que foi contratado. Esta última situação, aplicável em casos em que o consumo tende a superar o previsto, por comprometer o próprio planejamento, deve ser contemplada de modo observar os procedimentos destacados na seguinte resolução:

Resolução ANEEL nº 456/2000. 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.

§ 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.

Ou ainda, como destaca Walter Tolentino Álvares⁶⁸:

O encargo da demanda baseia-se em dado oferecido sobre o máximo de uso de carga durante 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

⁶⁸ ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da Energia**. Belo Horizonte, 1974, p 659-660.

atender ao consumidor, e então o elemento de demanda foi concebido como maneira de reembolso dos investimentos das instalações, enquanto que a tabela do quilowatt-hora 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.

5.1 CONCEITO DE DEMANDA CONTRATADA

Os grandes consumidores, conforme a Resolução da ANEEL nº 456/2000, tem a comum capacidade de afetar o desempenho regular do sistema elétrico. As consequências de uma demanda excessiva são danosas não somente às concessionárias, mas também à toda a rede. Um aumento da potência reativa, por exemplo, pode comprometer as máquinas elétricas na usina, que têm que prover o excesso de energia solicitado inutilmente. Em consequência as linhas de transmissão são mais exigidas para transportar essa energia circulante que não gera trabalho. A Resolução supracitada nos traz essas peculiaridades:

Art. 17. Se o consumidor utilizar na unidade consumidora, à revelia da concessionária, carga susceptível de provocar distúrbios ou danos no sistema elétrico de distribuição ou nas instalações e/ou equipamentos elétricos de outros consumidores, é facultado à concessionária exigir desse consumidor o cumprimento das seguintes obrigações:

I - a instalação de equipamentos corretivos na unidade consumidora, com prazos pactuados e/ou o pagamento do valor das obras necessárias no sistema elétrico da concessionária, destinadas a correção dos efeitos desses distúrbios; e

II - o ressarcimento à concessionária de indenizações por danos acarretados a outros consumidores, que, comprovadamente, tenham decorrido do uso da carga provocadora das irregularidades.

§ 1º Na hipótese do inciso I, a concessionária é obrigada a comunicar ao consumidor, por escrito, as obras que realizará e o necessário prazo de conclusão, fornecendo, para tanto, o respectivo orçamento detalhado.

§ 2º No caso referido no inciso II, a concessionária é obrigada a comunicar ao consumidor, por escrito, a ocorrência dos danos, bem como a comprovação das despesas incorridas, nos termos da legislação e regulamentos aplicáveis.

Devido ao fato de a concessionária ter que investir em infraestrutura para atender a potência instalada⁶⁹ solicitada pelo consumidor criou-se um artifício para garantir a QEE⁷⁰ do fornecimento de energia, qual seja, a demanda contratada de energia elétrica.

⁶⁹ De acordo com a Resolução ANEEL nº 456/2000, Art. 2º, XXIX: Potência instalada: soma das potências nominais de equipamentos elétricos de mesma espécie instalados na unidade consumidora e em condições de entrar em funcionamento.

⁷⁰ De acordo com o ONS, *Submódulo 20.1, Glossário de Termos Técnicos*, a Qualidade de Energia Elétrica (QEE) consiste no “desempenho do sistema em termos de continuidade de serviço e de

Tanto a demanda contratada de energia elétrica quanto a demanda medida estão definidas na Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL:

Resolução ANEEL nº 414/2010. Art. 2º, XXI - Demanda Contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

[...]

XXIII - Demanda Medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada em intervalos de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento.

Na mesma linha segue a Resolução nº 456/2000:

Resolução ANEEL nº 456/2000. 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)."

[...]

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.

XXVII - Potência: quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW).

XXVIII - Potência disponibilizada: potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora, segundo os critérios estabelecidos nesta Resolução e configurada nos seguintes parâmetros:

a) unidade consumidora do Grupo "A": a demanda contratada, expressa em quilowatts (kW);

b) unidade consumidora do Grupo "B": a potência em kVA, resultante da multiplicação da capacidade nominal ou regulada, de condução de corrente elétrica do equipamento de proteção geral da unidade consumidora pela tensão nominal, observado no caso de fornecimento trifásico, o fator específico referente ao número de fases.

