



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**JOÃO MARCOS DA CUNHA ROCHA**

**A INCIDÊNCIA DO ICMS NOS CONTRATOS DE DEMANDA DE POTÊNCIA DE  
ENERGIA ELÉTRICA.**

**Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores.**

**BRASÍLIA**

2020

**JOÃO MARCOS DA CUNHA ROCHA**

**A INCIDÊNCIA DO ICMS NOS CONTRATOS DE DEMANDA DE POTÊNCIA DE  
ENERGIA ELÉTRICA.**

**Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores.**

Relatório de jurisprudência apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Hable

**BRASÍLIA**

2020

**JOÃO MARCOS DA CUNHA ROCHA**

**A INCIDÊNCIA DO ICMS NOS CONTRATOS DE DEMANDA DE POTÊNCIA DE  
ENERGIA ELÉTRICA.**

**Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores.**

Relatório de jurisprudência apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Hable

**Brasília, dia de mês de 2020**

**BANCA AVALIADORA**

---

Professor(a) Orientador(a)

---

Professor(a) Avaliador(a)

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Para tanto faz um relatório de jurisprudência, traçando um paralelo entre os julgamentos do Recurso Especial nº 960.476-SC, do Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário nº 593.824-SC, do Supremo Tribunal Federal. Estuda-se assim a demanda de potência Elétrica assim como o contrato de reserva de potência, analisando as decisões paradigmáticas dos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, em que se debate a questão de forma minuciosa e aprofundada, chegando-se à conclusão sobre sua legalidade.

Palavras-Chave: Direito Tributário. ICMS. Energia Elétrica. Contrato de Reserva de Potência. Jurisprudência.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente relatório de jurisprudência é traçar um paralelo entre os julgamentos do Recurso Especial nº 960.476-SC, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 11 de março de 2009<sup>1</sup> e o Recurso Extraordinário nº 593.824-SC, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sessão virtual entre 17 e 24 de abril de 2020<sup>2</sup>, pela sistemática da Repercussão Geral, analisando conjuntamente de seus termos e efeitos elucidativos da latejante controvérsia na qual a sociedade se via inserida ao longo de, ao menos, as últimas duas décadas.

Os dois julgados versam sobre a mesma contenda: determinar a legitimidade da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sobre o valor da demanda de potência elétrica na integração de sua base de cálculo em detrimento daqueles provenientes apenas do efetivo consumo de energia elétrica.

O posicionamento dos Tribunais, no intervalo dos onze anos entre os julgamentos, foi harmonioso e pacífico no mesmo sentido: considerar, por parte do Superior Tribunal de Justiça, que é “indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada” (tema repetitivo nº 63), que deu origem ao enunciado de súmula nº 391<sup>3</sup>. O Supremo Tribunal Federal, posteriormente, por sua vez, definiu que “a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor” (tema 176 da sistemática da repercussão geral).

Desta forma, notáveis são as complexidades, especificidades e relevância do debate em apreço - tanto a título de impactos socioeconômicos quanto para o próprio Direito

---

<sup>1</sup> BRASIL. STJ. Recurso Especial 960476/SC. Min. Relator Teori Albino Zavascki. Data de julgamento: 11/03/2009. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=864342&num\\_registro=200701362950&data=20090513&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=864342&num_registro=200701362950&data=20090513&formato=PDF). Acesso em: 22/05/2020.

<sup>2</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020. Recurso Extraordinário 593824/SC. Min Relator Edson Fachin. Data de julgamento: 27/04/2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642244>. Acesso em 22/05/2020.

<sup>3</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009. Súmula nº 391.

Tributário, elementos que serão dissecados a seguir a fim de encontrar a compreensão clara e detalhada das razões componentes da sólida e recente jurisprudência.

## 1 SÍNTESE DOS CASOS CONCRETOS ANALISADOS

Tratando-se de um Relatório Jurisprudência, é forçoso que sejam deslindados, em primeiro lugar, os contextos fáticos nos quais os debates jurídicos foram inseridos, bem como seus fundamentos e razões que as ampararam. É do caso concreto, afinal, que irrompe o direito fundamental do presente estudo.

Isto posto, serão imediatamente apresentados, a seguir, a epítome das demandas enfrentadas pelas jurisprudências analisadas através dos *leading cases* objetos deste trabalho.

