

ESTUDO SOBRE A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS NO CONTRATO DE DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA

*Francisco Édio David*¹

Autor

Atelmo Ferreira de Oliveira, Msc

Orientador

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo abordar o entendimento na esfera tributaria quanto à incidência do imposto sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS nos contratos de reserva de potência de energia elétrica, mais precisamente no ambiente de contratação regulada com tarifa binômia. A pesquisa se justifica em função de diversas discursões entre o Fisco e os consumidores de energia a cerca do ICMS incidente na base de cálculo nos contratos de demanda de potência. A metodologia da pesquisa é baseada na revisão da literatura, além de leis, regulamentos e julgamentos jurídicos, no tocante a incidência do ICMS nos contratos de demandas. Observa-se atualmente um crescimento no volume de os processos preiteados pelos consumidores contra os estados. Conclui-se que não podem integrar a base de calculo do ICMS o contrato de demanda de energia elétrica, por que não houve a circulação de energia elétrica no estabelecimento do consumidor, portanto, para atender as liminares concedidas aos consumidores, as distribuidoras devem deixar de reter o ICMS dos consumidores para efetuar o repasse ao fisco, implicando na sua obrigação de reter e recolher o ICMS.

Palavras-chaves: imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS; hipótese de incidência no contrato de demanda de potência de energia elétrica.

1 - Aluno de Pós-Graduação do Curso de Gestão Fiscal e Tributária na Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: f.edio@bol.com.br

ABSTRACT

This study aimed to address the understanding in the sphere as tributary to the tax on transactions of circulation of goods and on services of interstate transportation, communication and inter - ICMS contracts for power reserves of energy, more precisely in with the regulated part tariff. The research is warranted on the basis of many discourses between the Treasury and energy consumers around the ICMS calculation basis in the contracts of the power demand. The research methodology is based on literature review, in addition to laws, regulations and legal judgments, regarding ICMS contracts demands. We're seeing an increase in volume of procedures homage by consumers against the states. It follows that can not integrate the assessment basis of the ICMS contract demand of electricity, for which there was no movement of energy in establishing the consumer, therefore, to meet the injunctions granted to consumers, the distributors must stop ICMS retain consumers to make the transfer to the Treasury, involving in its obligation to withhold and collect the ICMS.

1. Introdução

Mediante as mudanças que ocorreram no setor elétrico brasileiro, onde passou por uma reestruturação institucional nos meados da década de 90, e teve como marco legislativo, a edição da Lei das Concessões dos Serviços públicos (Lei nº 8.897/95), que trouxe o arcabouço jurídico necessário para descentralização dos serviços de geração e distribuição de energia elétrica, percebe-se grande discursão entre os estados e contribuintes com relação à incidência do ICMS no contrato de demanda de potência de energia elétrica.

No dia 26 de dezembro de 1996, com o advento da Lei nº. 9.427, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Assim, a ANEEL criou dois sistemas distintos:

- 1) O Ambiente de Contratação Livre (ACL), que compreende o atendimento dos consumidores livres, por intermédio de contratos livremente negociados entre as partes e remunerados por preço (e não tarifa definida pela ANEEL); e
- 2) O Ambiente de Contratação Regulada (ACR) que compreende o atendimento aos consumidores cativos (residenciais, por exemplo) por distribuidoras locais (sem competição), de forma exclusiva e por meio de contratos regulados. As distribuidoras locais são remuneradas por tarifas, a qual deve incluir todos os custos necessários ao fornecimento de energia aos consumidores cativos.

A Resolução 456/00 da ANEEL estabelece regras gerais de fornecimento de energia elétrica para os consumidores de grande e pequeno porte. São definidas duas formas de tarifação: a monômnia que mede apenas o consumo e a binômnia que abrange consumo e demanda.

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

Já para a tarifa binômnia, obrigatória para todos os consumidores de grande porte (aqueles ligados em alta tensão – Grupo A), a exemplo das grandes indústrias, é utilizado, também, o medidor de demanda, que tanto mede a energia, quanto a demanda.

