

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública

**LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA DEMANDA CONTRATADA
DE POTÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS
INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA**

MARIA WILMA DE AZEVEDO SILVA MANSUR

Brasília
2008

MARIA WILMA DE AZEVEDO SILVA MANSUR

**LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA DEMANDA CONTRATADA
DE POTÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS
INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Público no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
(*) do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Orientador: Prof.

**Brasília
2008**

MARIA WILMA DE AZEVEDO SILVA MANSUR

**LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA DEMANDA CONTRATADA
DE POTÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS
INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (*) do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/____. com
menção ___(_____).

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

APC – Apelação Cível

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

CTN – Código Tributário Nacional

CEMIG – Centrais Elétricas de Minas Gerais

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

Cf. – Confira, conforme, confronto

EC – Emenda Constitucional

ECE – Encargo de Capacidade Emergencial

DJ – Diário da Justiça da União

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

Kw - quilowatt

KWh - quilowatt-hora

LC – Lei Complementar

MG – Minas Gerais

MS – Mandado de Segurança

MWh - megawatt-hora

NOS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as características das normas, fundamentos e princípios jurídicos que atuam na conformação da base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS incidente no fornecimento de energia elétrica a grandes consumidores, visando contribuir para a sistematização da matéria de extrema relevância para a advocacia pública. A enorme discussão travada entre contribuintes e as Fazendas Públicas do Distrito Federal e dos Estados da federação centra-se na questão relativa à legalidade ou não da inclusão, na base de cálculo do ICMS, da parcela denominada “demanda reservada de potência”. A razão para investigar a problemática decorre da eminente alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já tinha se consolidado há mais de oito anos no sentido de que o ICMS deveria incidir somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente fornecida e consumida, não incluída na base de cálculo aquela posta à disposição do contribuinte, porém não utilizada, que consubstanciaria a “reserva de demanda” ou demanda reservada de potência. Por meio da pesquisa da legislação, da doutrina e da jurisprudência, estabelecemos o adequado dimensionamento da questão jurídica em análise, a fim de investigar os fundamentos das teses em confronto e, por fim, serão apresentadas as conclusões sobre os resultados das análises feitas ao longo da pesquisa realizada.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Tributação. Energia elétrica. Base de cálculo. Energia consumida. Demanda reservada de potência. Demanda reservada.

ABSTRACT

The purpose of this paper was to analyze the characteristics inherent to the set of laws regulating the calculation basis for the Tax on the Circulation of Goods, Interstate and Intercity Transportation and Communication Services (ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) present in the supply of electrical power to great consumers. The paper aims at contributing to the systematization of the extremely relevant subject for the Brazilian public lawyer. At the core of the intense argument between the contributors and the Treasury of the Federal District and States of the Federation is the dubious legality of the insertion of the "reserved demand of energy" in the ICMS calculation basis. The paper is of great importance especially since the Brazilian Supreme Court has been carrying out an eminent jurisprudence alteration. The current jurisprudence has been consolidated for eight years in the sense that the ICMS only be charged on the energy effectively supplied and consumed and should not be included in the calculation basis of the energy supply at the disposal of the contributor, which has not been consumed as part of the "reserved demand" or reserved demand of energy. Through the research of the legislation, doctrine and jurisprudence, the accurate measurement of the legal subject analyzed can be carried out with the purpose of investigating the fundamentals of the confronting thesis. The conclusion presents the results of the analysis carried out during the time of the research.

Key-words: ICMS. Taxation. Electrical Power. Calculation Basis. Consumed Energy. Reserved Demand of Energy. Reserved Demand.

SUMÁRIO

	Lista de Abreviações.....	
	Resumo.....	
	Abstract.....	
	Introdução.....	9
	Capítulo 1.....	11
1	O Fato Gerador do ICMS e sua Fenomenologia.....	11
1.1	Aspecto Material do Fato Gerador do ICMS.....	13
1.1.1 –	O ICMS sobre Operações Relativas a Energia Elétrica.....	14
1.1.2 –	Incidência Monofásica.....	15
1.2 –	Aspecto Temporal do ICMS.....	16
1.3 –	Sujeição Passiva.....	21
1.4	Base de Cálculo.....	23
2 –	Capítulo 2.....	24
2. –	Conceitos Técnicos Relevantes.....	24
2.1 –	Consumo de Energia e Demanda de Potencia Elétrica.....	24
2.2 –	Demanda de Potencia como Elemento na Formação do Preço da Mercadoria.....	27
3 –	Da Legalidade da Cobrança do ICMS Sobre a Demanda de Energia Elétrica Contratada.....	33
3.1 –	Inclusão da parcela de Demanda de potência na base de Cálculo do ICMS.....	33
3.2 –	Da Distribuição sobre o Fornecimento de Mercadoria (Energia Elétrica) e sobre a prestação de um Serviço (reserva de Potência)...	38
4 –	Capítulo 4.....	43
4 –	A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e outras Expressões Jurisprudenciais.....	43
4.1 –	Das Inconsistências da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	50
4.2 –	Da Mudança de Entendimento.....	51
	Conclusão.....	55

Introdução

A questão relativa à legalidade ou não da inclusão do elemento *demanda contratada de potência* na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços -ICMS incidente sobre energia elétrica fornecida a grandes consumidores tem sido objeto de intensos debates nos Tribunais.

As teses em confronto podem ser assim resumidas: a) a impossibilidade jurídica da incidência do ICMS sobre o valor dos contratos de fornecimento de energia elétrica relativo à demanda reservada de potência elétrica, mas tão somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, não incluída aquela posta à disposição do contribuinte, porém não utilizada, o que consubstanciaria a “reserva de demanda” ou “demanda reservada de potência” e b) a legitimidade da inclusão da demanda contratada de potência na base de cálculo do imposto, já que segundo a Constituição Federal e legislação pertinente, a base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações relativas à energia elétrica é o valor da operação correspondente ao fornecimento, que coincide com a soma da demanda de potência e do consumo de energia.

Quando já se tinha por consolidada a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ICMS só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado, eis que fato novo vem inspirar a revisão do tema: ao julgar o Recurso Especial nº 222810/MG, o Superior Tribunal de Justiça muda sua orientação anterior e passa a admitir a inclusão da parcela referente à demanda de potência elétrica na base de cálculo do ICMS, estando em discussão, apenas, se o ICMS incidirá sobre a demanda contratada ou a demanda registrada (medida).

A temática suscita os seguintes questionamentos específicos: qual o fato jurídico tributado pelo ICMS, em se tratando de “operações relativas à circulação de mercadorias e a sua base de cálculo; qual a natureza jurídica da demanda contratada de potência de energia elétrica (custo da operação ou serviço autônomo ou agregado?) e, a partir do cotejo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

notadamente a do REsp nº 222810, quais os fundamentos que sustentam a incidência do ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada de potência de energia elétrica.

No primeiro capítulo, abordaremos o fato gerador do ICMS e a sua fenomenologia, seus aspectos material e temporal, a base de cálculo e os princípios jurídicos norteadores da exação.

No segundo capítulo, conceitos técnicos essenciais à exata compreensão da problemática da incidência do imposto no caso de fornecimento de energia elétrica por meio de contrato de demanda reservada ou contratada serão esclarecidos de forma clara e objetiva.

Por fim, focalizaremos o estudo na constitucionalidade e legalidade da cobrança do ICMS sobre o fornecimento da mercadoria *energia elétrica*, com destaque para a base impositiva do imposto. Examinaremos também as decisões judiciais mais expressivas, a jurisprudência do STJ sobre a matéria, suas inconsistências e a mudança do entendimento até então consolidado a partir do caso líder, REsp 222810.

Capítulo 1

1 – O FATO GERADOR DO ICMS E A SUA FENOMENOLOGIA

Ricardo Lobo Torres¹ ensina que fato gerador ou hipótese de incidência é idéia complexa², que deve ser decomposta em seus elementos objetivos e subjetivos.

O elemento objetivo é o fato, ou seja, ato, fato ou situação jurídica sobre o qual incide o tributo, considerado em todos os seus aspectos materiais, temporais, espaciais e quantitativos. Estas dimensões interagem entre si de forma intrincada e devem ser obrigatoriamente especificados em lei, a teor do disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional-CTN.

Com a edição da Lei Complementar n. 87, de 1996, o fato gerador do ICMS desdobra-se nos seguintes elementos:

- a) material (núcleo da hipótese de incidência) - art. 2º;
- b) subjetivo (contribuintes e responsáveis) – arts. 4º a 10;
- c) espacial (local de operação ou prestação) – art. 11;
- d) temporal (tempo de ocorrência) – art. 12;
- e) quantitativo (base de cálculo) – arts. 13 a 18.

Para Ricardo Lobo Torres³, o fato jurídico tributado pelo ICMS no que concerne à hipótese “operações relativas a energia elétrica” (art. 155, § 3º, CF/88) é complexo, abrangendo a importação, a geração, a distribuição e o fornecimento de energia elétrica, em incidência única e monofásica; a base de cálculo é o preço praticado na última operação (art. 34, § 9º do ADCT e art. 9º, §1º, II, LC 87/96), expresso na tarifa binômica composta pela demanda de potência e pelo consumo de energia.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro, RENOVAR, 2007, P.247

² Fato gerador complexo é o que incide sobre inúmeros atos, fatos ou situações

³ TORRES, Ricardo Lobo. Parecer à consulta do Estado de São Paulo, a respeito da incidência do ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada de potência de energia elétrica, Rio de Janeiro, 2007.

A exata compreensão da temática recomenda uma breve incursão à matriz constitucional do imposto e ao próprio significado técnico da expressão, porquanto na lição sempre lúcida de *Geraldo Ataliba*, nenhum problema emergente da aplicação da legislação do ICMS pode ser resolvido enquanto não se conhecer, com rigoroso critério jurídico, sua precisa hipótese de incidência, tal como pressuposta pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sensivelmente o espectro da incidência do ICMS, suprimindo os impostos únicos federais, para compreendê-los na base de cálculo do imposto de competência estadual, que passou a abrigar também a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações,⁴ constitucionalizando-se, ainda, a equiparação legal da energia elétrica à coisa móvel, ao dispor que, à exceção do ICMS e dos impostos sobre a importação e a exportação, nenhum outro imposto poderá incidir sobre as operações relativas à energia elétrica.

O ICMS, consoante a doutrina predominante, tem por hipótese de incidência constitucional a circunstância de uma pessoa produzir, fazer circular, distribuir ou consumir energia elétrica, fatos esses que, em razão das próprias características da energia elétrica, ocorrem simultaneamente.

De acordo com *Roque Antônio Carrazza*, o legislador ordinário, ao criar esse imposto, poderá colocar em sua hipótese de incidência todos, alguns, ou um destes fatos, aludindo mais, logo a seguir, à circunstância de que o consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição, mesmo porque a energia elétrica só pode ser consumida se anteriormente produzida e distribuída.⁵ Resta, então, ao legislador, optar pela situação que melhor lhe pareça mais adequada para dar nascimento à obrigação tributária, quando tem em consideração a disciplina dos negócios jurídicos que importam a transferência de titularidade da energia elétrica.

Assim, o fato gerador correspondente às operações relativas à energia elétrica abrange desde a importação ou produção até a última operação da concessionária com o consumidor. Não é o ato singelo de ligar a tomada da eletricidade no estabelecimento industrial que constitui a materialidade da fatispécie,

⁴ Constituição Federal, art. 155, II

⁵ *ICMS, SP: Malheiros*, 7ª ed.p. 178.

mas a pluralidade dos fatos integrados desde a importação ou a geração da energia elétrica.

1.1 Aspecto material do fato gerador do icms

O elemento objetivo é o fato, ou seja, ato, fato ou situação jurídica sobre o qual incide o tributo, considerado em todos os seus aspectos materiais, temporais, espaciais e quantitativos. Estas dimensões interagem entre si de forma intrincada e devem ser obrigatoriamente especificados em lei, a teor do disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional-CTN.

Em relação à problemática do ICMS incidente sobre a energia elétrica, a primeira questão a ser dirimida é saber se o ICMS é tributo sobre o consumo ou o tráfico jurídico (diferença estabelecida pela doutrina alemã)⁶, dicotomia esta utilizada no parecer de Gilberto de Ulhoa Canto⁷ e seguida pelo Ministro Relator José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, no voto proferido no REsp 222.810, Acórdão de 14.03.2000, da 1ª Turma, publicado no DJ de 15.05.2000.