Destarte, devemos evitar a confusão entre demanda contratada, que tem relação com o dimensionamento da instalação (medido em kW, considera a maior potência observada durante as medições), e energia efetivamente consumida expressa em kWh. Tais ponderações asseveram o caráter binômio da tarifa de energia elétrica para determinados consumidores, pois além das diferentes

dimensões físicas entre os conceitos de demanda contratada e energia efetivamente utilizada, não se podem olvidar os diferentes investimentos empregados para corresponder a essas demandas, quais sejam: o investimento na estrutura para fazer frente à despesa de demanda; e o efetivo custo de produção e distribuição que corresponde ao consumo real.

O entendimento de Roque Antonio Carrazza⁷¹ a respeito do conceito de demanda contratada é incisivo:

Para que melhor se compreenda: atualmente as distribuidoras atendem ao “mercado cativo” (pequenos e médios consumidores, que não podem escolher livremente seus fornecedores de energia elétrica) e ao “mercado livre” (grandes consumidores aos quais a legislação faculta escolherem seus fornecedores, valendo-se de critérios empresariais).

Quando as distribuidoras atendem aos “consumidores cativos” são por eles remunerados por meio de tarifas (tarifas de energia e tarifas de fio) e são responsáveis, na condição de substitutas tributárias, pelo recolhimento do ICMS-Energia Elétrica.

Já, quando as distribuidoras atendem aos consumidores livres limitam-se a receber as tarifas de fio, cobradas pela utilização das infraestruturas de transmissão e/ou distribuição (TUST – Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão, ou TUSD – Tarifa do Sistema de Distribuição). São os agentes de comercialização (ou de geração) que vendem a energia elétrica aos consumidores livres, deles cobrando o respectivo preço, sobre o qual, sim, é calculado o ICMS a pagar.

Então, no caso dos consumidores livres, por serem as distribuidoras somente fornecedoras da estrutura, não há de se tratá-las como substitutas tributárias para o recolhimento do ICMS. Ademais, a mera disponibilização desta estrutura não enseja o fato imponible do ICMS. Isto somente se verificaria com a *tradição*, ou seja, a transferência da titularidade.

5.2 DINÂMICA DA APLICAÇÃO DO ICMS À DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA

Para entendermos como se deflagra a incidência do ICMS na demanda contratada de energia elétrica é necessário, primeiramente, observarmos alguns conceitos atinentes ao arquétipo constitucional da regra matriz que normatiza tal tributo. No que tange ao ICMS, tais diretrizes estão dispostas na Constituição que

⁷¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo, 2009. p. 273.

estabelece aos entes federativos certos limites ao poder de tributar. Conforme aduz Clélio Chiesa⁷²:

A Constituição não cria tributos, apenas atribui à pessoas políticas a faculdade de instituí-los, delineando de forma precisa a norma padrão de incidência de cada tributo a ser instituído. É dentro dessa moldura fixada pela Constituição que cingir-se-á a atuação legislativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, expedindo a lei que, hipotetizando os fatos elencados pelo Texto Constitucional, modalizará a conduta de tal forma que, quando ocorrer no mundo fenomênico o fato previsto na hipótese, dará ensejo à obrigação tributária.

Para o ICMS, em especial, o constituinte restringiu bastante a atividade legislativa ordinária conforme o Art.155 da CF.

CF, 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;

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;

⁷² CHIESA, Clélio. **ICMS, Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo, 1997, p 59-60.

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)

[...]

Como visto, a hipótese de incidência do ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadoria. Isso significa que o imposto incide sobre negócios jurídicos que ensejam a circulação jurídica advinda de operação mercantil. Conforme esclarece Clélio Chiesa⁷³, as operações mercantis, circulação jurídica e mercadoria são os pressupostos constitucionais que caracterizam o fato gerador do ICMS. “Somente a presença concomitante dessas três características – operação mercantil, circulação jurídica e mercadoria – é que dará ensejo à obrigação tributária de pagar o imposto denominado ICMS.” Em resumo, a dinâmica do ICMS se realiza a partir da hipótese de incidência projetada no mundo fenomênico prescrevendo os efeitos jurídicos testificados no conseqüente da norma.

Isso posto, a incidência do ICMS, conforme está previsto no Art. 2º da Lei Complementar nº 87 de 1996, conhecida como “Lei Kandir”, se realiza como segue:

LC nº 87/1996, Art. 2º O imposto incide sobre:

⁷³ CHIESA, Clélio. **ICMS, Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo, 1997, p 83-85.

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;

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.

Em outras palavras, de acordo com Paulo de Barros Carvalho⁷⁴, a incidência fiscal é definida pela norma jurídica tributária. O fenômeno jurídico da incidência, de acordo com Geraldo Ataliba⁷⁵, é deflagrado quando ocorre no mundo fenomênico, *in concreto*, a subsunção de um fato a uma hipótese legal (sendo esta abstrata, geral e impessoal).

