



**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS-FARR
BACHARELADO EM DIREITO**

JOSÉ WANDERLEY LEITE DINIZ

**OS ASPECTOS DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO ICMS SOBRE
A RESERVA DE DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA**

Campina Grande – PB

2012

JOSÉ WANDERLEY LEITE DINIZ

**OS ASPECTOS DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO ICMS SOBRE
A RESERVA DE DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado á
Coordenação da Faculdade Reinaldo Ramos –
FARR, como requisito para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador: Prof. Esp. Saulo Medeiros da
Costa Silva

Campina Grande – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

D585aDiniz, José Wanderley Leite.

Os aspectos da incidência tributária do imposto sobre a circulação de mercadoria e serviço: uma análise do ICMS sobre a reserva de demanda de energia elétrica / José Wanderley Leite Diniz. – Campina Grande, 2012.

72 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Esp.Saulo Medeiros da Costa Silva.

1. Direito Tributário. 2. Energia Elétrica – Impostos. 3. ICMS. I. Título.

CDU347.73(043)

JOSÉ WANDERLEY LEITE DINIZ

**OS ASPECTOS DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇO: UMA ANÁLISE DO ICMS SOBRE
A RESERVA DE DEMANDA DE ENERGIA ELÉTRICA**

Aprovadoem: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Saulo Medeiros da Costa Silva- FARR
Presidente - Orientador

Prof.Ms. Lênio Assis de Barros - FARR
1º. Examinador

Profª Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral - FARR
2ª Examinadora

Profª. Esp. Vyrna Lopes Torres - FARR
3ª. Examinadora

À MINHA QUERIDA MÃE:

Creusa Oliveira Leite, que sempre acreditou na minha capacidade, e apesar das circunstâncias, sempre me acompanha e me fortalece em todos os meus passos. E a meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus, criador maravilhoso de todas as coisas, por tudo, por me amparar e me encorajar no momento mais difícil da minha vida, momento este que achei que não tinha mais forças para continuar, foi então que ele me amparou pelos seus braços e me concedeu a vitória.

A meus filhos, IsabelleTalytta, Gabriel Diniz e Marta Ângela, toda a fonte de toda a minha inesgotável inspiração, que me faz querer ser uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus pais, Creusa e José Diniz (*in memoriam*), por acreditarem no meu potencial, e por me darem força e amor neste momento tão especial.

Aos meus irmãos, Wanderléa, Helena (*in memoriam*), Wanusa, Amanda, Cícero, Wandinaldo e Diniz, por serem exemplos de companheirismo, nas alegrias e nos momentos de dor.

A minha companheira Neusa, que esteve ao meu lado em todos os momentos e também no final desta trajetória, sempre torcendo pelo meu sucesso.

A todos os professores do curso, meu reconhecimento pela colaboração e pelos conhecimentos recebidos, os quais me abriram e me abrirão, cada vez mais, as portas do aperfeiçoamento pessoal e prático na minha caminhada forense.

À CESREI: Onde encontrei um ambiente propício ao meu desenvolvimento intelectual.

Aos empresários e patronos desta turma, e também meus amigos, Vandhui de Farias, Neto Leodacio, Eduardo Justino e Lucas Justino no qual me espelho como exemplo de profissionais éticos.

Ao professor e orientador, Saulo Medeiros, pela sua orientação neste trabalho.

A minha ex-professora e amiga Mary Delane, pela sua experiência na qual me espelho como exemplo de profissional ético, e que me deu a força que faltava no nono período do curso, para que o desenvolvimento deste trabalho se concretizasse.

A tributação excessiva desvirtua a atividade econômica e produz uma série de distorções. É importante modificar a intensidade e também a natureza dos impostos.

Salomão Quadros, coordenador de Análise
Econômica da Fundação Getúlio Vargas.

RESUMO

O setor elétrico brasileiro passou por contundente reestruturação institucional por força da reforma do Estado no Brasil, o que culminou na criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia em regime especial competente para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Esta regulamentação permitiu que as concessionárias realizassem a cobrança de tarifas, tanto pelo uso efetivo da energia elétrica, como pela disponibilização de determinada quantidade de energia para o usuário/consumidor. O ordenamento jurídico vigente considera a energia elétrica uma mercadoria, de forma que sua transmissão configura hipótese de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS. Ocorre, porém, que os Estados da Federação – entidades políticas com competência para regulamentar, fiscalizar e arrecadar o imposto em referência – vêm determinando a incidência do ICMS sobre o valor adicional cobrado nas faturas a título do contrato de demanda, que tem como escopo a disponibilidade de determinada quantidade de energia para garantir o fornecimento aos consumidores de grande porte. O presente trabalho pretende constatar ou não a ilegalidade da cobrança do ICMS, sobre a reserva de demanda de energia elétrica, valor este cobrado pelas concessionárias pelo contrato de demanda firmado com os usuários de grande porte, com base na análise do sistema constitucional tributário e das normas gerais que regulam a hipótese de incidência do ICMS.

Palavras chaves: ICMS. Hipótese de incidência. Contrato de demanda para fornecimento de energia elétrica. Ilegalidade.

ABSTRACT

The Brazilian electric sector has undergone forceful institutional restructuring under state reform in Brazil, which culminated in the creation of the National Agency of Electric Energy, under special authority responsible for regulating and supervising the production, transmission, distribution and sale of electricity in accordance with the policies and guidelines of the federal government. This regulation allowed the concessionaires carry out the charging of both the effective use of electricity as the availability of certain amount of energy to the user / consumer. The current legal system considers electricity a commodity, so that its transmission hypothesis sets the tax on transactions relating to the movement of goods and provision of services in interstate transportation, communication and inter - ICMS. Happens, however, that the United Federation - political entities with authority to regulate, supervise and collect the tax in reference - have determined the incidence of VAT charged on the additional value on invoices under the contract demand, which is scoped to availability of certain amount of energy to ensure the supply to large consumers. This work intends to verify whether or not the illegality of charging GST on the reservation demand of electricity, an amount charged by concessionaires for the contract signed with the demand for large users, based on the analysis of the constitutional system and the tax general rules governing the hypothesis ICMS.

Keywords:ICMS.Hypothesis incidence.Contract demand for electricity supply.Illegality.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Diversas origens e fontes de energia, equipamentos utilizados para a sua produção.....	38
Tabela 2 -	Classificação da condição do consumidor relativo ao consumo de energia.....	41

LISTA DE SIGLAS

ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CF	Constituição Federal
CMSE	Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CONJUR	Consultoria Jurídica
CPC	Código do Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DIC	Duração da Interrupção Individual
DMIC	Duração Máxima da Interrupção Contínua
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
FIC	Frequência de Interrupção Individual
FIRJAN	Federação das Indústrias do Rio de Janeiro
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço
IPVA	Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PIS	Programa de Integração Social
RE-SEB	Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
SIN	Sistema Interligado Nacional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TOI	Termo de Ocorrência de Irregularidade

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DIREITO TRIBUTÁRIO.....	16
2.1	TRIBUTO: CONCEITO.....	17
2.1.1	O sistema tributário brasileiro: origem e conceito.....	18
2.1.2	Os diferentes tipos de tributo no direito brasileiro.....	19
2.1.3	A obrigação tributária.....	20
3	BREVE HISTÓRICO DO ICMS.....	22
3.1	COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA.....	23
3.2	HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA: FATO GERADOR.....	24
3.3	BASE DE CÁLCULO.....	25
3.4	ALÍQUOTAS.....	25
3.5	SUJEITOS PASSIVOS.....	26
4	A ENERGIA ELÉTRICA NO DIREITO.....	27
4.1	CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA ENERGIA ELÉTRICA.....	28
4.2	ATO ADMINISTRATIVO E PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.....	31
4.3	TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE.....	34
4.4	ESTÁGIOS DA FUNÇÃO ELÉTRICA.....	35
4.5	ESTRUTURA ATUAL DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	38
4.6	CONSUMIDOR: DEFINIÇÕES.....	40
5	INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA.....	42
5.1	HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.....	43
5.1.1	Controvérsias sobre a imunidade intraestadual.....	45
5.1.2	Base de cálculo.....	46
5.1.3	Crédito de ICMS sobre Energia elétrica.....	47
5.2	O CASO DA DEMANDA CONTRATADA DE POTENCIA.....	49
5.2.1	Contratos dos Consumidores Livres.....	53
5.3	JURIDICIDADE DA IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA.....	55
5.3.1	Debate na Doutrina.....	55

5.3.1.1	Quanto ao fato gerador.....	57
5.3.1.2	Quanto à base de cálculo.....	61
5.3.2	Debate na Jurisprudência.....	58
5.3.2.1	Cotejo da jurisprudência das Cortes Estaduais.....	66
5.3.2.2	A posição da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.....	66
5.4	CONTRATOS DOS CONSUMIDORES LIVRE.....	67
6	CONCLUSÃO.....	70
	REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é apontado por estudo do sistema FIRJAN¹ como a nação que possui a maior carga tributária em relação a outras nações de mercado comum, comprometendo o crescimento do setor industrial. A alta tributação afeta a competitividade do país nas exportações e também no mercado interno, aonde há casos que produtos nacionais chegam a custar mais caro que produtos importados. Fato, que abre discussões sobre a viabilidade e legalidade da cobrança desses impostos por parte do governo, observando o regimento das leis que regulam esses tipos de tributação.

Com relação à tributação no país, têm-se a questão da legalidade no que se refere à cobrança do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), para a reserva de demanda de energia elétrica pelas indústrias e grandes empresas de diversos seguimentos. Para esses consumidores, o imposto estaria sendo cobrado sobre o produto sem seu devido consumo, portanto, ferindo o que reza a súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afirma que todo imposto deverá incidir sobre o valor da energia elétrica devidamente consumida e não sobre o valor da demanda² contratada.

Nesse sentido, uma possível incidência indevida do ICMS nas contas de energia das grandes empresas, pode ressaltar não apenas uma questão de legalidade ou ilegalidade da cobrança do imposto, porém percebe-se também que o mesmo provoca impacto na economia do país, uma vez que o setor industrial torna-se menos competitivo em relação a outros países, tornando os produtos nacionais mais caros em relação aos importados, uma vez que o empresário precisa repassar os custos dos impostos pagos, embutidos no preço das mercadorias, fora este problema uma carga tributária excessiva também interfere nos investimentos para o setor, que dependendo da área tende a regredir ou a crescer de forma mais lenta, interferindo com isso na vida social e econômica dos indivíduos, uma vez que a falta de investimento e crescimento prejudica a oferta de empregos e impossibilita também o aumento dos salários.

Para debater e discutir sobre tributação no Brasil se faz necessário discutir sobre alguns conceitos que possibilitemo entendimento dessa problemática, especificamente no que diz respeito ao ICMS, Direito Tributário, Reserva de Demanda de Energia Elétrica, fazendo referência ao princípio da legalidade tributária e sua relação com o tema em questão,

¹Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro

²Quantidade de mercadoria ou serviço que um consumidor ou conjunto de consumidores está disposto a comprar, a determinado preço. Cota de quilowatts necessários ao consumo de uma cidade, de uma empresa industrial, etc.

conceitos estes que ajudaram na análise e definição da existência ou não no país da incidência do imposto cobrado sobre a reserva de demanda contratada.

O doutrinador Roberto Camargo, em seu blog sobre educação tributária postou o seguinte conceito: OICMS é um Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior. Trata-se de um conceito de origem constitucional (art. 155, II da Constituição da República).

Para Baleeiro (2010)³,

[...] a origem de um imposto único federal a ser partilhado com estados e municípios é visto como uma maneira de inibir a prática de outras inúmeras tributações sobre a comercialização de bens básicos de consumo. Entre eles, a energia elétrica considerada produto industrializado.

Segundo o inciso IX, do artigo 2º, da Resolução nº 456/00, da ANEEL, conceitua-se como reserva de demanda de energia elétrica, “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).

Harada⁴ (2009),

define direito Tributário como o direito que disciplina o processo de retirada compulsória, pelo Estado, da parcela de riquezas de seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do Estado de Direito. É a disciplina jurídica que estuda as relações entre o fisco e o contribuinte.

Já o código tributário Nacional, em seu art. 3º define tributo como sendo, toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Para se compreender melhor esta questão faz-se necessário fazer referência ao princípio da legalidade tributária previsto na Constituição Federal art. 15, I. “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

³BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴CONCEITOS de Direito Tributário: conceitos de Direito Tributário, segundo os principais doutrinadores. Publicado em: 01. Jan. 2009. Disponível em: <http://tributarioblog.blogspot.com.br/2008/10/resumos-conceitos-de-direito-tributario.html>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Frente ao exposto acima, o presente trabalho tem como problema a análise da legalidade ou ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a reserva da demanda de energia elétrica no Brasil?

Assim sendo, têm-se como objetivo geral: constatar ou não a ilegalidade da cobrança do ICMS, sobre a reserva de demanda de energia elétrica. Como objetivos específicos têm-se:

- Verificar as limitações constitutivas do poder de tributar especificamente no que tange a questão da legalidade;
- Apontar as reais consequências da cobrança do ICMS para os setores produtivos da sociedade, bem como para a economia do país;
- Identificar a possível necessidade e importância da cobrança do ICMS pelo Estado, como forma do mesmo reservar uma parcela de riquezas de seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do estado de Direito a fim de suprir as demandas da sociedade.

O tema ora aqui trabalhado, têm sua relevância para que se possa de fato entender a importância ou não da cobrança do ICMS nas faturas de energia elétrica denominada de reserva de demanda, pois a mesma é apresentada pelo Estado como um imposto necessário e que tem como objetivo assegurar o fornecimento da energia elétrica suficiente para o desenvolvimento das atividades dos setores produtivos do país.

Utilizando-se desta prerrogativa o Estado afirmar ser necessário que as indústrias e o comércio sejam obrigadas a contratarem com as distribuidoras de energia elétrica, fornecimento de energia com demanda de reservada, cujo valor deve ser pago sobre o valor total do contrato, haja ou não consumo total.

Sob o ponto de vista social a monografia pretendeu também apontar para as consequências da falta de investimento do setor industrial e das grandes empresas em função da alta carga tributária afetando de maneira geral a grande massa da população e crescimento econômico do país.

Para cumprir os objetivos aludidos a essa monografia, de mostrar a possível ilegalidade da incidência do ICMS sobre a reserva de demanda, ressaltou-se a Lei dos Recursos Repetitivos e a Súmula 391 do STJ, cujo entendimento permite afirmar com

respaldo legal a cobrança indevida do imposto sob circulação de um produto, no caso, a reserva de demanda de energia elétrica não consumida.

Este trabalho procurou também mostrar todo um panorama da situação para o acadêmico do curso de Direito e a quem possa interessar, pois o tema ora aqui evidenciado não se encontra apenas na seara do direito, mas sim, em todas as áreas que afetam a vida do indivíduo dentro da sociedade brasileira.

Segundo Marconi (2011, p. 17), o trabalho monográfico consiste em um estudo sobre um tema específico, analisado exaustivamente em todos os seus aspectos, obedecendo à rigorosa metodologia.

Para a realização deste trabalho, procurou-se aplicar as informações da autora supracitada, partindo do uso do tipo de pesquisa por excelência da área jurídica que é o das pesquisas bibliográficas. Assim, para o desenvolvimento desta pesquisa fez-se uso das seguintes etapas:

- escolha do tema;
- o levantamento bibliográfico preliminar;
- formulação do problema;
- elaboração do plano provisória de assunto;
- busca das fontes;
- leitura do material;
- fichamento;
- organização lógica do assunto e redação do texto,

Etapas estas como afirma Gil (2007, p. 59), necessárias para o arcabouço técnico e científico de qualquer trabalho de pesquisa considerado científico. Pois para alcançar o objetivo ora aqui proposto que foi o de constatar ou não a ilegalidade da cobrança do ICMS, sobre a reserva de demanda de energia elétrica, a pesquisa bibliográfica foi de fundamental importância, e a mesma utilizou da leitura, de livros, revistas científicas, trabalhos científicos, normas jurídicas, jurisprudência entre outros, para alcançar os resultados mais fidedignos possíveis da realidade ora aqui estudada.

Sem a revisão bibliográfica não se teria condições de verificar e compreender de forma mais precisa os dados coletados e que serviram como base para a análise do objeto de estudo bem como os objetivos aqui propostos.

Por isso, que para Manzo (1971, p. 32, apud, MARCONI, 2001, p. 56):

É só através da pesquisa bibliográfica que se consegue meios para definir, resolver não somente problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente propiciando a análise de um assunto escrito, sob novo enfoque ou abordagem, permitindo chegar a novas conclusões.