Segundo Ricardo Lobo Torres, os alemães Tipke e Lang caracterizam o imposto sobre circulação, correspondente ao nosso ICMS, como um “imposto de consumo; ele é o imposto geral de consumo. Essa classificação, de natureza econômica e administrativa, apenas subsiste no direito germânico para preservar a incidência tributária com repercussão sobre o consumidor final. Nesta perspectiva, dá lugar ao princípio constitucional da repercussão legal obrigatória, do qual a não cumulatividade é um subprincípio, e que orienta no sentido de que a carga econômica do ICMS deve repercutir sobre o contribuinte de fato. A translação obrigatória, segundo Tipke, é que transforma o imposto sobre o valor acrescido em um tributo sobre o consumo, intimamente ligado às idéias de justiça fiscal e capacidade contributiva. Já os adeptos da classificação do Imposto sobre Valor agregado como imposto sobre o tráfico, chegam a conclusão diversa, a de que reveste-se de função meramente arrecadatória, afastada das preocupações com a justiça. Gilberto de Ulhoa Canto⁸ destaca:

O ICMS é um imposto sobre a circulação de mercadorias, e não sobre negócios jurídicos (impostos sobre o tráfico jurídico

⁶ TORRES, Ricardo Lobo, Parecer op.cit p. 4/5

⁷ ICMS: Incidência sobre Fornecimento de Energia Elétrica. Eletricidade: natureza jurídica e tratamento tributário. Base de Cálculo e fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica. Condição. Conceito, In: _____, *Direito tributário Aplicado, Pareceres*. Rio de Janeiro; Forense Universitária, p. 126.

como dizem alguns autores, entre outros Friedrich Franz Klein, Professor em Münster. Portanto, qualquer que seja a forma legal ou o título jurídico de que decorra a circulação, desde que tenha conteúdo economicamente relevante (o que excluiria a simples movimentação física da mercadoria), incide o tributo”.

A questão da natureza do ICMS retornou no julgamento do REsp 222.810, em que o Relator Ministro José Delgado afastou a classificação do ICMS como tributo incidente sobre o tráfico jurídico, asseverando já na ementa que o ‘ICMS não é imposto sobre o tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato da celebração de contrato”. Segundo o magistrado, não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência, já que a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

A fenomenologia do fato gerador do ICMS, com a ênfase no aspecto temporal, segregado das operações anteriores, faz com que o tributo incidente sobre energia elétrica seja um imposto especial de consumo, e não imposto geral de repercussão sobre o consumo.

1.1.1 O ICMS SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA

Com a Constituição de 1988, o ICMS descaracteriza-se como imposto específico sobre o consumo e se transforma em imposto sobre operações relativas a energia elétrica, com repercussão legal obrigatória sobre o consumidor. Prevê a Constituição Federal:

- a) o ICMS pode incidir “sobre operações relativas a energia elétrica” (art. 155, § 3º);
- b) tais operações abrangem “desde a produção ou importação até a última operação” (art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias);
- c) o ICMS não incide sobre a exportação nem sobre as “operações que destinem a outros Estados...energia elétrica” (art. 155, § 2º, X, b).

Com o advento da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, restou acrescentado o seguinte:

⁸ Op.cit

a) o ICMS incide também sobre a entrada no Estado destinatário de energia elétrica, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais (art. 2º, § 1º III);

b) não incide nas operações interestaduais relativas a energia elétrica, quando destinada à industrialização ou à comercialização (art. 3º, III).

Verifica-se, assim, que a partir da Constituição e 1988, a tributação da energia elétrica transferiu-se à competência impositiva dos Estados-membros, por meio do ICMS, passando a compreender todas as etapas da circulação – importação, produção e distribuição – com as ressalvas previstas no texto constitucional e com a incidência jurídica reservada ao *momento* da saída da concessionária para o consumidor final. As diversas operações de circulação surgem interligadas, e a operação final com o consumidor reflete as sucessivas operações desde a importação ou a produção.

1.1.2 - INCIDÊNCIA MONOFÁSICA

O ICMS incidente sobre a energia é um tributo monofásico com incidência e repercussão simultânea sobre o consumidor final.

A incidência monofásica é um tipo especial de não-cumulatividade. É adotada também para o caso dos combustíveis e lubrificantes (art. 155, § 2º, XII, h, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 33/2001). Enquanto a cobrança não cumulativa no Brasil se dá por dedução (ex. ICMS, IPI), abatendo-se do débito gerado na saída de mercadorias o crédito obtido na entrada, a incidência monofásica concentra em uma só das etapas da circulação do bem a carga tributária. Incidir uma única vez é característica tanto dos tributos monofásicos como dos plurifásicos não cumulativos, que todos economicamente recaem sobre o preço final da mercadoria; assim, há de se distinguir com cautela entre o aspecto material do ICMS incidente sobre a energia elétrica (importação, produção e distribuição) e os aspectos de tempo (operação final) e quantidade (preço da operação final).

1.2 ASPECTO TEMPORAL DO ICMS

A Lei Complementar nº 87, de 1996, com as inovações introduzidas pela Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, estabeleceu que o fato gerador da energia elétrica, nas operações interestaduais, considera-se ocorrido no momento de sua entrada no território do Estado, desde que não destinada à comercialização ou à industrialização.⁹

Segundo José Benedito Miranda¹⁰, assim dispondo, o legislador complementar excluiu da norma de não-incidência tanto as operações internas, no Estado de origem, quanto aquelas ocorridas no Estado de destino da mercadoria. A *contrario sensu*, portanto, há incidência do ICMS tanto nas operações internas, processadas dentro do Estado de origem, quanto naquelas ocorridas no Estado de destino. Este - e não outro - o alcance da norma constitucional, conclui *Zelmo Denari*.¹¹

Para o referido autor, com isso a Constituição atendeu antiga reivindicação dos Estados consumidores, que passaram a participar da receita gerada pela produção da energia elétrica, consagrando, com esse engenhoso mecanismo, o princípio da tributação no destino, vale dizer, o tributo, que poderia ser arrecadado pelo Estado de origem, passa a ser destinado ao Estado onde se acha estabelecido o adquirente da energia elétrica.

Com efeito, consoante a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal, a não-incidência do imposto nas operações interestaduais não beneficia o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final, pois, "*Do contrário, estaria consagrado tratamento desigual entre consumidores, segundo adquirissem eles os produtos de que necessitam, no próprio Estado, ou no Estado vizinho, o que não teria justificativa*".¹²

Quanto às operações internas, embora prepondere a eleição da "saída" como forma mais corrente do momento em que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS, a Lei Complementar nº 87, de 1996, consigna, nos diversos incisos do art. 12, diferentes marcos temporais de sua exteriorização, tais como o momento da *saída de mercadoria* de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro

⁹ Lei Complementar nº 87/1996, art. 12, XII

¹⁰ *Demanda contratada.ICMS. Incidência. Legitimidade*. Texto extraído do Jus Navigandi [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9227](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9227)

¹¹ *O ICMS nas Operações com Combustíveis e Energia Elétrica*. In O ICMS e a LC 102, SP: Dialética, 2000, p. 243

estabelecimento do mesmo titular (inc. I); o *fornecimento* de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento (inc. II); a *transmissão* a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente (inc III); a *transmissão* de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente (inc. IV); o *início da prestação de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza (inc, V); o *desembaraço aduaneiro* de mercadorias ou bens importados (inc. IX); a *entrada*, no território do Estado, de energia elétrica oriunda de outro Estado, para consumo próprio (inc. XII), entre outros.

E continua o referido doutrinador:

Por isso, à falta de uma explicitação, a genérica alusão feita pelo legislador complementar à saída da mercadoria do estabelecimento, como elemento determinante do momento em que se realiza o fato gerador do imposto,¹³ não encontra adequado campo para aplicação quando se trata de operação de circulação de energia elétrica, uma vez que, por ocasião de sua saída do estabelecimento gerador, seu usuário é indeterminado, pois, fluindo a corrente pelas linhas de transmissão e de distribuição, poderá ser consumida por quem quer que seja que a elas tenha acesso, não havendo então como identificá-lo, segundo oportuna observação formulada por *Gilberto de Ulhôa Canto*.¹⁴

Diante da dificuldade prática para a cobrança do imposto, se a empresa geradora não for também a distribuidora – fato muito comum hoje, com a desverticalização do setor – não haverá como saber quem irá consumir a energia elétrica gerada.

A isso, alia-se o fato de que, como o sistema elétrico é hoje totalmente interligado, composto pelas diversas usinas que estão a ele conectadas, não haveria, também, como identificar qual é o estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica entregue a determinado consumidor, já que todos os geradores entregam a energia ao Operador Nacional do

¹² RE nº 198.088, Relator Ministro Ilmar Galvão

¹³ LC nº 87/96, art. 12, I

¹⁴ *Direito Tributário Aplicado – Pareceres*, RJ: Forense Universitária, 1992, p. 124

Sistema elétrico (ONS) e os compradores a recebem desse mesmo operador do sistema, segundo observação, já agora, formulada por *Ives Gandra da Silva Martins*.¹⁵

Face então às peculiaridades de que se reveste a operação de circulação da energia elétrica, somente sua distribuição se revela materialmente adequada para subsumir-se ao fato gerador do ICMS, manifestando-se pela sua entrega ao consumidor. Sendo assim, o fato gerador, segundo *Ulhôa Canto*, deve recair, então, na distribuição, que é a fase em que se pode identificar, com a precisão necessária, o consumidor da energia elétrica, com o que estaria atendida a capitulação constitucional, que é a realização de operação de circulação de mercadoria, exteriorizando-se pela entrega do produto ao consumidor.¹⁶

Como a Lei Complementar nº 87, de 1996, não contém disposição explicitando o momento em que ocorre o fato gerador das operações internas relativas à circulação da energia elétrica, encontra espaço para atuação a norma inscrita no artigo 116, do CTN, visto que, "*Quando a previsão hipotética referir-se à situação jurídica (inc. II), ter-se-á por ocorrida no instante em que, na forma do direito aplicável, esteja definitivamente configurada*", segundo o magistério de *Paulo de Barros Carvalho*.¹⁷

Importante lembrar que essa disposição do Código Tributário Nacional, deriva do fato do legislador complementar estar autorizado a utilizar-se de figuras de outros ramos do direito, sem explicitar tratamento jurídico-tributário diverso.

No caso, como não existe um legislador tributário distinto e contraponível a um legislador civil ou comercial - uma vez que os vários ramos do direito são parte de um único sistema jurídico - qualquer regra jurídica exprimirá, então, uma única regra (conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a totalidade daquele único sistema jurídico.

¹⁵ *Hipótese de Imposição do ICMS nas Operações com Energia Elétrica – Peculiaridades nas Operações Interestaduais*. RDA nº 225

¹⁶ Op. Cit. Pág. 125

¹⁷ *Curso de Direito Tributário*, 4ª Ed. SP: Saraiva, 1991, p. 181

Dessa homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para a certeza do direito que deve derivar do organismo jurídico) decorre a consequência de que a norma legal, ao fazer referência a conceito ou instituto de um determinado ramo de direito, assim o faz aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela expressão, quando ela entrou para o mundo jurídico naquele outro ramo do direito, segundo o precioso magistério de *Alfredo Augusto Becker*.¹⁸

Assim, a agência reguladora do sistema elétrico considera satisfeita a prestação, por cujo cumprimento se obrigou a distribuidora, com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico com as instalações da unidade consumidora, que deve situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se achar localizada,¹⁹ cabendo-lhe, até então, adotar todas as providências com vistas a viabilizar o fornecimento da energia elétrica²⁰ e cessando, a partir daí, sua responsabilidade pela prestação do serviço²¹ uma vez que, segundo o art. 481 do Código Civil, embora o primeiro efeito da compra e venda seja a transferência do domínio, este não se opera pelo contrato, mas pela tradição da coisa.

Assim, o fato gerador do ICMS apenas se aperfeiçoa, deflagrando o nascimento da obrigação tributária, com o fornecimento da energia elétrica ao consumidor final, que é “ultima operação” ou “operação final” referida no ADCT (art. 34, § 9º) e na LC n. 87/96 (art. 9º, § 1º, II). Este fornecimento ocorre na saída do bem do estabelecimento da concessionária, segundo a regra geral do art. 12, I, da LC nº 87/96, segundo o qual “*considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento...da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”. Tem-se, assim, que o momento da saída do estabelecimento do concessionário coincide com o da entrega do bem ao consumidor.