### 1.1 RECURSO ESPECIAL Nº 960.476/SC.

O Recurso Especial de nº 960.476/SC, julgado em 11 de março de 2009 pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, e que o presente Relatório de Jurisprudência se debruça em analisar, foi interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que confirmou sentença denegatória de mandado de segurança da Recorrente, Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda, que buscava originalmente o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS sobre o valor correspondente à demanda reservada de potência elétrica.

A ementa do acórdão *a quo* foi a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - DEMANDA CONTRATADA - INCIDÊNCIA DE ICMS - POSSIBILIDADE - DISPONIBILIZAÇÃO DE POTÊNCIA - SERVIÇO PRESTADO - ART. 155, IX, 'B', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RESOLUÇÃO N. 456/00 DA ANEEL - RECURSO DESPROVIDO.

Consoante o item IX, da Resolução n. 456/00, da ANEEL, a demanda contratada corresponde à '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)'.  
*Ex vi* do art. 155, IX, b, da Magna Carta, incide o ICMS 'sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios'.<sup>4</sup>

A Recorrente alegou no Recurso Especial<sup>5</sup>, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos artigos 2º, VI e 19 do Convênio 66/88<sup>6</sup>, aos artigos 2º, I, 12, I e 13, I da Lei Complementar 87/96<sup>7</sup> e ao artigo 116, II, do CTN<sup>8</sup>. Sustentou três pontos básicos. O primeiro, que seria “ilegal a exigência do ICMS sobre o valor total do contrato de fornecimento por demanda contratada, se a empresa contratante não consumir toda a energia elétrica que este ajuste lhe assegura”, (...) porque “a legislação aplicada à espécie só permite que a energia elétrica efetivamente consumida seja tributada pelo ICMS” (fl. 192).

O segundo ponto arguido foi que “por si só, a formalização do contrato de compra de fornecimento de energia elétrica, (...) não caracteriza circulação de mercadoria, eis que o fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo” (fls. 192-193);

O terceiro e último foi que seria “avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto”, já que “a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor” (fl. 194).

O Recorrido, o Estado de Santa Catarina, alegou, em sede de contrarrazões (fls. 234-247), essencialmente, que, segundo o sistema normativo que organiza a política tarifária de energia elétrica vigente em nosso País, no caso de consumidores do Grupo a que pertence a Impetrante, a tarifa seria calculada levando em consideração também a demanda de potência elétrica contratada, a qual, portanto, integra o preço da operação que serve de base de cálculo do ICMS. Desta forma, o imposto incidiria “sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como da demanda de ultrapassagem

---

<sup>4</sup> Santa Catarina, TJSC. 2006.

<sup>5</sup> STJ, 2007.

<sup>6</sup> CONFAZ, 1988.

<sup>7</sup> BRASIL, 1996.

<sup>8</sup> BRASIL, 1966.

e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança" (fls. 246-247).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer de fls. 636-641, pugnando para que os autos fossem remetidos ao Supremo Tribunal Federal, sob os argumentos de que a matéria jurídica possuiria natureza constitucional, além do aumento da quantidade de processos que a matéria envolve, aumentando, assim sua importância, face as graves consequências que poderia acarretar para os Estados (fl. 640).

Finalmente, em 11 de março de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, julgou o Recurso Especial, pelas razões que serão aqui minuciosamente exploradas, foi julgado sob a seguinte ementa:

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.



(REsp 960.476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009)<sup>9</sup>.

O acórdão foi publicado em 13 de maio de 2009 e transitado em julgado em 11 de setembro de 2009, de modo que os autos foram baixados à origem em 15 de setembro do mesmo ano.

## 1.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.824/SC.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o presente Relatório de Jurisprudência se cinge à análise do Recurso Extraordinário nº 593.824/SC, recentemente julgado pelo plenário do Tribunal em Sessão Virtual, sob a sistemática da Repercussão Geral, constituindo-se, assim, o *leading case* do tema.