Foi o que se pretendeu fazer aqui ao analisar a problemática da legalidade ou ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a reserva da demanda de energia elétrica no Brasil.

O trabalho foi dividido da seguinte forma:

Na introdução foi realizada uma pequena síntese do tema tratado, com a apresentação do problema, a especificação dos objetivos, da justificativa, bem como, da metodologia utilizada para o presente estudo.

No segundo tópico, tratou-se sobre o conceito, a história e a importância da energia elétrica para o setor econômico de um país, tal como os setores industrial e comercial. Apresentando as questões relacionadas ao ICMS, as decisões do STJ e a realidade do setor na atualidade.

Na terceira parte, fez-se uma análise dos impactos econômicos e sociais referentes à incidência do ICMS sobre a reserva de demanda procurando apresentar dados que abordaram a sua legalidade ou ilegalidade.

No quarto tópico foi apresentada a questão da energia elétrica sob a ótica do direito, procurando demonstrar sua classificação no sistema jurídico, seus estágios e funções, bem como a estrutura atual do mercado de energia elétrica no Brasil.

O quinto tópico tratou da incidência do ICMS sobre a energia elétrica, sua hipótese de incidência, suas controvérsias, as bases de cálculo do ICMS, especificando os casos para o consumidor livre, bem como a juridicidade da imposição tributária sobre a demanda contratada de potência, os debates gerados na doutrina e na jurisprudência, entre outros aspectos relevantes a questão ora analisada.

Por fim, apresentam-se a conclusão bem como as referências que foram utilizadas para o desenvolvimento do trabalho.

2 DIREITO TRIBUTÁRIO⁵

O Direito Tributário aloca-se no ramo do direito que assume o caráter público, tendo como característica primordial ser composto de normas imperativas e inafastáveis, o que significa dizer que, todos os atos provenientes deste compartimento do direito devem obrigatoriamente seguir: a lei, o interesse público e a moralidade, em oposição frontal à parte do direito denominado de privado, em razão deste apenas se reger pelo princípio da legalidade.

Ao Direito Tributário, portanto, é incumbida a missão estatal de disciplinar e reger as formas pela qual o Estado vai obter os recursos financeiros necessários ao seu financiamento e às relações decorrentes deste, especialmente a arrecadação e fiscalização de tributos e as relações entre fisco e contribuinte. Este seu caráter específico o diferencia do Direito Financeiro que, mais amplo, abrange as receitas, as despesas, o orçamento e os créditos públicos, e ainda, porqueregula toda a atividade financeira do Estado.

Para Hugo de Brito Machado (2008, p. 76 apud FIGUEIREDO, 2012), o Direito Tributário ocupa-se nas relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra abusos desse poder.

Assim sendo, para o autor supracitado, o Direito Tributário regula a atividade financeira do Estado, no que concerne à tributação. “O Estado, no exercício de sua soberania, tributa. Mas a relação de tributação não é simples relação de poder. È relação jurídica, pois está sujeita a normas às quais se submetem os contribuintes e também o Estado.” (op. cit, p. 76).

Ainda sobre o tema, têm-se as considerações do Consultor Tributário Alexandre Macedo Tavares (2003, p. 7, apud FIGUEIREDO, 2012), que em sua obra Fundamentos de Direito Tributário, apresenta uma plêiade de definições do ramo do direito público ora estudado e, em seguida, o conceitua, da seguinte forma: “Múltiplos e variados são os conceitos estabelecidos para a categoria Direito Tributário. Este mesmo autor, fazendo uso das palavras de Paulo de Barros Carvalho, afirma que 'o direito positivo é o ramo didaticamente autônomo

⁵Os dados desse tópico foram baseados em: FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Paralelo entre os institutos do Direito Tributário e do Direito Civil.** Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_17578/artigo_sobre_paralelo_entre_os_institutos_do_direito_tributario_e_do_direito_civil. Acesso em: 22 nov. 2012.

do direito, integrado pelo conjunto de proposições jurídico-normativos que correspondem, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos'.

Na visão de Alfredo Augusto Becker⁶, 'direito tributário é o sistema formado pelas regras jurídicas que disciplinam o nascimento, a vida e extinção daquele dever', qual seja, o dever de entregar dinheiro ao Estado, a título de tributo, sempre que praticada a respectiva hipótese de incidência [fato gerador *in abstracto*] tributária.

Já Eduardo Marcial Jardim⁷ define-o como o 'complexo de normas que juridicizam os planos de nascimento existência e extinção da obrigação tributária'.

Eis que surge nosso conceito de Direito Tributário: ramo didaticamente autônomo do Direito que abriga um complexo de normas, valores e princípios que lhes são inerentes, disciplinadores do nascimento, da fiscalização, da exigibilidade e da extinção do tributo, fruto de uma relação jurídica de Direito Público travada entre o fisco e o contribuinte".

Portanto, cuida o Direito Tributário de regular a atividade estatal no que concerne à arrecadação e seus consectários de recursos financeiros para o Estado.

2.1 TRIBUTOS: CONCEITO

Popularmente chamado de imposto, embora não corresponda sua totalidade, o tributo é conceituado pelo Código Tributário Nacional em seu Art. 3º: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ainda no CTN, o imposto seria meramente uma modalidade de tributo, art. 16: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Os Tributos são instituídos por lei, ou seja, não há tributo se não houver lei anterior. Os tributantes são a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, e os contribuintes as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. É de caráter obrigatório e de acordo com as normas do sistema tributário brasileiro, o pagamento é sempre em dinheiro, com exceção às ações judiciais movidas pelo Estado a fim de quitar dívidas dos inadimplentes confiscando seus bens imóveis.

⁶PARALELO entre os institutos do Direito Tributário e do Direito Civil. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_17578/artigo_sobre_paralelo_entre_os_institutos_do_direito_tributario_e_do_direito_civil. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁷Id. Ibid.

Há de se observar que nem toda arrecadação do por parte do Estado se referema tributação, no caso das multas de transito, que constituem ato ilícito, o pagamento corresponde a uma penalidade e não um tributo.

2.1.1 O sistema tributário brasileiro: origem e conceito

O sistema tributário brasileiro começa a se consolidar após a proclamação da República, onde o imposto sobre importações era a principal receita da época, e perpetuou assim até a constituição de 1934.

A partir da década de 30, outros impostos foram criados a nível Estadual e Municipal compondo a base do sistema tributário que conhecemos. A tributação sobre as vendas e consignações era destinado aos Estados, quanto a indústria, profissões e o imposto predial ficavam a cargo dos municípios.

Com a constituição de 1946, novos impostos foram criados como o imposto sobre consumo e um sistema de transferências. A ideia era obter uma elevação da receita dos municípios e como consequência, os impostos sobre consumo, vendas e consignações obtiveram um crescimento significativo.

Apesar do sistema tributário brasileiro ter se consolidado após a proclamação da República o mesmo costuma ser dividido em dois períodos, um anterior à Emenda Constitucional número 18, de 1965, e outro após esta Emenda.

Antes da norma Constitucional editada em 1965, a matéria Tributária era dispersa em várias normas jurídicas. Com o advento do citado diploma legal, as normas tributárias foram reunidas em um mesmo capítulo na Constituição, forma consagrada e repetida pela Constituição de 1988.

Na década de 60 aconteceu a primeira reforma tributária, considerando que nos períodos anteriores, o Brasil ainda não tinha um sistema tributário organizado como tal. No ano de 1966, foi instituída pela lei 5.172/66 a sistematização do sistema tributário, com a criação do Código Tributário Nacional. Dentre os objetivos da reforma estavam a elevação da receita para solucionar um problema de déficit fiscal e a implementação de um sistema tributário que estimulasse os investimentos. Em suma, essa reforma tributária trouxe uma melhor alocação dos recursos, priorizando a tributação sobre o valor agregado diminuindo significativamente a quantidade de impostos existentes. Esse modelo de sistema resultou em uma carga tributária de 15% sob o valor do PIB, sendo modificado apenas na década de 90 com o Plano Real que aumentou esse percentual para 25%.

Segundo o consultor empresarial Robson Ribeiro⁸ em seu blog Adimisnistracão.com, “o Sistema Tributário Brasileiro é composto pelos tributos existentes, às normas e os princípios que os regem”. Todos os tipos de tributação são criados a partir de Leis, suas normas e princípios são regidos pelo Código Nacional Tributário e pela Constituição Federal.

Já Sacha Coelho⁹ indica que três são os grandes subsistemas tributários constantes no Diploma Constitucional Brasileiro, a saber:

- a) o da repartição da competência entre União, Estados e os Municípios;
- b) o dos Princípios Tributários e das limitações ao Poder de tributar;
- c) o da partilha direta e indireta do produto da arrecadação dos impostos entre as pessoas políticas da Federação (participação de uns na arrecadação de outro).

No país o Sistema Tributário é norteado pelos princípios da legalidade, anterioridade, igualdade, competência, capacidade contributiva, vedação de confisco e liberdade de tráfego. Posto que, mesmo detendo o poder de criar e cobrar tributos, a relação entre o Estado e o contribuinte não é uma relação de força e sim uma relação jurídica. E nisto consiste a sua força, por isso que o mesmo é considerado rígido e racional, pois compreende um conjunto de comandos jurídicos coordenados que se encontram na Carta Atrial, portanto, nela estão inseridas as regras basilares do Sistema Tributário Brasileiro.

2.1.2 Os diferentes tipos de tributo no direito brasileiro

No direito brasileiro existem cinco tipos de tributos. São eles: os Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria, Contribuições e Empréstimos Compulsórios. Todos previstos na Constituição federal e no Código Tributário Nacional.

A modalidade Imposto é mais tradicional dos tributos, e muitas vezes acaba-se confundindo os conceitos. Conforme o Art. 16 do CTN “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fator gerador uma situação independente de qualquer atividade estadual específica, relativa ao contribuinte.” A incidência do imposto ocorre apenas em atividades lícitas sem relação com atividades do estado ou políticas.

⁸Ver RIBEIRO, Robson. **O sistema tributário brasileiro**. Disponível em:

<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-sistema-tributario-brasileiro/12864/>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁹COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001.

A comercialização de mercadorias e a tributação sob os bens imóveis são exemplos de impostos que não possuem relação com as atividades do Estado. O imposto não possui destinação específica como descrevem os:

Art. 167.IV CF/88: IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os Arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos Arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

O valor arrecadado é destinado aos cofres públicos e utilizados de maneira indiscriminada como saúde, educação, segurança, etc. Os impostos são instituídos pela União, Estados, Municípios e o Distrito federal.

As Taxas são uma modalidade de tributo cuja incidência ocorre em atividades relacionadas ao Estado.

Art. 77. CNT As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

A cobrança das taxas ocorre quando o contribuinte realiza atividades relacionadas ao serviço público como o requerimento de Alvarás, retirada de passaporte entre outros. Nesse sentido, as taxas possuem um caráter de retribuição dos serviços prestado pelo estado. A destinação da arrecadação das taxas assim como os impostos também não possui destinação específica. Exemplo, o IPVA cobrado aos proprietários de automóveis não necessariamente é utilizado na manutenção das estradas, o valor arrecadado pode ser usado em pagamento de folha, na construção de escolas, pavimentação de ruas e obras públicas em geral.

2.1.3 A obrigação tributária¹⁰

A obrigação tributária corresponde justamente à obrigação do sujeito passivo (que são as pessoas físicas e jurídicas) de pagarem ao sujeito ativo (o Estado) um valor em dinheiro referente a um tributo instituído por lei.

¹⁰CTN, Art. 133, I, II e III. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Diversos/CTN.htm>. Acesso em: 05 de nov. 2012.

O conceito de obrigação tributária segundo Hugo de Brito Machado (2007, p. 150):

Diríamos que ela é a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, ou não tolerar, ou tolera algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito. Em suma, a tributação é uma imposição do Estado e o seu pagamento é de caráter obrigatório, daí o termo 'obrigação tributária'.

De acordo com o Código Nacional Tributário (CTN), a obrigação tributária se dá em diversos momentos:

Art. 133 A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração sob a mesma ou razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.

Nesse sentido o objeto da obrigação deve ser uma prestação pecuniária, ou seja, o pagamento em dinheiro. Existem dois tipos de obrigação tributária: a Principal e Acessória descritas ainda no Art. 133. CTN nos incisos abaixo:

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Os três casos referem-se ao objeto da obrigação tributária e a situação necessária para o nascimento do fato gerador.

3 BREVE HISTÓRICO DO ICMS¹¹

O ICMS teve origem na época da ocorrência da Primeira Grande Guerra, que provocou uma revolução na estrutura da tributação, que até então era constituída quase que em sua totalidade por impostos incidentes sobre o patrimônio.

O Brasil foi um dos primeiros países a tributar o consumo, mediante o ‘Imposto sobre Vendas Mercantis’, de competência tributária atribuída aos Estados-Membros.

Em 1934, a Constituição estendeu sua incidência às operações de consignações mercantis. Estava criado, então, o ‘Imposto sobre Vendas e Consignações — IVC’, que passou a ser cobrado a partir de 1936.

A principal característica do IVC era a incidência em cada uma das operações de venda ou de consignação, a chamada ‘incidência em cascata’. Entretanto, constatou-se que essa sistemática de tributação resultava maléfica para o sistema produtivo, já que, se uma mercadoria tivesse um ciclo de produção ou circulação econômica mais longa até a sua chegada ao consumidor final, maior seria a sua tributação, porquanto o IVC incidiria em cada um dos elos da cadeia econômica.

As empresas de menor porte foram as que mais sofreram com esta cobrança do IVC pois por não possuírem estrutura que lhes permitissem a industrialização plena do produto a ser comercializado, ficavam em situação tributária desvantajosa. Ora, um dos balizamentos da tributação é a sua neutralidade e o IVC não conseguia revestir-se da necessária neutralidade, motivo pelo qual, em 1965, com a Reforma Constitucional 18, foi adotado na tributação sobre o consumo o princípio da não-cumulatividade.

Substituiu-se, assim, o IVC pelo ‘Imposto sobre a Circulação de Mercadorias — ICM’, apurado pela confrontação de débitos e créditos, débitos quando da saída de mercadorias e créditos relativos a sua entrada no estabelecimento do contribuinte. Copiou-se, com alterações, o modelo implantado na França, em 1954, quando foi instituída a *taxe surlavaleurajoutée* tributo sobre o valor adicionado, com a observância do princípio da não-cumulatividade, resultado de um estudo, iniciado quase duas décadas antes, em 1936, para aperfeiçoamento da imperfeita tributação sobre o consumo.

O princípio da não-cumulatividade continuou mantido quando da criação do atual ICMS pela Carta Magna de 1988. O ICMS, ‘Imposto sobre Operações relativas à Circulação

¹¹Baseados nos dados retirados de: COSTA, Ana Carolina Dahe. Indústrias podem creditar ICMS pago pelo uso de energia elétrica. **CONSULTOR JURÍDICO**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-05/industrias-podem-creditar-icms-pago-uso-energia>. Acesso em: 12 nov. 2012.

de Mercadorias e sobre as Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação' derivou do anterior ICM. Ao campo de incidência do ICMS, a Constituição Federal de 1988 incorporou os serviços de transporte e comunicação, bem como a incidência sobre energia elétrica, combustíveis, lubrificantes e minerais, os quais eram até então tributados pela União.

Portanto, pode-se definir o ICMS como o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços e que de acordo com a Constituição Federal, na Carta Suprema de 1988 ele está entre os impostos da competência dos Estados e do Distrito Federal e teve o seu âmbito ampliado, passando a abranger também, as prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação.

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.

Estando o mesmo portanto previsto na Carta Magna de 1988, em seu artigo 155 II como já demonstrado acima.

3.1 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A Competência Tributária de acordo com a Constituição Federal corresponde ao poder ou a aptidão dada às pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) para a criação de impostos por meio de leis. Ou seja, os tributos são instituídos pelas pessoas políticas e a CF apenas atribui à competência conforme Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

- I - impostos;
- II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
- III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

No caso do ICMS, como foi dito anteriormente, a sua competência é atribuição dos Estados e do Distrito Federal e sua incidência recai sobre serviços. No caso da incidência sobre os serviços, a Lei Complementar 116/2003 estabelece uma lista discriminatória, Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Essa lei em sua totalidade permite identificar o imposto devido aos diversos tipos de serviço.

3.2 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA: FATO GERADOR

De acordo com o artigo 155 da Constituição Federal citado anteriormente, o ICMS possui incidências sobre a circulação de mercadorias, prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação. A cobrança é definida por lei, e tem como principal fato gerador a circulação de mercadorias. Para que haja Fato Gerador é necessário que a mercadoria saia produtor, circule até chegar ao estabelecimento do consumidor. Em nosso Código Tributário Nacional, o artigo 144 diz que o fato gerador da obrigação principal é aquela situação necessária e suficiente para que ocorra a incidência do tributo.