Como se trata de um bem móvel por ficção legal, o fato da entrega da mercadoria no ponto de conexão é o decisivo critério de imputação temporal da operação tributável que, assim, ter-se-á por acontecida nesse instante, considerando-se, então, ocorrido o fato gerador do Imposto e existentes os seus efeitos,²² pois, conforme adverte *Paulo de Barros Carvalho*, “*Não basta a celebração*

¹⁸ *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP Saraiva, 3ª edição, p. 122/123

¹⁹ Resolução ANEEL nº456, art. 9º

²⁰ Resolução ANEEL nº 456, art. 2º, XXVI

²¹ Resolução ANEEL nº 456, art. 10

²² CTN, art. 116, *caput*

de negócio jurídico atinente à circulação de mercadorias (critério material), como não é suficiente que a operação se realize em certas condições de lugar (critério espacial). Impõe-se outro elemento condicionador, para que o fato adquira sua perfeição típica: há de ocorrer em determinada unidade de tempo, a qual deverá coincidir com o momento da saída, o instante da entrada ou o átimo do fornecimento (critério temporal)".²³

Por sua vez, *Ives Gandra da Silva Martins* diz que a geradora e o comprador "devem considerar como fato gerador do ICMS o local da disponibilidade de energia, de acordo com o ajustado nos contratos",²⁴ que, de resto, simplesmente se contentam por reproduzir o que dispõe a norma editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL.

Nesta perspectiva, só a colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar-se o fato gerador do imposto, visto que, segundo o autorizado magistério de *Geraldo Ataliba* e *Cléber Giardino*, a circulação a que se refere o texto constitucional implica a transmissão de um conjunto de direitos que, no mínimo, dê ao transmitido poderes de disposição sobre a coisa, pois "convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica). Esse fenômeno é que importa, no plano do ICM".²⁵

Por isso, o conceito constitucional de circulação jurídica é mais amplo do que a simples transferência de domínio, tal como compreendida pelo Direito Privado. Segundo eles, há circulação, aperfeiçoando-se o fato gerador do imposto, também quando alguém recebe direitos de disponibilidade (poder de dispor) sobre uma mercadoria, situação essa, no caso, perfeitamente caracterizada, a partir do momento em que a energia elétrica, na potência contratada, é entregue no ponto de conexão, ficando, a partir daí, à disposição do adquirente, a quem cabe retirá-la, pois, nos termos da lei civil, em princípio é o destinatário que tem o ônus de buscar a coisa transportada após desembarcada no local de destino, segundo ensina *Caio Mário da Silva Pereira*.²⁶ A utilização ou não, ou a destinação dada à potência

²³ *Hipótese de Incidência do ICMS. Revista de Direito Tributário. Revista dos Tribunais, nº 11/12, p. 268*

²⁴ *Hipótese de Imposição do ICMS nas Operações com Energia Elétrica – Peculiaridades nas Operações Interestaduais, RDA nº 225, p.411*

²⁵ *Núcleo da Definição Constitucional do ICM, Revista de Direito Tributário – nº 25/26, p. 111*

²⁶ *Instituições de Direito Civil, Forense, 11ª edição, vol. III, pág. 335*

contratada e disponibilizada pelo fornecedor, são circunstâncias irrelevantes para a determinação da incidência do ICMS.

Desnecessário, então, que a energia elétrica ingresse no estabelecimento, transpondo o relógio medidor do consumo, para que se tenha por aperfeiçoado o fato gerador do imposto, eis que sua *entrada* no estabelecimento somente assumiria relevância jurídica se se tratasse de uma operação interestadual, pois, segundo preleciona Vivante, "*a circulação de mercadorias pode ocorrer "pela sua entrega real" como também "pela entrega das chaves do armazém onde elas se acham" ou mesmo através de "títulos que a representem."*"²⁷ Consideradas essas expressivas manifestações doutrinárias, inexisteriam discrepâncias, dignas de registro, quanto ao momento em que se verifica a ocorrência do fato gerador do ICMS sobre os negócios jurídicos que envolvam mudança de titularidade da energia elétrica.

Entretanto, visto o tema à luz da jurisprudência fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento ali predominante não é necessariamente uniforme. Embora um ou outro julgado tenha feito alusão, *obiter dictum*, à entrega da energia no ponto de conexão, não chegou a extrair da afirmativa todas as virtualidades eficaciais de que portadora a norma inscrita no art. 116, II, do CTN, dela não se valendo, por conseguinte, para suprir a apontada insuficiência da lei complementar em dispor sobre o momento em que ocorre o fato gerador do ICMS, incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

Contudo, há decisões afirmando que a ocorrência do fato gerador do ICMS (a) *dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor*",²⁸ enquanto que, para outras, (b) o imposto deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica *que tenha entrado no estabelecimento da empresa*,²⁹ mas existe ainda uma terceira corrente formulando dupla exigência, no sentido de que (c) *o fato gerador ocorre com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e seu ingresso no estabelecimento adquirente*.³⁰

É nesse ambiente de incerteza jurídica que têm sido solucionados os recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, o que, para alguns, não se compadeceria com a função uniformizadora da interpretação do direito federal de

²⁷ *Instituições de Direito Comercial*. 3ª edição. SP: Livraria C. Teixeira e Cia. Trad. J. Alves de Sá, item 58

²⁸ AgRg no Ag 707.491, Rel. Min Castro Meira; AgRg no REsp 855.929, Rel. Min. Francisco Falcão; REsp 825.350/MT, Rel. Min. Francisco Falcão.

²⁹ REsp 222.810/MG, Rel. Min. José Delgado.

³⁰ REsp 343.952/MG, Rel. Min. Eliana Calmon e REsp 647.553/ES, Rel. Min. José Delgado.

que se acha investido o órgão jurisdicional, gerando, com isso, intranquilidade para os jurisdicionados.

1.3 SUJEIÇÃO PASSIVA

No regime anterior, a Constituição falava em operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por comerciantes, industriais e produtores, aludindo, logo a seguir, à possibilidade de a lei complementar instituir outras categorias de contribuintes. A Constituição atual é inteiramente omissa em relação ao tema, na medida em que, conquanto descreva o fato gerador do imposto, silencia no que diz respeito ao sujeito passivo, remetendo o trato da matéria para a lei complementar.³¹

Para suprir a lacuna, cuidou o art. 34, § 9º, do ADCT, de atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto à distribuidora da energia elétrica, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, no que foi seguido pelo Convênio 66/88 (art. 19), tendo a Complementar nº 87/96, que lhe sobreveio, definido como contribuinte do ICMS quem adquire, para consumo próprio, a energia elétrica oriunda de outro Estado,³² dispondo também que a responsabilidade pelo pagamento do imposto, devido desde a produção ou importação até a última operação, pode ser atribuída às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais.³³

Optou, pois, o legislador por concentrar na empresa distribuidora a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a energia vendida pela geradora ao consumidor final, situado em outro estado, segundo o autorizado magistério de *Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi*.³⁴

Pelo recolhimento do imposto devido pelo usuário do serviço de distribuição e pelo consumidor da energia elétrica deve responder a distribuidora, segundo o magistério de *Roque Antônio Carrazza*:

³¹ Constituição Federal, art. 146, III, "a".

³² Lei Complementar nº 87, de 1996, art. 4º, § único, IV.

³³ Lei Complementar nº 87, de 1996, art. 9º, § 1º, II.

³⁴ *Pareceres - Direito Tributário da Energia* – Forense, 2004, pág. 174.

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

"Observamos, ademais, que, embora isto não seja usual, nada impede que o complexo "geração/distribuição" de energia elétrica se concentrasse numa só pessoa. E, neste caso, ninguém sustentaria, por absurda, a tese da duplicidade da incidência do ICMS.

Vai daí que a empresa distribuidora, quando distinta da usina geradora (hipótese mais comum), não paga ICMS a título próprio, mas sim nos termos acima expostos.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é - e nem pode vir a ser - contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta mercadoria. Não, porém, quando se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Este é que é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato." ³⁵

Nesse sentido, tem se posicionado majoritariamente o Superior Tribunal de Justiça. ³⁶

Assim sendo, o imposto incidente nas operações que envolvem a aquisição da energia elétrica, de que o consumidor é o contribuinte, deve ser retido e recolhido pela distribuidora, surgindo essa obrigação no momento em que procede sua entrega no ponto de conexão.

³⁵ *Op. cit.* pág. 180

1.4 BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações relativas à energia elétrica é o valor da operação correspondente ao fornecimento, que coincide com a soma da demanda de potência e do consumo de energia.

O art. 9º, § 1º, inciso II, da LC 87/96 estabelece que o ICMS incide desde a produção ou importação até a última operação, tendo “*seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final*”. Esta regra explicita o que se contém na norma geral do art. 13, I, da LC n. 87/96: “*a base de cálculo do impostoé o valor da operação*”.³⁷

Em síntese, a base de cálculo é o preço praticado na última operação, ou seja, o registrado na conta expedida pela concessionária.

³⁶ REsp 838.542, Rel. Ministro Castro Meira; Ag 764.322, Rel. Min. Denise Arruda; Resp 809.753, Relator Min. Teori Albino Zavascki; Resp 829.490, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp 839.134, Rel. Min. Francisco Falcão; REsp 647.553, Rel. Min. José Delgado, *inter plures*

³⁷ Cf. ROQUE CARRAZZA, ICMS, cit. P. 192: *A base de cálculo possível do ICMS incidente sobre energia elétrica é o valor da operação da qual decorre a entrega desta mercadoria (a energia elétrica) ao consumidor. Noutra passo, é o preço da energia*

Capítulo 2

2 - Conceitos Técnicos Relevantes

2.1 – Consumo de Energia e Demanda de Potência Elétrica

O aprofundamento do presente estudo reclama fixar as noções de “consumo de energia elétrica” e “demanda de potência elétrica”, com as devidas distinções.

Destaque-se, primeiramente, que é tecnicamente inadequado falar-se em “demanda de energia”, “consumo de potência”, ou ainda “demanda de consumo”. O **consumo de energia elétrica** é a **quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação**, sendo medido em KWh (quilowatt-hora) ou em MWh (megawatt-hora). A **demanda de potência elétrica**, por sua vez, representa a **relação entre energia e tempo**, cuja unidade usual de medida é o Kw (quilowatt).

Desta forma, a demanda de potência diz respeito ao fluxo de energia exigida, ou seja, está relacionada ao **perfil de consumo**, não se confundindo com o consumo propriamente dito.

Assim, do ponto de vista físico, energia e potência são grandezas distintas, que não podem ser qualitativamente comparadas, consoante vem sendo alegado pelos consumidores.

Oportuno exemplificar, para melhor compreensão: imagine-se duas casas vizinhas A e B. A **Casa A** tem apenas uma lâmpada de 0,1 Kw, ligada durante 24 horas por dia, ininterruptamente. A **Casa B**, por sua vez, tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 Kw, ligado somente uma vez por dia durante 30 minutos. Ao fim do mês, o consumo de energia de ambas as casas corresponderá a 72 Kwh, porém a demanda máxima registrada será diferente: 0,1 Kw, para a Casa A, e 4,8Kw, para a Casa B, conforme o esquema abaixo:

Casa A: Lâmpada de 0,1 Kw (100 Watts) x 24 horas = 2,4 Kwh

Consumo mensal: 30 x 2,4 Kwh = 72 Kwh

Demanda = 0,1 Kwh

Casa B: Chuveiro de 4,8 Kw x 1/2 h (30 minutos) = 2,4 Kwh

Consumo mensal: 30 x 2,4 Kwh = 72 Kwh

Demanda = 4,8 Kw

Poder-se-ia indagar, então, por que as concessionárias de energia medem a demanda de potência? Qual a relevância dessa grandeza para as empresas que comercializam energia elétrica? Não deveriam as Casas A e B pagar o mesmo valor, se consumiram idêntica quantidade de energia?

O que se tem pela frente é a seguinte constatação: apesar do consumo de energia ter sido o mesmo, a demanda de potência é aspecto de extrema relevância na fixação do preço ou tarifa de fornecimento de energia elétrica.

Com efeito, os sistemas elétricos são dimensionados pela demanda, e não pelo consumo de energia. Assim, a espessura do cabo elétrico, o número de subestações, bem como a escolha de outros equipamentos utilizados no fornecimento de energia elétrica, variam de acordo com a potência que pode ser exigida por um consumidor em um determinado momento, ou seja, conforme sua demanda de potência. Para a concessionária, é essencial verificar qual a demanda/exigência simultânea de energia num determinado momento, para que possa planejar o material necessário à montagem e manutenção do sistema (estrutura física) necessário ao fornecimento da energia.