A norma jurídica tributária é composta por uma *hipótese* (descriptor, antecedente ou suposto) a que se conjuga uma *consequência* (prescrito, mandamento ou estatuição). Já a *hipótese* é composta pelo aspecto material, geralmente o verbo principal da norma que engolfa o comportamento que o legislador deliberou como tributável; a este se somam os aspectos (limites) temporal e espacial. Por fim, o *prescritor* se discrimina em: aspecto pessoal, sujeito ativo e sujeito passivo; e aspecto quantitativo, que alude à alíquota e à base de cálculo.

⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p 298-300.

⁷⁵ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo, 1999, p 42-53.

5.2.1 ASPECTO MATERIAL

O aspecto material, conforme aduz Paulo de Barros Carvalho⁷⁶, refere-se ao comportamento de uma pessoa física ou jurídica. No caso em comento, a produção, importação, transmissão, a distribuição e o consumo da mercadoria energia elétrica que acarretam a transmissão da titularidade constituem a hipótese de incidência: correspondem ao “verbo” e seu complemento. Para José Eduardo Soares de Mello⁷⁷, os conceitos “circulação”, “operação” e “mercadoria” estão visceralmente ligados de modo que o hermenauta deve observar tais desdobramentos jurídicos para que se configure hipótese de incidência do ICMS.

Conforme aduz Carrazza⁷⁸, não se pode equiparar a distribuidora de energia elétrica a um comerciante que possua mercadorias em estoque, pois não é possível armazenar o bem energia elétrica com a finalidade de vendê-la ao consumidor. Ou seja, o ICMS só pode incidir se o referido bem for transferido ao consumidor final após as operações relativas à circulação jurídica de energia. Ou seja, a mera obrigação contratual não é o suficiente para a incidência do ICMS. Nesse ponto, é salutar a observação de Clever Campos⁷⁹:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já foi dito, analogamente a um sistema de "caixa único", em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade entre os estágios intermediários de várias incidências isoladas, mas, sim, de uma única, na entrega da energia, tendo como sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

Destarte, só se pode tributar a energia elétrica anteriormente gerada e distribuída.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra Matriz do ICM**. São Paulo, 1981, p 60-61.

⁷⁷ MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**. São Paulo, 2012, p 19.

⁷⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo, 2009 , p 268.

⁷⁹ CAMPOS, Clever. **Introdução ao Direito da Energia Elétrica**. São Paulo, 2001, p 68.

5.2.2 ASPECTO ESPACIAL

O aspecto espacial, bem como o temporal são condições da hipótese de incidência, a cada fato corresponde um dado lugar num determinado tempo.

O aspecto espacial está, conforme menciona Clélio Chiesa⁸⁰, diretamente associado “à competência do ente impositivo”. Isto significa que os limites espaciais do ICMS restringem-se aos limites dos Estados e do Distrito Federal.

LC nº 87/1996, Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido;

f) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

h) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial;

i) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

a) onde tenha início a prestação;

b) onde se encontre o transportador, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhada de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese do inciso XIII do art. 12 e para os efeitos do § 3º do art. 13;

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou assemelhados com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

⁸⁰ CHIESA, Clélio. **ICMS Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo, 1997, p 84.

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento ou do domicílio do destinatário.

§ 1º O disposto na alínea c do inciso I não se aplica às mercadorias recebidas em regime de depósito de contribuinte de Estado que não o do depositário.

§ 2º Para os efeitos da alínea h do inciso I, o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, deve ter sua origem identificada.

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

III - considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante e na captura de pescado;

IV - respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente.

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

Pelo aspecto espacial, contemplado no Art. 11 da Lei Kandir, quanto à demanda contratada de energia elétrica, o ICMS será devido ao Estado em que ocorreu o fato gerador ressalvadas aquelas descritas no Art. 3º, III da referida Lei.

5.2.3 ASPECTO TEMPORAL

O aspecto temporal está relacionado ao momento que deflagra a obrigação tributária. Embora a Constituição da República não expresse o exato momento da ocorrência do fato jurídico tributário no mundo fenomênico, certamente não poderá ocorrer antes da transferência de titularidade da mercadoria energia elétrica. De modo mais minucioso, para que seja possível a tributação, cabe ao Ente Federativo competente estabelecer este momento observando-se as restrições impostas constitucionalmente. O Art. 12 da Lei Kandir nos traz o seguinte:

LC nº 87/1996, Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

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

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável;

IX - do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

XI - da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

XII - da entrada no território do Estado de 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)

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

§ 2º Na hipótese do inciso IX, após o desembaraço aduaneiro, a entrega, pelo depositário, de mercadoria ou bem importados do exterior deverá ser autorizada pelo órgão responsável pelo seu desembaraço, que somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente no ato do despacho aduaneiro, salvo disposição em contrário.