O recurso, cujo recorrente aqui, por sua vez, é o Estado de Santa Catarina, foi interposto, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal<sup>10</sup>, apontando violação aos artigos 150, II e 155, II, § 2º, IX, “b” e § 3º, do texto constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja é abaixo ementa transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTE - PREQUESTIONAMENTO - NÍTIDO INTUITO DE REDISCUTIR A MATÉRIA EM CUJOS PONTOS O ARESTO FOI CONTRÁRIO AOS INTERESSES DA EMBARGANTE - VIA PROCESSUAL INADEQUADA - REQUISITOS DO ART. 535, DO CPC AUSENTES - RECURSO REJEITADO - O juiz não está adstrito aos fundamentos de direito trazidos pelas partes, nem está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos eles, quando, reforça-se, soluciona a lide sob motivação diversa da esposada pelos litigantes. - A contradição, para efeitos de embargos de declaração, deve ocorrer no corpo do acórdão, e não entre este e lei, outros julgados ou o entendimento da parte. Em outras palavras, não pode ser externa, mas apenas entre os argumentos e decisões no corpo do julgado. - Mesmo para efeito de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração pressupõe a existência de obscuridade, contradição ou omissão, não sendo o meio legal para reanalisar as questões decididas e o acerto do julgado. (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível em

---

<sup>9</sup> STJ, 2009.

<sup>10</sup> BRASIL, 1988.

Mandado de Segurança n. 2006.043560-3, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 03-05-2007).<sup>11</sup>

Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. contra ato do Gerente Regional da Fazenda Estadual da 2ª Região em Itajaí – SC, a fim de suspender a exigibilidade do ICMS cobrado sobre a demanda de reserva de potência, bem como sobre o “Encargo de Capacidade Emergencial”, por não constituírem propriamente a circulação da mercadoria energia elétrica, pugnano pela concessão da segurança para declarar a não incidência do ICMS sobre o valor da demanda estipulado em contrato com a concessionária, encargo de capacidade emergencial e encargo de aquisição de energia elétrica (fl. 13, Doc. 61)<sup>12</sup>.

A então Impetrante, ora Recorrida do Recurso Extraordinário, da mesma forma como a Recorrente do Recurso Especial, atua no ramo de comércio de madeiras no varejo e atacado e, de modo que necessita de grande potência de energia elétrica para o funcionamento de suas máquinas. Por isto, celebrou contrato com a CELESC para o fornecimento de energia elétrica, denominado de "contrato de demanda", nos termos da Resolução 456/2000, da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica.

Seus argumentos foram no sentido de considerar ilegítima a imposição da incidência dos valores cobrados a título de ICMS na alíquota de 25% sobre o total da fatura (tanto sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida quanto sobre o valor do contrato de demanda), dada a inexistência do fato gerador do ICMS (circulação da mercadoria energia elétrica), nos valores do contrato, conforme jurisprudência e estudos doutrinários que expõe.

Aduziu, ainda, que a matéria é pacífica na jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir do precedente firmado pelo Recurso Especial objeto deste trabalho, de modo que estariam presentes todos os requisitos para concessão da medida liminar requerida.

E assim se deu, a liminar foi concedida pelo juízo de primeiro grau, que posteriormente proferiu sentença de mérito confirmando-a e julgando procedente o pedido inicial, para excluir,

---

<sup>11</sup> Santa Catarina, TJSC. 2007.

<sup>12</sup> STF, 2008.

da base de cálculo do ICMS exigido sobre o consumo de energia elétrica, os valores referentes à demanda mínima contratada, aos encargos de aquisição de energia elétrica de capacidade emergencial.

O Estado de Santa Catarina apresentou recurso de apelação (fls. 91/108, Doc. 61), no qual o Tribunal *a quo* manteve a sentença que concedeu a segurança à impetrante (fls. 134/135, Doc. 61).

No Recurso Extraordinário, reforçou os argumentos apresentados na apelação e alegou violação constitucional do acórdão recorrido, sustentando, que:

o ICMS incide sobre o valor total da operação de fornecimento de energia elétrica, consoante a disposição do artigo 155, II e § 3º da Constituição, ou, pelo menos, que o item demanda reservada, não sendo considerado incluído na circulação de mercadorias, deve ser caracterizado como um serviço vinculado ao fornecimento da mercadoria energia elétrica, serviço este não tributado pelo ISS, que é então, tributado pelo ICMS, exatamente como determina o artigo 155, parágrafo 2º, IX, 'b' da Constituição. Sendo assim, conclui-se que, pela dicção das normas constitucionais invocadas, há subsunção da hipótese do caso concreto à norma legal, de modo que incide a consequência jurídica, na espécie, a cobrança do ICMS sobre a parcela conhecida como demanda reservada. (fls. 195/196, Doc. 61)

