



Ministério da Educação
Universidade Federal de Roraima
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO
DIREITO TRIBUTÁRIO

**ESTUDO DE CASO DO TEMA 176/STF – ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO
SOBRE A INCIDÊNCIA DA DEMANDA CONTRATADA NA BASE DE
CÁLCULOS DO ICMS-ENERGIA¹.**

Bruno Boson Schetine²
Josedelson Silva Araújo³
Ricardo Teixeira Viriato⁴

Orientador: Prof. Dr. Edival Braga⁵

RESUMO: O Tema 176 de Repercussão Geral do STF, que busca analisar sob a ótica constitucional a legalidade do modelo de cálculo do ICMS-Energia levando em consideração as variantes fáticas, levantou a questão sobre a definição do fato gerador do tributo e as formas de sua incidência para que alcance os fins republicanos, sem lesão ao consumidor final. Assim, o presente artigo traz a análise do Tema a partir da situação fático-jurídica instaurada no STF para o esclarecimento e a devida prestação jurisdicional.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. ICMS Sobre Energia Elétrica. 2.1. Fato Gerador do ICMS. 2.2 Base de Cálculos. 3.Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 593.824/SC. 3.1. Síntese do Caso Sob Afetação em Repercussão Geral. 3.2.Argumentos do Recurso Extraordinário Interposto Pelo Estado de Santa Catarina 3.2.1 Do Modelo de Cobrança Adotado. Fundamentos Infraconstitucionais 3.2.2. Dos Fundamentos Constitucionais para o Cálculo do ICMS Sobre Energia Elétrica. 3.3. Argumentos da Empresa Recorrida. 4. Consolidação de Entendimento Dominante. 5. Do Julgamento do RE 593.824-7/09. 6. Conclusão. 7. Referências

¹ O artigo passou por uma revisão gramatical realizada pelo ChatGPT em 2025, revisão somente gramatical, de modo que foi mantida a originalidade do conteúdo do artigo.

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima- UFRR

³ Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima- UFRR

⁴ Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima- UFRR

⁵ Professor de Direito Tributário da Universidade Federal de Roraima - UFRR

1. Introdução.

Todos os tributos são de fundamental importância para fortalecer o conjunto de ações para o desenvolvimento de um país. A arrecadação desses impostos, taxas e contribuições é destinada à manutenção do Estado e ao custeio dos serviços públicos utilizados pela população, como saúde, educação e segurança.

Na década de 1950, o Governo brasileiro, aplicando o que estava previsto no Código de Águas (através do Decreto de número 24.643, de 10/7/1934), assumiu efetivamente o papel de agente interventor no setor de energia elétrica, fazendo investimentos, tais como: a construção de usinas hidrelétricas e criando, em 1957, a empresa federal Central Elétrica de Furnas. Dessa forma, em 31/8/1954, com o objetivo de arrecadar receita para a ampliação desse setor, instituiu-se o primeiro imposto sobre a energia elétrica, de importância estratégica para o desenvolvimento industrial do país. As receitas desse fundo seriam compostas, em parte, pelo que se arrecadasse com tal imposto, e como as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica estavam sendo executadas por empresas do setor privado (a maior parte formada por capital estrangeiro), estabeleceu-se o valor do consumo da energia elétrica como a única base de cálculo do referido imposto.

Dessa forma, a energia elétrica passou a ser tributada sob a forma de um imposto sobre o consumo, de competência da União, conforme determinado na lei federal 2.308, de 31 de agosto de 1954, que em seu artigo 3 estabelecia: “A energia elétrica entregue ao consumo é sujeita ao imposto único, cobrado pela União sob a forma de imposto de consumo, pago por quem a utilizar”.

Quando surge a Constituição de 1967, já haviam sido criadas a empresa federal de energia elétrica (Central de Furnas) e várias companhias estatais, além da Eletrobrás (criada em 1961), de modo que o País contava com uma nova estrutura de rede elétrica, assumindo o Estado a execução das atividades de geração, distribuição e transmissão, o que permitiu ao Legislador modificar a hipótese de incidência do imposto, não mais cobrado apenas sobre o consumo, mas abarcando as operações de geração, distribuição e transmissão da energia elétrica.