§ 3º Na hipótese de entrega de mercadoria ou bem importados do exterior antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador neste momento, devendo a autoridade responsável, salvo disposição em contrário, exigir a comprovação do pagamento do imposto. (Incluído pela Lcp 114, de 16.12.2002)

No caso da incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica considera-se ocorrido o fato gerador no momento em que ocorrer a saída de energia elétrica da concessionária. Em outras palavras, no momento em que o

consumidor faz uso da energia elétrica incide o ICMS, pois a circulação da mercadoria (tradição) ocorre neste instante.

Nesse sentido, a geração é demandada pelo consumo. Ou seja, o momento da saída da mercadoria energia elétrica da concessionária para o consumidor final.

5.2.4 ASPECTO PESSOAL

O aspecto pessoal, juntamente com o quantitativo, compõe o *prescritor normativo* e discrimina-se em *sujeição passiva* e *sujeição ativa*.

De acordo com o disposto no Art. 4º da LC 87/1996 (Lei Kandir), o consumidor é o sujeito passivo na obrigação deflagrada a partir da incidência do ICMS.

LC nº 87/1996, 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.

Ademais, o § 1º, II, do Art. 9º da mesma Lei estabelece que as empresas distribuidoras de energia elétrica são *sujeitos passivos indiretos* por substituição e, portanto, são responsáveis pelo recolhimento do imposto. No mesmo sentido o § 9º do Art. 34 do ADCT estabelece o seguinte:

ADCT, Art. 34, §9º Até que a lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou 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 relativa 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 o seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme local onde deva ocorrer esta operação.

Em outras palavras a empresa distribuidora recolhe antecipadamente a título alheio o ICMS devido pelo verdadeiro polo passivo: o consumidor, o contribuinte de fato.

O Estado federado em que ocorreu o fato gerador do ICMS, por seu turno, é o sujeito ativo da referida obrigação tributária.

5.2.5 ASPECTO QUANTITATIVO

A aferição do *quantum debeatur* a partir da ocorrência do fato gerador é realizada através da identificação da base de cálculo e da alíquota.

A base de cálculo do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica decorre da entrega desta mercadoria ao consumidor final. Necessariamente a base de cálculo somente pode ser inferida a partir do fornecimento desta mercadoria. Por motivos já explorados, como não é possível estocar a energia elétrica para fins de consumo em larga escala, considera-se a mercadoria entregue, neste caso, como a energia que foi efetivamente consumida. Desse modo, a base de cálculo não somente quantifica as reais dimensões do fato incidente, mas, principalmente, o confirma, ou seja, determina também o tipo tributário⁸¹.

Já a alíquota exigível do ICMS sobre a demanda contratada de energia, por seu turno, é o percentual que incide sobre a energia elétrica efetivamente fornecida. Tal quantia é fixada de acordo com a distribuição de competências de cada pessoa política tributante atendo-se aos limites postos por resolução do Senado Federal, conforme Art. 155, §2º, V da CF.

5.3 REPERCUSSÕES DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA

Em uma primeira análise, cabe destacar que o ICMS, como analisado, incidiria somente na quantidade efetivamente consumida de energia elétrica. Isto porque a incidência do ICMS se dá com a tradição, ou seja, a transferência de titularidade do bem “energia elétrica”. Todavia, os fundamentos jurídicos para a incidência do ICMS na demanda contratada de energia ainda causam, na prática, discussões importantes.

⁸¹ CHIESA, Clélio. **ICMS Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo, 1997, p 103.

Dentre os argumentos que pendem para o sujeito ativo, nesse caso as administrações fazendárias estaduais, o principal trata a demanda contratada como um ressarcimento do custo para disponibilizar a potência fornecida⁸². Para ter real entendimento deste argumento devemos observar todas as complexidades inerentes ao novo modelo do setor elétrico brasileiro. Os projetos das instalações em consumidores de grande porte devem ser atualizados na concessionária e geram o contrato de demanda de energia elétrica. Cabe ao ONS gerenciar a demanda física solicitada⁸³ considerando também todas essas solicitações. Como não é possível armazenar energia elétrica em larga escala, deve-se fornecê-la de acordo com as demandas impostas ao sistema, do contrário comprometeria a qualidade e, em casos extremos, o próprio fornecimento de energia. Ou seja, tal investimento é proporcional aos esforços da geração, transmissão e distribuição. O sistema deve ser dimensionado de forma mais otimizada a fim de, com o menor investimento possível, garantir a qualidade dos serviços de fornecimento de energia elétrica⁸⁴. Por isso, segundo Nadja Araújo⁸⁵, a incidência do ICMS na demanda contratada de energia tem natureza securitária. Portanto, quanto à tarifação, precificação, é salutar a consideração de todo esse investimento para que o negócio, como um todo, seja sustentável. Com isso, defendem os que são pró-Estados que o valor fixado junto à concessionária, por via contratual, deve servir de base de cálculo para o tributo mencionado.