No caso da energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a reserva de demanda contratada, é algo que chama a atenção pelo fato de que nem sempre haver o consumo da reserva, e para que haja a incidência é necessário que pelo menos o produto chegue até o consumidor. Segundo o entendimento de Pellegrini¹², não há dificuldade em afirmar que a incidência do ICMS sobre a reserva de demanda não é devida, ele afirma que:

[...] o ICMS não incide na denominada Demanda de Reserva ou Contratada, que sob a ótica do erário, incide no momento em que o contrato é realizado entre a empresa concessionária e o contribuinte-consumidor, pretendendo assim que a hipótese de incidência tributária ocorra nesse momento, o que a nosso ver é um erro grosseiro.

Não entrando em detalhes, o autor cita as análises do judiciário e as decisões do Superior Tribunal de Justiça, concluindo que: “[...] a pretensão de tributar o contrato de demanda contratada ou de energia equivaleria a tributar o estoque de uma empresa sem que o produto – energia – seja objeto de circulação econômica e igualmente física (consumo).” Assim dessa forma, pode-se afirmar que só há fato gerador se houver circulação da mercadoria.

¹²PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Demanda de energia elétrica: ICMS.** saída do estabelecimento do consumidor. Site Universo Jurídico, Abril de 2009, Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6204/Demanda_de_Energia_Eletrica_ICMS_Hipoteses_de_Incidencia_Saida_do_Estabelecimento_Consumidor. Acesso em: 03 de nov. 2012.

3.3 BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo do ICMS engloba o valor do produto e todas as despesas da operação para que o ele chegue até as mãos do consumidor. Conforme a Lei Complementar 87/96 em seu artigo 13º existem diferentes tipos de base de cálculo, e o valor do imposto normalmente é determinado pela unidade da federação onde ocorre a operação como define o Art. 13. E seus parágrafos relativos à base de calculo do imposto:

- I – na saída da mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;
- II – na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;
- III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;
- IV – no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12;

No caso da energia elétrica, o calculo do ICMS é baseado no valor da conta, que, para nosso entendimento ao que se refere ao Fato Gerador, esse valor deve corresponder ao efetivo consumo da energia. Conforme Miranda¹³:

[...] a incidência do ICMS, o efetivo consumo da energia, a garantia de potência e de demanda, no caso da energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tornando-se por base de cálculo o valor em decorrência do consumo apurado[...].A prática de calcular o ICMS sob o total da conta, incluindo a demanda contrata sem que haja utilização configura desobediência a lei que regula o fato gerador.

3.4 ALÍQUOTAS

A definição de alíquota conforme o direito tributário corresponde ao valor do tributo que pode ser um valor fixo quando tratar de uma unidade não monetária ou um percentual quando a base de cálculo for um valor econômico. As alíquotas podem ser fixas quando a quantia for igual para todos os contribuintes e variável quando estipulada de acordo com a base de calculo.

Fabrizio C. Landim¹⁴, define o vocábulo latino alíquota:

comoparte, da parcela que se contém no todo um número exato de vezes. Esse deve ser o motivo pelo qual a doutrina insiste em considerá-la como a quota, fração ou parte que o Estado chama para si, do valor dimensível (base de cálculo) manifestado pelo fato jurídico tributário.

¹³MIRANDA, Jose Benedito. **Energia elétrica**: base de cálculo do ICMS. Publicada em: Jun. 2011 no Portal R7. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/19050/energia-eletrica-base-de-calculo-do-icms>. Acesso em: 03 nov. 2012.

¹⁴LANDIM, Fabrizio Caldeira. **Diferencial de alíquotas**. Distrito Federal, ano 2000. Disponível em:http://www.bbcconsultoria.com.br/home/impresao.asp?id_secao=263. Acesso em: 05 nov. 2012.

No caso do ICMS o seu valor varia em cada Estado e no Distrito Federal conforme reza o art. 155, II da CF: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. No entanto, a competência para legislar as alíquotas de acordo com o art. 155, § 2º, IV da CF é do Senado Federal com iniciativa do Presidente da República: IV resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação; V é facultado ao Senado Federal.

3.5 SUJEITOS PASSIVOS¹⁵

Objetivamente o sujeito passivo para o direito tributário é o devedor. Existem dois tipos de sujeitos passivos: o sujeito passivo da obrigação acessória e o sujeito passivo da obrigação principal.

O primeiro corresponde à descrição de Hugo de Brito Machado (2007, p. 126), que:

Considera que o sujeito passivo da obrigação acessória “é a pessoa à qual a legislação tributária atribui deveres diversos do dever de pagar. [...] Qualquer dever diverso do pagamento atribuído pela legislação tributária a qualquer pessoa, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos, é obrigação acessória, na linguagem do Código Tributário Nacional. O segundo se refere ao sujeito cuja a obrigação de pagar o tributo não independe de sua relação com o fato gerador.

Segundo o Código Tributário Nacional, os sujeitos passivos da obrigação acessória e da obrigação principal estão previstos nos Artigos. 121, 122 e 123:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto. Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

¹⁵Os dados desse tópico foram baseados em: CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, Art. 121, 122 e 123. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 05 nov. de 2012.

4 A ENERGIA ELÉTRICA NO DIREITO

A energia elétrica é um bem móvel reconhecido pelo Código Civil, em seu art.83, parágrafo I, que considera bem móvel as energias de valor econômico. Devendo assim ser tratada como produto e como qualquer bem tendo sua comercialização gerenciada, advém daí o fato de sua cobrança de impostos, fiscalização e controle de qualidade do serviço.

Além de ser um bem móvel é também considerada um serviço público essencial. De acordo com a legislação brasileira de 2002, sua produção, transmissão, distribuição comercialização são fiscalizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei 9.427 de dezembro de 1996).

Um ano antes da lei supracitada, foi criada a Lei 8.987 conhecida com Lei de Concessão dos Serviços Públicos em função da reforma dos estados que propiciou nos anos seguintes à criação de órgãos públicos reguladores de serviços essenciais, tais como a ANATEL que tem como compromisso fiscalizar os serviços de telecomunicações bem como a ANEEL.

A ANEEL é um órgão que além de fiscalizar todo processo de produção e comercialização da energia elétrica, tem também a responsabilidade de zelar pela qualidade do serviço, pelo trato isonômico dispensado aos usuários e pelo controle da razoabilidade das tarifas cobradas aos consumidores, preservando, sempre, a viabilidade econômica e financeira dos agentes e da indústria.

Para execução dessas tarefas a ANEEL precisa estabelecer regras, artigos, portarias e conjuntos de leis em concordância com o Código de Defesa do Consumidor voltados aos interesses de usuários, produtores e distribuidoras.

Sendo a energia elétrica um serviço público, reza a Constituição Federal que as empresas prestadoras de serviços públicos deverão preservar no fornecimento desses serviços, os direitos dos usuários e a obrigação de manter um serviço adequado (art 175). Em descumprimento desse propósito, é cabível que se recorra aos meios jurídicos amparados pelas leis e normativas que regem o setor como a exemplo da resolução 24 da ANEEL.

A referida Resolução trouxe em seu bojo, como principal mudança na forma de atuação do trato entre empresa prestadora e seus clientes, é a aplicação de penalidades às concessionárias, tendo os consumidores direito de serem ressarcidos caso haja violação dos padrões de continuidade individuais. Sempre que os indicadores individuais de medida; DIC, FIC ou DMIC apurados estiverem fora de padrão, o consumidor poderá requerer uma indenização, que será transformada em crédito na conta de luz.

Em condições gerais, a ANEEL determina através da Resolução 456, de 29-11-00, que em caso de danos em equipamentos elétricos provocados por eventuais cortes de energia, os consumidores devem ser ressarcidos pelas concessionárias (art. 101: ‘Na utilização do serviço público de energia elétrica, fica assegurado ao consumidor, dentre outros, o direito de receber o ressarcimento dos danos que, porventura, lhe sejam causados em função do serviço concedido’). Para garantir esse direito, cabe ao consumidor procurar à concessionária, e caso não seja atendido, denunciar o caso a ANEEL.

Apesar dos deveres e direitos concedidos pela ANEEL aos fornecedores e consumidores, em alguns casos a reclamação dos consumidores sobre os serviços prestados pelas fornecedoras de energia elétrica, acaba em processo judicial, pois os mesmos não confiam no Órgão regulador e optam por colocar na justiça comum um problema que deveria ser resolvido pela ANEEL. Nesses casos a justiça leva em consideração normalmente o Código de Defesa do Consumidor e não as leis específicas, isto é a lei ordinária criadas para garantir os Direitos tanto do Consumidor quando das Companhias distribuidoras.

4.1 CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA ENERGIA ELÉTRICA

A natureza jurídica dos serviços elétricos permite uma separação da mesma do rol dos serviços públicos essenciais, para o meio jurídico este serviço esta enquadrado na área dos serviços de utilidade pública. Nesse sentido, cumpre aduzir que, em inúmeros momentos, a doutrina tem distinguido os serviços públicos dos serviços de utilidade pública, para, no campo do Direito Administrativo, determinar a essencialidade de uns e a conveniência de outros, a fim, de distinguindo-se assim, dar-lhes um tratamento peculiar e adequado a área do qual o mesmo faz parte de modo a preservar sempre o bem estar público.

Para Urbano¹⁶ (apud MEIRELLES¹⁷) serviços públicos são:

são serviços que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social, e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

¹⁶ URBANO. Fabiano Augusto Rodrigues. **Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=721. Acesso em: 12 nov. 2012.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 10.ed., p. 190.

Pode-se inferir da citação acima, que os serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

No primeiro caso (serviço público), a finalidade da prestação pelo Estado é satisfazer a necessidade geral e essencial da sociedade “para que ela possa subsistir”, enquanto que, no segundo caso (serviço de utilidade pública), o que se pretende é proporcionar mais conforto e bem-estar à coletividade. Nesse sentido, Meirelles¹⁸ assevera que os serviços de utilidade pública, ou também chamados de serviços industriais, são impróprios do Estado, porque consubstanciam atividade que só pode ser explorada em caráter suplementar da iniciativa privada (CF, art. 173), “serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social, e do próprio Estado”.

Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública, são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários¹⁹), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. “São exemplos dessas modalidades, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone”.

Verifica-se, então que, no primeiro caso (serviço público), a finalidade da prestação pelo Estado é satisfazer a necessidade geral e essencial da sociedade “para que ela possa subsistir”, enquanto que, no segundo caso (serviço de utilidade pública), o que se pretende é proporcionar mais conforto e bem-estar à coletividade. Nesse sentido, Hely Lopes

¹⁸MEIRELLES, HelyLopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 319.

¹⁹Autorizatário - pessoa física ou jurídica que obteve, através de processo seletivo, autorização para explorar o serviço de rede de transporte de telecomunicações. Qualidade de quem recebe uma autorização, do poder público para o exercício de determinada atividade.

Meirelles assevera que os serviços de utilidade pública, ou também chamados de serviços industriais, são impróprios do Estado, porque consubstanciam atividade que só pode ser explorada em caráter suplementar da iniciativa privada (CF, art. 173).

Nesta esteira de entendimento, de acordo com Urbano²⁰ (Nelson Schiesari)²¹ classifica tal serviço como ‘serviço de execução indireta’, isto é, “aqueles tidos como não essenciais para sobrevivência do Estado, de caráter social ou econômico, por isto mesmo entregue a particulares, seja pela concessão, especialmente os de caráter industrial ou comercial, seja pela delegação”.

Para Meirelles, o fornecimento de energia elétrica constitui serviço público não essencial, o classificado como serviço *utisinguli* individual, que é aquele que tem usuários determinados e utilização particular e mensurável, para tanto leciona que: “Serviços *utisinguli* são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares.

Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto.

O não pagamento desses serviços por parte do usuário tem suscitado hesitações da jurisprudência sobre a legitimidade da suspensão de seu fornecimento. Há de distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo.

Naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois, se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e água e a limpeza urbana), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo, sendo, entretanto, indispensável aviso prévio.

Ocorre, ainda, que, se o serviço é obrigatório, sua remuneração é por taxa (tributo), e não por tarifa (preço), e a falta de pagamento do tributo não autoriza outras sanções além de sua cobrança executiva com os gravames legais (correção monetária, multa, juros, despesas judiciais)”.

²⁰URBANO. Fabiano Augusto Rodrigues. **Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=721. Acesso em: 12 nov. 2012

²¹SCHIESARI, Nelson. **Direito administrativo**. Ed. Coletânea Atualização Jurídica, 2. ed., p. 179.

Desta feita, o fornecimento de energia elétrica trata-se de serviço de execução indireta ou *utisinguli*, remunerado por tarifa, não essencial, de livre fruição e, logo, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo.

4.2 ATO ADMINISTRATIVO E PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

Os atos administrativos possuem atributos que os distinguem dos atos privados. Por isso antes de começar adentrar na discussão de sua legitimidade, é preciso entender esta diferença. Os administrativistas apontam três atributos: a presunção de legitimidade, a auto-executoriedade e a imperatividade. A doutrina também trata como atributos a tipicidade e a exigibilidade, porém ambos são poucos abordados em concursos públicos.

A presunção de legitimidade, está relacionada a todo ato administrativo que possui uma presunção relativa de que foi editado de acordo com a lei. Por ser uma presunção apenas relativa, cabe provar em contrário. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração (art.37 da CF/88) e é atributo presente em todos os atos administrativos. O ônus da prova para invalidação do ato administrativo é de quem a invoca.

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei, em decorrência desse atributo, presume-se ser legítimo o ato administrativo até atendendo o direito positivo e o interesse coletivo. É presunção, *juris tantum*, ou seja, até que provem o contrário presume-se que o que vem do Poder Público é legítimo²².

Com base no estudo feito a respeito da legitimidade do ato administrativo, pode-se dizer que todo ato emanado do Estado, independente de qual seja sua natureza – presume-se ser legítima, ou seja, em conformidade com a lei. O pressuposto da legitimidade não tem caráter absoluto, cabendo a qualquer interessado, conforme o caso demonstrando o contrário no art. 19, II, CRFB²³.

Mello²⁴ define o conceito de concessão, e ensina que:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

²² SILVA, Giovanna Plessis Ciatelli. **Presunção de legitimidade ou veracidade do ato administrativo**. Disponível em: <http://www.zemoleza.com.br/carreiras/31143-presuncao-de-legitimidade-ou-veracidade-do-ato-administrativo.html#>. Acesso em: 10 nov. 2012.

²³ Id. Ibid.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed.rev. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 622.

Nesse sentido, tem-se que os serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público Concedente. Significa dizer que, “serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão”.

As concessionárias responsáveis pela distribuição e fornecimento de energia elétrica, por força do Contrato de Concessão, receberam da União a atribuição de explorar esse serviço de utilidade pública, para tanto, no exercício de suas funções, as concessionárias dispõem, mediante a transferência de competência, de parcela dos poderes públicos, consubstanciada na prática de atos administrativos.

Vale salientar aqui a posição de Mello²⁵ quando afirma:

existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza e maneja, na verdade, deveres-poderes, no interesse alheio.

Desta forma, as concessionárias, objetivando exercer plenamente as suas funções, praticam atos administrativos. Esta assertiva se reforça quando constatasse que esses atos são passíveis de impugnação por meio do mandado de segurança, porquanto revestidos dos atributos de atos administrativos. Nesse sentido, pedimos vênias para trazer à lembrança, que o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 510, nos seguintes termos: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ele cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Ainda a propósito, todas as divergências jurisprudenciais que reinavam sobre a equiparação dos atos praticados pelas concessionárias quando do exercício de competência delegada aos atos administrativos, encontram-se hoje superadas, vez que o Colendo Superior Tribunal de Justiça admite que esses atos são passíveis de impugnação por mandado de segurança, conforme se verifica na decisão proferida no REsp nº 84.082.

Assim, com o objetivo de clarear ainda mais a questão, cumpre, neste instante, trazer à colação, mais uma vez, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que conceitua o ato administrativo como sendo:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

²⁵ Id. Ibid. p. 624.

Logo, resta nítido que o ato administrativo é toda manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas. Ademais, oportuno se torna dizer que todo ato administrativo é dotado de atributos, que lhe são peculiares, tais como, a presunção de legitimidade, porque se presume legal a atividade administrativa, por conta da inteira submissão ao princípio da legalidade; auto-executoriedade, uma vez que será executado, quando necessário e possível.

Ainda que sem o consentimento do seu destinatário; imperatividade, ante a inevitabilidade de sua execução, porquanto reúne sempre poder de coercibilidade para aqueles a que se destina. Nesta esteira, os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Vale ressaltar, que essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.

Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. A presunção de legitimidade dos atos administrativos, portanto, não significa um valor absoluto, tanto que se qualifica como presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário.

Todavia, qualquer irregularidade ou invocação de nulidade deve ser necessariamente alegada e provada em juízo. Para Celso Ribeiro Bastos, a presunção de legitimidade é:

A qualidade de se presumirem válidos os atos administrativos até prova em contrário, é dizer, enquanto não seja declarada a sua nulidade por autoridade competente. Há, pois, uma presunção *juris tantum* de que o ato foi editado conforme o direito, ou seja, com observância das normas que regulam a sua produção. É que o Estado tem a seu favor a presunção legal de que sua atividade é legítima.

Diante disto, outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuida-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, incumbindo a prova do defeito apontado ao impugnante, do que resulta que, até sua anulação o ato terá plena eficácia. Isso porque, conforme Mello²⁶, a “presunção de legitimidade é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade”.

²⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

4.3 TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE²⁷

Dentre os muitos fatos que lhe são peculiares, as regras do direito juridicizam os fatos sociais, também chamados de eventos, fazendo irromper relações jurídicas, no seio das quais aparecem os direitos subjetivos e os deveres correlatos.

O Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI é um instrumento legal, previsto no artigo 72, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL, que tem por finalidade formalizar a constatação de qualquer irregularidade encontrada nas unidades de consumo dos usuários de energia elétrica, que proporcione faturamento inferior ao real. Para tanto, este ato administrativo pormenoriza todos os dados do titular e da unidade consumidora irregular, bem como a irregularidade constatada.

Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências: I - emitir o 'Termo de Ocorrência de Irregularidade', em formulário próprio, contemplando as informações necessárias ao registro da irregularidade, tais como:[...]

.....
IV - proceder à revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos art. 73, 74 e 90:

- a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;
- b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade;
- c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou das demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

Desta forma, o Termo de Ocorrência de Irregularidade, se apresenta como um veículo introdutor de uma norma individual e concreta que tem, no suposto, a descrição de um delito e, no conseqüente, a instituição de um liame jurídico sancionatório, cujo conteúdo da obrigação é um valor pecuniário, representado por uma multa administrativa, apurada por meio de um dos parâmetros pré-estabelecidos pelo artigo 72, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL, podendo ser acrescido de um custo administrativo, artigo 73, sem prejuízo da

²⁷Baseado nos dados retirados de: URBANO, Fabiano Augusto Rodrigues. **Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2425/Termo-de-Ocorrencia-de-Irregularidade-TOI>. Acesso em: 21 nov. 2012.

suspensão do fornecimento de energia elétrica para o usuário irregular, artigo 90, da mesma Resolução.

Como decorrência da irregularidade prevista hipoteticamente no artigo 72, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL (norma geral e abstrata), instala-se o fato (norma individual e concreta), constituído pela linguagem competente (Termo de Ocorrência de Irregularidade), irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja o vínculo abstrato, mediante o qual a concessionária, na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir do usuário, chamado de sujeito passivo, o cumprimento de determinada obrigação (sanção), especificada nos artigos 72 e seguintes da referida Resolução, ao passo que o usuário ficará na contingência de cumpri-la.

Com supedâneo em tais considerações, podemos dizer que o Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) é o ato administrativo que consubstancia a aplicação de uma providência sancionatória a quem, tendo violado preceito de conduta obrigatória, realizou evento inscrito na lei como ilícito administrativo.

Trata-se, deste modo, de ato administrativo punitivo, que, segundo Hely Lopes Meirelles, “são os que contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos”. Visando punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos administrados ou usuários perante a administração pública ou quem lhe faça às vezes.

Vê-se, então, que a matéria semântica do antecedente das regras sancionatórias alude a um evento caracterizado, sempre, pelo desatendimento de um dever. É o modelo iterativo dos antessupostos de normas sancionatórias. Daí mencionar-se o fato assim composto como delito, infração, ilícito.

4.4 ESTÁGIOS DA FUNÇÃO ELÉTRICA

A energia elétrica é uma forma de energia baseada na geração de diferenças de potencialelétrico entre dois pontos, que permitem estabelecer uma corrente elétrica entre ambos. Mediante a transformação adequada é possível obter que tal energia mostre-se em outras formas finais de uso direto, em forma de luz, movimento ou calor, segundo os elementos da conservação da energia.

A energia elétrica é uma das formas de energia que a humanidade mais utiliza na atualidade, graças a sua facilidade de transporte, baixo índice de perda energética durante

conversões. Ela é obtida principalmente através de termoelétricas, usinas hidrelétricas, usinas eólicas e usinas termonucleares.

➤ **Geração de eletricidade**

A geração de energia elétrica ocorre ao se levar a termo diferentes tecnologias. As principais aproveitam um movimento rotatório para gerar corrente alternada em um alternador. O movimento rotatório pode provir de uma fonte de energia mecânica direta, como a corrente de uma queda d'água ou o vento, ou de um ciclo termodinâmico.

Em um ciclo termodinâmico se esquentam um fluido e se consegue com que realize um circuito no qual move um motor ou uma turbina. O calor deste processo se obtém mediante a queima de combustíveis fósseis, as reações nucleares ou outros processos, como o calor proveniente do interior da Terra ou o calor do Sol.

A geração de energia elétrica é uma atividade humana básica já que está diretamente relacionada com os requerimentos primários da humanidade. Todas as formas de utilização das fontes de energia, tanto as convencionais como as denominadas alternativas ou não convencionais, agredem em maior ou menor medida o nosso meio ambiente.

➤ **Transporte de energia elétrica**

É o segmento responsável pelo transporte de energia elétrica desde as unidades de geração até os grandes centros de consumo. A atividade também pode ser dividida em operação e expansão. Exemplos: Cabos e outros condutores. Que formam as linhas de transmissão.

➤ **Distribuição de energia elétrica**

A rede de distribuição de energia elétrica é um segmento do sistema elétrico, composto pelas redes elétricas primárias (redes de distribuição de média tensão), e redes secundárias (redes de distribuição de baixa tensão), cuja construção, manutenção e operação é responsabilidade das companhias distribuidoras de eletricidade.

As redes de distribuição primárias, são circuitos elétricos trifásicos a três fios (três fases), ligados nas subestações de distribuição, normalmente são construídas nas classes de tensão 15 KV, 23 KV, ou 34,5 KV. Nestas classes de tensão, as tensões nominais de operação

poderão ser 11 KV, 12,6 KV, 13,2 KV, 13,8 KV , 21 KV, 23 KV, 33 KV, 34,5 KV . Os níveis de tensão 13.8 KV e 34.5 KV são padronizados pela legislação vigente, os demais níveis existem e continuam operando normalmente.

Nas redes de distribuição primárias, estão instalados os transformadores de distribuição, fixados em postes, cuja função é rebaixar o nível de tensão primário para o nível de tensão secundário(por exemplo,para rebaixar de 13,8 KV para 220 volts) As redes de distribuição secundárias são circuitos elétricos trifásicos a quatro fios (três fases e neutro) normalmente operam nas tensões (fase-fase/fase-neutro) 230/115 volts, 220/127 volts, 380/220 volts. Nestas redes estão ligados os consumidores, que são residências, padarias, lojas, etc, e também as luminárias da iluminação pública.

Estas redes atendem os grandes centros de consumo (população, grandes indústria, etc.) Os estabelecimentos grandes como prédios, lojas e mercados consomem mais eletricidade, e necessitam de transformadores individuais de 75 kva, 112,5 kva, 150 kva. Em alguns casos, a tensão de fornecimento é 380/220 volts ou 440/254 volts.

Todo o sistema de distribuição é protegido por um sistema composto por disjuntores automáticos nas subestações onde estão ligadas as redes primárias, e com chave fusível nos transformadores de distribuição, que em caso de curto-circuito desligam a rede elétrica

➤ Meios de produção

A eletricidade pode ser produzida em grandes quantidades a partir de diversas fontes. Segue-se uma tabela que indica diversas origens e fontes de energia, o equipamento utilizado para a produção, e alguns links adicionais relacionados. (ver tabela 1, p. 38)

Tabela 1 –Diversas origens e fontes de energia, equipamentos utilizados para a sua produção

ORIGEM	FONTES	EQUIPAMENTOS	VEJA TAMBÉM
CALOR	Reação nuclear	Central nuclear	Energia nuclear, Lixo nuclear
	Nascentes hidrotermais	Central geotérmica	Energia geotérmica
	Nascentes hidrotermais	Central geotérmica	Energia geotérmica
	Queima de resíduos	Incinerador	Central de biomassa, reciclagem
LUZ	Queima de outros tipos de combustível	Central termoelétrica	Carvão, efeito de estufa
	Sol	Célula fotoelétrica	Fotovoltaica, energia solar, painel solar, painel fotovoltaico
	Vento	Aerogerador	Energia eólica, central eólica
MOVIMENTO	Motor	Gerador	Energia mecânica, energia cinética, movimento perpétuo
	Ondas do mar	Central talassomotriz	Energia maremotriz
PESO	Maré	Central talassomotriz	Gravidade, energia potencial gravítica, usina maremotriz.
	Água dos rios	Turbina hidráulica	Central hidroelétrica, barragem, PCH ou mini-hídrica
QUÍMICA	Reações químicas	Célula electrolítica	Pilha, Alessandro Volta, oxidação/redução, química física

Fonte: <http://gilmar-energizar.blogspot.com.br/2011/12/meios-de-producao.html>²⁸

4.5 ESTRUTURA ATUAL DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA

No Ambiente de Contratação Regulada – ACR, os Agentes de Distribuição, através de leilões públicos promovidos pelo Poder Concedente (Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL) e operacionalizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, adquirem a energia elétrica para atender seu mercado (consumidores cativos). No Ambiente de Contratação Livre – ACL, os Agentes geradores, produtores independente de energia, auto-produtores, comercializadores e importadores de energia negociam livremente com consumidores livres e especiais, a contratação de energia elétrica por meio de contratos bilaterais.

²⁸ENERGIZAR. Disponível em: <http://gilmar-energizar.blogspot.com.br/2011/12/meios-de-producao.html>. Acesso em: 20 nov. 2012.

O Mercado Livre é um ambiente de negociação, onde consumidores “livres” podem comprar energia alternativamente ao suprimento da concessionária local. Neste ambiente o consumidor negocia o preço da sua energia diretamente com os agentes geradores e comercializadores. Desta forma, o cliente livre pode escolher qual será o seu fornecedor de energia.

➤ **Benefícios do Mercado Livre**

- Liberdade na negociação diretamente com o fornecedor de energia;
- Possibilidade de adequação da compra de energia ao processo produtivo;
- Previsão orçamentária;
- Gerenciamento da energia elétrica como ‘matéria prima’;
- Preços mais competitivos (redução do custo entre 10% e 30%);
- Poder de alocação da energia entre unidades industriais.

A lei 9.074 criou o Produtor Independente de Energia, PIE, e o conceito de consumidor livre, em julho de 1995. Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia.

As principais conclusões do projeto foram a necessidade de implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, ou seja, dividi-las nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, incentivar a competição nos segmentos de geração e comercialização, e manter sob regulação os setores de distribuição e transmissão de energia elétrica, considerados como monopólios naturais, sob regulação do Estado.

Foi também identificada a necessidade de criação de um órgão regulador (a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL), de um operador para o sistema elétrico nacional (Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS) e de um ambiente para a realização das transações de compra e venda de energia elétrica (o Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE).

Concluído em agosto de 1998, o Projeto RE-SEB definiu a estrutura conceitual e institucional do modelo a ser implantado no Setor Elétrico Brasileiro. Durante os anos de 2003 e 2004 o Governo Federal lançou as bases de um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, sustentado pelas Leis nº 10.847 e 10.848 e pelo Decreto nº 5.163.

Este novo modelo definiu a criação de uma instituição responsável pelo planeamento do setor elétrico a longo prazo (a Empresa de Pesquisa Energética - EPE), uma instituição com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica (Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE) e uma instituição para dar continuidade às atividades do MAE, relativas à comercialização de energia elétrica no sistema interligado a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Em relação à comercialização de energia, foram instituídos dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia, o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam Agentes de Geração e de Distribuição de energia elétrica, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), do qual participam Agentes de Geração, Comercialização, Importadores e Exportadores de energia, e Consumidores Livres.

4.6 CONSUMIDOR: DEFINIÇÕES²⁹

A lei Lei n.º 24/96 de 31 de Julho³⁰ define consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise à obtenção de benefícios. Esta lei também os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Portanto, do ponto de vista da prestação de serviços considerados essenciais (água, luz, telefone, gás e energia), pode-se definir consumidor como qualquer pessoa física ou jurídica que solicite à distribuidora a qual se pretende conectar, o fornecimento desses serviços, no caso específico deste trabalho o fornecimento de energia elétrica, e assuma a responsabilidade pelo pagamento das faturas e demais obrigações fixadas em regulamentos pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

²⁹Baseado em: NORAT, Markus Samuel Leite. **O conceito de consumidor no direito**: uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9473. Acesso em: 20 nov. 2012.

³⁰ Ver LEI DO CONSUMIDOR n.º 24/96 de 31 de Julho. Atualizada até ao DL 67/2003 de 8 de Abril, a que chamamos Lei do Consumidor 2003. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Revoga a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto. Disponível em: http://www.acra.pt/_pdf/LEI_DO_CONSUMIDOR.pdf. Acesso em: 02 set. 2012.

O mercado atual é dividido entre consumidores livres, que têm o direito de escolher seu fornecedor, e consumidores cativos, que estão vinculados à distribuidora a qual estão conectados.

➤ Consumidor Livre

De acordo com a legislação, consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas na Lei nº 9.074/1995.

➤ Consumidor Especial

Conforme disposto na Resolução nº 247/2006 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o consumidor especial é o ‘consumidor responsável por unidade consumidora ou conjunto de unidades consumidoras do Grupo ‘A’, integrante(s) do mesmo submercado no SIN, reunidas por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW.

Tabela 2 –Classificação da condição do consumidor relativo ao consumo de energia

CONDIÇÃO CARGA (kW)	MIGRAÇÃO		MERCADO LIVRE	
	CONEXÃO	INSTALAÇÃO	CONDIÇÃO	FONTE DE ENERGIA
< 500	Grupo “A”		CATIVO	Distribuidora local
> 500	Grupo “A”		ESPECIAL ³¹	Fonte incentivada
> 3.000	> 69 kW	Anterior a 07/07/1995	LIVRE ³²	Fonte convencional
> 3.000	Qualquer	Posterior a 07/07/1995	LIVRE	Fonte incentivada Fonte convencional fonte incentivada

Fonte: <http://novoportal.celesc.com.br/portal/index.php/celesc-geracao/comercializacao/o-mercado-de-energia> acesso em 07/11/2012.

³¹Uma vez que um consumidor ESPECIAL tenha optado por migrar para o Ambiente de Contratação Livre - ACL, este poderá retornar ao Ambiente de Contratação Regulada – ACR, desde que notifique a Distribuidora a qual está conectado, com 180 dias de antecedência ou em menor prazo, a critério da Distribuidora.

³²Uma vez que um consumidor LIVRE tenha optado por migrar para o Ambiente de Contratação Livre - ACL, este poderá retornar ao Ambiente de Contratação Regulada – ACR, desde que notifique a Distribuidora a qual está conectado, com 5 anos de antecedência ou em menor prazo, a critério da Distribuidora.

5 INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

Sendo o Brasil um país privilegiado em recursos hídricos, principal meio de produção de energia elétrica, em relação a outros países, é difícil justificar uma carga tributária tão alta. De acordo com a Sueli Angarita³³(consultora tributaria) os 14 encargos correspondentes a 17% da conta de energia elétrica das empresas e a alíquota média de tributos federais e estaduais (PIS, COFINS e ICMS respectivamente) podem chegar a 39,25%. Com destinações diversas e muitas vezes sobrepostas a exemplo do ICMS que apresenta alíquotas diferentes entre os estados e não possui destinação específica embora obrigatoriamente deva ser destinado para benfeitorias de bem comum como construção de escolas, e financiamento da educação.