A Constituição de 1969 pouco modificou esse regime jurídico, limitando-se a instituir um imposto único de competência da União Federal, nele reunindo, sob uma mesma estrutura normativa, as operações relativas à produção,

comércio, distribuição, consumo, importação e exportação de energia elétrica, lubrificantes e de combustíveis, mantendo, contudo, os pressupostos legais de incidência que vinham da Constituição de 1967, de modo que se pode afirmar que tal imposto caracterizava-se como um imposto sobre o consumo.

O fato gerador do imposto sobre o consumo pode ocorrer em diversos momentos, à escolha do legislador, podendo, pois, ocorrer no momento da produção da mercadoria destinada ao consumo, como pode ocorrer no momento da passagem da mercadoria das mãos de seu produtor às do comerciante, ou ainda no momento em que ela é colocada à disposição de quem a vai consumir. Trata-se, pois, de um aspecto relacionado ao momento de ocorrência do fato gerador, mas que também atua diretamente na formação da hipótese de incidência do imposto, com efeitos que se projetam sobre a base de cálculo.

Assim, se no regime da Lei 2.308 o imposto sobre a energia elétrica incidia apenas sobre o consumo, nas Constituições de 1967 e 1969 modificou-se a hipótese de incidência, porque se previu que o fato gerador poderia ocorrer já no momento em que a energia elétrica fosse produzida, ou quando distribuída, embora com a ressalva de que o imposto incidiria uma só vez sobre qualquer uma dessas operações (CF/67, art. 22, parágrafo 5º, e CF/69, art. 21, inciso VIII).

Importantes transformações tecnológicas ocorreram no setor elétrico de nosso País, principalmente com a implantação de redes de distribuição e de transmissão de energia elétrica, as quais permitiram não apenas a expansão do sistema, mas sua interconexão, iniciada em 1963 quando, instalada a usina de Furnas, foi possível estabelecer-se uma ligação entre parte dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo. Ocorreu, portanto, uma modificação orgânica no setor elétrico, com efeitos em diversas áreas, inclusive na do direito tributário.

Com a Constituição de 1988 modifica-se profundamente o sistema de financiamento do setor elétrico, deixando de instituir o “imposto único sobre a energia elétrica”, como era chamado o imposto criado na Constituição de 1969, e de autorizar a cobrança de empréstimos compulsórios, que atuavam como fonte de receita para investimento no setor elétrico. Atento à realidade econômica que vinha desde a crise de 1980, o Legislador constituinte prefigurou que o Poder Público não detinha mais as condições necessárias para investir no setor elétrico, e que a solução passaria necessariamente pela privatização desse setor.

A transformação da energia elétrica em mercadoria dá-se, portanto, no contexto da privatização do setor elétrico. À medida que melhor se compreende esse fenômeno político-econômico, percebe-se o motivo de a Constituição de 1988 ter deixado de tributar, isoladamente, as operações de geração, distribuição, transmissão e de consumo de energia elétrica, enfeixando todas essas operações na operação de circulação da energia elétrica, erigindo-se esta (a energia elétrica) como mercadoria, inserindo-a assim no regime jurídico-legal do ICMS.

No modelo de livre concorrência que passamos a adotar (embora com acentuada regulação estatal), o preço cobrado do consumidor de energia elétrica é formado tanto pelo valor correspondente à quantidade de energia elétrica que é colocada à sua disposição em determinado período de tempo, quanto por tarifas que custeiam as operações técnicas necessárias a que a energia elétrica chegue a seu destino, como são as operações de geração, distribuição e transmissão. Esse aspecto é de importância fundamental no exame do nosso tema.

2. O ICMS Sobe a Energia Elétrica.

Trouxe a Constituição da República de 1988 importantes modificações no campo do direito tributário, e dentre elas está a criação de um novo imposto sobre a energia elétrica. Com efeito, em seu artigo 155, ao regular os tributos de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal, a Constituição de 1988 instituiu, como hipótese de incidência do ICMS, as operações relativas à energia elétrica. Assim, além de o imposto não ser mais da competência da União, passou a ter uma nova estrutura jurídico-legal, em consequência de o legislador ter modificado sensivelmente a hipótese de sua incidência, ao erigir a energia elétrica como mercadoria para fins tributários.