A 2ª Vice-Presidência do TJSC admitiu o recurso, por reputar preenchidos os requisitos de admissibilidade, autuado em 7 de outubro de 2008, e em primeiro de agosto de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por meio do então relator, Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, fixando o tema 176: “Inclusão dos valores pagos a título de ‘demanda contratada’ na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica.”<sup>13</sup>.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou, em parecer, pela inadmissibilidade do recurso, uma vez que a alegada violação constitucional, se existente, seria reflexa, de modo que demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviabilizando o processamento do apelo extremo, e mesmo que ultrapassada a questão da admissibilidade, o entendimento expresso na Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça, estaria correto segundo

---

<sup>13</sup> STF, 2009.

a qual “o ICMS incide sobre valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”<sup>14</sup>.

Os autos foram redistribuídos, em 17 de junho de 2015, de sorte que houve substituição da Relatoria, assumindo-a o Ministro Edson Fachin (fl. 230, Doc. 62).

Enfim, o Recurso Extraordinário foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual, entre os dias 17 e 24 de abril de 2020, e teve seu acórdão publicado no dia 19 de maio de 2020, com repercussão geral reconhecida para fixar a tese de que “a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”<sup>15</sup>, abaixo ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA. 1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica. 3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS. 4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada. 5. Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”. 6. Recurso extraordinário a que nega provimento. (RE 593824, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-123 DIVULG 18-05-2020 PUBLIC 19-05-2020).

<sup>14</sup> STJ, 2009. Súmula nº 391.

<sup>15</sup> STF, 2020.

## 2 NOÇÕES PRELIMINARES FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA

Em virtude da complexidade técnica do tema, é necessário que sejam esclarecidos uma série de noções basilares para a compreensão da controvérsia em análise. Para além das premissas técnicas, serão elencadas nestes tópicos também noções medulares adotadas pelos votos em ambos os julgamentos, essenciais para o enriquecimento e instrução do debate.

### 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ICMS

Cumprir inicialmente estabelecer as premissas tributárias quanto a própria noção básica do ICMS. Nessa conformidade, serão abordados a seguir seus axiomas e elementos básicos.

#### 2.1.1 Imposto

O imposto é a espécie tributária estabelecida pelo Título III do Código Tributário Nacional<sup>16</sup>, cujo conceito está preceituado em seu artigo 16, como “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Assim, os impostos são tributos que incidem necessariamente sobre revelações de riqueza do contribuinte, sendo seus fatos geradores situações relacionadas ao contribuinte e não ao Estado, desvinculados de atividade estatal<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> BRASIL, 1966.

<sup>17</sup> PAULSEN, 2019. p. 54.

Neste sentido, o fator de prescindibilidade da exigência de contraprestação do Estado é, conforme apontado por Regina Helena Costa<sup>18</sup>, como constitutivo para a maior relevância do imposto em detrimento das demais espécies tributárias.

Identificado o imposto como espécie do tributo passemos à análise da classificação quanto sua competência, para o alcance do cerne do tema.

### **2.1.2 Competência**

A noção de competência tributária corresponde ao poder de tributar, sendo, portanto, a aptidão para a criação de tributos por meio da edição do veículo legislativo necessário (art. 150, I da Constituição Federal<sup>19</sup>), indicando todos os aspectos de sua hipótese de incidência.

O rol de impostos dispostos por sua competência está previsto do texto constitucional, entre os artigos 145 e 149-A. Nos interessa, contudo, os impostos de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal, taxativamente dispostos pelo artigo 155 do mesmo texto, quais sejam os impostos sobre:

- I. transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
- 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;
- III. propriedade de veículos automotores.

O inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, portanto, prevê a competência dos Estados para instituir o 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 as prestações se iniciem no exterior”, denominado ICMS.

### **2.1.3 O Fato Gerador e Hipótese de Incidência do ICMS**

---

<sup>18</sup> COSTA, 2019. p. 143.

<sup>19</sup> BRASIL, 1988.

O ICMS, enquanto imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, tem seus elementos sinteticamente esclarecidos por Leandro Paulsen do seguinte modo:

Operações são negócios jurídicos; circulação é transferência de titularidade, e não apenas movimentações físicas; mercadorias são bens objeto de comércio<sup>20</sup>.