Neste contexto, a problemática desse trabalho é: Os contratos de demanda de reserva de potência de energia elétrica têm a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS?

2. OBJETIVO, JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA

2.1. OBJETIVO

O presente estudo tem como objetivo principal a análise de questão tributária específica do ambiente de Contratação Regulada (ACR), com tarifa binômica, mais precisamente quanto a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, nos contratos de demanda de reserva de potência de energia elétrica.

2.2. JUSTIFICATIVA

O presente artigo se justifica em função da grande discussão entre os Estados e os contribuintes a cerca da incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação sobre a Demanda contratada de reserva de potência de energia elétrica.

2.3. METODOLOGIA

Para tanto, a metodologia utilizada é uma pesquisa bibliográfica, documental, onde baseou-se em regulamentações e entendimentos jurídicos acerca da incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação sobre a demanda de potência contratada de energia elétrica em todo nosso país.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 - ICMS

O ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) é de competência dos Estados e do Distrito Federal, conforme disciplinado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 155 que assim dispõe:

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

II. operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 101)

A regulamentação constitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996, mais conhecida como “Lei Kandir”, alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000.

Além da legislação citada existe regulamento do imposto, o RICMS, que é uma consolidação de toda a legislação sobre o ICMS vigente no Estado, aprovado por Decreto do Governador.

- Fato Gerador

O fato gerador do ICMS é descrito na lei que o institui a lei do Estado ou do Distrito Federal. Conforme já mencionado, a regulamentação do referido imposto está prevista na Lei Complementar 87/96 e, portanto, o seu fato gerador nesta se encontra definido.

O artigo 2º da mencionada lei determina:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

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

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

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

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

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

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

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

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

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua. (LEI COMPLEMENTAR nº 87, 1996).

- Fato gerador na Energia Elétrica

A partir da outorga de competência para instituição do ICMS sobre operações relativas à circulação da mercadoria “energia elétrica”, a hipótese de incidência desse imposto é caracterizada pelo aspecto material e o aspecto temporal. Pelo primeiro, entende-se ser o próprio ato de praticar operações relativas à circulação de energia, quanto ao segundo, é o momento em que se deve reputar consumada a operação relativa à circulação da energia elétrica. Se não atingir o marco temporal delineado na norma tributária como hábil a delimitar o momento da ocorrência do fato gerador, restará descaracterizado o nascimento da obrigação tributária.

Dessa forma, o fato gerador do ICMS, inerente à energia elétrica, é a operação relativa a circulação de mercadorias (energia elétrica). Para que possa ser constatada a subsunção a norma (hipótese de incidência) ao fato, é necessário que haja não só a

disponibilização da energia elétrica, mas necessariamente a sua transferência para o consumo do contribuinte, ou seja, é imprescindível que haja a circulação jurídica da mercadoria. Sem a mudança de titularidade da mercadoria, destarte, não há a incidência do ICMS.

3.2. ENERGIA ELÉTRICA

Energia elétrica ou eletricidade é como se chamam os fenômenos em que estão envolvidas cargas elétricas. A energia elétrica pode ser gerada através de fontes renováveis de energia (a força das águas e dos ventos, o sol e a biomassa), ou não renováveis (combustíveis fósseis e nucleares).

Ao ser gerada, a energia elétrica é conduzida por cabos até a subestação elevadora, onde serão elevados os valores da tensão elétrica, ou melhor, da voltagem, através dos transformadores, a fim de que possam percorrer longas distâncias, sendo conduzidas até os consumidores.

3.3. DEMANDA CONTRATADA DE RESERVA DE ENERGIA ELÉTRICA

A demanda contratada diz respeito à potência que a concessionária disponibilizará para uso pela unidade consumidora, cuja verificação é feita por equipamento registrador instalado no ponto de medição, que a cada 15 minutos gera um registro para fins de faturamento.