Ao que se refere ao credito do ICMS sobre as faturas de energia elétrica é a edição da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica que tratou, dentre outras coisas, da conceituação de demanda contratada e demanda nos incisos IX e X do art. 2º:

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

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

Frente a esse contexto, as concessionárias de energia elétrica têm dois procedimentos distintos para procederem à cobrança da energia consumida. O primeiro quanto ao consumo (R\$/KWh), onde é faturado o valor total da energia consumida dentro do ciclo de leitura discriminado na fatura de energia, e o segundo (R\$/MW) onde é faturado o maior valor entre a Demanda Contratada e a Demanda Registrada e é neste caso que existe um ponto a destacar. Ponto esse, enfoque dessa pesquisa, em que a incidência do ICMS, de acordo com a lei que garante essa tributação, deve incidir apenas para produtos em circulação. No caso da reserva de demanda a mercadoria em questão refere-se ao percentual de energia elétrica disponível que pode ser usado ou não pela empresa que a contratou. A cobrança do ICMS sobre 'estoque' de energia não utilizada fere a legalidade já que não houve consumo ou circulação do produto.

³³PORTAL TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS e ICMS. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Para os consumidores de energia elétrica, através da Demanda Contratada, que são as Indústrias e grandes empresas de diversos seguimentos estão pagando o imposto sem o seu efetivo consumo, uma vez que o ICMS somente deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida (sobre os KWs registrados) e não sobre o valor da Demanda Contratada, posto que, neste caso, não ocorreu a hipótese de incidência prevista em lei para a exigência do tributo, e de acordo com a sumula 391 do STJ.

Vale salientar que o crédito sobre o consumo de energia abrange apenas as empresas que não optaram pelo recolhimento simplificado do ICMS, isso vale para qualquer um dos casos citados acima. Não é passível ter o crédito sobre o consumo de energia relacionado ao prédio em que estão localizadas as áreas de administração e vendas, restringindo-se apenas para o os setores industriais.

5.1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA³⁴

Segundo Reinaldo Luiz Lunelli³⁵, a incidência do ICMS sobre a conta de energia elétrica para o consumidor empresarial foi regida pela Lei Complementar 87/1996 que permitia o crédito integral do ICMS destacado nas faturas de energia elétrica, até 31 de Dezembro de 2000, quando entrou em vigor a nova Lei Complementar 102/2000, a partir desta data com base no novo texto legal, a utilização do crédito de ICMS restringiu-se a três hipóteses:

1. quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
2. quando consumida no processo de industrialização;
3. quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Não abrangendo todas as hipóteses de incidência, fica procrastinado a Lei Complementar 138/2010 prevista para 1º de Janeiro de 2020. Para as demais hipóteses a utilização do crédito do ICMS. No contexto atual, há margem para os processos sejam regidos ainda pela lei antiga e confusão no julgamento das causas, já que os juízes podem também se basearem também pelas súmulas do STJ, que veremos no próximo capítulo.

³⁴CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 155. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/constituicao/federal/constfedtitulovi.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

³⁵LUNELLI, Reinaldo Luiz. **Crédito de ICMS sobre energia elétrica**. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/artigos/creditoicmsenergia.htm>. Acesso em: 21 nov. 2012.

Segundo orientação jurídica, para terem o direito de ter o crédito do ICMS destacado a conta de energia, as empresas industriais, devem confeccionar um Laudo Técnico emitido por um perito para quantificar a energia elétrica consumida nos setores de industrialização, porém as demais dependências administrativas da empresa não somam nessa quantificação.

Frente à nova lei, é possível buscar a retroatividade do crédito no período dos últimos 05 (cinco) anos e os valores apurados poderão ser compensados com débitos vincendos do ICMS, atentando-se às normas do regulamento estadual do Estado onde estiver situado o estabelecimento, que na maioria das vezes se faz necessário processo judicial para ter o pedido atendido.

Como já se foi dito, a incidência do ICMS sobre a reserva de demanda de energia elétrica se faz conforme contrato de demanda. Para o entendimento dos especialistas essa incidência não é devida não só pela lei que regula o imposto, mas também pela decisão tomada na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que aprovou em setembro de 2009 uma nova súmula acerca da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre energia elétrica.

O novo verbete dispõe: “391 - O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Reforçando o argumento frente ao poder judiciário sobre a prática indevida de tributação da reserva de demanda não utilizada. Discussão que interessa aos grandes consumidores de energia elétrica.

O limite da incidência de ICMS sobre a demanda contratada de potência de energia elétrica também é pode ser definido pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008). Em Primeira Seção no julgamento de um recurso especial, ocorrido em março de 2009. Em decisão majoritária, os ministros concluíram ser legítima a cobrança do imposto somente sobre a demanda reservada de potência efetivamente consumida. Apesar da redefinição da Lei dos Recursos Repetitivos, outras discussões se seguem.

De acordo com Emílio Sabatovski³⁶ em sua publicação para site Legjur.com, o ministro Teori Zavascki que foi relator do recurso na primeira seção justificou o seu voto desfavorável a cobrança do ICMS sobre a reserva de demanda apontando as características dos grandes consumidores de energia elétrica e a diferença de cobrança entre os consumidores

³⁶SABATOWSKI, Emílio. **STJ. 1ª Seção. Nova Súmula 391/STJ. Tributário. ICMS. Incidência sobre energia elétrica**. Publicado em 02 nov. 2009. Disponível em: <http://www.legjur.com/noticias/847/stj-1-secao-nova-sumula-391stj-tributario-icms-incidencia-sobre-energia-eletrica>. Acesso em: 01 nov. 2012.

comuns: que a tarifa de grandes consumidores, como as indústrias, diferentemente da tarifa cobrada dos consumidores comuns, é formada por dois elementos, por isso chamada binômia: o consumo e a demanda de potência. O consumo refere-se ao que é efetivamente consumido e é medido em kw/h (kilowatts/hora). A demanda de potência refere-se à garantia de utilização do fluxo de energia e é medida em kilowatts. Diz respeito ao perfil do consumidor e visa dar confiabilidade e segurança ao fornecimento de energia para os grandes consumidores, que têm exigência diferenciada de qualidade de serviço. A demanda de potência é estabelecida em contrato com a distribuidora”. (SABATOVSTKI, 02/10/2009).³⁷

Ainda o ministro afirma que a decisão do STJ na súmula 391 não afeta a política tarifária, uma vez que a cobrança do ICMS prevista por lei não se encaixava na política aplicada até então onde a incidência do imposto estaria sendo indevidamente cobrada por um produto em não circulação, que é o caso da reserva de demanda. E, portanto, se faz justo tanto a decisão do STJ, quanto a decisão em primeira instância da lei dos Recursos Repetitivos.

5.1.1 Controvérsias sobre a imunidade intraestadual

A tributação da energia elétrica pelo ICMS se restringe às operações destinadas à industrialização e comercialização, e apesar de termos um sistema elétrico nacional interligado, a cobrança do imposto não atinge as operações realizadas entre os estados como prevê o art. 155, II da Constituição Federal:

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;
Ainda nesse artigo, a não incidência do ICMS recai conforme § 2º item X,:
.....
b) sobre operações que destinem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

Em 1996 foi aprovada a Lei complementar nº 87/96 para o art. 155 da C.F que acabou restringindo a questão da imunidade definindo a não incidência do imposto conforme o art. 3º, II:

operações interestaduais relativas à energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;
Essa lei complementar também estabelece a incidência em inciso III, 1º do art. 2º:
III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de

³⁷ Id. Ibid.

operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

A função de uma lei complementar é de explicar e esclarecer o que estava implícito na Lei suprema e em nenhum momento causar alteração no que foi estabelecido anteriormente. Nesse sentido, Martins³⁸ entende que a lei complementar 87/96 causou profundas alterações na lei suprema:

Nitidamente a lei complementar mutilou o texto constitucional, reduzindo a imunidade constitucionalmente concedida de forma ampla a todas as operações - inclusive as não destinadas à comercialização e industrialização - com o que alterou o preceito constitucional, amputando o espectro da desoneração desejado pela lei suprema e tornando-a menor do que a ofertada pelo constituinte.

Para Carrazza(2003, p. 201),o art. 155 que se refere à imunidade é suficiente e dispensa a necessidade de uma lei complementar e qualquer tipo de distinção agregada configuraria uma modificação ilegítima da Constituição.

5.1.2 Base de cálculo

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

As decisões dos ministros e do STJ trouxeram uma nova perspectiva para a aplicação da tributação. Apesar de todo o entendimento, a aplicação da lei, seja ela retroativa ou não, três anos após esse julgamento, atualmente só é possível conseguir a revisão e restituição do crédito do ICMS sobre meio judicial.

O tema em questão também rendeu controvérsias no mesmo julgamento, acompanharam o voto do relator os ministros Eliana Calmon, Denise Arruda, Herman Benjamin e Mauro Campbell. Apesar da definição no recurso repetitivo, diversos precedentes corroboram essa tese, entre eles um da Primeira Turma (Resp. 222.810) julgado em 2000,

³⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A hipótese de imposição do ICMS na operações com energia elétrica: peculiaridades nas operações interestaduais.** Teresina, 2001. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/16455/a-hipotese-de-imposicao-do-icms-nas-operacoes-com-energia-eletrica>. Acesso em: 05 set. 2012.

segundo o qual o ICMS nesses casos deve incidir sobre o total efetivamente pago pelo contribuinte.

O relator desse recurso, ministro José Delgado, salientou o fato de não haver lei determinando a reserva de demanda como fato gerador do imposto e, conseqüentemente, como base de cálculo o valor correspondente a esse tipo de negócio. Para o ministro, “a só formalização desse tipo de contrato de compra e fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Opinião que configura a âncora dogmática no julgamento final do recurso.

Vale salientar que a Primeira Seção era formada por duas turmas, mas que possuem precedentes nessa mesma linha, não sendo efetivamente a única seção a tratar do assunto, nem mesmo a primeira. A exemplo, a ministra Eliana Calmon, que relatou o projeto desta súmula, também foi relatora do recurso (Resp. 343.952) de uma empresa de celulose julgado em 2003 e teve o mesmo entendimento do ministro Delgado:

A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente a operações anteriores e posteriores na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor. Conforme concluiu a ministra, Conforme concluiu a ministra, o ICMS só incide sobre a mercadoria transferida, naturalmente não incidindo sobre o que não circulou e não se transferiu. Para ela, como a empresa compradora não recebe a energia da reserva, apenas paga para mantê-la reservada, o imposto não pode ser exigido. (Resp. 960.476; Resp. 222.810; Resp. 647.553; Resp. 343.952).

Vislumbra-se, que o ICMS só é devido sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Não sendo fato gerador do imposto a simples formalização do contrato de fornecimento de energia elétrica por reserva demanda. Para que haja incidência de ICMS é necessário que a energia ‘circule’ e isso só ocorre no momento em que ela é efetivamente consumida, A não incidência deverá ser declarada pelo Poder Judiciário, através de ação judicial própria, que importa em uma redução significativa da carga tributária do consumidor.

5.1.3 Crédito de ICMS sobre energia elétrica

A Lei Complementar 87/1996 permitia que as empresas comerciais e industriais utilizassem o crédito integral do ICMS destacado nas faturas de energia elétrica, no entanto, sua vigência foi até 31 de dezembro de 2000 e a partir desta data, passou a vigorar a Lei Complementar 102/2000. Com este texto legal em vigor, a utilização do crédito de ICMS restringiu-se a 3 hipóteses: quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; quando

consumida no processo de industrialização; quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Para as demais hipóteses a utilização do crédito vem sendo constantemente postergada e atualmente a previsão é a de que seja possível a partir de 1º de janeiro de 2020, conforme determina a Lei Complementar 138/2010. Assim, as empresas industriais que queiram se creditar do ICMS destacado nas notas fiscais de energia elétrica terá que confeccionar um Laudo Técnico emitido por um perito para quantificar a energia elétrica consumida nos setores de industrialização. É possível buscar a retroatividade do crédito no período dos últimos 05 (cinco) anos e os valores apurados poderão ser compensados com débitos vincendos do ICMS, atentando-se às normas do regulamento estadual do Estado onde estiver situado o estabelecimento.

Outro fato importante que se refere ao crédito de ICMS sobre as faturas de energia elétrica é a edição da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, da Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica que tratou, dentre outras coisas, da demanda contratada. As concessionárias de energia elétrica têm dois procedimentos distintos para procederem à cobrança da energia consumida. O primeiro quanto ao consumo (R\$/KWh), onde é faturado o valor total da energia consumida dentro do ciclo de leitura discriminado na fatura de energia, e o segundo (R\$/MW) onde é faturado o maior valor entre a Demanda Contratada e a Demanda Registrada e é neste caso que existe um ponto a destacar.

O fato é que os consumidores de energia elétrica, através da Demanda Contratada, estão pagando o imposto sem o seu efetivo consumo, vez que o ICMS somente deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida (sobre os KWs registrados) e não sobre o valor da Demanda Contratada, posto que, neste caso, não ocorreu a hipótese de incidência prevista em lei para a exigência do tributo. É importante salientar que em qualquer um dos casos relatados, não é passível de crédito o consumo de energia relacionado ao prédio em que estão localizadas as áreas de administração e vendas e ainda que o direito ao crédito é dado somente às empresas que não optaram pelo recolhimento simplificado do ICMS.

5.2 O CASO DA DEMANDA CONTRATADA DE POTENCIA³⁹

No ano de 2009, o STJ pacificou a questão em favor dos Fiscos estaduais Súmula 391. O ICMS incide sobre a tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada⁴⁰, mas pende de julgamento no STF o RE nº 593.824/SC, com repercussão geral reconhecida.

Numa primeira fase, que durou de 2000 a 2009, definiu-se erroneamente a demanda contratada como uma quantidade de energia que os grandes consumidores sujeitos à tarifa binomial de energia elétrica, composta de energia consumida e demanda contratada adquiriam antecipadamente, e que poderiam ou não vir a utilizar, a depender de suas necessidades.

Diante desse fato, consolidou-se a orientação primitiva do STJ no sentido de que tal parcela da tarifa binomial não deve ser onerada pelo ICMS. Fundou-se essa jurisprudência na noção juridicamente correta de que o mero contrato de compra e venda não basta para transferir a propriedade do bem, o que só ocorre com a tradição. Por isso, é esta e não aquele que define a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Com apoio na legislação regulatória do setor elétrico (Resolução nº 456/2000 da ANEEL), as Fazendas estaduais trouxeram o tema novamente à baila, demonstrando que demanda contratada de potência não é uma reserva de quantidade de energia, mas sim a remuneração da infraestrutura necessária à sua transmissão/distribuição. Com efeito, energia consumida é a quantidade de energia elétrica, expressa em kWh, absorvida por um consumidor a cada mês. Por seu turno, a potência, expressa em kW, é a relação dessa quantidade de energia por unidade de tempo.

Sendo assim, uma indústria que tenha uma máquina ligada 24h por dia tem o mesmo consumo de outra que tenha 48 máquinas idênticas ligadas apenas meia hora por dia. A demanda de potência, entretanto, será diversa, visto que a mesma quantidade de energia terá de ser entregue em período muito mais curto. E por isso, é notório que a primeira basta uma infraestrutura de transmissão mais modesta, ao passo que a alimentação da segunda exige cabos de bitola mais larga, transformadores mais resistentes, etc., de sorte a evitar o colapso do sistema.

³⁹Os dados deste tópico foram baseados no artigo de: SANTIAGO, Igor Mauler. O ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. **Revista Consultor Jurídico**, 9 maio 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/consultor-tributario-polemica-icms-energia-eletrica#autores> Acesso em 17 nov. 2012.

⁴⁰O *leading case* que conduziu à edição da súmula foi o Resp. nº 960.476/SC (1ª Seção, Rel. para o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 13.05.2009), comentado adiante no texto.

Vislumbra-se que, para os pequenos consumidores, a demanda de potência é reduzida, de sorte que não há necessidade de contratação à parte de uma infraestrutura de transmissão especial. O custo da transmissão vem diluído no preço da energia, dando lugar à chamada tarifa monômnia de energia elétrica (composta de uma só parcela). Já para os grandes consumidores, a potência necessária pode chegar a níveis elevadíssimos e, ademais, muito díspares de um para outro. É justo, portanto, que cada suporte o custo da infraestrutura cuja instalação exige, o que se faz por meio da demanda reservada cuja legalidade já foi atestada pelo STJ⁴¹.

Porém, reconhecê-lo não acarreta a conclusão imediata de que esta parcela da tarifa binomial deva submeter-se ao ICMS, o que só ocorrerá se corresponder ao preço de mercadoria ou de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, pois estes são os únicos fatos geradores do imposto, segundo a Constituição. De serviço de transporte ou de comunicação claramente não se trata. Nem de contraprestação por operação de circulação de mercadoria, já que a energia consumida é cobrada em separado pela outra parcela da tarifa binomial, e que a infraestrutura custeada pela demanda reservada pertence e continuará a pertencer à concessionária, não havendo que se falar-se em alienação tributável.