Em face dessas distinções, a Resolução nº 456/00, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que disciplina o fornecimento de energia elétrica a consumidores de grande e pequeno porte, definiu duas formas de tarifação: a **monômia**, que **mede apenas o consumo**, e a **binômia**, em que são **medidos o consumo e a demanda**.

Para aplicar a tarifa monômia, os custos com medição são bastante reduzidos. É utilizado apenas o medidor de consumo energia. A ANEEL estabelece este tipo de tarifa para todos os clientes de menor porte (ligados em baixa tensão – Grupo B), a exemplo das residências.

Já para a tarifa binômica, obrigatória para todos os consumidores de grande porte (ligados em alta tensão – Grupo A), a exemplo das grandes indústrias, é utilizado, também, um medidor, que faz a medição da demanda de potência.

Do ponto de vista do controle do sistema elétrico, o ideal seria a instituição da tarifação binômica para todos os consumidores, por se tratar de uma medição mais completa, possibilitando a aferição de diversos parâmetros de qualidade da energia e, portanto, uma cobrança mais justa. Com efeito, a medição da demanda permite identificar o grau de irregularidade com que a energia é consumida (picos de demanda), de modo a imputar aquele que exige um maior dimensionamento do sistema elétrico, um preço maior pela energia.

E por que a demanda de potência somente é considerada na formação da tarifa binômica? Os doutrinadores asseveram que esta ilação não é verdadeira. Com efeito, é possível a quantificação da demanda de potência exigida por cada consumidor individualmente, pois existem aparelhos específicos para tanto, que não se confundem com os medidores do consumo de energia. Ocorre que tais equipamentos têm um custo alto e, como entre os adquirentes do Grupo B (baixa tensão), a demanda de potência média é baixa e pulverizada, circunstância que minimiza os riscos de não funcionamento do sistema eventualmente decorrentes de uma sobrecarga de demanda, decidiu-se fixar uma tarifa monômica.

Esta circunstância, entretanto, não significa que a fixação da tarifa monômica desconsidera o custo da demanda de potência. Na verdade, esta apenas não é medida pela concessionária, que estabelece uma tarifa uniforme para todos os consumidores, mais alta que o valor cobrado das empresas do Grupo A (alta tensão).

Desta forma, **os preços fixados pela ANEEL para a tarifa monômica já embutem os custos com a demanda**, conforme se confirma em publicação daquela agência reguladora, *in litteris*:

“As tarifas do “grupo B” são estabelecidas somente para o componente de consumo de energia, em reais por megawatt-hora, **considerando que o custo da demanda de potência está incorporado ao custo do fornecimento de energia em megawatt-hora**”³⁸.

³⁸ In: Tarifas de fornecimento de energia elétrica. Cadernos Temáticos ANEEL, n. 4, Brasília, ANEEL, 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno4capa.pdf>>.

- grifou-se -

De mais a mais, revela-se descabida a alegação difundida pelos consumidores no sentido de que a crise energética (“apagão” de 2001) teria levado à contratação de uma “reserva de energia”, haja vista que para tal fim foi criado especificamente o ECE – Encargo de Capacidade Emergencial.

Na verdade, o contrato de demanda de potência não é uma opção do consumidor e já se encontra previsto há cerca de 50 anos na legislação brasileira, antes mesmo da criação do ICMS, por intermédio do Decreto nº 41.019/57.

2.2. DEMANDA DE POTÊNCIA COMO ELEMENTO NA FORMAÇÃO DO PREÇO DA MERCADORIA

A mal compreendida "*demanda contratada*" é definida pelo órgão regulador do sistema elétrico como sendo a "*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)*".³⁹

Sua previsão em contrato decorre de diretrizes imprimidas ao setor objetivando induzir o uso racional e eficiente da energia elétrica, evitar a sobrecarga inútil do sistema e o desperdício, pois os diversos segmentos do sistema elétrico são dimensionados pela demanda exigida por equipamentos de diversas potências, considerando-se a variação do seu ciclo de trabalho, quantidade, horário de funcionamento, etc.

Por isso, como a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade constitui fator determinante para o dimensionamento da potência elétrica necessária ao seu regular funcionamento, os próprios consumidores ligados ao sistema elétrico, em média e alta tensão, devem dimensionar e declarar a demanda máxima provável que será necessária para o pleno funcionamento de seus aparelhos e equipamentos,⁴⁰ sabido que as curvas de carga das plantas industriais podem variar em função do ciclo de operação previsto para os diferentes setores de produção e do período de funcionamento diário

³⁹ Resolução ANEEL nº 456/2000, art. 2º, inc. IX.

⁴⁰ Resolução ANEEL nº 456, art. 3º, "c".

estipulado. A essa média de potência elétrica, que o consumidor solicita à distribuidora, apurada em intervalos certos de tempo, para fins de tarifação, denomina-se, então, "*demanda contratada*".

Ao contratar uma determinada potência elétrica, o grande consumidor garante-se, então, de que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estabelecida no contrato. Eventual necessidade de aumento posterior da carga instalada, que exija elevação da potência contratada, deverá ser previamente submetida à apreciação da concessionária, para aferição da necessidade de adequação do sistema elétrico.⁴¹

Entretanto, advertem as concessionárias, para que sejam respeitados os níveis de segurança de operação do sistema elétrico como um todo, faz-se necessário um cálculo prudente da demanda máxima, pois solicitações muito acima das reais necessidades dos equipamentos instalados levam ao desperdício, onerando desnecessariamente a conta de energia; estimá-la muito abaixo, a seu turno, pode ensejar a aplicação da tarifa de ultrapassagem da demanda contratada, além de riscos de incêndio e quedas de fornecimento, que o subdimensionamento do porte do sistema às suas reais necessidades pode acarretar.

Neste ponto, a fim de afastar equívocos, é importante adiantar que o termo "*demanda*" ou "*demanda contratada*" tem um significado técnico preciso, pois expressa a *potência máxima* solicitada pelo consumidor e assegurada pela concessionária, sendo o *kW* sua unidade de medida, enquanto o *consumo*, com o qual não se confunde, é a *quantidade de energia* elétrica absorvida por uma instalação, medida em *kWh* (quilowatt-hora) ou em *MWh* (megawatt-hora).

Como a *potência* é a capacidade de realizar um determinado trabalho - vale dizer, a quantidade de força que cada aparelho é capaz de oferecer - e a *energia* é o trabalho propriamente dito, imagine-se um halterofilista que tem a força (potência) para levantar até 200 quilos. Quando suspender um peso, ele terá realizado um trabalho e estará usando sua potência pelo tempo que mantiver o aparelho suspenso. Em conseqüência, terá consumido certa quantidade de energia.

Os equipamentos elétricos também têm uma capacidade de realizar trabalho e, quanto maior a potência de um aparelho ou equipamento, maior será a potência elétrica exigida para entrar em funcionamento. Há consumo de energia quando o chuveiro é ligado para aquecer a água do banho. Como o atleta, o

⁴¹ Resolução ANEEL nº 456, art. 31

chuveiro tem capacidade (potência), mas só produzirá a energia, quando for acionado. E, quando é acionado, passa a consumir energia, na potência solicitada pelas características do aparelho.

Embora reconhecida a distinção entre os conceitos de "*energia*" e "*potência*", há entre eles uma íntima relação, pois *potência* é a energia dividida pelo tempo; reciprocamente, *energia* é a potência multiplicada pelo tempo. Por isso, quanto mais intensa é a utilização da energia em dado espaço de tempo, maior é a potência despendida, pois o consumo de energia depende da potência do aparelho em funcionamento e do tempo que permanece ligado.

Isso significa dizer que a demanda contratada não tem relação direta com o *quantum* de energia consumida, mas com a qualidade, com a intensidade de potência garantida: o consumidor tem garantia de que poderá utilizar energia elétrica até a *potência máxima contratada*, sem risco de quedas de tensão ou danos aos equipamentos e à rede. Aliás, é de fácil compreensão que um condicionador de ar de 7.500 BTU (1.000 Watts) demande mais potência do sistema elétrico do que uma geladeira de 90 Watts.

Embora energia e demanda estejam assim intimamente relacionadas, são grandezas completamente distintas e não se prestam a comparações quantitativas. Para fixar a distinção entre consumo e demanda, voltemos ao exemplo colhido de estudo desenvolvido a propósito por uma equipe de auditores fiscais do Estado da Bahia:⁴²

"Uma casa de praia (Casa 1) tem apenas uma lâmpada de 100 Watts, ou seja, de 0,1 kW, ligada 24 horas por dia, ininterruptamente. A casa vizinha (Casa 2) tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 kW que é ligado por apenas trinta minutos, a cada dia. No final de um mês, os medidores de energia de cada casa terão registrado exatamente o mesmo consumo, ou seja, 72 kWh, mas não a mesma demanda.

⁴² FONSECA, César Augusto da Silva; CARNEIRO, Marcos Antonio da Silva et al. *Demanda contratada de potência elétrica. Base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia a grandes consumidores. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1157, 1 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8879>>.

Se as casas fossem dotadas de medidores de demanda, a primeira casa teria registrado a demanda de 0,1 kW no mês, enquanto a casa vizinha teria registrado a demanda de 4,8 kW:

Casa 1: Lâmpada de 0,1 kW (100 Watts) x 24 horas = 2,4 kWh;

Consumo mensal: $30 \times 2,4 \text{ kWh} = 72 \text{ kWh}$;

Demanda = 0,1 KW;

Casa 2: Chuveiro de 4,8 kW x $\frac{1}{2}$ h (30 minutos) = 2,4 kWh;

Consumo mensal: $30 \times 2,4 \text{ kWh} = 72 \text{ kWh}$;

Demanda = 4,8 KW".

No caso, a fornecedora que atende as duas casas deveria estar aparelhada para uma demanda de potência correspondente a 4,9 kW, que é o resultado da soma de 0,1 kW (primeira casa) com 4,8 kW (casa vizinha).

Chama atenção na situação descrita o fato da lâmpada, que permaneceu acesa durante as 24 horas e por um período de 30 dias, ter consumido 72 kWh, enquanto que o chuveiro, ligado diariamente, mas por apenas 30 minutos, consumiu no mesmo período quantidade idêntica de energia elétrica (72 kWh).

Não seria justo, então, que o proprietário da Casa 2 pagasse o mesmo preço pelo serviço fornecido, se, para fazer uso diário do aparelho por apenas 30 minutos, e em horário incerto e que pode coincidir com o momento em que o abastecimento é mais crítico, exigiu do sistema uma potência elétrica de 4,8 kW, enquanto a demanda solicitada pela lâmpada da Casa 1, que permaneceu acesa durante todo o mês, consumindo a mesma quantidade de kWh, exigiu apenas 0,1 de kW.

Examinemos, ainda, o seguinte exemplo fornecido pela Eletropaulo, em seu sítio na *internet*:

"Em uma instalação existem 3 lâmpadas coloridas de iluminação de potência de 100 W cada uma. Às 18 horas da tarde você liga a lâmpada vermelha e a deixa ligada. Às 19 horas você liga a lâmpada amarela e mantém a lâmpada vermelha acesa. A partir das 20 horas você mantém as 3 lâmpadas acesas.

Cada uma destas lâmpadas representa uma carga (de uma potência específica de 100 W) que fica solicitando energia do sistema de fornecimento elétrico.

Neste exemplo sua *demanda* a cada período seria a seguinte:

Às 18 horas: 100 W;

Às 19 horas: 200 W (2X100);

Às 20 horas: 300 w (3X100)."

Portanto, no caso, a *demanda máxima provável* seria de apenas 300 KW; diferentemente, o *consumo*, a seu turno, importaria 600 KWh (100+200+300).

Os exemplos confirmam que os sistemas elétricos são realmente dimensionados pela demanda e não pelo consumo de energia. Revelam também que o consumo medido da energia elétrica não coincide com a demanda de potência elétrica utilizada no mesmo período.

Guardadas as devidas proporções, é o que se passa quando se trata de uma demanda por energia elétrica formulada para atender uma planta industrial equipada com um expressivo número de diferentes aparelhos e equipamentos elétricos.

Mas em que consiste, então, a demanda de potência contratada?

Como visto, diversamente do que ocorre no fornecimento de energia a consumidores de pequeno porte (Grupo B), as grandes empresas (Grupo A) têm o fornecimento de energia cobrado por tarifa binômica, contemplando, de forma individualizada, dois componentes: (a) custo com o consumo em *megawatt-hora*; e (b) custo com a demanda em *quillowatt*.