Como as curvas de carga das plantas industriais podem variar em função do ciclo de operação previsto para os diferentes períodos de funcionamento diário dos setores de produção, os próprios consumidores ligados ao sistema elétrico, tendo em consideração a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade, devem dimensionar e contratar a demanda de potência máxima provável que será necessária para a concessionária assegurar o pleno funcionamento simultâneo do conjunto de seus aparelhos e equipamentos.

Ao contratar a disponibilização de uma determinada potência, o grande consumidor garante-se de que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estimada,

embora variável, mas comprometida, tendo então a garantia de que poderá consumir energia elétrica até a potência máxima contratada, sem risco de quedas de tensão ou danos aos equipamentos e à rede.

O conceito de demanda contratada encontra-se definido no item IX, do artigo 2º, da Resolução nº. 456/00, da ANEEL:

"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)."

O Contrato de Demanda Reservada de energia elétrica não representa a efetiva transmissão de energia elétrica, mas sim a garantia de uma quantidade determinada de energia elétrica reservada ao usuário/consumidor.

A Resolução nº. 456/00 da ANEEL estabelece regras gerais de fornecimento de energia elétrica aos consumidores de grande e pequeno porte, estabelecendo duas formas de tarifação pelas concessionárias de energia elétrica: a *monômia* que mede apenas o consumo; e a *binômia* que abrange consumo e demanda.

Para a medição do consumo de energia na aplicação da tarifa *monômia*, utiliza-se somente a quantidade de energia elétrica efetivamente consumida. Este tipo de tarifa é estabelecido pela ANEEL, e definido na Resolução nº. 456/00 aos consumidores de menor porte (ligados em baixa tensão – Grupo B):

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

(...)

XXIII - Grupo "B": grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômia e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo B1 - residencial;
- b) Subgrupo B1 - residencial baixa renda;
- c) Subgrupo B2 - rural;
- d) Subgrupo B2 - cooperativa de eletrificação rural;
- e) Subgrupo B2 - serviço público de irrigação;
- f) Subgrupo B3 - demais classes;
- g) Subgrupo B4 - iluminação pública.

Para os consumidores de grande porte é obrigatória o cálculo da tarifa *binômia*, onde são ligados em alta tensão, considerados como “Grupo A”, é considerada, além do efetivo consumo de energia elétrica, uma reserva de demanda de potência de energia elétrica.

3.4 – CONSUMO x DEMANDA

Consumo é a quantidade de energia elétrica consumida pela unidade consumidora durante um período de tempo, expresso em quilowatt-hora (kWh). Por exemplo, quando um equipamento elétrico é acionado, ligado à rede elétrica, cria-se um fluxo de corrente, devido ao nível de tensão aplicado em seus terminais para poder funcionar. Quando essa potência, entregue ao equipamento, é medida durante um intervalo de tempo, tem-se o consumo de energia elétrica.

Demanda, é a média das potências elétricas, solicitadas ao sistema elétrico, pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

3.5 – CONSUMO DE ENERGIA – INCIDÊNCIA DO ICMS

A utilização efetiva de energia elétrica, equiparada à mercadoria, de acordo com a legislação em vigor, constitui fato gerador do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações, de competência estadual, por força do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº. 87/96, norma geral de Direito Tributário, editada com supedâneo no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, determina a sistemática que deve ser observada pelos legisladores estaduais e distritais, quando da regulamentação do ICMS em suas respectivas esferas de competência, de forma que o fato gerador não pode se afastar das hipóteses previstas no artigo 2º, sob pena de absoluta ilegalidade.

Desta forma, a incidência do ICMS nas operações de circulação de mercadoria, em que se inclui a energia elétrica, deve ter como hipótese de incidência a operação jurídica

que, praticada por comerciante, industrial, ou produtor, acarrete a transmissão de sua titularidade.

Vale ressaltar, que os artigos 8º, 9º, 12 e 13, da Lei Complementar nº. 87/96, dispõem, em termos gerais, sobre a base de cálculo e o fato gerador do imposto incidente sobre a transmissão de mercadorias (incluindo a energia elétrica), valendo-nos trazer à colação alguns dispositivos:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

(...)

