

**CONTRATOS DE DEMANDA NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA –
IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E TRANSPORTE
INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL – ICMS.**

**DEMAND POWER CONTRACTS - NO INCIDENCE OF THE BRAZILIAN STATE
MERCANTILE TAX (CIRCULATION OF MERCHANDISES AND SERVICES OF
TELECOMMUNICATIONS AND INTERSTATE AND INTERMUNICIPAL
TRANSPORT – ICMS).**

Bruno Oliveira Cardoso¹

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. Em apertada síntese, a hodierna regulamentação permite que as concessionárias realizem 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 demonstrar a absoluta ilegalidade da cobrança do ICMS sobre o valor cobrado pelas concessionárias pelo *contrato de demanda* firmado com os

¹ Advogado militante na área tributária e societária em Vitória – ES; Professor de Direito Administrativo e Tributário da Faculdade de Direito da Estácio de Sá de Vitória - ES; Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Cândido Mendes; Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais pela FGV; mestrando em Planejamento Tributário pela FUCAPE *Business School*.

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: TRIBUTÁRIO – ICMS – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA – CONTRATO DE DEMANDA PARA FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ILEGALIDADE.

ABSTRACT

The Brazilian electric power sector passed for forceful institutional reorganization motivated by the reform of the Brazilian State. The reorganization process culminated in the creation of the ANEEL (in English, we can translate to *national agency of electric energy power*), government department with responsibility to regulate the production, transmission, distribution and commercialization of electric energy power, in compliance with the political and lines of direction of the federal government. The modern regulation allows that the electric power companies cover the price, for the effective use of the electric energy power, and the maintenance of determined amount of energy power for the consuming user, independent of the effective use.

The Brazilian legal system considers the electric energy power a *product*, of form that its transmission configures hypothesis of incidence of the tax on relative operations to the circulation of merchandises – ICMS. However, the States of the Brazilian Federation - political entities with prescribed ability, to regulate and to collect the tax in reference – come determining the incidence of the ICMS in the value charged in invoices the *demand contract* (availability of determined amount of energy to guarantee the supply to some consumers). The present work intends to demonstrate the absolute illegality of the incidence of the ICMS on the value charged for the electric power companies for the *contract of demand*, on the basis of the analysis of the constitutional tax system and the general rules that regulate the hypothesis of incidence of the ICMS.

KEYWORDS: TAX LAW – ICMS – HYPOTHESIS OF INCIDENCE – DEMAND POWER CONTRACT - ILEGALITY.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao distribuir entre as entidades estatais a competência para prestação dos serviços públicos, atribuiu à União Federal a exploração dos serviços e

instalações de energia elétrica, tais como a geração e fornecimento, diretamente pela pessoa jurídica de direito público, ou de forma descentralizada, mediante concessão, permissão ou autorização².

Quando da promulgação da atual Constituição, a geração e a distribuição de energia elétrica eram serviços explorados por entidades empresariais, componentes da estrutura da Administração Pública.

Em meados da década de 90, o setor elétrico brasileiro passou por uma contundente reestruturação institucional, como consequência da reforma do Estado no Brasil, e teve como marco legislativo, a edição da Lei de Concessões dos Serviços Públicos (Lei n.º. 8.987/95), que trouxe o arcabouço jurídico necessário para a descentralização dos serviços de geração e distribuição de energia elétrica

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

A reestruturação do setor, tanto no aspecto institucional quanto regulamentar, teve como objetivo, introduzir os segmentos de geração e comercialização de energia elétrica em um cenário competitivo.

A partir desse momento, há a criação de dois sistemas distintos: 1) o Ambiente de Contratação Livre (ACL), que “compreende o atendimento dos consumidores livres (eletrointensivos, tais como as indústrias de alumínio), por intermédio de contratos livremente negociados entre as partes e remunerados por preço (e não tarifa definida pela Aneel)³”; 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 cativos⁴”.

² “Constituição Federal.

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”.

³ Luciana Goulart F. Saliba e João Dácio Rolim. “Não-incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º. 122 – Novembro de 2005. São Paulo: Dialética. p. 51.

⁴ *Idem*.

O presente estudo tem como foco, a análise de questão tributária específica do Ambiente de Contratação Regulada (ACR), qual seja, a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, conforme passamos a analisar⁵.

2. Contrato de Demanda de Potência Elétrica (ou Contrato de Demanda Reservada)

No novo ambiente do setor elétrico no Brasil, após a reestruturação mencionada no tópico anterior, as atividades de distribuição e transmissão de energia elétrica, embora executadas por empresas privadas, permaneceram sujeitas à regulamentação do poder concedente, *in casu*, a União Federal.

No intuito de regulamentar a relação entre os usuários do serviço e as empresas concessionárias, a ANEEL, autarquia federal em regime especial incumbida de regular e fiscalizar as atividades do setor elétrico, estabeleceu diferentes estruturas contratuais, de forma que os consumidores do Ambiente de Contratação Regulada (ACR), denominados *consumidores cativos* só podem adquirir energia elétrica da empresa a que estão conectados pela rede de distribuição.