O sentido relevante para o estudo do direito tributário de “operação”, segundo José Eduardo Soares de Melo, é o jurídico<sup>21</sup>:

[...] configuram o verdadeiro sentido do fato juridicizado, a prática de ato jurídico como a transmissão de um direito (posse ou propriedade).  
[...] que, embora possam ser compreendidos num sentido econômico, num sentido físico, ou num sentido jurídico, para o intérprete do Direito só interessa o sentido jurídico.

Carrazza<sup>22</sup>, a seu tempo, entende que as operações tributáveis, nos termos da Constituição, se restringem àquelas relativas à circulação de mercadoria, portanto, não são todas nas quais há a incidência do ICMS, exceto estas qualificadas. Nada obstante, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino corroboram a primeira afirmação ao destacarem que:

Operações são atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadorias são, nesse sentido, adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações.<sup>23</sup>

A respeito da “circulação”, depreende-se como seu conceito o seguinte:

[...] passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação, com mudança de patrimônio.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> PAULSEN, 2019. p. 386.

<sup>21</sup> MELO, 2006. p. 11;

<sup>22</sup> CARRAZZA, 2002. p. 3;

<sup>23</sup> ATALIBA. p. 104;

<sup>24</sup> MELO, 2006. p. 14;

Sem nenhum embargo, Carrazza ainda esclarece a imprescindibilidade da circulação ser jurídica, e não meramente física, uma vez que pressupõe a transferência da posse ou propriedade da mercadoria, logo, de sua mudança de titularidade.

Finalmente, e de aguda relevância, na trilha dos demais conceitos, José Eduardo Soares de Melo aponta “mercadoria” nos seguintes termos:

Mercadoria, tradicionalmente, é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente.<sup>25</sup>

Esclarece, contudo, a ampliação constitucional do conceito<sup>26</sup>, de modo a abarcar a energia elétrica, que, em regra, não se adequaria à tal conceituação uma vez que não se trata de um bem corpóreo, enfatizando, assim, a mercantilidade da operação.

Carrazza<sup>27</sup>, por sua vez, elenca que:

[...] mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade mercantil, que obedece, por isso mesmo, ao regime jurídico comercial.  
[...] Não é qualquer bem imóvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.

Desta feita, são fatores determinantes para classificação enquanto mercadoria, a finalidade e a destinação do bem, não bastando apenas suas características.

Enfim, para solucionar o tópico, conforme exposto pelo Ministro Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário, em seu voto, o imposto deveria incidir não sobre a saída física da mercadoria, mas na sua circulação econômica, isto é, sua evolução na cadeira produtiva da fonte produtora ao consumidor final<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> MELO, 2006. p. 15-16;

<sup>26</sup> BRASIL, 1988. Artigo 155, § 3º: “À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

<sup>27</sup> CARRAZZA, 2002. p. 3;

<sup>28</sup> RIBEIRO, 2011.



A circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um adquirente. A operação, portanto, somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, que não pode ser apenas física, mas sim jurídica e econômica<sup>29</sup>.

A hipótese de incidência do tributo é, portanto, a operação jurídica praticada e que acarrete a circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.

#### 2.1.4 Base de Cálculo

Quanto à base de cálculo do ICMS, preliminarmente à vista de sua função, ou funções como triparte Paulo de Barros Carvalho<sup>30</sup>, pode ser:

- a) função mensuradora, pois mede as proporções reais do fato;
- b) função objetiva, porque compõe a específica determinação da dívida; e
- c) função comparativa, porquanto, posta em comparação com o critério material da hipótese, é capaz de confirmá-lo, infirmá-lo ou afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro.

Realce-se a função de medir um fato tributário a fim de desempenhar a unidade de referência atribuída pelo legislador, viabilizando a quantificação de sua grandeza financeira.

Tratando-se do ICMS, os aspectos de sua incidência podem ser identificados a partir de sua regra matriz. Destaquemos os aspectos material e quantitativo, nas lições de Adolpho Bergamini<sup>31</sup>:

Identifica-se o critério material pela conjugação de um verbo e seu respectivo complemento, o que, para o ICMS, serão as expressões “circular mercadorias”, “prestar serviços de transporte intermunicipal”, “prestar serviços de transporte interestadual” ou “prestar serviços de comunicação”.