Mas, para efeitos de incidência de ICMS, não é adequado considerar a hipótese de incidência como advinda da via contratual. O fato gerador de tal tributo é resultado da circulação da “mercadoria”, no caso, trata-se do artifício jurídico de tratar a eletricidade como um bem móvel. Ora, partindo-se deste pressuposto fundamental, sem o qual estaríamos comprometendo o princípio da legalidade⁸⁶,

⁸² Que significa a capacidade de consumir energia já que a potência efetivamente usada no tempo que foi demandada corresponde à energia consumida, conforme mencionado anteriormente neste trabalho.

⁸³ Em consonância com a Lei nº 9.648/1998, Art 13.

⁸⁴ ARAÚJO, Nadja. **A Exigência de ICMS sobre o Valor de “Demanda Contratada” da Fatura de Venda de Energia Elétrica e o Regime de Arrecadação por Substituição Tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 161, fev. 2009, p39.

⁸⁵ ARAÚJO, Nadja. Obra citada, p52.

⁸⁶ De acordo com Júlio M. de Oliveira, a implementação infraconstitucional do princípio da legalidade não surte plenamente os efeitos previstos na Constituição da República no que tange à elaboração da regra-matriz de incidência do ICMS. Em grande parte esses problemas se devem à insegurança ensejada pelas diferenças entre o ICMS que está descrito na Carta Magna e o ICMS dos Estados e

não há como pensar na incidência de ICMS sem distorcer o fato gerador do tributo. Como bem móvel, se não houver circulação de cargas elétricas, não há corrente elétrica; se não houver corrente não haverá consumo (em kWh) e, portanto, não faria sentido haver circulação do “bem” em questão. Neste sentido, um bem que nunca é consumido, nunca circula, pois a demanda, conforme mencionado, é definida em kW, ou seja, trata-se de uma potência. Nessa linha segue a jurisprudência do STJ, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.071.338/RN (rel. Ministro Luiz Fux, 26/04/2011):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC).

1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

2. Isto porque:

"É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser 'disponibilizada pela concessionária' ao consumidor, 'conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento', que pode ou não ser 'utilizada durante o período de faturamento'. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui - fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo. Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS jamais pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples contratação da energia, mas sim o seu efetivo consumo. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de

potência, a sua simples contratação não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo a contrario sensu) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador. Do que até aqui se expôs, é evidente a importância de fazer a devida distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada. Assim como a energia ativa (que, tecnicamente, é medida e expressa quantidade de quilowatts-hora (kWh) (Resolução ANEEL 456/2000, art. 2º XII), também a potência elétrica utilizada no consumo está sujeita a medição, que, tecnicamente, se expressa em quilowatts - (kW) (art. 2º, XXVII).

(...)

Verifica-se, do acima exposto, que, segundo o sistema vigente, o faturamento mensal da energia é proporcional à quantidade do consumo, devendo cada um dos elementos que compõem a tarifa ser especificamente discriminado na fatura. Todavia, nos casos em que se aplica a tarifação binômia (consumidores com maior demanda de potência elétrica), um dos elementos do valor unitário da tarifa é fixado levando em consideração, entre outros fatores, a demanda contratada de potência, salvo se esta for menor que a demanda medida, ou seja, salvo quando há demanda de ultrapassagem. Se os limites contratados forem excedidos, 'sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada, será aplicada a tarifa de ultrapassagem (...)' (art. 56 da Resolução ANEEL 456/2000), assim definida no inciso XXXVII do art. 2º: 'XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos'. Fica identificado, assim, o ponto central da controvérsia, que consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda simplesmente contratada, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela demanda medida, com aplicação da tarifa de ultrapassagem); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar sempre com base no valor da demanda elétrica efetivamente medida. Ora, por tudo o que se viu, o modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da tarifa do serviço público de energia. Todavia, para efeito de base de cálculo de ICMS, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a demanda medida no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

(...)