Tampouco há falar em serviço de qualquer natureza não incluído na lista do ISS (CF, art. 155, § 2º, IX, *b*), pois se trata de simples direito de utilização da infraestrutura de transmissão/distribuição de energia, não havendo da parte da concessionária qualquer atividade consistente num *facere* que pudesse justificar a qualificação como serviço. Sobre a valia do conceito civil de *serviço* para a delimitação da competência tributária dos Municípios já se pronunciou o STF no RE nº 116.121/SP.

A tese dos Estados é a de que a demanda reservada se incluiria no valor da operação de fornecimento da energia (base de cálculo do ICMS), visto que este não se faz sem recurso aos equipamentos por aquela custeados. E por isso, a conclusão obtida por meio de raciocínio econômico, não tem as consequências jurídicas, nomeadamente tributárias, que se lhe deseja atribuir.

Primeiro porque formas diversas de contratar uma mesma utilidade podem atrair regimes tributários diferentes, uns mais e outros menos favoráveis a certo Fisco. Pense-se no fornecimento de refeições por hotéis. Se estas estiverem incluídas nas diárias, se sujeita o seu valor ao ISS, a teor do item 9.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Do contrário, se sujeita ao ICMS, na forma do art. 2º, I, da Lei Complementar nº 87/96.

⁴¹ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp.nº 1.089.062/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 22.09.2009.

E depois porque a forma de remuneração das concessionárias de energia elétrica pelos grandes consumidores não é opcional (como no exemplo acima), mas atende à legislação regulatória, que determina que a energia consumida e a demanda reservada sejam cobradas em separado. Assim, sequer de planejamento tributário se pode falar. Na verdade, a inclusão pelos Estados da demanda contratada na base de cálculo do ICMS, considerando como preço da energia o que a lei federal tratou em separado, constitui usurpação da competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica (CF, art. 22, IV).

Data venha, prova adicional de que a demanda reservada não tem relação com a venda da energia é que ela continua devida mesmo quando o consumidor não adquire qualquer quantidade desta, seja por ter dado férias coletivas aos seus empregados, seja por ter sofrido corte no fornecimento. De fato, segundo o art. 49, I, da Resolução ANEEL nº 456/2000, o valor a ser faturado a título de demanda de potência corresponde ao maior valor entre a demanda contratada e a demanda medida, caso esta última seja igual a zero, prevalecerá a primeira. Pois, sequer falar em acessório, pois não há acessório que subsista à falta do principal.

Como as parcelas da tarifa binomial remuneram coisas distintas, é descabida a invocação de julgados relativos aos encargos financeiros incluídos no preço da mercadoria pelo comerciante que financia as suas próprias vendas (ADI nº 84/MG, p.ex.), os quais partem da premissa de ser ‘único o negócio jurídico’, isto é, de ter um só objeto. Situação similar à da demanda contratada acontece com a tarifa de assinatura mensal de telefones fixos ou móveis sem a inclusão de qualquer franquia de minutos, que as duas Turmas de Direito Público do STJ acertadamente declararam intributável pelo ICMS.

Tampouco impressiona o argumento, fundado na isonomia entre os grandes e os pequenos consumidores de energia, de que a tarifa paga por estes contém de forma diluída a demanda reservada, submetendo-se ao ICMS que os grandes não querem suportar. Deveras, o custo da energia integra o preço dos produtos e serviços dos grandes consumidores, a maioria dos quais exerce atividades tributadas pelo ICMS. Se o imposto atingiu apenas a energia efetivamente consumida, os créditos destes limitar-se-ão a esta parte da tarifa binomial, e o tributo alcançará, indiretamente, o valor da demanda reservada. Ao cabo, todos pagam.

No REsp.nº 960.476/SC, origem da Súmula nº 391, o STJ alterou o seu entendimento anterior sobre a matéria, equivocado na premissa, mas correto na conclusão. Em seu voto, distanciou-se o Relator das teses dos contribuintes e dos Estados: nem afirmou que a demanda de potência é impassível de incidência do ICMS, como querem os primeiros, nem

concordou com a incidência do imposto sobre a sua simples contratação, como querem os segundos.

Adotando solução média, mas insustentável, deu pela tributabilidade da potência efetivamente utilizada, impressionando-se com o termo (que tomou por sinônimo de consumida, daí extrapolando para conferir à demanda um tratamento idêntico ao da energia) e com o fato de aquela ser medida por meio de aparelhos próprios. Começando pelo fim, tem-se que tal medição atende a fins regulatórios: saber se a potência exigida pelo consumidor é compatível com aquela por ele informada, com base na qual toda a rede elétrica é dimensionada.

No mais, impõe-se uma observação sobre o sentido do termo utilizada, quando associado à potência energética. A energia é coisa móvel que circula e pode ser consumida. A potência é a relação dessa circulação de energia por unidade de tempo. Não circula e conquanto seja mensurável, como a temperatura ambiente e a pressão arterial não são passíveis de consumo, tanto assim que nunca se ouviu falar em ‘furto de demanda’. A energia consumida é medida de forma cumulativa, somando-se o consumo aferido em cada um dos registros periódicos de medição.

A demanda de potência é medida de forma alternativa, comparando-se a potência aferida em cada um dos registros periódicos de medição e adotando-se o maior valor como a potência utilizada, mas não consumida no mês. A solução adotada pelo STJ suscita um problema adicional: como já anotado, a Resolução ANEEL nº 456/2000 define a demanda faturável contra o consumidor como o maior valor entre a demanda contratada e a medida. Dessa maneira, toda vez que a demanda medida for menor do que a contratada, o valor a ser cobrado do consumidor será o desta última, não se discriminando na fatura um valor menor correspondente à porção utilizada.

Assim, ou a distinção feita pelo acórdão recorrido é inútil, pois sempre se pagará ICMS sobre a demanda contratada, e não sobre a medida, exceto quando esta for maior do que aquela, ou o Judiciário determinando a realização de uma regra de três, obter-se o preço estimado da demanda utilizada (base de cálculo do ICMS, a teor da súmula) terá agido como legislador positivo, em ofensa à separação dos Poderes. Donde a urgência do reexame da questão pelo STF, para restaurar-se o primado dos arts. 2º, 22, IV, e 155, II, da Constituição.

5.2.1 Contratos dos consumidores livres⁴²

O Ambiente de Contratação Livre (ACL) ou Mercado Livre é o segmento do setor elétrico no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica por meio de contratos bilaterais com condições, preços e volumes livremente negociados entre geradores, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres convencionais, entre eles segmentos industriais eletro-intensivos, além de grandes plantas industriais, como a automobilística, alimentícia, siderúrgica e química.

As distribuidoras de energia que atuam no ACR (Ambiente de Contratação Regular) não podem participar deste ambiente, uma vez que as características de compra e venda em ambos os ambientes são diferentes. Em síntese, as distribuidoras atuam somente no ACR, ao passo que os comercializadores, consumidores livres e especiais atuam exclusivamente no ACL. Somente aos geradores é facultado optar em qual segmento desejam vender sua energia.

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) é o organismo responsável pela apuração dos resultados da operação de suprimento de energia elétrica, aplicando durante o processo de liquidação das diferenças as regras e procedimentos de comercialização neste ambiente.

O consumidor livre também precisa apresentar cobertura (lastro contratual) para atendimento de 100% de seu consumo de energia. Para evitar problemas, essa verificação é realizada mensalmente com base nos dados de consumo verificado e contratos de compra dos últimos doze meses. A não comprovação de cobertura do consumo, por exemplo, sujeita esse tipo de consumidor a penalidades.

Vale ressaltar que os agentes geradores, entre eles concessionárias de serviço público de geração, produtores independentes de energia, autoprodutores ou comercializadores, podem vender energia elétrica nos dois ambientes, mantendo o caráter competitivo da geração, e todos os contratos, sejam do ACR ou do ACL, são registrados na CCEE e servem de base para a contabilização e liquidação das diferenças no mercado de curto prazo. A principal vantagem neste ambiente é a possibilidade do consumidor convencional escolher entre os diversos tipos de contratos, aquele que melhor atenda às suas expectativas de custo e benefício.

⁴²Dados baseados no site: QUEM é o consumidor livre especial? Disponível em: <http://www.uniaoenergia.com.br/Consumidores/QuemConsumidor.shtml>. Acesso em 18 nov. 2012.

É considerado Consumidor Livre Convencional, aquele que tenha exercido a opção de compra de energia elétrica de fornecedor distinto da concessionária local de distribuição. Os requisitos para caracterização de um potencial consumidor livre convencional são: Possuir demanda contratada igual ou maior que 3.000 kW em qualquer horário (ponta ou fora de ponta); Estar ligado à rede de distribuição ou de transmissão em nível de tensão de fornecimento igual ou superior a 69 kV.

Para unidades consumidoras ligadas após de 07 de julho de 1995, data de publicação da lei nº 9074/95, não há restrição do nível de tensão, ou seja, é requisito apenas possuir demanda contratada superior a 3.000kW. No ambiente de livre contratação os consumidores podem escolher o fornecedor de energia elétrica de acordo com a sua conveniência, tendo a liberdade para negociar o preço e as condições contratuais, de forma a atender o seu consumo e atingir a economia esperada.

O consumidor livre convencional é representado por segmentos industriais eletro-intensivos e grandes plantas industriais. Compõem esse segmento as indústrias: automobilística, alimentícia, siderúrgica, química, entre outras. O custo energético neste segmento da indústria contribui de forma importante para o valor da produção e influencia diretamente na competitividade comercial. A migração desse tipo de consumidor para o mercado livre ocorreu fortemente nos anos de 2004 e 2005, quando houve uma sobre oferta de energia no mercado com preços muito competitivos.

Nesse período os consumidores realizaram economias da ordem de 35% de seu custo energético total. Diante dessa oportunidade, restaram poucos consumidores potencialmente livres. As unidades que permanecem no mercado cativo possuem características muito específicas que não lhes permitem realizar economias, devido à instabilidade no perfil de consumo ou por conta de aversão ao risco.

Conforme dispõe a legislação, a migração de um Consumidor Livre Convencional para um Consumidor Potencialmente Livre deve ser precedida das seguintes providências: Denúncia do Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica dentro do prazo estipulado em contrato ou de acordo com a legislação, no prazo de 180 dias que antecedem a data de rescisão contratual; Adequação do sistema de medição conforme estabelecido nos procedimentos de comercialização; Buscar no mercado empresa com autorização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL para a atividade de Comercialização de Energia, a fim de assessoramento na busca da melhor opção em Contrato(s) de Energia Elétrica; Buscar no mercado empresa com experiência e corpo técnico para desenvolver as atividades de representação junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

5.3 JURIDICIDADE DA IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA⁴³

É de se notar, que existem na doutrina e na jurisprudência pátria, diversos fundamentos jurídicos que permitem a discussão a cerca da constitucionalidade e/ou ilegalidade da exigência do ICMS sobre a parcela da fatura de energia elétrica denominada de demanda contratada de potência.

É necessário expor alguns argumentos favoráveis e contrários à incidência, que será tratada aqui.

5.3.1 Debate na doutrina

Ao pronunciar-se sobre a controvérsia inaugurada nas instâncias ordinárias acerca da admissibilidade da inclusão na base de cálculo do ICMS do valor cobrado na fatura de energia elétrica a título de demanda contratada, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado que não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência, pelo que o imposto somente pode incidir sobre a energia consumida (REsp 222.810/MG).

Entretanto, para chegar a tal conclusão, não logrou a Corte superar a dificuldade com que se deparou para identificar a real natureza jurídica da denominada demanda contratada, que, como se sabe, corresponde à intensidade do fluxo da energia elétrica estimada suficiente para suprir a soma das cargas dos equipamentos elétricos instalados na unidade do grande consumidor, tais como indústrias, "shopping centers" e alguns edifícios comerciais, cujo intenso consumo de energia exige da concessionária, por exigência da prestação de serviço adequado, a construção de uma rede de alta potência, com linhas de transmissão que operam em alta tensão e condutores com grandes bitolas.

Para remunerar os investimentos feitos pela concessionária, para atender à especificidade de um determinado segmento do setor elétrico, foi instituído um específico componente da tarifa de energia elétrica, distinto daquele destinado a suportar os custos de

⁴³Dados baseados em: MIRANDA, José Benedito. **ICMS. Tributação de serviços concedidos. Repetição. Legitimidade ativa e instabilidade jurisprudencial.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22994/icms-tributacao-de-servicos-concedidos-repeticao-legitimidade-ativa-e-instabilidade-jurisprudencial#ixzz2DdUVJkua>. Acesso em: 18 nov. 2012.

sua geração (Walter T. Álvares, “Instituições de Direito de Eletricidade”, Ed. Bernardo Álvares, 1962, p. 449), por isso se diz que a tarifa é binômia.

Assim, à falta de melhor compreensão dos aspectos técnicos próprios da estrutura tarifária do setor elétrico, observa o Prof. Igor Mauler Santiago, que “numa primeira fase, que durou de 2000 a 2009, definiu-se erroneamente a demanda contratada como uma quantidade de energia que os grandes consumidores — sujeitos à tarifa binomial de energia elétrica, composta de energia consumida e demanda contratada — adquiriam antecipadamente, e que poderiam ou não vir a utilizar, a depender de suas necessidades. Diante de tal enquadramento, consolidou-se a orientação primitiva do STJ no sentido de que tal parcela da tarifa binomial não deve ser onerada pelo ICMS”⁴⁴.(Consultor Jurídico — CONJUR, edição de 9 de maio de 2012).

Entretanto, com o julgamento do REsp.nº 960.476/SC, aquele entendimento, pelo menos em parte, foi revisto, para admitir a inclusão do componente tarifário correspondente à demanda de potência contratada, efetivamente utilizada e apurada por meio de medição, na base de cálculo do ICMS, não obstante se trate de uma tarifa mínima, à semelhança de uma tarifa de assinatura básica cobrada pela concessionária de serviços públicos de telefonia e de fornecimento de água. A partir de então, passou também o Tribunal a conferir legitimidade ativa ao consumidor final para discutir em juízo a legalidade da tributação do componente tarifário e repetir o indébito.

Para tanto, fiou-se o Tribunal no acerto da premissa segundo a qual a distribuidora não pratica qualquer operação mercantil, uma vez que, limitando-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final, paga tributo a título alheio, por conta do consumidor final, real contribuinte do ICMS, que, então, assumiria a dupla condição de contribuinte de direito (porque integra o polo passivo da obrigação tributária correspondente) e de contribuinte de fato (porque suporta a carga econômica do tributo).

Posteriormente, entretanto, ao julgar o REsp.nº 903.394, em acórdão tomado sob o regime do artigo 543-C do CPC, o Tribunal teve oportunidade de rever sua jurisprudência, quando então concluiu que o contribuinte de fato, no caso, uma distribuidora de bebidas, não teria legitimidade ativa para repetir o IPI pago por valor supostamente superior ao devido, somente assegurada ao fabricante, eleito pelo legislador como a pessoa obrigada ao pagamento do imposto, assegurou-se.

⁴⁴ Citado por MIRANDA, José Benedito. **Jurisprudência do ICMS obriga a dupla restituição**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-31/jose-benedito-jurisprudencia-icms-obriga-estado-dupla-restituicao>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Embora a hipótese dissesse respeito à restituição de um imposto de competência de entidade política diversa e incidente sobre a saída de produtos industrializados, importa considerar que a tese posta em discussão mostrar-se-ia também aplicável quando o imposto pago à maior ou indevidamente é o ICMS, uma vez que, no Sistema Tributário Nacional, os dois impostos constituem tributos que apresentam pontos de inegável semelhança, valendo destacar que ambos são impostos não cumulativos e plurifásicos, que comportam, por natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, na dicção do artigo 166 do CTN.

Tal foi, aliás, a conclusão a que chegou o Ministro Herman Benjamin, Relator do REsp nº 928.875, oportunidade em que, adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos e em decisão envolvendo agora, especificamente, a legitimidade ativa do consumidor final de energia elétrica, ocasião em que se reafirmou o anterior entendimento, segundo o qual a repetição somente pode dizer respeito ao contribuinte do imposto, tal como definido pelo art. 4º, da Lei Complementar nº 87/96, único que importa à obrigação tributária e que o legislador reconhece.

Colhe-se, com efeito, assentou-se no decisum que somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, visto que o “Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o polo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco”.

Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito:

- a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996;
- b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no polo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que

certamente seria rejeitado pelo Judiciário”.Essa orientação chegou a ser observada em sucessivas e reiteradas decisões proferidas pelos demais integrantes de ambas as Turmas de Direito Público do Tribunal.