Esses consumidores, por determinação da ANEEL, são obrigados a firmar contratos de fornecimento com as concessionárias (os consumidores de baixa tensão firmam apenas contratos de adesão), e uma das cláusulas desses contratos diz respeito exatamente à *demanda contratada*, mecanismo fundamental para administrar a segurança, a confiabilidade e a estabilidade dos sistemas elétricos.

Por esta razão, o consumidor de alta tensão, ao solicitar a ligação de sua unidade à rede da concessionária, deve declarar qual a demanda de potência que pretende utilizar, para com base nessa informação ser dimensionado todo o sistema elétrico que irá atendê-lo.

Constata-se, portanto, que a previsão acerca da demanda de potência contratada não constitui um contrato autônomo, e, sim, uma cláusula do contrato de fornecimento de energia elétrica, atuando como elemento de formação do preço.

Assim, é incorreto afirmar que demanda contratada é reserva de consumo de energia, e que o consumidor estaria adquirindo uma disponibilidade de energia elétrica para garantir eventual uso. Na verdade, a energia elétrica é gerada no momento em que é solicitada pelo consumidor, não sendo possível se falar em estoque (ou reserva) de energia. O consumidor paga exatamente pelo que consumiu, existindo, na verdade, uma diferenciação do preço de acordo com a forma pela qual se dá o consumo, ou seja, o nível de potência no qual ocorre esse consumo.

3 – DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS SOBRE A DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA

3.1 – INCLUSÃO DA PARCELA DA DEMANDA DE POTÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Como noticiado anteriormente, a incidência do ICMS sobre a denominada "demanda contratada" tem sido objeto de acesas discussões entre o fisco e os contribuintes, hoje já alçadas, em inúmeras oportunidades, ao conhecimento do órgão jurisdicional a quem a Constituição confiou a interpretação e a aplicação do direito federal, o Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a jurisprudência do STJ, fixada a partir do julgamento do *leading case* em que se converteu o REsp nº 222.810, não sendo o ICMS um imposto incidente sobre tráfico jurídico, não pode ser cobrado tão só pelo fato da celebração de contrato firmado para garantir demanda reservada de potência, uma vez que ausente a circulação da mercadoria. A incidência do imposto, segundo o Tribunal, pressupõe o efetivo consumo da energia elétrica, exigência essa que restaria insatisfeita quando se trata de demanda contratada.

Diante do que foi exposto, constata-se que a demanda de potência não é uma mercadoria ou serviço autônomo, sobre cujo fornecimento seria cabível questionar a incidência do ICMS. Na verdade, o fato gerador do imposto ocorre com o fornecimento (saída) da energia, sendo pertinente apenas analisar se a parcela em questão pode ou não compor a base de cálculo do tributo.

Assim, a discussão não envolve a delimitação da hipótese de incidência do ICMS, mas sim a inclusão, em sua base de cálculo, de um elemento utilizado para a formação do preço cobrado do consumidor da mercadoria.

Neste ponto, impende afirmar que a parcela referente à demanda de potência integra a base de cálculo do ICMS.

Com efeito, o art. 155, inciso II e §3º, da Constituição Federal, prescreve que:

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

(...)

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;

(...)

§ 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 à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”.

O art. 13, da Lei Complementar 87/96, por sua vez, dispõe sobre a base de cálculo do ICMS, determinando que:

“Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

I – na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do artigo 12, o valor da operação;

(...)”.

- grifou-se -

Por outro lado, tomando-se, por exemplo, a lei que rege o ICMS no Estado de Pernambuco, sendo certo que idêntica previsão existe também na legislação dos demais Estados-Membros e do Distrito Federal, a Lei Estadual nº 10.259/89, art. 11, §21, estabelece que:

“Art. 11. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§21. Na hipótese de energia elétrica, a base de cálculo será o valor total destacado na conta de fornecimento expedida pela distribuidora.”

- grifou-se -

Ressalte-se, ademais, que desde a Constituição de 1988, o legislador estatuiu que as empresas distribuidoras seriam responsáveis pelo pagamento do ICMS, desde a produção até a última operação, calculando o imposto sobre o **preço praticado na operação final**, consoante firmado originalmente no art. 34, §9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. O Convênio ICMS 66/88, com base no mandamento do §8º do mesmo artigo, também continha a previsão de que a base de cálculo seria o valor da operação mercantil realizada, *in verbis*:

“Art. 19 – A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o **valor da operação** da qual decorra a entrega do produto ao consumidor.”

- *grifou-se* -

Ora, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, e não o custo da mercadoria isoladamente considerada. Com efeito, o preço (tarifa), sobre o qual deve incidir a alíquota para a mensuração do montante do tributo, não considera apenas o valor relativo ao bem alienado, mas sim todos os elementos envolvidos na circulação econômica da mercadoria, como é o caso da parcela referente à demanda de potência.

Assim, o valor da operação não se confunde com o valor puro e simples da mercadoria, pressupondo, na verdade, todos os elementos que são adicionados ao custo da mercadoria para formação do preço final a ser repassado ao consumidor.

A parcela referente à demanda de potência nada mais é, portanto, que elemento utilizado na fixação do preço do fornecimento de energia elétrica, tanto na tarifa monômnia como na binômnia. A discriminação (destaque) realizada nesta última é mecanismo fundamental para administrar a segurança, a confiabilidade e a estabilidade dos sistemas elétricos.

Em outras palavras, nas contas de energia das residências, estão embutidos os custos com demanda, sobre os quais é recolhido o ICMS. Destarte, não teria sentido admitir que os consumidores de grande porte não pagassem ICMS

sobre a parcela de demanda, posto que dito fato importaria em vilipêndio ao princípio da isonomia.

Merece registro o posicionamento do jurista Fabricio do Rozario Valle Dantas Leite⁴³, que considera totalmente equivocado pretender excluir da base de cálculo do imposto suposta “energia não utilizada”. O imposto incide, sempre, sobre a energia transmitida ao consumidor e por este utilizada, bem como sobre o custo do serviço por ele prestado, tal como, em termos expressos, recomenda a nossa Constituição.

Enfatiza que a demanda contratada é serviço prestado, e, como tal, acarreta ônus a que o presta. Ainda que fique a demanda (de potência, não de consumo) abaixo do esperado, o fato de a concessionária de energia ter colocado à disposição do consumidor uma potência “x”, que lhe teve o custo de “y”, já permite a cobrança. Mais do que isso, o simples fato de existir uma demanda contratada representa um incremento na qualidade de energia fornecida (a exemplo do que ocorre com as linhas telefônicas dedicadas) e efetivamente utilizada, reforçando a possibilidade de cobrança maior. Por tais razões, não chegando a demanda àquele mínimo contratualmente fixado, justifica-se o pagamento porque houve a disponibilização de serviço que proporcionou até mesmo uma incremento de qualidade na mercadoria fornecida.

O que quis remarcar o autor é que a incidência do ICMS sobre a demanda contratada (não reservada) não significa exação sobre puro contrato, ou sobre energia não consumida, ou, ainda, sobre “fato gerador que não ocorreu”. O fato gerador do ICMS é sempre o fornecimento (com posterior consumo) da energia e o serviço de reserva, ou garantia, de potência prestado. A figura da cobrança por uma energia não consumida *não existe* e decorre exclusivamente da confusão conceitual entre *demanda (de potência)* e *consumo*. De qualquer maneira, o que é tributado é apenas o consumo efetivo, que pode ser variável, e o serviço prestado (conforme determina a Constituição no art. 155, § 2º, IX, *b*). O que não sofrerá alterações será a potência garantida, calculada com base no contrato (ou, no caso de ser a demanda superior à contratual, na demanda efetiva), a outra vertente do binômio.

Arremata o estudo afirmando que todo o problema está, para quem defende a ilegalidade, na errônea suposição de que a demanda contratada garante

⁴³ LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. *Demanda Reservada de Potência e a Tributação pelo ICMS*, Rio de Janeiro, 2007

o *consumo*, quando, na verdade, refere-se ela à *demanda*, grandeza diversa e relativa à potência. Este desvio de perspectiva é responsável pelo pensamento de que estaria ocorrendo tributação sobre energia não consumida.

Para o doutrinador, é importante ter em mente o seguinte:

a) que o contrato de potência demandada compreende, além da entrega efetiva da mercadoria (energia elétrica), a prestação de um serviço pela concessionária (reserva de potência);

b) que a Constituição determina que, quando mercadorias forem fornecidas com serviços cuja competência tributária não seja dos municípios, o ICMS incide sobre todo o valor da operação, compreendendo mercadorias e serviços (art. 155, § 2º, IX,);

c) como os municípios não têm competência para instituir impostos sobre o fornecimento de energia elétrica, o ICMS incidirá sobre o fornecimento da mercadoria e sobre a prestação de serviços ligados à energia – no caso, a reserva de uma demanda de potência, com todos os custos inerentes à operação.

3.2 DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O FORNECIMENTO DE MERCADORIA (ENERGIA ELÉTRICA) E SOBRE A PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO (RESERVA DE POTÊNCIA)

Por exigência da Agência Reguladora,⁴⁴ o contrato de fornecimento deve conter cláusula dispondo sobre a demanda contratada, mecanismo fundamental para administrar a segurança, confiabilidade e estabilidade dos sistemas elétricos. Feita que seja a medição periódica, a concessionária passa a dispor dos elementos necessários para discriminar, na fatura, o valor dos componentes referentes à *demanda de potência* (contratada e verificada) e ao *consumo de energia*, uma vez que, tratando-se de uma tarifa *binômica*, é composta por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica e à demanda faturável.

O componente *consumo* é obtido pela multiplicação da tarifa em R\$/kWh pelo valor de energia medida em kWh. Já o componente *demanda* obtém-se pela multiplicação da tarifa em R\$/kW pelo valor da demanda contratada, *ou* o da demanda medida em kW, dos dois o maior, segundo prevê o Decreto nº 62.724, de

⁴⁴ Resolução ANEEL nº 456, art. 23, III.

17 de maio de 1968, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 3.653, de 7.11.2000, que, ao estabelecer normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, assim dispõe:

"Art. 11. *As tarifas a serem aplicadas aos consumidores do Grupo A serão estruturadas sob forma binômia, com uma componente de demanda de potência e outra de consumo de energia.*

Art. 12. *A demanda de potência faturável para as unidades consumidoras do Grupo A será a maior dentre as seguintes:*

I - *a maior demanda medida, integralizada no intervalo de quinze minutos durante o período de faturamento;*

II - *a demanda contratada, observado o disposto no art. 18 deste Decreto e no art. 3º do Decreto nº 86.463, de 13 de outubro de 1981.*

§ 1º *A demanda de potência, bem como o consumo de energia de cada usuário desse grupo, deverão ser verificados, sempre por medição".*

A razão dessa estrutura tarifária se explica, quando se tem presente que o atendimento das necessidades do grande consumidor *possibilita identificar o grau de regularidade com que a energia é consumida, permitindo, com isso, a adoção de uma política tarifária que impute àquele que exige dimensionamento maior do sistema elétrico um preço mais elevado pela energia*, mediante adoção de tarifas diferenciadas, fixadas em função das características técnicas e dos custos específicos, provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Isso se deve ao fato de que as curvas de carga das plantas industriais podem variar em função do ciclo de operação previsto para os diferentes setores de produção e do período de funcionamento diário estipulado. Existe, então, a permanente preocupação em manter controlado o valor de demanda de pico, deslocando-se a operação de certas máquinas para horários diferentes e evitando-se a ligação simultânea de equipamentos com demandas altas.

O componente relativo à demanda contratada foi introduzido exatamente com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o

sistema é obrigado a disponibilizar continuamente, desencorajando, com isso, o uso da energia em horários do dia e períodos do ano em que as condições de fornecimento são mais críticas.

Por isso, na contrapartida devida pela demanda contratada, computam-se todos os custos incorridos com seu fornecimento, sabido que, quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato, mesmo porque, se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima, que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Como componente tarifário, parece não restar dúvida quanto à legitimidade de sua cobrança, mesmo porque já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da eminente Ministra *Eliana Calmon*,⁴⁵ assim ementado, em sua parte útil:

"ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO – ENERGIA ELÉTRICA – TARIFAÇÃO – COBRANÇA POR FATOR DE DEMANDA DE POTÊNCIA – LEGITIMIDADE.

(...)