... a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre todo e qualquer valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme se viu, não procede. Com efeito, é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e efetivamente consumida. O que é ilegítima, repita-se, é a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada mas não utilizada pelo consumidor.

(...)

Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à

demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada." (REsp 960.476/SC)

3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, verbis: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada."

4. In casu: (i) o acórdão regional concedeu a segurança pleiteada, para "declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência, e, por conseqüência, determinar à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à cobrança de ICMS sobre a demanda no contrato nº 855376415"; e (ii) a negativa de seguimento do recurso especial motivou a interposição do agravo regimental, no qual se aduziu que o apelo extremo deveria ter sido parcialmente provido, uma vez que a Primeira Seção não afastou a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda contratada de potência efetivamente utilizada.

5. Conseqüentemente, merece reforma o acórdão embargado, uma vez necessário o provimento parcial do recurso especial, a fim de restringir a concessão da segurança pleiteada, ante o reconhecimento de que indevida a incidência do ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência contratada mas não utilizada pelo consumidor, remanescendo a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência efetivamente consumida.

6. Embargos de divergência providos.

Embora o STJ tenha se mostrado favorável houve, em âmbito judicial, um importante fator impeditivo. O problema reside no reconhecimento do sujeito passivo, i.e., o que tem legitimidade ativa para propor a ação. Como é a concessionária quem recolhe o tributo para a administração fazendária estadual, processualmente, esta é quem teria legitimidade para pleitear o reconhecimento do que está disposto na Súmula nº 391. Entretanto, por razões de ordem sobremaneira política, já que as concessões advêm do poder público, as concessionárias não têm motivações para favorecer o consumidor em detrimento do poder vigente. A importância orçamentária do ICMS para a receita dos Estados corrobora com tal conduta. Além disso, considerando demanda com a dimensão⁸⁷ de potência elétrica, parece inapropriado usar a expressão "demanda efetivamente utilizada" quando, na verdade, o correto seria, para fins de incidência do ICMS, pelos motivos já analisados, "energia efetivamente utilizada"⁸⁸. Nessa esteira, a matéria chegou ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça que firmou o entendimento no sentido o contrato de contratação da demanda garante o fornecimento, mas não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria. Tal é o

⁸⁷ Considerando-se o termo "dimensão" como oriundo da física, i.e., mede-se a demanda em kW, pois, deveras, pela definição de demanda publicada pela Resolução nº 456/2000 da ANEEL, demanda refere-se à potência ativa.

⁸⁸ Nesse caso "energia", que na física tem a mesma dimensão de "trabalho", seria dada em kWh.

juízo do Recurso Especial nº 940.476/SC (rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 24/06/2009)

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "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". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08

A Súmula 391/STJ foi consolidada a partir desse entendimento jurisprudencial.

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

Ademais, o consumidor final, de acordo com o julgado abaixo, tem legitimidade ativa ad causam, pois é o contribuinte de fato, conforme Recurso Especial nº 1.299.303/SC (rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 08/08/2012). Ou seja, pode propor ação com o intuito de afastar a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

– Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. – O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Nesse mesmo sentido o Recurso Especial nº 952.834/MG (rel. Ministra Denise Arruda, 04/09/2007).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL. FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Na interposição do recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, não basta a simples menção da norma federal tida por violada, é necessária a demonstração clara e precisa da ofensa em que teria incorrido o acórdão recorrido, sob pena de não-conhecimento do recurso, por deficiência na fundamentação (Súmula 284/STF).

3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.

4. "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 estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio 66/88" (REsp 825.350/MT, 2ª Turma, Rel Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006).

5. Recurso especial desprovido.

A concessionárias de energia elétrica, portanto, não possuem legitimidade para representar o polo passivo, pois apenas arrecadam e transferem os valores ao Estado tributante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1- Para interpretar normas tributárias o hermeneuta deve se valer dos princípios albergados na Constituição Federal.

2- O ICMS, assim como o sistema jurídico tributário em geral, está amplamente alicerçado na Carta Magna. É preciso interpretar bem os mandamentos constitucionais para analisar se a legislação infraconstitucional está em conformidade às tais normas superiores.

3- O principal problema estudado neste trabalho alude à incidência do ICMS sobre a energia efetivamente consumida. Acreditamos que, pensando na energia elétrica como insumo indispensável da cadeia produtiva, tal esforço esteja em consonância com a tão esperada reforma tributária. Defendemos com isso que, devido aos impactos notadamente no âmbito econômico e social, a solução jurídica não pode ser um fim em si mesmo. Nesse ponto, a título de ilustração, remetemos à fábula da figueira de Ferdinand Lassalle⁸⁹ em que não bastaria somente a lei para tornar uma determinada conduta efetiva. Em outras palavras, é necessário pensar na sustentabilidade de suas consequências.