Estruturando a hipótese de incidência do ICMS de modo que respeitasse a característica nuclear desse tipo de imposto em nosso ordenamento jurídico (imposto que incide sobre a circulação de mercadoria), a Constituição de 1988 não se refere individualmente às operações de produção, distribuição e consumo, mas apenas a seu produto final (a mercadoria como tal).

Destarte, a Constituição de 1988, ao transformar a energia elétrica em uma mercadoria, fez criar um novo imposto, de modo que seu suporte fático-jurídico deixa de ser as operações individualizadas da geração, distribuição e consumo da energia elétrica, para ser o negócio jurídico realizado entre a concessionária

de energia elétrica e o consumidor, materializado na operação que envolve a circulação desse bem. E é a circulação da mercadoria o elemento que confere fisionomia própria ao ICMS em nosso sistema normativo.

Base de cálculo que deve necessariamente possuir uma correlação com o elemento material do pressuposto do fato imponible, de modo que a escolha da base de cálculo pelo Legislador não pode ser aleatória. No caso do ICMS, por se tratar de um imposto incidente sobre a operação de circulação de mercadoria, sua base de cálculo deve assim guardar correlação com a hipótese de sua incidência, aferindo-se essa relação de acordo com o suporte fático-jurídico que o Legislador fixou.

Donde se pode concluir que embora a energia elétrica, para chegar ao local do consumidor final, passe por etapas de geração, transmissão e de distribuição, e que possam essas etapas, por suas características, ser individualizadas no mundo da técnica, para efeito tributários, a dizer, para efeito da hipótese de incidência do ICMS, considerou-as o Legislador formando um todo, referidas que estão diretamente à operação de circulação da energia elétrica como mercadoria, sendo esta (a circulação) o resultado final que caracteriza juridicamente o ICMS, entendida a circulação “jurídica” como sendo a operação que pressupõe necessariamente a mudança da titularidade da mercadoria, não bastando, pois, a mera circulação física.

Logo, as etapas anteriores à essa operação de circulação podem e são individualizadas no mundo da técnica, e podem ter uma quantificação específica necessária ao modelo de livre concorrência que o nosso País adotou a partir de 1996, mas isso não é de relevo considerar no campo do direito tributário, porque a Constituição de 1988, erigindo a energia elétrica como mercadoria, e a fazendo objeto do regime jurídico do ICMS, fixou a operação de circulação como sendo aquela que forma o núcleo material desse imposto, de maneira que a base de cálculo deve necessariamente guardar correlação com esse núcleo material.

2.1.Fato gerador do ICMS

Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

- 1- da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
- 2- do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

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

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

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

5- do ato final do transporte iniciado no exterior;

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

Quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

III. do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável; do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;

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

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

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

7- da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

IV. da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

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

2.2.Base de Cálculo

A base de cálculo do ICMS é:

1) na saída de mercadoria prevista nos itens I, III e IV anteriores, o valor da operação;

2) na hipótese do item II anterior, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

3) na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

4) no do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços;

a) o valor da operação, na hipótese de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável;

5) na hipótese de importação de bens ou mercadorias, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação;

b) imposto de importação;

c) imposto sobre produtos industrializados;

d) imposto sobre operações de câmbio;

e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;

O preço de importação expresso em moeda estrangeira será convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do imposto de importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior se houver variação da taxa de câmbio até o pagamento efetivo do preço.

O valor fixado pela autoridade aduaneira para base de cálculo do imposto de importação, nos termos da lei aplicável, substituirá o preço declarado.

6) na hipótese de serviço prestado no exterior, o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização;

7) no caso da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados, o valor da operação acrescido do valor dos impostos de importação e sobre produtos industrializados e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente;

8) na hipótese da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, o valor da operação de que decorrer a entrada;

9) na hipótese da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, o valor da prestação no Estado de origem.

3. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 593.824/SC

O Tema 176 do Supremo Tribunal Federal tem por foco a controvérsia relativa à inclusão dos valores pagos a título de "demanda contratada" na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica no Brasil, bem como a delimitação da base de cálculo do ICMS.

3.1. Síntese do Caso Sob Afetação em Repercussão Geral.

O Estado de Santa Catarina interpôs Recurso Extraordinário contra a decisão em sede de apelação que, fundamentando-se em sua jurisprudência, veio a afastar a pretensão do Fisco, apresentada pela respectiva Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, que pretendia incluir, na base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações relativas a energia elétrica, valores relativos à denominada “demanda contratada”, bem como a inclusão do “encargo de capacidade emergencial”, instituído pela Lei n. 10.438/02.

A questão foi arguida em sede de Mandado de segurança, de nº033.06.001622-4, impetrado por Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. contra o Gerente Regional da Fazenda Estadual da 2ª Região de Itajaí, no TJSC, pretendendo a suspensão de ato administrativo qual, cobrava, em fatura mensal de energia elétrica, ICMS apurado sobre base de cálculo que inclui valor *mínimo* de

demanda contratada, estipulado em contrato direto com a concessionária, bem como do *encargo de aquisição de energia elétrica e encargo de capacidade emergencial*.

A causa foi admitida em 1ª instância, no sentido de condenar o Fisco estatal à suspensão da inclusão dos valores relativos à base de cálculos do ICMS exigidos nas faturas mensais.

O Estado de Santa Catarina apelou da decisão para obter a modificação da sentença, bem como interpôs embargos de declaração a fim de prequestionar a matéria constitucional, ante o não pronunciamento judicial sobre o arguido. Ambos vieram a ser julgados em desfavor do Estado recorrente. Isso, por conta de entendimento pacificado do TJSC, o qual se espelhava, à época de 2006, em precedentes jurisprudenciais do STJ, bem como outros Tribunais da federação, assentando-se no entendimento de que o tributo ICMS, deveria incidir apenas sobre o consumo efetivo de energia elétrica, por traduzir seu fato gerador, qual seja a circulação de mercadoria.

Nesta feita, no dia 30 de setembro de 2008, foi protocolado o Recurso Extraordinário 593.824 no STF, o qual foi distribuído, em princípio, ao relator Min. do Supremo Ricardo Lewandowski.

Em sessão colegiada, foi acordado no tribunal em 02 de agosto de 2009, a incidência de Repercussão Geral sobre o tema, entendimento que se firmou no resultado impactante que teria a decisão sobre os estados membros da federação, questão de amplo interesse nacional e com alcance de normas constitucionais, bem como no fato da quantidade de processos enfrentados nos demais tribunais.

Após a afetação no tema, houve pedido de inclusão por parte dos demais estados da federação, apresentados por suas respectivas procuradorias, na qualidade de *amicus curiae*.

3.2. Argumentos do Recurso Extraordinário Interposto Pelo Estado de Santa Catarina.

3.2.1 Do Modelo de Cobrança Adotado. Fundamentos Infraconstitucionais.

Foi sustentado, pelo Estado de Santa Catarina, inicialmente, que é atribuído privativamente à União legislar sobre energia, a qual, por sua vez, promulgou a Lei n. 9.427/96, instituindo a Agência Nacional de Energia Elétrica –

ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro localizados no DF, sem prazo de duração determinado.

Desse modo, foi delegado à ANEEL, por força do artigo 2º, do r. diploma, inciso XVI, as atividades de regulação e comercialização de energia elétrica, segundo as diretrizes do governo Federal.

Ainda, em seu artigo 21 garante às concessionárias distribuidoras de energia a subordinação direta à ANEEL, sendo vedado aos estados determinações impostas a essas empresas.

A referida agência regula as atividades comerciais com base na resolução de n. 281/99, com redação alterada pela Resolução n. 507/02, qual determina no artigo 19 o modelo de cobrança a ser faturado pelas concessionárias de energia elétrica em face dos consumidores finais, que gera a obrigação de inclusão no polo passivo da demanda a ANEEL, como parte legítima da ação.