<sup>29</sup> STF, 2020. Pgs. 12-13.

<sup>30</sup> CARVALHO, 2002. p. 328;

<sup>31</sup> BERGAMINI, 2013. p. 281-282;

Realizado um destes fatos materiais, o contribuinte que o praticou deve pagar o ICMS, cuja base de cálculo (que ao lado da alíquota compõe o critério quantitativo) deve corresponder à base econômica (ou quantificação econômica) do fato jurídico que desencadeou a relação jurídico-tributária: o preço da circulação da mercadoria; ou a contraprestação pelo serviço de transporte intermunicipal e interestadual, ou de comunicação.

Ocorre que esta mensuração econômica é de expressiva complexidade, de modo que o autor ainda evidencia a regra geral a partir do valor da própria operação como base de cálculo do ICMS, nas seguintes hipóteses:

(i) saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que esta saída seja uma mera transferência para outro estabelecimento do mesmo titular [...]; (ii) transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado no Estado do transmitente; e (iii) transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente.

Assim sendo, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, calculado por dentro do preço da mercadoria<sup>32</sup>. Por exemplo, na hipótese de a operação se tratar de uma compra e venda, o valor da operação, em consequência, será o preço de venda da mercadoria. Leandro Paulsen<sup>33</sup> ilustra:

Na composição do valor final da nota, não ocorre a soma do preço da mercadoria ao do ICMS; o preço da mercadoria é o valor da operação, sendo que o destaque de ICMS se faz por dentro desse preço apenas para fins de visualização e operacionalização do sistema de créditos e de pagamento do imposto. Se o preço da mercadoria for de R\$ 100,00 e o ICMS for de 18%, corresponderá a R\$ 18,00. O adquirente pagará tão somente o preço de R\$ 100,00 [...].

Quanto à base de cálculo, especificamente em relação às operações de energia elétrica, o Superior Tribunal de Justiça firmou, em 2017, posição no sentido de que “o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica”, posto que “a peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador,

<sup>32</sup> BRASIL, 1988. Artigo 155, § 2º, XII, i: “cabe à lei complementar: [...] fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

<sup>33</sup> PAULSEN, 2019. p. 399-400.

integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável”<sup>34</sup>. Este conceito será aprofundado tecnicamente no tópico 2.3.

## 2.2 A ENERGIA ELÉTRICA ENQUANTO MERCADORIA

O primeiro conceito, que é indispensável estabelecer, é a noção de que a energia elétrica, para efeitos do ICMS, é uma mercadoria e não um serviço. Foi esta a primeira das duas premissas justificadoras da jurisprudência alicerçante do voto Ministro Relator do Recurso Especial<sup>35</sup> dada sua essencialidade para o debate, face sua necessidade de ser superada antes de qualquer outro aprofundamento.

Toda a discussão sobre energia elétrica é cercada de particularidades capazes de lhe conferir qualidades que a distancia do senso comum e do silogismo básico, tal qual a natural premissa de que a energia elétrica, tal qual a telecomunicação, se trata de um serviço e não um bem, dada sua intangibilidade, ou mesmo sua essencialidade e universalidade.

Como pontuado pelo Ministro Castro Meira, em seu voto-vencido no julgamento do Recurso Especial<sup>36</sup>, o fato da energia elétrica ser considerada mercadoria para fins tributários causou certa estranheza porque, originalmente, sempre se pensou no antigo ICM e no atual ICMS em relação a mercadorias enquanto bens corpóreos, enquanto aqui, tratando-se de energia, é evidentemente um bem incorpóreo.

O Código Civil, que determina o conceito legal de bem, estabelece de modo específico, em seu artigo 83, inciso I<sup>37</sup>, as energias que tenham valor econômico como bem móvel para os efeitos legais. Deste modo, a energia elétrica pode ser juridicamente conceituada como um bem intangível, dotado de valor econômico, assim, equiparado à mercadoria.

---

<sup>34</sup> STJ, 2017.

<sup>35</sup> STJ, 2009, p. 8.

<sup>36</sup> STJ, 2009, p. 23.

<sup>37</sup> BRASIL, 2002. “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Art. 83: Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico;”.