2.A prestação de serviço de energia elétrica é tarifada a partir de um binômio entre a demanda de potência disponibilizada e a energia efetivamente medida e consumida, conforme o Decreto 62.724/68 e Portaria DNAAE 466, de 12/11/1997.

3.A continuidade do serviço fornecido ou colocado à disposição do consumidor mediante altos custos e investimentos e, ainda, a responsabilidade objetiva por parte do concessionário, sem a efetiva contraposição do consumidor, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito".

Em seu voto, deixou consignado:

"Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu ou o que lhe foi disponibilizado pelo concessionário,

⁴⁵ REsp nº 609.332, Rel. Min. Eliana Calmon.

sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

(...)

Afinal, para prestar com eficiência o serviço, o concessionário é obrigado a disponibilizar um potencial de energia em seus sistemas para que o consumidor, necessitando, possa usufruí-lo de forma imediata e automática, segundo os critérios fornecidos pela legislação específica.

A aceitação da tese trazida pela recorrente levaria à idéia de se ter um serviço gratuito ou a baixíssimo custo, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento desses serviços, o que representaria, ao contrário do que prega a recorrente, uma desvantagem exagerada para ela, consumidora, em detrimento do concessionário, com ônus excessivo para este".

Na hipótese vertente, o componente tarifário denominado demanda faturável corresponde ao *maior valor encontrado entre a demanda contratada e a demanda verificada* no período,⁴⁶ cujo pagamento é obrigatório para quem quer que tenha à sua disposição a potência elétrica, na intensidade compromissada.

Aliás, o tema da cobrança da tarifa mínima assegurada ao concessionário do serviço público, para recuperar as despesas incorridas com as inversões feitas em obras e com a manutenção do serviço, em contexto substancialmente idêntico, já foi alçado ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, sendo pacífico o entendimento formado no sentido da sua legitimidade, assentando-se que *"é lícita a cobrança de taxa de água pela tarifa mínima, mesmo que haja hidrômetro que registre consumo inferior àquele"*.⁴⁷ No mesmo sentido, colhem-se inúmeras outras decisões.⁴⁸

⁴⁶ Decreto 62.724, de 1968 art. 12, "caput".

⁴⁷ REsp 416.383, Relator Min. Luiz Fux.

⁴⁸ REsp 648.248, Relator Min. Teori Albino Zavascky; REsp 594.186, Relator Min. Castro Meira; REsp 533.607, Relator Min. José Delgado; REsp 214.758, Relator Min. Humberto Gomes de Barros; REsp 150.137, Relator Min. Garcia Vieira; Agravo de Instrumento nº 747.903, Relator Min. José Delgado e AgRg no Resp 140.230, Relator Min. Francisco Falcão, *inter plures*.

O Supremo Tribunal Federal, pela voz do Min. *Néri da Silveira*, assim se pronunciou sobre o tema: *"Efetivamente, esta Corte já firmou o entendimento de que a contraprestação cobrada, pelo Estado, dos usuários das redes de água e esgoto, é preço público. Precedentes: RE nº 54.194, relator Ministro Luiz Gallotti; RE nº 54.491, relator Ministro Hermes Lima e RE 77.162, relator Ministro Leitão de Abreu. No mesmo sentido, a decisão monocrática proferida no AG nº 225.143, pelo Ministro Marco Aurélio. Tratando-se de preço público, a cobrança da tarifa mínima de água pela CAESB é, indiscutivelmente, constitucional, não se configurando, in casu, qualquer violação ao princípio da legalidade estrita."*⁴⁹

Mas o valor a ser faturado para pagamento pelo consumidor não se esgota com a apuração do custo da demanda, uma vez que a tarifa deverá abrigar, também, o valor da energia consumida, que constitui o componente mais expressivo da remuneração auferida pela concessionária. O valor final da fatura da tarifa devida no período representará, então, o resultado da soma dos dois componentes tarifários. Essa é a metodologia estabelecida para o cálculo da tarifa de energia elétrica.⁵⁰

⁴⁹ RE 207.609.

⁵⁰ Decreto nº 62.724, de 1968, art. 11.

Capítulo 4

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OUTRAS EXPRESSÕES JURISPRUDENCIAIS

A compreensão que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vem se formando a propósito do tema, parece distanciar-se da formulação constitucional do fato gerador do *ICMS*, que, como é ressabido, tem por objeto as operações que promovem a mudança de titularidade da mercadoria, nisso se esgotando, não perquirindo, tanto o texto constitucional, quanto a lei complementar aditada para disciplinar a instituição e cobrança do imposto, sobre a destinação a ela dada por seu adquirente ou sobre qualquer outra circunstância alheia à materialidade de sua hipótese de incidência.

Aliás, algumas decisões, pouco preocupadas em sindicarem a natureza jurídica da demanda de potência, optaram por dirimir a controvérsia em face da própria hipótese de incidência do *ICMS*, de que, entretanto, tanto ela como o consumo da energia são ambos meras medidas de sua expressão financeira, integrando, portanto, sua base de cálculo e não o núcleo da materialidade de sua hipótese descritiva.

Com efeito, parece que a natureza jurídica da demanda contratada ainda não foi suficientemente apreendida, pois, para alguns acórdãos, não se legitimaria a incidência do imposto sobre a mera aquisição de energia elétrica para formação de uma reserva, contratada que seria pelo consumidor com o único propósito de prevenir-se do risco de ser surpreendido pela eventual insuficiência de energia, como equivocadamente já se afirmou alhures,⁵¹ deixando entender, com isso, que a energia elétrica poderia ser adquirida para ser armazenada.

Por isso, para a expressiva maioria que se formou, o *ICMS deve incidir somente sobre o montante referente ao efetivo consumo de energia elétrica*,

⁵¹ REsp nº 343.952, Rel. Min. Eliana Calmon.

⁵²erigindo-se o consumo efetivo, com essa formulação exegética, como decisivo critério legitimador da base imponible do imposto, repudiando, por outro lado, a inclusão do componente tarifário, representado pela demanda de potência, na base de cálculo do ICMS, fruto que seria da árvore (supostamente) contaminada.

Assentou-se que, em circunstâncias tais, estaria o fisco exigindo imposto tão só pelo fato da celebração do contrato de fornecimento de energia elétrica, para entrega futura - o que seria inconcebível, pois o ICMS não é um imposto sobre o tráfico jurídico - deixando antever, por outro lado, que a energia posta à disposição do adquirente, no ponto de entrega, seria insuficiente para exteriorizar a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Para a formação desse entendimento, foi decisivo o Parecer já mencionado, de autoria de *Gilberto de Ulhôa Canto*, ofertado, segundo ele registrou, por quem teria se comprometido com a fornecedora pelo consumo de certa quantidade de energia, pagando permanentemente o preço de um consumo mínimo garantido, mesmo que consumisse energia elétrica em quantidades medidas inferiores aos limites ajustados, tudo como forma de assegurar o suprimento de eletricidade para sua indústria.

Graças ao reconhecido prestígio do parecerista e à excelência de seu estudo, o entendimento por ele então manifestado acabou revelando-se decisivo para a fixação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bastando verificar as referências a ele feitas em inúmeros acórdãos.⁵³

Entretanto, a exata compreensão da estrutura tarifária do setor elétrico parece ter escapado ao renomado parecerista.

Com efeito, em razão da leitura conjunta que o admirável jurista fez de cláusulas contratuais, por ele examinadas, que tratavam de obrigações distintas, embora conexas, mas não excludentes, uma dispendo sobre a demanda de potência faturável e a outra sobre o componente de consumo, pareceu-lhe "*fora de dúvida que a consulente deverá, segundo disposto no contrato que mantém com a supridora de energia, pagar a título de consumo de energia elétrica, o preço correspondente ao seu consumo efetivo, ou ao da demanda contratada, que é o*

⁵² REsp 838.542, Relator Min. Castro Meira; REsp 829.490, Relator Min. Teori Albino Zavascky; REsp nº 647.553/ES, Rel. Min. José Delgado; REsp nº 343.952/MG, Rel. Min. Eliana Calmon; REsp nº 222.810/MG, Rel. Min. José Delgado; AgRg no REsp nº 804.706/SC, Rel. Min. Francisco Falcão e AgRg no Ag nº 707.491/SC, Rel. Min. Castro Meira, *inter plures*.

⁵³ REsp nº 798.633/MG, Rel. Min. José Delgado e REsp nº 839.134, Rel. Min. Francisco Falcão, *inter plures*

mínimo que ela se comprometeu a absorver como seu custo, qual das duas quantias a maior".

Essa proposição hipotética alusiva ao compromisso de um consumo mínimo de energia, que, se não alcançado, autorizaria considerar o valor da demanda contratada, para fins de faturamento – como se tecnicamente fosse adequado e possível tal alternativa - é reiterada na seguinte passagem do parecer:

*"Compreende-se que a consulente tenha precisado comprometer-se com a fornecedora da energia pelo consumo de uma quantidade mínima de KWh, uma vez que, em se tratando de grande consumidora, a empresa hidroelétrica que lhe fosse fazer o fornecimento teria de estar preparada para uma demanda variável, mas comprometida".*⁵⁴

Didaticamente, ilustrou a conclusão de seu parecer com o seguinte exemplo, que, entretanto, não guarda qualquer pertinência com o tema:

"Se, por exemplo, uma empresa desejosa de se tornar adquirente constante de alguma mercadoria escassa ou cuja oferta seja menor do que a procura aceita a imposição de pagar ao vendedor um prêmio ou compensação pelo direito de ser incluído no rol dos seus adquirentes preferenciais, é claro que o valor desse prêmio não se incorpora à base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de circulação de ditos produtos, muito embora tenha sido pago para assegurar sua aquisição em condições regulares. E que esse valor não se refere à operação realizada quando as mercadorias saem da fábrica ou entram no estabelecimento do comprador, mas sim à aquisição do direito ao fornecimento regular dos produtos".

E como a questão que lhe fora submetida residiria na dúvida quanto à legitimidade da eventual pretensão do Estado de que a incidência do ICMS recaísse sobre o valor da demanda contratada (que, segundo sua compreensão, corresponderia à quantidade mínima compromissada de consumo), ou teria de levar em conta o valor real da energia fornecida, assim se pronunciou, embora considerando a energia consumida, como se de demanda de potência se tratasse:

"Nem se pretenda que, estando obrigada a pagar pela energia contratada o consumidor deve considerá-la como preço do KWh para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, em vez do valor referente aos KWh

⁵⁴ *Op. cit.* p. 126.

*realmente consumidos. Se assim fosse, estaríamos incorrendo em absurdo, até porque quem consumisse menos do que o contratado pagaria, pelo fornecimento de quantidades de KWh diferentes, um mesmo e único preço. Acresce que a diferença entre a maior quantidade de KWh contratados e a menor de KWh efetivamente consumidos não pode ser tratada como preço do que tiver sido consumido, pois este é objeto de tarifa fixada pelo Poder Público por unidade de KWh entregue ao consumo, preço esse que não pode ser excedido".*⁵⁵

E concluiu assim o parecer:

*"O ICMS deverá incidir sobre o preço da energia elétrica efetivamente consumida pela consulente, e não sobre o valor da "energia contratada", quando este for superior àquele."*⁵⁶

Ora, como foi precedentemente observado, a demanda não tem relação direta com o *quantum* de energia consumida, mas com a potência elétrica contratada. Sendo grandezas e realidades completamente distintas, o componente de demanda não se prestaria a servir como paradigma para ser confrontado com o consumo verificado, como se esse fosse a "demanda real". Nesse contexto, também não teria nenhuma valia como parâmetro para pagamento do consumo mínimo de energia, pelo qual teria se comprometido sua consulente.

De resto, não se trata de incidência do ICMS sobre a diferença entre a maior quantidade de Kwh contratados e a menor de Kwh efetivamente consumidos, conforme premissa equivocadamente assentada no parecer, mas sobre uma tarifa integrada por dois componentes distintos.

Estima-se, então, que diversa seria a conclusão do parecer, se alertado seu autor sobre o significado que o sistema elétrico empresta à expressão "demanda contratada", que, como visto, é a média de potência elétrica solicitada para o funcionamento dos equipamentos da indústria, verificada em cada período e medida em KW, não se confundindo, por conseguinte, com a energia consumida, medida que é em KWh.

⁵⁵ *Op. cit.* pág. 127.

⁵⁶ *Op. cit.* Pág. 129.