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

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

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

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

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

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

(...)

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

I - da saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;”

Portanto, sendo a energia elétrica, considerada mercadoria, é pacífico o entendimento de que sua transmissão configura hipótese de incidência do ICMS, onde temos como critério

material do fato gerador do tributo (ICMS) o efetivo consumo da energia elétrica, consubstanciado na transmissão de eletricidade ao estabelecimento consumidor, sendo a base de cálculo, o valor da energia efetivamente consumida.

3.6 – CONTRATO DE DEMANDA – INCIDÊNCIA DO ICMS

Os estabelecimentos caracterizados como estabelecimentos consumidores de energia de grande porte, necessitam celebrar contrato específico de fornecimento de energia elétrica. As concessionárias vêm exigindo a celebração destes contratos para assegurar o fornecimento de energia elétrica em volume compatível com sua capacidade instalada. Nos contratos de fornecimento de energia celebrados, há previsão de um fornecimento mínimo chamado de "demanda contratada".

Sendo assim, o contrato de demanda retrata tão somente a disponibilidade de determinada quantidade de energia apta a garantir o funcionamento dos consumidores de grande porte no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada, e deve ser pago independentemente da utilização da energia disponibilizada, ou seja, independentemente da ocorrência do fato gerador em foco, constituído pelo efetivo consumo de energia elétrica.

A legalidade da cobrança do ICMS sobre a parcela denominada "demanda contratada", parcela esta que compõe a operação de entrega da mercadoria energia elétrica, e está consignada, separadamente, na fatura que é cobrada dos consumidores do Grupo A, é cristalina e tem guarida na Carta Magna, na Lei Complementar do ICMS e nas Leis Ordinárias das diversas unidades da Federação, como veremos a seguir:

A incidência do ICMS ocorre sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 155, inciso I, letra "b", da Lei Maior - CF-88).

Nessa linha de raciocínio, concorda-se com a posição do Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública Estadual Privativa das Execuções Fiscais, Elpídio José Duque [07], quando assevera:

"O ICMS incide sobre "operações relativas à circulação de mercadorias" (art. 155, I, b, da CF-88), envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação.

O termo "operações" adquire o significado próprio de negócios hábeis, embora possa ser compreendido num sentido econômico, para o intérprete do Direito só interessa o sentido jurídico.

A alínea I, do inciso XII, do art. 155, da Constituição da República estabeleceu que cabe à lei complementar fixar a Base de Cálculo para fins de cobrança de ICMS sobre mercadorias ou serviços.

Com o advento da Lei Complementar 87/96, o art. 9º, inciso II, estabeleceu que o ICMS devido nas operações com energia elétrica seria calculado sobre o preço praticado na operação final:

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

Desde a concepção da Constituição que o legislador determinou que as empresas distribuidoras seriam responsáveis pelo pagamento do ICMS, desde a produção até a última operação, calculando o imposto sobre o preço praticado na operação final. Também o Convênio ICMS 66/88, com base no mandamento do § 8º do mesmo artigo, fazia a previsão de que a base de cálculo seria o valor da operação mercantil realizada:

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

Por sua vez, a Lei Complementar 87/96 estabelece que a base de cálculo do ICMS nas operações relativas à circulação de mercadoria em geral, inclusive da energia elétrica, é constituída do valor da mercadoria adicionado de demais valores imputados aos adquirentes:

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

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

...

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Em resumo, a regra geral de base de cálculo do ICMS é o valor da operação, que não se confunde com o valor puro e simples da mercadoria. Valor da operação pressupõe todos os elementos que são adicionados ao valor da mercadoria para formação do preço final a ser repassado ao consumidor

4. Análise e Discursão dos Resultados

Na análise abordada sobre o tema deste artigo, pode-se observar que a matéria em tela certamente é controvertida, não há dificuldade em afirmar que o ICMS não incide na denominada Demanda de Reserva ou Contratada, e sim quando houver efetivamente o consumo de energia elétrica pelo consumidor.