Não obstante, o que, a princípio, parecia ser uma duradoura mudança do entendimento até então predominante, surpreendentemente, decidiu o Tribunal - a quem a Constituição confiou a uniforme interpretação do direito federal - alterar mais uma vez sua postura frente à matéria, para assentar que, em se tratando de imposto devido por concessionárias de serviço público, o consumidor final é portador de legitimidade ativa ad causam para a ação declaratória visando a repetir o indébito, ao julgar, em 08/08/2012, já agora sob o regime dos recursos repetitivos, o REsp.nº 1.299.303. Desperta atenção, mais uma vez, a unanimidade que se formou em relação à matéria.

Para concluir no sentido exposto, aludiu o Relator à circunstância – que lhe pareceu decisiva para a solução da controvérsia - que, estando em posição de quase total submissão ao poder concedente, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos, pelo que, encontrando-se lado a lado e em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviável se apresentaria a instauração de qualquer litígio, em casos como o examinado, resultando dessa inércia prejuízo para o consumidor final, que acaba arcando definitivamente com o ônus do imposto, ainda que indevido, por efeito de sua inclusão na fatura de energia elétrica.

Diante desse quadro adverso para o consumidor, reportou-se o acórdão ao art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos - no que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, assegurando-lhe a garantia da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário, sugerindo com isso que o dispositivo de lei a ele teria então conferido legitimidade ativa para a causa.

A tudo isso, aliou o argumento no sentido de que, ao contrário do que ocorre com os consumidores livres, que podem adquirir a energia de qualquer gerador, o pequeno consumidor, sendo dela cativo, sem a opção assegurada ao consumidor livre de adquiri-la de terceiros, só pode adquirir a energia elétrica da distribuidora local, o que agrava a situação, uma vez limita a sua opção por um fornecedor que operasse com preços mais competitivos.

Se não bastasse, mostraram-se os integrantes da Seção de Direito Público sensíveis à alegação, externada em reforço a demais premissas assentadas, de que as tarifas sujeitam-se a revisões periódicas, bem assim quando ocorrente a criação de quaisquer tributos

ou encargos legais que possam romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 4º da Lei n. 9.074/1995), exacerbando com isso o encargo tributário repercutido.

Por resultado da apontada “relação paradisíaca”, estabelecida entre o concedente e a concessionária, ainda segundo o acórdão, o consumidor ficaria abandonado e totalmente desprotegido, quadro esse revelador de que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas ‘formalmente’, assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente ‘formal’, assentando-se, conclusivamente, que, então, ‘não há como reconhecer a ilegitimidade ativa do consumidor do serviço de energia elétrica, lembrando que, em Direito Tributário, o que vale é a verdadeira natureza das coisas e das suas relações’.

As premissas que presidiram a formulação do capítulo dispositivo do acórdão, que representa uma clara ruptura de paradigmas, revelam-se de duvidosa procedência e esvaziam o principal escopo do recurso especial, que é, segundo o princípio que presidiu sua instituição, o de proporcionar ao Tribunal de sobreposição a fixação de uma correta, duradoura e uniforme interpretação do direito federal.

Além do mais, a constante oscilação da orientação jurisprudencial, sabidamente, gera perniciosa instabilidade jurídica, exprimindo resultados indesejáveis pelo sistema, além de romper mais uma vez que toda dogmática jurídica construída em torno do tema e com a jurisprudência de há muito consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em face da qual, consideradas as razões do que decidido, “não é possível opor a realidade econômica à forma jurídica para excluir uma obrigação fiscal precisamente definida em lei. O contribuinte de fato é estranho à relação tributária e não pode alegar, em seu favor, a imunidade recíproca” (RE 71.300, Relator Min. Bilac Pinto).

Nesse sentido, no que respeita à incidência do ICMS sobre serviços de energia elétrica e telefonia, é firme também a jurisprudência da Suprema Corte formada a propósito do alcance do disposto na alínea ‘a’ do inciso VI, do art. 150, da CF, que, consoante assentado, a imunidade ali prevista não beneficia a entidade pública em relação ao ICMS incidente sobre aquisições de bens, visto que não é contribuinte de direito do ICMS incidente, dado tratar-se de um contribuinte de fato.

Em momento anterior, já recusara a Suprema Corte a legitimidade do consumidor final para insurgir-se contra a revogação da isenção prevista para a saída das máquinas e equipamentos adquiridos para projeto de obra de interesse público, ainda em execução, assegurada pelo Convenio 9/75, visto que “quem tem direito a isenção em causa não é o ‘contribuinte de fato’, ou seja, o comprador das máquinas e equipamentos nacionais

destinados a implementação de projetos que consultem aos interesses do país, mas, sim, o "contribuinte de direito", que é o fabricante deles" (RE 113.149, Rel. Min. Moreira Alves, RE 161.384, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e RE 118.008, Rel. Min. Maurício Corrêa, inter plures).

Tais precedentes são inteiramente aplicáveis ao caso. Sensibilizado, não obstante, com a situação do consumidor final e do usuário do serviço concedido, desamparados, pelo que deixa entender o acórdão, pelo ordenamento jurídico, que não lhes proporciona meios para reaver o valor do imposto embutido no preço da mercadoria e do serviço, tido por ilegítimo, optou o Tribunal por restaurar sua anterior jurisprudência, em relação à qual já havia sérias restrições doutrinárias, quando fixada.

Embora sugestão no sentido da decisão ofertada já tivesse sido formulada por Gilberto de Ulhôa Canto, ao preconizar que se permitisse ao terceiro, que houvesse suportado o ônus do tributo, a sub-rogação no direito à restituição. Tal sugestão, entretanto, como se sabe, veio a ser rejeitada pela Comissão que elaborou o Anteprojeto que se converteu na Lei nº 5.172/66, que contém o Código Tributário Nacional e que, se acolhida, ofereceria aos supostos prejudicados meios para reaver o imposto repercutido.

No caso, não é difícil constatar que o entendimento adotado repousa em considerações meramente extrajurídicas, cujas premissas, de resto, não encontram ressonância no domínio dos fatos e deixa sem igual solução as demais pretensões, de igual natureza, formuladas por 'contribuintes de fato', resultantes de operações ou prestações realizadas no âmbito de atividades não abrigadas no regime de concessão.

Ademais de tudo isso, a precariedade dos motivos determinantes da decisão, consoante já teve oportunidade de observar Brandão Machado (CUNHA, 1994, p. 2 apud. BEISSE 1984, p. 12) leva a classificar o contribuinte ora como sujeito passivo, ora como mero coletor do imposto, que o arrecada e transfere para o Estado por conta e à custa do terceiro:

Se o tributo é legítimo, o contribuinte assume a posição de sujeito passivo, que responde perante o Estado, ainda que não logre repassar ao consumidor o respectivo ônus financeiro; se o tributo é ilegítimo, o contribuinte se transforma então conceitualmente em arrecadador de imposto, hipótese em que a obrigação tributária teria de subsistir sem sujeito passivo, uma vez que o Estado, não reconhecendo o consumidor como devedor, dele não pode cobrar o tributo.

5.3.1.1 Quanto ao fato gerado

No amparado legal, assegurado pela Constituição de Federal para fins tributários a energia elétrica é considerada produto, e a sua circulação considerada hipótese de incidência para o ICMS.

Corresponde ao fato gerador à saída da energia elétrica do estabelecimento gerador ou distribuidor para qualquer outro local, no caso, o consumidor. Sendo assim, não basta mera formalização do contrato para que haja fato gerador é necessário que o produto circule físico e economicamente. Nesse sentido, não basta que a energia elétrica esteja disponibilizada, mas que haja o efetivo consumo da mesma para caracterizar o fato gerador.

A questão da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, sendo esta não efetivamente consumida gera controvérsias acerca da legalidade da cobrança considerando os termos que configuram o fato gerador. Como já salientado nesse trabalho, o Supremo Tribunal de Justiça na Súmula 391 considera a mera movimentação física da mercadoria, no caso, a energia elétrica sem o seu efetivo consumo não constitui fato gerador se não houver consumo.

5.3.1.2 Quanto à base de cálculo

Como visto anteriormente nos tópicos 3.3 e 5.1.2 é considerada a base de cálculo para o ICMS o valor total da operação, conforme a Lei complementar 87/96: Art.19: A base de cálculo do imposto devido 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 legal.

Tendo em vista o mesmo entendimento quanto ao fato gerador, à base de cálculo do ICMS sob a conta de energia, deve levar em conta o valor da operação que corresponde à entrega da energia ao consumidor. No caso da reserva de demanda, esta sendo apenas uma garantia de energia disponível não sendo utilizada pelo consumidor, não deve ser considerada na base de cálculo já que não se trata de valor final da operação já que esta não foi utilizada.

No contexto geral, as controvérsias sobre a incidência, base de cálculo e fato gerador se restringem a um debate doutrinal em que na ótica tributária a energia elétrica é considerada produto e não serviço. Ambos mereceram critérios diferenciados, já que compõem aspectos diferenciados quanto à entrega e consumo.

5.3.2 Debate na jurisprudência⁴⁵

A propósito do tema, observa ainda o insigne jurista, que, “ao pagar o preço contratado, o terceiro nunca faz um pagamento indevido de tributo, pois não paga dívida inexistente. Para caracterizar o enriquecimento injustificado, necessário seria que o tributo constituísse obrigação do terceiro e que, não sendo devido, lhe fosse indevidamente exigido pelo ‘solvens’. Como, porém, o tributo é de responsabilidade de quem satisfaz o pressuposto da incidência, o seu único devedor, e não do terceiro, não há possibilidade lógica de ocorrer à hipótese de o terceiro pagar o indevido”.

Por conseguinte, o elemento tributo que se insere na relação entre o vendedor e o comprador é de conteúdo econômico, não jurídico: tributo é apenas o nome de uma parcela dentre outras tantas, que compõem o preço, mas que não é paga pelo terceiro a título de tributo, uma vez que o terceiro nada deve a esse título, conclui.

Diferentemente do que ocorre com os demais segmentos do mercado, a revisão tarifária é periodicamente procedida, a cada quatro anos, salvo casos excepcionais, em razão de alterações significativas nos custos da companhia de distribuição, expondo-se o seu valor ser alterado para mais ou para menos, dependendo das mudanças ocorridas nos custos e no mercado da distribuidora, mas, em qualquer circunstância, não pode a revisão ocorrer unilateralmente, uma vez que o valor dela resultante é determinado pelo próprio Poder Público.

Natural, então, que ocorra a revisão da tarifa, nas hipóteses previstas em lei, visto que o “acréscimo de encargos ou mutação de condições de funcionamento do serviço que se reflitam sobre a equação patrimonial hão de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial”, segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 21. ed., p. 702).

Às limitações temporais impostas à revisão da tarifa, observe-se, não se sujeitam os demais agentes do mercado, basta ver que, como a formação do preço da mercadoria, numa economia de mercado, constitui assunto de economia interna da empresa, o contribuinte goza de ampla liberdade para computar todos os custos incorridos, inclusive fiscais, para efeito de

⁴⁵MIRANDA, José Benedito. **ICMS. Tributação de serviços concedidos**. Repetição. Legitimidade ativa e instabilidade jurisprudencial. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22994/icms-tributacao-de-servicos-concedidos-repeticao-legitimidade-ativa-e-instabilidade-jurisprudencial#ixzz2EDEHYyEZ>. Acesso em: 20 nov. 2012.

estipular, a qualquer tempo e unilateralmente, o preço de seus produtos e serviços e calcular a margem de lucro, anota Brandão Machado.

Lembre-se, a propósito do tema, que, para o Direito, só importam aqueles aspectos que tenham sido incorporados à norma jurídica. As considerações de ordem econômica, a despeito de versarem aspectos da realidade do imposto, não são contempladas nas normas jurídicas, que a nenhum deles dizem respeito. O consumidor, que acaba arcando com o ônus do ICMS é, assim, um dado irrelevante para o direito, uma vez que as normas jurídicas que versam sobre o imposto a ele não dispensam relevância alguma.

Por conseguinte, o fato do valor desse tributo ser repassado pelo vendedor e pago pelo comprador é algo que escapa à consideração jurídica, valendo acrescentar, por fim, que o contribuinte de fato, na expressão de Ives Gandra da Silva Martins, é uma figura inexistente no direito brasileiro, que o artigo 121 do CTN não reconhece.

Não obstante, a contaminação dos conceitos do direito tributário com os princípios que informam as ciências das finanças, compromete, como no caso, a correta prestação jurisdicional, e, além do mais, a nova orientação jurisprudencial não parece conformar-se com expressa e específica disposição legal, inscrita no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, editada que foi para conferir especificidade à generalidade do enunciado do art. 121, do Código Tributário Nacional, visto que a definição do contribuinte do ICMS, por ele ofertada, constitui mesmo matéria sob reserva de lei constitucionalmente qualificada (CF, art. 146, III, "a" e art. 155, § 2º, XII, "a"), tarefa de que ambos se desincumbiram.

Nesse contexto, a noção de legitimidade *ad causa* para suscitar a ilegalidade de uma exigência fiscal está vinculada à natureza e estrutura da relação jurídica posta em causa, revelada pelo texto de lei, pelo que a solução da controvérsia acerca da legitimidade para agir na ação de repetição de indébito passa necessariamente pela definição legal de quem figure como sujeito passivo da obrigação tributária.

Não ostentando, então, o consumidor a condição de contribuinte – status jurídico esse que lhe negou o direito material, visto que reservada à concessionária do serviço, não exhibe condições para atuar como legitimado por substituição, por inexistente previsão legal, e afastada que seja, não obstante, a exigência do ICMS, a concessionária, conquanto contribuinte do imposto devido pelo fornecimento da energia elétrica e obrigada a seu recolhimento - mas terceiro em relação à lide - passaria a usufruir o direito postulado por outrem, forrando-se, por arrastamento, do pagamento do tributo, embora diga o art. 472, do

CPC, que a sentença não pode beneficiar ou prejudicar quem quer que não tenha sido parte no processo.

Tratando-se de matéria sob reserva de lei, não seria dado ao juiz, substituindo-o ao legislador, instituir um concurso de legitimados para a ação, iniciativa judicial essa que encontra limitação absoluta no dogma constitucional da separação dos Poderes, uma vez que, desvestido o órgão jurisdicional da função legislativa, o Judiciário não exhibe a competência que a própria Constituição negou-se a outorgar-lhe.

Com efeito, a legitimidade do contribuinte para atuar como autor da ação em que se controverte sobre a incidência do imposto é exclusiva, não comportando a atuação isolada de outrem, visto que compete exclusivamente ao legislador - e não ao juiz - a determinação do vínculo jurídico, de natureza tributária, que faz irromper a obrigação de pagamento do imposto e dos casos em que se pode conceder a terceiros, a ele estranho, a legitimidade conjunta, substitutiva ou sucessiva para instaurar a ação que lhe proporcione um título para repetir o indébito.

Por outro lado, o exercício de interpretação não pode contrariar o texto legal aplicável, pois, tratando-se, no caso, de controvérsia estabelecida em torno da aplicação do art. 4º, da LC 87/96 CPC e dos artigos 3º e 6º, do CPC, não pode o juiz, à guisa de emprestar-lhe a interpretação que lhe conviria, servir-se de elementos metajurídicos para substituir-se ao legislador, omitindo-se em sua aplicação, a pretexto de que, se assim não fosse, restaria prejudicado o terceiro, caso a este não fosse assegurada a mesma prerrogativa que exhibe a pessoa obrigada ao pagamento do imposto.

Em hipótese tal, invocando as lições de Dinamarco, deve-se ter presente que o conceito de parte na relação jurídica corresponde a uma situação de direito material, na medida em que de direito material é a pretensão que constitui objeto do processo. Disso decorre que, dada à conexão existente entre os conceitos de parte legítima e parte de direito material, somente têm legitimidade para a causa aquelas mesmas pessoas que sejam partes titulares da relação jurídica substancial posta como objeto do juízo (CPC, art. 3º)

É que o direito processual civil apresenta sensível vocação para a tutela de direitos e situações jurídicas individuais, tendência essa que se evidencia pela tradicional exigência de que o interesse de agir seja pessoal e direto em relação a “ei quiagit” e, bem assim, que a legitimação para a causa derive da coincidência entre a titularidade da pretensão de direito material e a pessoa que a pretende fazer valer, através do exercício do direito de ação.

Seque-se então que essa exigência legal subordina e condiciona a determinação da parte da relação jurídica, que, como se sabe, segundo a dogmática processual, corresponde a

uma situação de direito material, na medida em que de direito material é a pretensão que constitui objeto do processo.