Nesse contexto jurisprudencial, não só esvazia-se, como visto, a força emergente da norma inscrita no art. 116, II, do CTN, como também parece comprometida a correta inteligência que se deve extrair da locução constitucional que circunscreve e delimita a hipótese de incidência do imposto "às operações relativas à circulação de mercadorias". Esse enunciado constitucional é bastante para indicar, com precisão, o campo material da incidência tributária, já que, segundo a expressão de *Paulo de Barros Carvalho*, "No esquema de compreensão da regra-matriz do ICMS, o critério material vem expresso pelo comportamento de alguém, ou pela ação de uma pessoa, física ou jurídica, formalizada por "promover operações relativas à circulação de mercadorias".⁵⁷

Sendo assim, o entendimento que vê no ICMS um imposto sobre o consumo da energia elétrica, sufragado por inúmeras decisões judiciais, está ignorando a Constituição e deslocando o cerne da hipótese de incidência do tributo, da operação a que alude o texto constitucional, para a destinação dada ao insumo industrial.

Afirmar que a incidência do ICMS pressupõe o consumo da energia elétrica implica introduzir na hipótese descritiva do fato gerador do imposto um elemento a ela exógeno, de natureza econômica, que só se transformaria em jurídico se o legislador constitucional estabelecesse – ele próprio - que o fato gerador é o consumo ou que a incidência do ICMS sobre as operações relativas à circulação de mercadorias somente se aperfeiçoa com seu consumo.

A propósito de consideração dessa natureza, extrajurídica, portanto, criticando a afirmação de *Berliri*, de que o imposto sobre o valor acrescido é *um imposto sobre o consumo* e que a consequência é a de *tornar-se devido apenas quando ocorre o consumo* ou fato a ele equiparado pelo legislador, diz *Alcides Jorge Costa* que ela "resulta da aplicação de um dado econômico a um fato jurídico", e que, por isso mesmo, "é inaceitável", segundo suas próprias palavras.⁵⁸ A invocação é pertinente.

Por conseguinte, as afirmações de que o fato gerador do ICMS pressupõe o efetivo consumo da energia elétrica - tão difundidas e divulgadas - esvaziam todo o sentido do contexto constitucional sistemático que deve orientar o intérprete e o aplicador da lei e, por concorrerem apenas para multiplicar

⁵⁷ *Hipótese de Incidência do ICMS*. RDT 11/12, p. 253.

perplexidades e dificultar a fixação dos estritos termos normativos do tributo, são juridicamente equivocadas.

Importa então o abandono de considerações dessa natureza, uma vez que nada contribuem para a correta exegese do texto constitucional, mesmo porque o consumo, não integrando a regra-matriz do imposto, não se presta como restrição à amplitude da expressão *operações relativas à circulação de mercadorias*, consagrada pelo texto constitucional.

Neste sentido veja-se, a seguir, as várias decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal :

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ICMS. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA. LIMINAR DEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA.

A demanda reservada integra o custo no fornecimento de energia elétrica e compreende o preço da operação (APC 70011808938 - RS) para efeito de ICMS. Falta, pois, ao fundamento da impetração a relevância que justifique a concessão da liminar (art. 7º, II, da lei n. 1.533/51). Recurso conhecido e provido. Maioria. (20050020064630AGI, Relator WALDIR LEÔNIO JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 17/10/2005, DJ 29/11/2005 p. 210)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRATO DE DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESERVA DE POTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO INDEVIDA.

Cabível na hipótese sub judice a incidência do ICMS sobre todo o produto colocado à sua disposição, ainda que não consumido integralmente. Alie-se a isso o fato de que caracteriza, em tese, circulação de mercadoria, o simples fato de ser colocada à disposição do apelante, a pedido seu e para a garantia do seu negócio, determinada capacidade de energia elétrica. Recurso improvido. (20010110877144APC, Relator HERMENEGILDO GONÇALVES, 1ª Turma Cível, julgado em 14/03/2005, DJ 14/04/2005 p. 54)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - FATO GERADOR - INCIDÊNCIA.

1 - A entrega do produto ao consumidor consiste não só no fornecimento da energia elétrica em si, mas também no fato de se vender uma reserva, qual seja, o fornecimento de potência em disponibilidade.

⁵⁸ *ICM na Constituição e na Lei Complementar*. Editora Resenha Tributária. SP, 1978, pág. 77.

2 - **O ICMS deve incidir sobre o valor do contrato de demanda reservada, visto estar presente o fato gerador do tributo, aplicando-se ao caso o art. 16 da Lei Distrital nº 1.254/96.**

3 - Recurso conhecido e improvido.(20020110133632APC, Relator JOÃO TIMÓTEO, 5ª Turma Cível, julgado em 29/11/2004, DJ 31/03/2005 p. 79)

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA. **O ICMS é imposto que incide sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência, porquanto ainda que o apelante não utilize toda a energia que reservou**, não se pode dizer que essa mercadoria não foi vendida, tanto que, em havendo a necessidade, esse bem necessário ao recorrente estará de pronto à sua disposição, numa clara evidência de que ocorreu uma transferência, não apenas em relação à energia que consumiu, mas em relação, também, à potência que reservou. Apelo a que se nega provimento(20010110108805APC, Relator VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, julgado em 11/03/2002, DJ 01/08/2002 p. 44)

ICMS. CONTRATO DE DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESERVA DE POTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO INDEVIDA. Não se evidenciando na hipótese sub judice possibilidade de dano reparável ou de difícil reparação àquele que contrata a compra de reserva de potência elétrica, **em razão da incidência do ICMS sobre todo o produto colocado à sua disposição, ainda que não consumido** integralmente, improcede o pedido de liminar formulado em sede de ação mandamental. Alie-se a isso o fato de que caracteriza, em tese, circulação de mercadoria, o simples fato de ser colocada à disposição do agravante, a pedido seu e para a garantia do seu negócio, determinada capacidade de energia elétrica. Agravo regimental a que se nega provimento para manter a decisão indeferitória do efeito suspensivo ativo requerido.

Unânime.(20010020007105AGI, Relator VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, julgado em 19/03/2001, DJ 22/08/2001 p. 54)

(Destacaram-se.)

Além da jurisprudência acima transcrita, destaca-se, outrossim, o trecho da sentença exarada pelo Juízo de primeiro grau do Tribunal de Justiça de

Minas Gerais, utilizada como justificativa do voto do Relator, Ministro Milton Luiz Pereira, nos autos do RESP nº 222810/MG:

No caso dos autos, temos que existe um contrato de compra e venda de energia elétrica entre a autora e a CEMIG, contrato esse não sujeito a qualquer condição suspensiva ou resolutive.

A empresa autora paga pela demanda de energia elétrica, mesmo que não venha a se utilizar de toda a quantidade contratada.

A CEMIG põe à disposição da autora uma determinada quantidade de energia, que, por certo, não pode ser repassada a terceiros, pois poderá ser utilizada a qualquer momento.

Isso significa que a mercadoria energia elétrica foi efetivamente comprada pela autora, aperfeiçoando o contrato de compra e venda entre as partes, não podendo a CEMIG dispor dessa energia.

Essa é a operação de circulação de mercadoria, pois há a transferência de titularidade do bem, mesmo que não haja, quanto a uma quantidade de energia, uma circulação física, ou deslocamento no espaço.

4.1 DAS INCONSISTÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sintetizada no caso-líder REsp 222.810/MG, apresenta as seguintes inconsistências:

- a) caracterizou o ICMS como um imposto especial sobre consumo, e não como imposto único incidente desde a produção ou importação até a última operação relativa a energia elétrica, afrontando o disposto no art. 155, § 3º, da Constituição Federal, e no art. 34, §9º, do ADCT;
- b) abandonou o conceito tecnológico e legal de demanda de potência, adotando noção inexistente na eletrotécnica ou na legislação brasileira –demanda reservada ou reserva de potência – pois eletricidade não se estoca nem se acumula;
- c) admitiu a possibilidade de não haver demanda de potência, o que contrasta com a obrigação de permanente medição da demanda para pagamento respectivo segundo a base de cálculo indicada na legislação, salvo para os contribuintes do plano B, que pagam a demanda de potência embutida no consumo de energia;

-
- d) fracionou o fato gerador do ICMS incidente sobre a energia elétrica, separando os seus aspectos material, temporal e quantitativo, não obstante a sua natureza de tributo único e monofásico, que requer o tratamento integrado;
- e) utilizou-se apenas de argumentos jurídicos formais e da interpretação literal do termo consumo, desconsiderando inteiramente os aspectos econômicos do fornecimento de energia elétrica e a equação financeira armada pela legislação para a auto-sustentação do sistema elétrico do país;
- f) mostrou-se insensível à principiologia jurídica presente na problemática, desrespeitando: 1) o princípio da capacidade contributiva, com o desigual tratamento dos contribuintes sujeitos às tarifas dos Grupos A e B, que em ambas se inclui a demanda de potência; 2) a proibição de enriquecimento sem causa, que a tanto equivale minimizar a importância da verdade tarifária hoje predominante no sistema elétrico brasileiro, com a translação para o Estado (= população) do ônus de subvencionar indiretamente parte substancial dos custos causados pelos grandes consumidores de energia.

Equivocado, assim, o entendimento de que o ICMS não pode incidir sobre a parcela referente à demanda contratada de energia elétrica, uma vez que a exação somente pode incidir sobre o valor correspondente a energia efetivamente consumida.

Sucedo que esse posicionamento está sendo revisto pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 586.120, submetido à 1ª Seção. Conforme se demonstrará adiante, conquanto o julgamento do mencionado recurso não tenha sido concluído, certo é que o STJ já firmou entendimento de que incide ICMS sobre a parcela referente a demanda de potência elétrica, estando apenas em discussão se o tributo incide sobre a demanda contratada ou sobre a demanda registrada.

4.2 DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

A controvérsia judicial inaugurada já alguns anos diz respeito com a legitimidade da incidência do ICMS sobre a “demanda contratada”, uma vez que sobre a energia elétrica consumida nunca houve dúvidas.

Desatento à particularidade da estrutura tarifária do setor elétrico e, como observado anteriormente, sensivelmente influenciado por conhecido parecer sobre o tema, sempre pareceu para o Superior Tribunal de Justiça que a demanda

contratada corresponderia ao compromisso assumido pelo grande consumidor de pagar permanentemente o valor da demanda contratada para prevenir-se do risco de ser surpreendido pela eventual insuficiência de energia, como se o contrato tivesse por objeto a quantidade de energia a ser consumida.

Partindo da (falsa) premissa, de que se trata de aquisição de energia elétrica para formação de uma reserva, consolidou-se então a jurisprudência do STJ, formada a partir do julgamento do *leading case* em que se converteu o REsp nº 222.810, no sentido de que, não sendo o ICMS um imposto incidente sobre tráfico jurídico, pois pressupõe o efetivo consumo da energia elétrica, não pode ser cobrado tão só pelo fato da celebração de contrato.

Entretanto, no julgamento de REsp n.º 586.120, interposto por contribuinte mineiro inconformado com acórdão do TJMG que julgou legítima a inclusão do valor da demanda contratada na base de cálculo do ICMS, o Min. Castro Meira, já agora despertado para as peculiaridades da estrutura tarifária do setor elétrico e para a natureza jurídica da demanda contratada, negou provimento ao recurso especial, externando as razões pelas quais estava reformulando anterior compreensão a propósito do tema.

Do voto proferido, destacam-se as seguintes passagens:

“Como a energia elétrica é tratada como bem móvel, por ficção legal, torna-se compreensível que a entrega da mercadoria no ponto de conexão seja adotado como critério decisivo de imputação temporal da operação tributável que, assim, se considerará ocorrida nesse instante”.

“Dá-se a circulação do bem quando disponibilizada a energia no ponto de entrega indicado no contrato de fornecimento. A partir desse momento, pode-se dizer que a empresa fornecedora já não detém titularidade sobre a demanda contratada.”

“Sob esse prisma, a simples colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar o fato gerador do imposto.”

“Nesses termos, a destinação dada à potência contratada, seja ela efetivamente utilizada ou não, é circunstância irrelevante para a incidência do ICMS. **Aceitar que o ICMS incida tão-somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida é fechar os olhos para o fato de que a energia ingressa no estabelecimento onerada não apenas pelo que efetivamente foi consumido, mas também pela demanda de potência reservada pelo consumidor junto ao operador do sistema elétrico**”.

“Como a base impositiva do imposto deve resultar da valorização de todos os elementos que integram o núcleo material da hipótese de incidência do ICMS, a tarifa binômica, por abrigar componentes distintos do custo diretamente afetos ao fornecimento da energia elétrica, deve necessariamente integrar sua base de cálculo, pois, somente assim, estará exprimindo a real dimensão financeira do fato gerador do imposto”.