Assim, a Recorrente passa a relatar os elementos que compõem o cálculo sobre o consumo de energia.

Três elementos básicos seriam indispensáveis para a compreensão do tema, segundo o Estado, nos termos da Resolução n. 457 da ANEEL.

O primeiro seria o conceito de *demanda*, assim sustentaram ser a demanda, segundo Resolução, correspondente ao sistema de instalações elétricas necessárias – postes, fios, transformadores, know-how, mão de obra – para suprir o consumidor com potência. Pode-se traduzir como o serviço prestado pela concessionária de energia elétrica.

Logo após, explica o conceito de *potência* adotado pela ANEEL, que seria o funcionamento regular e constante da tensão elétrica disponibilizada aos usuários. Explicando, mesmo sem a efetiva utilização, se faz necessária, para o regular fornecimento de energia aos consumidores, a disponibilização em tempo integral da energia no ponto de entrega, ou seja, a energia sempre deve estar disponível aos consumidores interligados à concessionária fornecedora de energia elétrica e que possa ser utilizada de maneira instantânea.

Nesse sentido, argui que mesmo sem a utilização da energia, esta deve sempre estar disponível, e que quando se trata de empresas de grande porte essa potência deve ser suficiente para suprir os equipamentos necessários à produção industrial. Tal demanda, específica de certo ponto de vista, necessita de potência elevada, fazendo-se essencial que essas empresas façam uma *demanda específica*, ou

seja, é necessário que a empresa contrate uma *demanda de potência* com a concessionária de energia, a fim de ser disponibilizada uma instalação específica para sua necessidade de *potência*.

Desse modo, quando uma empresa contrata uma *demanda de potência* reservada, constitui, em verdade, a garantia de potência para o fornecimento elétrico necessário para suas atividades, mas não significa a compra da energia elétrica.

Por fim, aborda o conceito de *energia*. Que seria a efetiva transmissão de energia das instalações da concessionária para o ponto consumidor, se efetivando a partir da transformação dessa energia em outras formas de energia.

Assim, suporta entendimento que, a partir do ordenamento jurídico, além de distintas, tais grandezas podem ser comercializadas em apartado, bem como compradas de maneira separa pelas empresas.

Assim, adentrando a seara da cobrança tarifária, deve-se salientar que atualmente, segundo a Resolução da ANEEL, existem dois tipos de consumidores de energia elétrica, a partir do porte de demanda de potência, quais sejam: os grandes consumidores, cobrados a partir de tarifas binômias, inclusos no grupo A, que são os consumidores passíveis de contratar separadamente os serviços; e os consumidores menores, chamados cativos e ligados diretamente à concessionária regional, inerentes ao grupo B e cobrados a partir da tarifa monômnia.

Desse modo, é possível vislumbrar que os consumidores não pagará apenas pela energia que efetivamente consumiu, mas precisa remunerar o serviço por completo, a fim de que tenha à sua disponibilização energia de qualidade no momento em que necessitar.

3.2.2. Dos Fundamentos Constitucionais para o Cálculo do ICMS Sobre Energia Elétrica.

Nesse sentido, sustenta o Estado que, mesmo em hipóteses de contratação do grupo A, quais sejam os grandes consumidores, devem ser tarifados conforme entendimento do artigo 150, II e parágrafo 6º, bem como do artigo 155, II, parágrafo 2º e 3º, da CR/88.

Isso por que, a incidência de ICMS não se restringiria apenas à “circulação de mercadorias”, devendo-se, no caso da energia elétrica, incidir sobre toda a operação envolvida para o fornecimento de energia elétrica.

Ainda, levantou o argumento fundado no artigo 34 do ADCT, parágrafo 9º, do diploma constitucional, determina que o ICMS-energia é calculado sobre o preço final praticado na operação.