Muitas empresas estão se movendo junto ao mundo jurídico contra o Estado, questionando a incidência do ICMS sobre o contrato de Demanda contratada de energia elétrica.

Nos estudos realizados, pode-se afirmar que já há uma posição do Superior Tribunal de Justiça a favor dos contribuintes (consumidor).

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que há intenso movimento dos Estados tentando modificar o posicionamento do STJ sobre a Incidência do ICMS nas Demandas Contratadas de Energia Elétrica seja modificada.

Para se ter uma idéia de como é complexo o assunto, uma empresa de Santa Catarina moveu uma ação contra o Estado que inicialmente, ela ingressou na Justiça estadual com um mandado de segurança, argumentando a desobrigação de pagamento de imposto sobre a demanda de potência contratada de energia elétrica, onde teve o pedido negado em primeira e segunda instância, então recorreu ao STJ, onde o recurso foi parcialmente atendido, para reconhecer a incidência do imposto somente sobre a energia efetivamente consumida.

No estado do Rio Grande do Norte o STJ já se manifestou a respeito do assunto abordado, onde foi publicado em jornal de grande circulação, como segue:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve liminar que impediu o estado do Rio Grande do Norte de cobrar o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) sobre o valor referente à reserva de demanda de energia elétrica contratada. A decisão é do presidente da Corte, ministro Cesar Asfor Rocha.

O Estado recorreu da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, sustentando que "a perdurar a eficácia da liminar, é factível que se perpetre considerável e inadmissível agressão à ordem administrativa, à segurança e ao orçamento do estado, e, o que é pior, durante um longo espaço de tempo e de forma nitidamente ilegal, ou seja, sem razão de direito".

Ao decidir, o ministro Cesar Rocha destacou que se evidencia, no caso, o caráter exclusivamente jurídico da questão tratada pelo estado, não revelando hipótese de intervenção do STJ, nos termos da Lei n. 12.016/2009.

A suspensão de segurança, conforme delineamento legal, limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública. Inviável, no âmbito dessa medida excepcional, a análise do mérito da demanda ou dos aspectos jurídicos da decisão impugnada", ressaltou o ministro.

Jornal O Mossoroense / Cidades / Pág. 08 / publicado em 12.08.2010.

5. Conclusão

No caso em exame, depreende-se que a reserva de demanda de potência contratada não implica em consumo efetivo de energia elétrica, fato este definido pelo ordenamento como caracterizador da incidência do ICMS. Ao contrário, consiste em mero dimensionamento da capacidade necessária para o desenvolvimento das atividades do contribuinte.

Conclui-se que, a Fazenda Estadual não está com sua forma de tributação dentro dos padrões legais, quanto a tributação do ICMS das faturas de energia elétrica, sobre os contratos de fornecimento firmados entre o concessionário e o estabelecimento consumidor no tocante às rubricas de "demanda contratada de reserva de potência de energia elétrica".

Não podem integrar a base de cálculo da fatura de fornecimento de energia elétrica a "demanda contratada", ocorrendo uma ilegalidade absurda, vez que a energia não foi efetivamente consumida. Assim sendo, pelo não consumo de energia não há que se falar em incidência de ICMS, vez que a energia não circulou no estabelecimento consumidor.

Para dar cumprimento as liminares concedidas, as distribuidoras devem deixar de reter o ICMS dos consumidores para efetuar o repasse ao Fisco, com isso afeta diretamente as distribuidoras de energia elétrica, por implicar em modificação na sua obrigação de reter e recolher o ICMS.

6. Referências

- <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=10287>, acessado em 15 de setembro de 2010.
- LEI COMPLEMENTAR Nº 87, 1996.
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL-CTN
- Constituição Federal de 1988.
- Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Norte, aprovado pelo Decreto nº 13.640 de 13 de novembro de 1997.
- Resolução 456/00 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL
- Jornal O Mossoroense / Cidades / Pág. 08 / publicado em 12.08.2010.
- BORGES, Eduardo de Carvalho. **Tributação no Setor Elétrico**. Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010.