4- Acreditamos que, devido à importância do tema em âmbito social e econômico, uma análise maniqueísta, i.e., colocando sempre o Estado e contribuinte em oposição, representaria uma desvantagem para a sociedade como um todo. O que se observou é, apesar da incipiência deste trabalho, a urgência do tema para fins de reforma tributária. Pois, a solução jurisprudencial não parece a mais adequada para tratar o mais importante dos tributos que incide no, possivelmente, o insumo mais básico de nossa sociedade industrial.

5- As dificuldades analisadas mostram-se condizentes à complexidade científica do conceito de energia: o significado físico deste conceito consiste em um dos grandes desafios da física atual. Destarte, a projeção deste tema tão complexo no mundo jurídico, o que representa um esforço adicional, testifica a importância da obra do Professor Walter Tolentino Álvares. Ainda hoje, somado às mudanças no

⁸⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro, 2010.

mercado de energia em âmbito regulatório, este assunto provoca celeuma entre juristas.

6- A linguagem do legislador e dos operadores do direito, não raro, mescla expressões de significado comum com outras de cunho científico. Esta característica testifica o caráter multidisciplinar dos temas que se projetam no mundo jurídico. Para Paulo de Barros Carvalho, essa linguagem abrangente é inerente à vocação inata do legislador de representar toda a heterogeneidade que compõem o tecido social: “tanto mais autêntica será a representatividade do Parlamento quanto maior for a presença, na composição de seus quadros, dos inúmeros setores da comunidade social”.⁹⁰ Em contrapartida, essa ilação enseja um esforço hermenêutico à altura das imprecisões semânticas com a finalidade de, ao ser projetada no mundo jurídico, corresponder aos legítimos anseios da sociedade.

7- O fato de possibilitar uma demanda previamente contratada ao consumidor, ou seja, garantir a potência disponibilizada para consumo, já acarreta em um custo para a concessionária. Ainda que tal demanda, previamente quantificada, não seja realmente usada a infraestrutura disponibilizada reflete nos custos de ampliação do sistema. Todavia, tal investimento deve ser, segundo compreendemos, objeto de análise na tarifação de energia.

8- O legislador deve utilizar, na medida do possível, linguagem mais escorreita a fim de não gerar ambiguidades na interpretação das normas.

9- A reforma tributária, no âmbito elétrico, deve levar em consideração o novo modelo do setor elétrico brasileiro e suas complexidades e contingências.

10 – Buscamos com este trabalho validar um posicionamento em prol da Constituição Cidadã. Acreditamos que na medida em que tal fomento⁹¹ se efetiva toda sociedade pode ser beneficiada com a criação de novos empregos e incremento de atividades econômicas⁹². Ao contrário, se inexistirem tais incentivos, sabendo que o insumo energia elétrica é essencial também para a economia em

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2011, p. 37.

⁹¹ Entendemos fomento em sentido amplo, i.e., tanto pela via jurisdicional; quanto pela iniciativa dos entes tributantes, nesse caso, motivando isenções e incentivos tributários.

⁹² ATHAYDE, Augusto de. **Estudos de Direito Econômico e Direito Bancário**. Rio de Janeiro, 1983 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo e Economia**. Rio de Janeiro, 2003, p. 41-50.

sentido amplo, podemos inferir que um aumento nos custos deste fornecimento torna toda a cadeia produtiva mais cara e, deveras, menos competitiva em relação ao mercado externo.

11 - Segundo pensamos, outro argumento plausível está assentado na própria iniciativa, no âmbito do direito administrativo e regulatório, de criação de um novo paradigma de mercado de energia. Um objetivo fundamental para a criação deste modelo, que evoca tanto a importância do setor público quanto incita a participação do capital privado, é a redução do custo final da energia para o consumidor, notadamente o consumidor industrial, que aplica capital e gera emprego e renda. Dessa maneira, toda a ação que resulte na redução dos custos é salutar à produção e à sociedade. Embora a solução dada não seja a “panaceia” no que tange à redução do custo da energia brasileira para o consumidor final, um dos mais caros do mundo, acreditamos, pela força do tributo em questão, que tal iniciativa, ainda que tratada de maneira isolada tenha uma benevolente repercussão em âmbito econômico, por ser a energia elétrica um insumo indispensável principalmente para consumidores da classe A.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas da Energia Elétrica no Brasil**. 3ª ed. Brasília: ANEEL, 2008.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Descentralização das Atividades – Cadernos Temáticos Vol. 1**. Brasília : ANEEL, 2005.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **O processo de fiscalização no setor elétrico**. Superintendência de fiscalização dos serviços de geração. Brasília: ANEEL, 2000.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Por Dentro da Conta de Luz, Informação de Utilidade Pública**. 6ª. ed., Brasília : ANEEL, 2013.