Por conseguinte, há que ser vista com reserva, mais uma vez, a orientação jurisprudencial emanada do Superior Tribunal de Justiça, que, reformulando sua jurisprudência, voltou a conferir ao consumidor final legitimidade ativa para repetir o imposto incidente sobre mercadorias e serviços de que a concessionária é o único contribuinte - sob fundamento meramente extrajurídico, de natureza econômica, insista-se – o que conflita diretamente com o que dispõe o art. 146, III, "a", que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da matéria a que se refere, cujo enunciado, no particular, é reproduzido, com redobrada ênfase, no art. 155, § 2º, XII, "a", ambos da CF.

Ao que foi exposto, não seria mesmo lícito ao aplicador da lei proceder à imposição de seus próprios critérios para, com isso, introduzir alterações no elenco das pessoas legitimadas para a ação, pois, "se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional", não se permitindo ao intérprete e ao aplicador da lei inserir na regra de direito o próprio juízo sobre a finalidade que "conviria" fosse por ela perseguida, uma vez que é tão ilegítimo se retirar algo que está escrito na lei quanto é adicionar algo que lá não se encontra e que desejaríamos que lá estivesse, já se afirmou alhures.

Mesmo que admitida a razoabilidade das razões que conduziram à formação do acórdão, o adquirente da mercadoria e o usuário do serviço tributado, seja qual for o regime de exploração da atividade, somente poderiam se sub-rogar no direito à repetição do imposto pago por outrem se autorizado.

Por obra de lege ferenda, a exemplo da previsão constante do art. 3º, da Lei nº 12.016/2009, ao teor do qual "O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente", pois, somente assim, observa o Prof. Igor Mauler Santiago, evitar-se-ia eventual duplicidade de ações, propostas pelo contribuinte de direito e pelo contribuinte de fato, vendo-se o Estado, a final, obrigado a restituir duas vezes o mesmo valor, se for o caso, a perdurar o entendimento jurisprudencial recentemente fixado.

5.3.2.1 Cotejo da jurisprudência das cortes estaduais

Com os questionamentos sobre a legalidade da incidência do ICMS sob a reserva de demanda, e o entendimento do STJ têm sido determinantes para o surgimento de processos judiciais afim de obter um cálculo justo do imposto que resulte na não incidência do ICMS sob a demanda contratada não utilizada.

O trecho abaixo foi extraído do recurso do Estado do Pará ao Supremo Tribunal de Justiça para o caso a energia furtada que segundo a ementa o fato gerador está centrado no critério do consumo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. EFETIVA UTILIZAÇÃO PELO CONSUMIDOR FINAL. FURTO DE ENERGIA. INOCORRÊNCIA DE FATO GERADOR.

1 A hipótese de incidência do ICMS é o consumo de energia, tendo como base cálculo o valor praticado na operação final ex vi Art. 34, § 9º do ADCT, LC 86/97.

2 Nos casos de furto de energia, em razão de não ser praticada a venda ao consumidor final, incorre fato gerador do ICMS.

“3 À unanimidade, recursos conhecidos e improvidos, nos termos do voto do relator (e-STJ fl. 292)

Em acórdão da Apelação cível nº 137.769 do Estado do Paraná o caso da reserva de demanda foi tratada da seguinte maneira⁴⁶:

De fato, a demanda reservada de potência, por não constituir operação de circulação da mercadoria energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este imposto, por força das disposições contidas na Constituição Federal (art. 155, II e § 3º) e na legislação complementar, tem como aspecto temporal da hipótese de incidência, a saída da energia elétrica do estabelecimento produtor, sendo sua base de cálculo o valor da operação da qual decorrer à saída da mercadoria.

Esses debates na jurisprudência são uma realidade atual ao que concerne os tribunais de Justiça Estaduais. O apelante recorre à justiça para provar a ilegalidade da cobrança do ICMS específico que não corresponde ao fato gerador a exemplo da demanda de potência.

5.3.2.2 A posição da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

De acordo com as ementas e da súmula 391 do STJ acerca do caso da Demanda de Reserva de Potência é evidenciada que não há incidência de ICMS haja vista a não

⁴⁶PARANÁ. Tribunal de Justiça. Tributário. Apelação Cível nº 137.769-3. Relatora: Desembargadora Regina Portes, Londrina, PR, 25 jun. 2003. TJPR, Londrina, 2005. Disponível em: <http://do.arquivohistorico.com/br/diarios-dos-tribunais-de-justica-tj-parana-tj-pr/2010-07-13/13463-p>. Acesso em: 19 de nov. 12.

utilização ou consumo do produto disponibilizado. Nesse sentido o STJ entende que não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

Ainda segundo o Código Tributário Nacional no art. 116:II - Apenas com a transferência e a tradição da energia comercializada se tem como existente a obrigação tributária concernente ao ICMS

Muitos são os fundamentos judiciais que asseguram no direito a contestação de uma prática ilegal que causa prejuízos ao consumidor, este, no caso as grandes empresas sujeitas ao valor elevado dos diferentes tipos de onerações e, sobretudo a incidência indevida do ICMS na conta de energia referente da demanda de potência.

5.4 CONTRATOS DOS CONSUMIDORES LIVRE⁴⁷

O Ambiente de Contratação Livre (ACL) ou Mercado Livre é o segmento do setor elétrico no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica por meio de contratos bilaterais com condições, preços e volumes livremente negociados entre geradores, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres convencionais, entre eles segmentos industriais eletro-intensivos, além de grandes plantas industriais, como a automobilística, alimentícia, siderúrgica e química.

As distribuidoras de energia que atuam no ACR (Ambiente de Contratação Regular) não podem participar deste ambiente, uma vez que as características de compra e venda em ambos os ambientes são diferentes. Em síntese, as distribuidoras atuam somente no ACR, ao passo que os comercializadores, consumidores livres e especiais atuam exclusivamente no ACL. Somente aos geradores é facultado optar em qual segmento desejam vender sua energia.

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) é o organismo responsável pela apuração dos resultados da operação de suprimento de energia elétrica, aplicando durante o processo de liquidação das diferenças as regras e procedimentos de comercialização neste ambiente.

⁴⁷Leonardo Lima GOMES, SILVA; Bruno Nogueira; SOUZA, Jaderson Vargas de. SANTOS, Sergio Ribeiro dos. Valor Adicionado aos Consumidores Livres de Energia Elétrica no Brasil por Contratos Flexíveis: Uma Abordagem pela Teoria das Opções Disponível em: http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/Gomes-Valor%20Adicionado%20aos%20Consumidores.pdf. Acesso em: 12 nov. 2012.

O consumidor livre também precisa apresentar cobertura (lastro contratual) para atendimento de 100% de seu consumo de energia. Para evitar problemas, essa verificação é realizada mensalmente com base nos dados de consumo verificado e contratos de compra dos últimos doze meses. A não comprovação de cobertura do consumo, por exemplo, sujeita esse tipo de consumidor a penalidades.

Vale ressaltar que os agentes geradores, entre eles concessionárias de serviço público de geração, produtores independentes de energia, autoprodutores ou comercializadores, podem vender energia elétrica nos dois ambientes, mantendo o caráter competitivo da geração, e todos os contratos, sejam do ACR ou do ACL, são registrados na CCEE e servem de base para a contabilização e liquidação das diferenças no mercado de curto prazo. A principal vantagem neste ambiente é a possibilidade do consumidor convencional escolher entre os diversos tipos de contratos, aquele que melhor atenda às suas expectativas de custo e benefício.

É considerado Consumidor Livre Convencional, aquele que tenha exercido a opção de compra de energia elétrica de fornecedor distinto da concessionária local de distribuição. Os requisitos para caracterização de um potencial consumidor livre convencional são: Possuir demanda contratada igual ou maior que 3.000 kW em qualquer horário (ponta ou fora de ponta); Estar ligado à rede de distribuição ou de transmissão em nível de tensão de fornecimento igual ou superior a 69 kV.

Para unidades consumidoras ligadas após de 07 de julho de 1995, data de publicação da lei nº 9074/95, não há restrição do nível de tensão, ou seja, é requisito apenas possuir demanda contratada superior a 3.000kW. No ambiente de livre contratação os consumidores podem escolher o fornecedor de energia elétrica de acordo com a sua conveniência, tendo a liberdade para negociar o preço e as condições contratuais, de forma a atender o seu consumo e atingir a economia esperada.

O consumidor livre convencional é representado por segmentos industriais eletro-intensivos e grandes plantas industriais. Compõem esse segmento as indústrias: automobilística, alimentícia, siderúrgica, química, entre outras. O custo energético neste segmento da indústria contribui de forma importante para o valor da produção e influencia diretamente na competitividade comercial. A migração desse tipo de consumidor para o mercado livre ocorreu fortemente nos anos de 2004 e 2005, quando houve uma sobre oferta de energia no mercado com preços muito competitivos.

Nesse período os consumidores realizaram economias da ordem de 35% de seu custo energético total. Diante dessa oportunidade, restaram poucos consumidores

potencialmente livres. As unidades que permanecem no mercado cativo possuem características muito específicas que não lhes permitem realizar economias, devido à instabilidade no perfil de consumo ou por conta de aversão ao risco.

Conforme dispõe a legislação, a migração de um Consumidor Livre Convencional para um Consumidor Potencialmente Livre deve ser precedida das seguintes providências: Denúncia do Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica dentro do prazo estipulado em contrato ou de acordo com a legislação, no prazo de 180 dias que antecedem a data de rescisão contratual; Adequação do sistema de medição conforme estabelecido nos procedimentos de comercialização; Buscar no mercado empresa com autorização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL para a atividade de Comercialização de Energia, a fim de assessoramento na busca da melhor opção em Contrato(s) de Energia Elétrica; Buscar no mercado empresa com experiência e corpo técnico para desenvolver as atividades de representação junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica, sem a sua efetiva utilização, nos termos do uníssono posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O ICMS é um imposto de extrema importância dentro do sistema tributário brasileiro, posto que corresponde a aproximadamente 25% de toda a receita tributária auferida, considerando as três esferas tributantes (União, Estados e Municípios), e constitui, portanto, considerável fonte de receita para os Estados e também para os Municípios, em função dos repasses constitucionais.

Sua principal característica, que o difere da maioria dos tributos, é o fato de incidir sobre toda a cadeia de circulação da mercadoria e de forma não cumulativa, ou seja, a cada etapa, abate-se o montante pago na(s) operação(ões) anteriores.

Desta forma, tem-se um considerável número de contribuintes, executando grande número de operações diariamente, o que torna árdua a tarefa de se fiscalizar todos eles de maneira a evitar a sonegação. Neste contexto, substituição tributária surge como um importante mecanismo de auxílio, à medida que reduz consideravelmente o universo de contribuintes a serem fiscalizados.

Porém apesar de resolver um problema como o citado acima, cria-se um outro, que é a discussão constante por parte dos grandes consumidores de energia elétrica, com relação ao limite da incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência de energia elétrica que foi definido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A Primeira Seção decidiu, por maioria, que é legítima a cobrança do imposto somente sobre a demanda reservada de potência efetivamente consumida.

Esta substituição tributária progressiva, ocorre quando o pagamento do imposto é antecipado, ou seja, o substituto recolhe o imposto antes da ocorrência do fato gerador. O mecanismo está previsto no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 03/93. Parte da doutrina defende a inconstitucionalidade deste dispositivo e, em consequência, da própria substituição tributária progressiva. No entanto, como visto ao longo do presente trabalho, a mesma encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico atualmente vigente, além de respeitar todos os princípios constitucionais aplicáveis aos tributos.

A base de cálculo na substituição tributária progressiva é presumida, já que o fato gerador ocorrerá posteriormente. Por isso, ao se analisar a substituição tributária progressiva é preciso ter em mente que os elementos que constituem o fato gerador não podem ser aplicados da mesma forma que seriam em uma operação sem substituição.

O elemento temporal, por exemplo, difere posto que, como já mencionado Neste trabalho, o pagamento é antecipado. Já o elemento material também não pode ser o mesmo, posto que, na substituição tributária progressiva, a base de cálculo do imposto não é o valor da operação, e sim o valor presumido, que é obtido por meio de mecanismos que visam o aproximar o máximo possível do preço efetivamente praticado no mercado.

Por fim, tem-se a questão da restituição dos valores pagos caso o fato gerador venha a não ocorrer. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que, nesse caso, deve ocorrer a devolução, o que é previsto em nível constitucional, no já comentado § 7º do artigo 150. Caso a mercadoria seja comercializada por um valor diferente do presumido, para mais ou para menos, não cabe restituição ou cobrança da diferença.

A redução de ICMS nas faturas de energia elétrica denominada reserva de demanda tem como objetivo assegurar o fornecimento da energia elétrica suficiente para o desenvolvimento de suas atividades, onde os setores produtivos são obrigados a contratar com as distribuidoras de energia elétrica, fornecimento de energia com demanda reservada. E que nem sempre a totalidade da energia que lhe é garantida pelo contrato será consumida. E por isso, como o valor relativo ao ajuste é lançado na conta de energia elétrica, exige-se o pagamento de ICMS sobre o valor total do contrato, haja ou não consumo total.

Vislumbra-se, que o ICMS só é devido sobre a energia elétrica efetivamente consumida. Não sendo fato gerador do imposto a simples formalização do contrato de fornecimento de energia elétrica por reserva de demanda. E para que haja incidência de ICMS é necessário que a energia "circule" e isso só ocorre no momento em que ela é efetivamente consumida. E portanto, a não incidência deverá ser declarada pelo Poder Judiciário, através da ação judicial própria, que importa em uma redução significativa da carga tributária do consumidor.

È necessário considerar e fazer referência ao princípio da legalidade tributária previsto na Constituição Federal art.150, I. "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciências das finanças**. 17 ed. Rio de Janeiro: Florense, 2010.
- CAMPOS, Clever M, **Introdução ao direito da energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. São Paulo: Coimbra, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL./ 88. Art. 155 Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ConstituicaoFederal/ConstFedTituloVI.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.
- COSTA, Ana Carolina Dahe. **Indústrias podem creditar ICMS pago pelo uso de energia elétrica**. *CONSULTOR JURÍDICO*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jan-05/industrias_podem_creditar_icms_pago_uso_energia. Acesso em: 12 nov. 2012.
- CUNHA, Thadeu Andrade. **O critério econômico na interpretação do direito tributário**. Disponível em: www.economiatributaria.com.br/doutrina.html. Acesso em: 20 nov. 2012.
- FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Paralelo entre os institutos do Direito Tributário e do Direito Civil**. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_17578/artigo_sobre_paralelo_entre_os_institutos_do_direito_tributario_e_do_direito_civil. Acesso em: 22 nov. 2012.
- HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LANDIM, Fabrizio Caldeira. **Diferencial de alíquotas**. Distrito Federal, ano 2000. Disponível em: http://www.bbcconsultoria.com.br/home/impresao.asp?id_secao=263. Acesso em: 05 nov. 2012.
- LEI 5.172/66, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm, 28 de Outubro de 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 28 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A hipótese de imposição do ICMS na operações com energia elétrica**: peculiaridades nas operações interestaduais. Teresina, 2001. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/16455/a-hipotese-de-imposicao-do-icms-nas-operacoes-com-energia-eletrica>. Acesso em: 05 set. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 622.

MIRANDA, Jose Benedito. **Energia elétrica: base de cálculo do ICMS**. Publicada em: Jun. 2011 no Portal R7. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19050/energia-eletrica-base-de-calculo-do-icms>. Acesso em: 03 nov. 2012.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NORAT, Markus Samuel Leite. **O conceito de consumidor no direito**: uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9473. Acesso em: 20 nov. 2012.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Demanda de energia elétrica: ICMS. saída do estabelecimento do consumidor**. Site Universo Jurídico, Abril de 2009, Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6204/Demanda_de_Energia_Eletrica_ICMS_Hipoteses_de_Incidencia_Saida_do_Estabelecimento_Consumidor. Acesso em: 03 de nov. 2012.

RIBEIRO, Robson, **O sistema tributário brasileiro**. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-sistema-tributario-brasileiro/12864/>, 28 de Outubro de 2012.

SABATOWSKI, Emílio. STJ. 1ª Seção. Nova Súmula 391/STJ. Tributário. **ICMS. Incidência sobre energia elétrica**. Publicado em 02 nov. 2009. Disponível em: <http://www.legjur.com/noticias/847/stj-1-secao-nova-sumula-391stj-tributario-icms-incidencia-sobre-energia-eletrica>. Acesso em: 01 nov. 2012.

SILVA, Giovanna Plessis Ciatelli. **Presunção de legitimidade ou veracidade do ato administrativo**. Disponível em: <http://www.zemoleza.com.br/carreiras/31143-presuncao-de-legitimidade-ou-veracidade-do-ato-administrativo.html#>. Acesso em: 10 nov. 2012.

URBANO, Fabiano Augusto Rodrigues. **Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=721. Acesso em: 12 nov. 2012.