Tal dispositivo, segundo o Estado, se justificaria pelo fato de a energia elétrica guardar algumas peculiaridades quais não podem ser replicadas para as demais mercadorias também sujeitas ao ICMS. Explica, que a energia não é bem estocável ou mesmo palpável, se caracterizando pelo seu estado de produção-consumo, aduz que, no mundo real, a geração, transmissão e consumo desse bem acontece de maneira simultânea, com lapso temporal desprezível.

Tal realidade fática seria a explicação para a previsão legal instituída tanto na Constituição Federal, quanto no ADCT.

Ainda, por se tratar de questão que impacta diretamente o orçamento do poder público, à grande apelo pela repercussão geral do caso, isso por que, em estados como o de Santa Catarina tais encargos, ao serem faturados, corresponderiam até uma margem de 40% do valor total arrecadado pelo ICMS-energia.

Desse modo, pugnou o estado pela afetação do caso em repercussão geral, justamente no intuito de ver pacificada essa questão também nos outros estados federados.

3.3. Argumentos da Empresa Recorrida.

Alguns pontos de suma importância foram levantados pela parte recorrente, isso porque a questão do ICMS-energia tem sido ponto de intensos debates no plano fático pelo fato de significar vultuosa quantia de capital, principalmente da iniciativa privada, que é cobrada no modelo atualmente em vigência.

Pela ótica dos contribuintes que litigaram a ação, tem-se o debate sobre o fato gerador do ICMS, delimitado tanto na Constituição quanto na Lei Complementar n. 87/96, que é responsável por definir o imposto.

Inicialmente, tem-se a previsão constitucional, elencada no artigo 155, II, e no artigo 2º, do r. diploma infraconstitucional qual estipula esse tipo de tributo “sobre operações relativas à circulação de mercadoria”.

A partir dessa hipótese, a prevista em lei, é que levantam entendimento de que o ICMS, no caso da energia elétrica, tem, como o fato gerador, a entrada efetiva de quantidade mensurável de energia na residência do consumidor ou empresa compradora.

Ainda, convalidados pelo posicionamento do STJ quando assentou o entendimento no REsp 960.476/SC, datada de maio de 2009 decidido em sede do rito dos *recursos repetitivos*, de relatoria do Ilustríssimo Ministro do Supremo Teori Zavascki, qual convalidou posicionamento mais antigo de 2000, tendem para uma leitura mais estrito da Lei n. 85/96, no sentido de que, o ICMS é devido, mas na proporção da mercadoria efetivamente adquirida pelo consumidor, não devendo incidir em contratos oriundos de outras transações comerciais, como nos casos em que há a contratação de uma *reserva de demanda*, contrato de natureza e objetos distintos do primeiro.

Tal questão ensejou uma enxurrada de processos, vez que, ainda que *intuito personae*, tenha o STJ consolidado jurisprudência pró mercado, bem como o Min. Luiz Fux, em decisão no STJ e Min. Carmen Lúcia, em decisão já em sede de STF.

O objeto central, para a corrente mais contemporânea, foi sustentado pela ótica tributária no sentido de estreitar ou esclarecer o *fato gerador* que impulsiona a legitimidade de tal tributo, outrora, coopera para a corrosão do poder de capital dos indivíduos, “taxa sobre taxa”.

Essa corrente, afirmou que o uso desse tributo, como é aplicado, contraria os princípios do direito tributário, causando uma nebulosidade quanto a legalidade dos cálculos. Dessa maneira, pacificaram entendimento diversos tribunais como o TJRJ, TJMG, TJDF e TJTO, todos no mesmo sentido.

4. Consolidação de Entendimento Dominante.

Três decisões tomadas pelas turmas do STJ foram determinantes para a pacificação da questão do ICMS.

A primeira foi a da Primeira Seção, no REsp 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, quando assentou que era o legitimado para a cobrança da repetição de indébito sobre os valores cobrados a partir da base de cálculo com a demanda contratada o consumidor final, e que só deve incidir o ICMS nas operações relativas à comercialização, tradição do produto, e não a partir de objetos diversos.