Até mesmo o Código Penal<sup>38</sup>, em seu artigo 155, § 3º, equipara a energia elétrica à coisa móvel para fins de configuração de crime de furto, ou ainda o próprio Código Tributário Nacional em seu artigo 74, § 1º, ao conceituá-la como produto industrializado para configuração do, agora extinto, imposto único.

A respeito do ICMS, enquanto imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, o mesmo texto constitucional que o estabelece também preceitua sua incidência sobre as operações relativas a energia elétrica, em seu artigo 155, II, § 3º:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
[...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;  
[...] § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT ainda vai além, estabelecendo no § 9º de seu artigo 34 que:

Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.<sup>39</sup>

Desta forma, partir deste alcance do ICMS às operações referentes à energia elétrica, Roque Antônio Carrazza,<sup>40</sup> bem como sólida doutrina especializada<sup>41</sup>, elucida que não é novidade em nosso direito positivo que a energia elétrica seja considerada como mercadoria.

---

<sup>38</sup> BRASIL, 1940.

<sup>39</sup> BRASIL, 1988.

<sup>40</sup> CARRAZZA, 2012. p. 310.

<sup>41</sup> CANTO, 1992, p. 120; CAMPOS, 2001, p. 68.

É possível concluir-se sem mais embaraços, portanto, que as operações envolvendo energia elétrica se submetem à regra geral do ICMS instituída pela Lei Complementar nº 87 de 1996 no tangente às "operações relativas à circulação de mercadorias (...)"(art. 2º, I)<sup>42</sup>.

### 2.3 A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE A GERAÇÃO E O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA

A segunda premissa levantada pelo Ministro Relator do Recurso Especial para justificar a jurisprudência então aplicada é a de que “a energia elétrica só é gerada e só circula quando há consumo”<sup>43</sup>.

Uma das peculiaridades da energia elétrica que a coloca em patamar distinto em relação às demais mercadorias tributáveis pelo ICMS, como bem posto pelo Relator, é sua insuscetibilidade de armazenamento ou depósito. Sua geração está intrínseca e mesmo fisicamente vinculada ao consumo imediato.

Neste esteio, a relação entre a geração e o consumo de energia elétrica é de interdependência, uma vez que sua geração se dá em virtude do seu consumo, um tripé autossustentado: sem consumo de energia elétrica não há circulação e, por sua vez, também não há geração visto que esta energia produzida precisa ir para algum lugar imediatamente, logo, consumida face a impossibilidade física de estoque. Uma interpretação lógica, ainda que complexa.

A entrega e o consumo da eletricidade coincidem com a sua fabricação e com o próprio consumo feito pelo usuário do serviço explorado pelo concessionário (ÁLVARES, 1962, p. 501)<sup>44</sup>. Sua conexão além de jurídica é física:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já dito, analogamente a um sistema de 'caixa único', em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade de

---

<sup>42</sup> BRASIL, 1996.

<sup>43</sup> STJ, 2009. p. 9..

<sup>44</sup> ÁLVARES, 1962. p. 501

estoques entre os estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição" (CAMPOS, 2001, p. 68).

Portanto, tratando-se de energia elétrica, é sempre necessário ter em mente que não é possível desassociar sua circulação de seu consumo.

## 2.4 A DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA

O Ministro Teori Zavascki, relator do Recurso Especial, em seu voto elencou ainda dois subtópicos como base para compreensão da questão jurídica<sup>45</sup>, a elucidação da demanda de potência elétrica e classificação dos consumidores segundo o perfil de consumo.

O consumo de energia elétrica não se restringe somente à quantidade de energia consumida, tal como ocorreria com o consumo de água corrente, por exemplo. Aqui é fulcral que seja considerada, ainda, a intensidade de seu consumo, razão pela qual é fundamental que seja indubitavelmente cónita a aceção de potência, componente essencial e inseparável no seu aferimento.

A definição técnica de potência foi circunscrita pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia criada para regular o setor elétrico brasileiro<sup>46</sup>, através de sua Resolução nº 456 de 29 de novembro de 2000<sup>47</sup>, que estabeleceu as condições gerais de fornecimento de energia elétrica:

Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:  
[...] XXVII - Potência: quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW).

---

<sup>45</sup> STJ, 2009. pgs. 10-12.