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da Energia**. Volume 1. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Nadja. **A Exigência de ICMS sobre o Valor de “Demanda Contratada” da Fatura de Venda de Energia Elétrica e o Regime de Arrecadação por Substituição Tributária**. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 161, fev. 2009.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. **“Núcleo da Definição Constitucional do ICM”**. 7ª ed. In Revista do Direito Tributário vols. 25/26. São Paulo: RT, 2004.

AURELIO, Marco. **Meditações**. São Paulo: Madras, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BORGES, Eduardo de Carvalho; LEME, Delvani. **Tributação no Setor Elétrico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BRASIL, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CACHAPUZ, Paulo Brandi de Barros. **Debates Parlamentares sobre Energia Elétrica na Primeira República: O Processo Legislativo**. Rio de Janeiro: C.M.E.B., 1990.

CAMPOS, Clever. **Curso Básico de Direito da Energia Elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001.

CAMPOS, Clever. **Introdução ao Direito da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CARNEIRO, Daniel Araújo. **Tributos e Encargos do Setor Elétrico Brasileiro**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Regra Matriz do ICM**. Tese apresentada para a obtenção do Título de Livre-Docente da Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981.

CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais**. Brasília: Aneel, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Análise Crítica do ICMS: Energia Elétrica e Combustíveis**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 217, out. 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CCEE. **Ambiente Livre e Ambiente Regulado**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/ambiente-livre-ambiente-regulado?_afLoop=347394543140000#%40%3F_afLoop%3D347394543140000%26_adf.ctrl-state%3Dsce6meukm_4> Acesso em 13/07/2013.

CCEE. **Comercialização de Energia**. Disponível em: <http://www.ccee.org.br/StaticFile/Visao_Geral_das_Operacoes_CCEE_2010.pdf> Acesso em 13/07/2013.

CHIESA, Clélio. **ICMS: Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: LTR, 1997.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. 24ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2012.

EL HAGE, Fábio et al. **A Estrutura Tarifária da Energia Elétrica: teoria e aplicação**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FADEL, Marcelo Costa. **O Direito da Energia Elétrica sob a Ótica do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “**ICMS: não-cumulatividade e suas exceções constitucionais**” *In* Revista Dialética do Direito Tributário nº 48.

FEYNMAN, Richard P. **Lectures on Physics**. 2ª ed. Pearson Education, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. **Curso de Direito da Energia**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GANIM, Antonio. **Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis**. Brasília: Canal Energia; Synergia, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho. **Tributos em Espécie**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, José Eduardo Soares. **ICMS Teoria e Prática**. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de; MENDONÇA, Roberto Carvalho de; BEVILAQUA, Achilles. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.5. 3 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

MIGUEL, Luciano Garcia. **A Lei Complementar nº 24/1975 e os Benefícios Fiscais e Financeiro-Fiscais relacionados ao ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 216, set. 2013.

NUSSENZVEIG, Moysés H. **Curso de Física Básica**. vol 3. 1ª ed., São Paulo: Edgard Blücher, 1994.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. **Código Tributário Nacional: Comentários, Doutrina e Jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Júlio M. de. **O princípio da Legalidade e sua Aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ONS. **O que é SIN**. Disponível em:
<http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx> Acesso em 15/07/2013.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 13ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. **ICMS: questões polêmicas**. Curitiba: Juruá, 2006.

RIBEIRO, Afonso Assis; NASCIMENTO, Iran Machado. **Consolidação da Legislação no Setor Elétrico**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Amanda Duque dos; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **A Legitimidade Ativa do Contribuinte de Fato do ICMS (Energia Elétrica) para Pleitear Repetição de Valores Pagos a Maior ou indevidamente – Uma Breve Análise Crítica da Jurisprudência do STJ**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 214, jul. 2013.

SILVA, Edson Luiz da. **Formação dos Preços em Mercados de Energia Elétrica**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo da Economia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. **O Fenômeno Humano**. 1ª ed., São Paulo: Cultrix, 1988.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Princípio da Tipicidade no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004.