Dentro desse cenário, alguns consumidores cativos, além do contrato de fornecimento de energia elétrica (já existente antes da reestruturação do setor elétrico), estão sujeitos, por expressa previsão regulamentar, ao Contrato de Demanda de Potência Elétrica (ou Contrato de Demanda Reservada), que tem por finalidade garantir o suprimento de energia aos consumidores de grande porte – ligados em alta tensão, pertencentes ao *Grupo A* de acordo com a Resolução 456/00 da ANEEL.

Para uma melhor compreensão do tema em exame, especialmente no que tange às questões técnico-contratuais da relação entre usuários e concessionárias, é absolutamente necessário o perfeito entendimento do significado das expressões *consumo de energia elétrica* e *demanda de potência elétrica* (ou demanda contratada).

Consumo de energia elétrica representa a real quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação, que pode ser medida, em *kWh* (quilowatt-hora) ou em *MWh* (megawatt-hora), representando o efetivo consumo de energia pelo usuário.

Já a *demanda contratada de potência elétrica* consubstancia-se na relação entre energia e tempo, levando-se em consideração, porém, a medida do fluxo da energia que

⁵ Sobre a incidência do ICMS em situação análoga, no Ambiente de Contratação Livre (ALC), vide o excelente estudo de Luciana Goulart F. Saliba e João Dácio Rolim, já referido neste trabalho.

instalação necessita para o seu bom funcionamento. A unidade de medida usual é o kW, que significa mil *Watts*.

O conceito de demanda contratada encontra-se definido no item IX, do artigo 2º, da Resolução n.º. 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 tem por referência a *demanda de potência elétrica*, ou seja, 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 n.º. 456/00 da Agência Nacional de Energia Elétrica - 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 n.º. 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.

Já no cálculo da tarifa *binômia*, obrigatória para todos os consumidores de grande porte (ligados em alta tensão – Grupo A⁶), é considerada, além do efetivo consumo de energia elétrica, uma reserva de demanda.

⁶ Resolução ANEEL n.º. 456/00

Assim, de acordo com a regulamentação do setor elétrico brasileiro, no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), o fornecimento de energia às grandes indústrias (Grupo A) é cobrado por tarifa binômica, de modo a contemplar, de forma individualizada, dois componentes: (1) custo com o consumo de energia elétrica em megawatt-hora (consumo real); e (2) custo com a demanda em quilowatt (demanda de potência reservada ao consumidor de grande porte).

3. Consumo efetivo de energia elétrica – Hipótese de 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 (ICMS), de competência estadual, por força do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

Além de determinar a competência para sua regulamentação e cobrança, o “Texto Supremo implicitamente aponta a base de cálculo possível do ICMS sobre operações mercantis: o valor mercantil da operação efetivamente realizada⁷”.

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 ilegalidade⁸.

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

(...)

XXII - Grupo “A”: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo A1 - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV;
- b) Subgrupo A2 - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV;
- c) Subgrupo A3 - tensão de fornecimento de 69 kV;
- d) Subgrupo A3a - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV;
- e) Subgrupo A4 - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV;
- f) Subgrupo AS - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional

⁷ Roque Antônio Carrazza. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 111.

⁸ Art. 2º O imposto incide sobre:

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

Desta forma, a incidência do ICMS nas operações de circulação de mercadoria⁹, 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 titularidade¹⁰”.

Vale ressaltar, que os artigos 8º, 9º, 12 e 13, da Lei Complementar n.º. 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 dispositivos¹¹:

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

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.

⁹ “(...) do ponto de vista material não há diferença entre coisa e mercadoria. A diferença que existe não é da substância, mas apenas de destinação. Uma coisa é denominada de mercadoria quando destinada à comercialização, segundo a doutrina tradicional. Por isso, o conceito de mercadoria dado pelo Direito Privado é vinculante no Direito Tributário. Como o texto constitucional adotou o conceito tradicional de mercadoria para definir a competência impositiva estadual, nenhuma lei poderá conceituá-la diferentemente (art. 110 do CTN)”. (Kiyoshi Harada. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 428).

¹⁰ Sylvio César Afonso. “Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n.º. 78 – jan/fev. 2008. São Paulo: RT. p. 259.

¹¹ Grifos nossos.

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, para fins tributários, considerada mercadoria, é pacífico o entendimento de que sua transmissão configura hipótese de incidência do ICMS, e de acordo com os critérios que compõem a Regra Matriz de Incidência Tributária – tomando por base as normas trazidas à baila – temos como critério material do fato gerador do tributo *sub oculis* – 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.

4. Demanda de potência de energia elétrica – Hipótese de incidência do ICMS - Ilegalidade

Por sua vez, 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 (ACR), 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*.