A seguir, foi a tomada pela Primeira Seção, pela Relatoria do Min. Teori Zavascki, decisão no processo REsp 960476 / SC, tema 63 a ser julgado em recursos repetitivos, também de 2009, nos seguintes termos:

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

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. 3. **Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.** 4. **No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.** 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (grifo nosso)

E, por fim, o também arguiu a parte pela repetição do indébito, cobrado de maneira abusiva e no período de 5 anos para trás, levando-se em conta a prescrição quinquenal.

Para tanto, tal direito foi reconhecido também em sede de recursos repetitivos no julgamento do REsp 1299303 / SC, em 2012, qual reconheceu a legitimidade ativa do consumidor final de reaver em dobro o montante cobrado de maneira irregular.

5. Do Julgamento do RE 593.824-7/09.

Após a manutenção da decisão pelo TJSC, o estado, por meio de sua respectiva procuradoria manejou Recurso Extraordinário no supremo a fim de ver revertido o entendimento cada vez mais hegemônico sobre a questão do ICMS-energia, vez que representa parcela significativa dos orçamentos dos estados da federação.

Uma vez distribuído, ficou sorteada a relatoria ao Min. Ricardo Levandovski, o qual, em acertada decisão, reconheceu a repercussão geral sobre o tema, bem como a questão constitucional inserida pelas partes.

Segundo o magistrado, existe controvérsia no que diz respeito à aplicação dos dispositivos constitucionais levantado pelas partes, quais sejam, o artigo 155, II, e 155, p. 2º, IX, b e p. 3º, da Carta Magna.

Levou também em consideração, o ministro relator, a questão dos precedentes, haja visto vulto tomado pela questão e o volume de processos pendentes de um entendimento mais solidificado, no qual, muitos dos tribunais aguardavam pela consolidação.

No entanto, o principal argumento para a afetação da matéria foi a repercussão econômica que a matéria iria causar nos cofres públicos a partir do momento em que a decisão fosse proferida, ultrapassando o interesse subjetivo das partes e alcançando a coletividade.

Nesse sentido, ordenou fossem suspensos os processos relacionados ao tema, e indicou, em sua decisão, que:

“(...) Cumpre ao Supremo definir o alcance da Carta da República presente a base de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços tal como decorre do figurino constitucional.”.

O tema ainda se encontra sobrestado para todos os processos que indiquem essa temática, no entanto, os tribunais não deixaram de decidir em casos que versem sobre a base de cálculos, configurando verdadeira mutação jurídica no intuito de haver debatido a base de cálculos do ICMS-energia.

6. Conclusão.

Após detida análise do presente caso, Tema de Repercussão Geral n. 176 do STF, é possível abstrair do cenário atual como o comportamento social é fator determinante para a evolução do entendimento jurídico, nessa feita, do ramo tributário, no qual discussões como essa, em repercussão geral, contribuem para o alinhamento dos interesses entre os criadores da norma e seus respectivos usuários.

A intenção do Supremo foi resguardar o Estado de suas leis, as quais se mostram deslocadas da nova ordem constitucional, da moralidade e da transparência, evidenciando a necessidade do debate em profundidade.

No entanto, hoje, por força das relações e necessidades do comércio, há um movimento para que se contorne essa situação, isso porque desde 2009 a questão está sobrestada e pende de julgamento.

Uma delas foi a afetação em repercussão geral do tema 986, que visava discutir a incidência de tarifas de uso de rede elétrica no cômputo da base de cálculo do ICMS, e outras formas mais elaboradas de discussão da matéria, nas quais o STF se mostra sempre a favor da cobrança sobre a mercadoria efetivamente consumida.

Nesse sentido, outros tribunais vêm aplicando a legislação à sua maneira, acarretando um quadro caótico em torno da questão.

Como foi explanado, o próprio STJ já tem suas próprias linhas e enfrentamentos de sustentação do tema, tão importantes quanto a resolução do RE 593824/SC.

Certo é que há necessidade de uma regulação desse tributo sobre a energia elétrica, pois o Estado, enquanto tributador, deve cuidar da legalidade estrita e da transparência quanto aos seus colaboradores, objeto final da prestação estatal..

7. Referencias:

<https://portaldeauditoria.com.br/fato-gerador-do-icms>

BRASIL. Lei n.º 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR) **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1996.