Como os Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin acompanharam o voto inovador, decidiu a Turma por submeter a solução da matéria à 1ª Seção, tendo em vista a jurisprudência já pacificada em torno do tema.

No julgamento do recurso pela 1ª Seção, o Min. Teori Albino Zavascky, em voto-vista, depois de enfatizar o acerto da jurisprudência da Corte, no que afirma a incidência do ICMS somente sobre a energia efetivamente consumida, observou:

“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”.

Segundo, então, o voto proferido, que já teve adesão dos Ministros JOSÉ DELGADO e ELIANA CLAMON, em se tratando de demanda contratada de potência, legitima a incidência do ICMS sobre o montante efetivamente utilizado, apurado por meio de medição. Entretanto, sobre a diferença entre a potência de demanda contratada e a efetivamente utilizada não incidirá o imposto.

Nesse sentido, aliás, alterando a jurisprudência até então predominante, já vinha decidindo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo entendimento acabou consubstanciado no verbete de sua Súmula nº 21, editada em agosto/2007, mencionada no voto.

De qualquer modo, os votos, que divergem apenas quanto à sua extensão, refletem uma nova compreensão do Tribunal sobre a natureza jurídica da demanda contratada, afastando o equivocado entendimento anterior que nela identificava uma garantia de suprimento de energia elétrica, que teria por contrapartida o compromisso de um pagamento mínimo, ainda que não consumida toda a energia contratada, como afirmado por Gilberto de Ulhôa Canto⁵⁹, em seu decantado parecer, que tanto influenciou a fixação da jurisprudência formada em torno do tema.

Resta, então aguardar pelos votos dos Ministros Francisco Falcão, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin, para se saber em que extensão será fixado o novo entendimento do STJ a propósito da incidência do

⁵⁹ ICMS: incidência sobre fornecimento da energia elétrica. *Eletricidade: natureza jurídica e tratamento tributário. Base de cálculo e fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica. Condição, conceito*, in "Direito Tributário Aplicado - Pareceres" - Forense Universitária - RJ, 1992, p. 110.

ICMS sobre o componente da tarifa de energia elétrica, ou seja, se sobre a demanda contratada e disponibilizada no ponto de entrega, como quer o Ministro Castro Meira, ou se sobre a demanda efetivamente utilizada, segundo o voto do Min. Teori A. Zavascky, apurada, nesta hipótese, pelo aparelho de medição instalado na unidade consumidora.

Tendo em vista a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se por legítima a inclusão na base de cálculo do ICMS da parcela referente à demanda de potência contratada, ou, ao menos, à demanda de potência registrada,

CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que a demanda contratada de potência elétrica compõe o valor da operação e que faz parte da base de cálculo do ICMS. Este é o fundamento da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência, utilizado pelos fiscos distrital e estadual.

Pelo que foi precedentemente exposto, evidencia-se que o fato gerador do ICMS, incidente sobre as operações relativas ao fornecimento de energia elétrica, consoma-se com sua entrega no ponto de conexão definido pelo Agente Regulador do sistema elétrico, constituindo a demanda contratada um componente indissociável da tarifa devida à concessionária, cuja utilização, por quem a tenha contratado, é periodicamente apurada, para fins de tarifação, na forma prevista na legislação.

Tendo em vista, então, que a tarifa binômica adotada para fins de determinação da remuneração devida à concessionária comporta o componente demanda de potência e o componente consumo, afigura-se por certo equivocada o entendimento segundo o qual incide o ICMS apenas sobre o componente consumo, como se a demanda de potência faturável nada acrescesse qualitativamente à energia elétrica consumida e ao seu fornecimento não estivesse umbilicalmente associada, e não representasse, ademais de tudo isso, custo efetivo de seu fornecimento.

Contraditório se apresenta, assim, que o componente relativo à demanda contratada possa compor legitimamente o valor da tarifa de energia elétrica, à luz da jurisprudência do STJ, e revele esse mesmo Tribunal aversão à sua inclusão na base de cálculo do ICMS, socorrendo-se, para tanto, de uma exegese restritiva do núcleo do fato gerador do imposto, para o qual somente assume relevância jurídica a promoção de operações tendentes à transferência de titularidade da mercadoria, sendo irrelevantes, como por demais enfatizado, para fins de subsunção da operação à hipótese descritiva e determinação da obrigação de pagamento do ICMS, circunstâncias a ele estranhas, como o consumo efetivo ou o emprego dado ao insumo industrial ou, ainda, qualquer outro fato superveniente à entrega da energia no ponto de conexão.

Essa discriminação, além de não encontrar justificativa plausível, não se afeiçoa à previsão inscrita no art. 155, II, da CF e ao que se contém no art. 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87, de 1996, no que dispõe ser a base de cálculo do

imposto o valor praticado na operação final, visto que, somente assim, estará traduzindo o real o valor da operação da qual decorre a entrada da energia elétrica no estabelecimento consumidor (LC, art. 13, VIII).

Como a base impositiva do imposto deve resultar da valorização de todos os elementos que integram o núcleo material da hipótese de incidência do ICMS, a tarifa binômica, por abrigar componentes distintos do custo diretamente afeto ao fornecimento da energia elétrica, deve necessariamente integrar sua base de cálculo, pois, somente assim, estará exprimindo a real dimensão financeira do fato gerador do imposto.

Por conseguinte, a restrição exegética que se procura imprimir à base impositiva do ICMS não se revela compatível com o art. 13, I, da Lei Complementar nº 87/96, quando estabelece que a base de cálculo é o valor da operação, com cuja disposição é compatível o disposto art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96, que, ao autorizar a lei estadual a atribuir a responsabilidade às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica pelo seu pagamento - desde a produção até a última operação - deixou expresso que o cálculo do imposto deve ser efetuado *sobre o preço praticado na operação final*.

Aliás, essa previsão legislativa não constitui nenhuma inovação, decorrente que é do que se contém no art. 34, § 9º, do ADCT, quando contempla idêntica hipótese de atribuição de responsabilidade tributária a terceiro e estabelece que a base de cálculo das operações com energia elétrica é *o preço praticado na operação final*, na medida em que incorpora, naturalmente, todos os custos incorridos desde a geração até sua entrega ao consumidor final. Nesse sentido, aliás, dispunha também o art. 19, do Convênio 66/88, e assim o dizem o art. 9º, § 1º, II e o art. 13, VIII e § 1º, II, "a", ambos da Lei Complementar nº 87, de 1996.

Como a base de cálculo lógica e típica no ICMS, na hipótese de energia elétrica, é o valor de que decorrer sua entrega ao consumidor, este valor outro não poderá ser, por conseguinte, senão aquele que constituir objeto da fatura emitida pela concessionária, por abrigar naturalmente todos os custos incorridos desde a geração até a entrega do produto, residindo aí o motivo pelo qual, como o preço da energia consumida foi acrescido para embutir o valor da demanda contratada, a base de cálculo sobre a qual incide o ICMS deve ser o *quantum* inserido na nota fiscal/fatura, pois "*O ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor,*"^[54] visto que,

segundo se reconhece, *a nota fiscal entregue ao comprador é o documento onde se demonstra a ocorrência da operação de compra e venda, expressando o valor para fins de incidência do ICMS.*^[55]

No caso, a expressão financeira da base impositiva do ICMS, real dimensão da materialidade da sua hipótese de incidência, é naturalmente revelada na fatura de venda do produto, documento representativo da mudança da titularidade da energia elétrica e versão documental, que a operação subjacente tem por forma de materialização, onde são discriminados os valores das tarifas aplicadas sobre os componentes de consumo e de demanda de potência,^[56] elementos quantificadores da operação relativa à circulação da energia elétrica.

De resto, se assim não fosse, a exclusão do componente tarifário da base de cálculo do ICMS estaria criando um odioso e constitucionalmente vedado privilégio para os consumidores livres, em detrimento do pequeno consumidor, que também paga pelos custos referentes à demanda de potência, uma vez que os preços fixados pela ANEEL para a tarifa residencial já embutem seus custos,^[57] concorrendo, assim, para a formação da base de cálculo do ICMS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA ,Geraldo e GIARDINO, Cléber, *Núcleo da Definição Constitucional do ICM*, Revista de Direito Tributário – nº 25/26,.

BECKER,Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP Saraiva, 3ª edição.

BRASIL, Constituição Federal de 1988 . Disponível em WWW.planalto.gov.br. Acesso em 12 de junho de 2008.

BRASIL, Lei Complementar nº 87, de 1996. Disponível em www.planalto.gov.br Acesso em 12 de junho de 2008.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Disponível em www.planalto.gov.br Acesso em 12 de junho de 2008.

BRASIL. Decreto 62.724, de 1968. Disponível em www.planalto.gov.br .Acesso em 12 de junho de 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 207.609. RE nº 198.088, Relator Min. Ilmar Galvão.Disponível em WWW.stf.gov.br. Acesso em 17 de maio de 2008.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 416.383, Relator Min. Luiz Fux.REsp 648.248, Relator Min. Teori Albino Zavascky; REsp 594.186, Relator Min.Castro Meira; REsp 533.607, Relator Min. José Delgado; REsp 214.758, Relator Min. Humberto Gomes de Barros; REsp 150.137, Relator Min. Garcia Vieira; Agravo de Instrumento nº 747.903, Relator Min. José Delgado e AgRg no Resp 140.230, Relator Min. Francisco Falcão.. REsp nº 343.952, Rel. Min. Eliana Calmon. REsp 838.542, Relator Min. Castro Meira; REsp 829.490, Relator Min. Teori Albino Zavascky; REsp nº 647.553/ES, Rel. Min. José Delgado; REsp nº 343.952/MG, Rel. Min. Eliana Calmon; REsp nº 222.810/MG, Rel. Min. José Delgado; AgRg no REsp nº 804.706/SC, Rel. Min. Francisco Falcão e AgRg no Ag nº 707.491/SC, Rel. Min. Castro Meira, *inter plures*. REsp 222810/MG, Rel. Min. José Delgado. REsp nº 798.633/MG, Rel. Min. José Delgado e REsp nº 839.134, Rel. Min. Francisco Falcão, *inter plures*.AgRg/REsp nº 625.001, Relator Min. Castro Meira.REsp 137.783, Relator Min. Milton Luiz Pereira. Disponível em www.stj.gov.br . Acesso em 12 de junho de 2008.

BERLIRI - *ICM na Constituição e na Lei Complementar*. Editora Resenha Tributária. SP, 1978.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Direito Tributário Aplicado – Pareceres*, RJ: Forense Universitária, 1992.

_____. *ICMS: Incidência sobre Fornecimento de Energia Elétrica. Eletricidade: natureza jurídica e tratamento tributário. Base de Cálculo e fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica. Condição. Conceito*, In; _____, *Direito tributário Aplicado, Pareceres*. Rio de Janeiro; Forense Universitária,

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, SP: Malheiros, 7ª ed.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 4ª Ed. SP: Saraiva, 1991, _____. *Hipótese de Incidência do ICMS*. *Revista de Direito Tributário*. Revista dos Tribunais, nº 11/12,

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro e Derzi, Misabel Abreu Machado. *Pareceres - Direito Tributário da Energia* – Forense, 2004.

DENARI, Zelmo. *O ICMS nas Operações com Combustíveis e Energia Elétrica*. In *O ICMS e a LC 102*, SP: Dialética, 2000, p.

FONSECA, César Augusto da Silva; CARNEIRO, Marcos Antonio da Silva *et al.* *Demanda contratada de potência elétrica. Base de cálculo do ICMS no fornecimento de energia a grandes consumidores*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1157, 1 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8879>>. Acesso em 5 de maio de 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Hipótese de Imposição do ICMS nas Operações com Energia Elétrica – Peculiaridades nas Operações Interestaduais*. RDA nº 225

MIRANDA, José Benedito. *Demanda contratada. ICMS. Incidência. Legitimidade*. Texto extraído do Jus Navigandi <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9227>

PEREIRA Caio Mário da Silva · *Instituições de Direito Civil*, Forense, 11ª edição, vol. III.

VIVANTE *Instituições de Direito Comercial*. 3ª edição. SP: Livraria C. Teixeira e Cia. Trad. J. Alves de Sá, item 58

Tarifas de fornecimento de energia elétrica. Cadernos Temáticos ANEEL, n. 4, Brasília, ANEEL, 2005. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno4capa.pdf>>.