Neste diapasão, se posiciona o emérito Professor Roque Antônio Carrazza¹², *in verbis*:

“A base de cálculo possível do ICMS incidente sobre energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria (a energia elétrica) ao consumidor. Noutra giro, é o preço da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer, o valor da operação da qual

¹² In “ICMS: da Impossibilidade da Incidência do Imposto sobre a Chamada Sobretarifa de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 74. São Paulo: novembro de 2001. p. 84/85.

decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final. Isto corresponde, na dicção do art. 34, § 9º, do ADCT ao 'preço praticado na operação final. O preço, ressaltamos com ênfase, consiste na parte essencial no cálculo do ICMS. A base de cálculo do imposto não pode ser diversa do valor da operação da qual decorra a entrega da mercadoria ao consumidor, não comportando esta qualquer incremento ou majoração”.

No mesmo sentido, leciona o Professor Hugo de Brito Machado¹³:

“Realmente a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado ou constante de tabelas. É o valor da operação, e este se define no momento em que a operação se concretiza. Assim, os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os de descontos para pagamento à vista [...] não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria (...)”.

O sistema normativo do tributo em tela, no Brasil, torna sua aplicação altamente complexa¹⁴, mas o texto constitucional é de irrefutável limpidez, na medida em que torna claro que no caso em exame, o ICMS só deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida¹⁵, não constituindo hipótese de incidência o valor do contrato que tem como escopo garantir demanda reservada de potência.

No que tange ao momento do nascimento da obrigação tributária, no que tange ao ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias, vale-nos trazer à baila, o entendimento de Sylvio César Afonso¹⁶, que com extrema acuidade assevera:

“[...] Nos termos da legislação em vigor, será a lei ordinária dos Estados e do Distrito Federal que deverá eleger o momento em que a transmissão jurídica será considerada como realizada. Este momento pode se dar na entrada da mercadoria no estabelecimento comercial, industrial ou produtor, o momento da saída destes locais, o momento da extração da nota fiscal, entre outros. Registre-se, entretanto, que estes momentos servem apenas para identificar oficialmente o fato tributável”.

E arremata com maestria:

“[...] Não obstante as observações acima, registre-se que o fato impositivo do ICMS só se completa com a transferência da titularidade da mercadoria, não havendo, ao menos em tese, que se falar em pagamento do ICMS antes desta transferência”.

Contudo, não obstante os contornos delineados pelo conjunto normativo aplicável à espécie, vários Estados da Federação, vêm, através de suas legislações específicas sobre o ICMS, editadas no exercício de suas competências tributárias, determinando a incidência da

¹³ In “ICMS: da Impossibilidade da Incidência do Imposto sobre a Chamada Sobretarifa de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 74. São Paulo: novembro de 2001. p. 84/85.

¹⁴ “(...) o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços é aquele que oferta, e longe, os maiores problemas de aplicação”. (Ives Gandra da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 6, t. I. p. 352/353).

¹⁵ Art. 155. (...)

II – operações relativas à **circulação de mercadorias** (...). *Grifo nosso*.

¹⁶ *Ob. cit.* p. 259/260.

exação sobre o valor cobrado pelas concessionárias a título de *contrato de demanda reservada de potência*.

Trata-se, obviamente, de incidência tributária absolutamente ilegal, que não encontra amparo na legislação aplicável ao ICMS.

É de se verificar, ainda, que antes do advento da Lei Complementar n.º. 87/96, o fato gerador do ICMS sobre a circulação de mercadorias era regulado provisoriamente pelo Convênio ICM n.º. 66/88, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ do Ministério da Fazenda, que dispõe:

"Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas; (...)" *Grifo nosso*.

Portanto, considerando as disposições constantes do Código Tributário Nacional acerca do momento da ocorrência do fato gerador¹⁷, é forçoso concluir que a reserva de demanda de qualquer mercadoria, não pode, em hipótese alguma, constituir hipótese de incidência do ICMS.

5. Conclusão

Face ao todo exposto, podemos concluir 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 utilização¹⁸", nos termos do uníssono posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A tentativa dos Estados e do Distrito Federal de fazer incidir o ICMS sobre o valor cobrado pelas concessionárias a título de *contrato de demanda reservada de potência* é mais

¹⁷ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. (...).

¹⁸ Fragmento do voto do Min. Castro Meira, Relator do REsp 825.350/MT, publicado no DJ de 26.05.2006, p. 250.

uma demonstração pública da voracidade fiscal brasileira, onde as entidades políticas têm extrema e histórica dificuldade em equilibrar os gastos públicos com uma política tributária comedida e racional, fazendo com que o Poder Judiciário tenha de atuar de forma contundente para coibir as sucessivas ilegalidades perpetradas, materializadas em regra, na forma de majoração de alíquotas, alargamentos de base de cálculo, criação (e recriação) de tributos, além de outros malfadados atos que deturpam a lógica do sistema tributário instituído pelo ordenamento jurídico em vigor.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Sylvio César. “Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n°. 78. São Paulo: RT, 2008.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, “ICMS: da Impossibilidade da Incidência do Imposto sobre a Chamada Sobretarifa de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 74. São Paulo: Dialética, 2001.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “ICMS: da Impossibilidade da Incidência do Imposto sobre a Chamada Sobretarifa de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 74. São Paulo: Dialética, 2001.

SALIBA, Luciana Goulart F. ROLIM, João Dácio. “Não-incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n°. 122 – Novembro de 2005. São Paulo: Dialética.