<sup>46</sup> BRASIL, 1996; BRASIL 1997.

<sup>47</sup> Revogada pela Resolução Normativa nº 414/2010, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada.

É possível concluir, quanto ao conceito de potência, nos termos do Ministro Relator, que é um atributo da energia elétrica relacionado, não propriamente com a quantidade consumida, mas com a intensidade do consumo no tempo<sup>48</sup>.

Tendo a ciência de que a potência elétrica é elemento intrínseco e inerente da operação de energia elétrica, o consumo se dá pela quantidade de eletricidade em intensidade de tempo, expressa pela unidade de quilowatts-hora – kWh (sendo esta, a energia elétrica ativa)<sup>49</sup>, que demanda energia com determinada potência elétrica, medida por unidade de quilowatts (kW)<sup>50</sup>.

Para melhor desenredar o conceito, foi transcrito pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto-vencido trechos dos esclarecimentos da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL a este respeito (fls. 255/260, Doc. 61)<sup>51</sup>:

Do ponto de vista técnico, a quantidade de energia que é utilizada mensalmente pelos consumidores não é suficiente para dimensionar a rede elétrica. A mesma quantidade de energia, transferida com perfis de consumo temporal distintos requer capacidade de geração, transmissão, e distribuições distintas, dependendo da intensidade ou constância dos consumos. É intuitivo que os circuitos para suprirem uma pequena lâmpada doméstica que consome uma certa quantidade de energia por mês, estando ligada oito horas por noite, não serão iguais àqueles usados para suprir um canhão de luz que consome a mesma quantidade de energia por mês operando apenas alguns minutos durante esse período. A "bitola" em um caso será diferente daquela no outro, mesmo que a quantidade global de energia consumida em um mês seja a mesma. A intensidade do consumo, ditada pela potência do equipamento implica em arranjos e requerimentos associados ao consumo do produto eletricidade muito diferentes.

A imagem do consumo de eletricidade por duas lâmpadas, uma pequena e doméstica, e outra componente de um canhão de luz, é perfeitamente adequada pra ilustrar a demanda de potência elétrica: ainda que em determinado período as duas consumam a mesma quantidade bruta de energia, o modo de consumo é notoriamente diverso. A primeira fá-lo-á em um intervalo manifestamente maior, de modo que a demanda de potência elétrica será dissolvida

---

<sup>48</sup> STJ, 2009. p. 10.

<sup>49</sup> ANEEL, 2010. Artigo 2º, inciso XXXI. “energia elétrica ativa: aquela que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh)”.

<sup>50</sup> ANEEL, 2010. Artigo 2º, inciso XX. “demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado, expressa em quilowatts (kW) e quilovolt-ampère-reativo (kvar), respectivamente”.

<sup>51</sup> STF, 2009. Pgs. 38-42.

no tempo, enquanto a segunda demandará de potência suficiente para que todo o volume de energia elétrica seja entregue no reduzido espaço temporal consumido.

Vai além, no estabelecimento das consequências físicas de uma maior demanda de potência:

[...] No caso da eletricidade, as diferenças estão associadas aos investimentos necessários para garantir o consumo da energia na forma desejada pelo consumidor final. Para atender um intenso consumo de energia, é necessária uma rede de alta potência, com linhas de transmissão que operam em alta tensão e que têm condutores com grandes bitolas. Portanto, o dimensionamento do sistema elétrico depende não só da quantidade de energia consumida, mas também da intensidade em que ela é consumida—denominada demanda, que é a soma das cargas a serem atendidas. Em termos técnicos, a demanda nada mais é que a agregação da energia consumida por unidade de tempo, que mostra a taxa ou ritmo em que a energia é consumida. Grande fluxo de eletricidade exige investimento maior, mesmo no caso de o fluxo não ser constante.

Destarte, quanto maior for a potência elétrica demandada, maiores serão os investimentos para supri-la, de modo que é sempre essencial considerá-la em qualquer análise referente às operações referentes à energia elétrica, sobretudo de desdobramentos de seu consumo.

## 2.5 A CLASSIFICAÇÃO DOS CONSUMIDORES A PARTIR DO PERFIL DE CONSUMO

O fator determinante para o estabelecimento da quantidade e potência elétrica utilizadas é a própria demanda de energia elétrica do consumidor, cujos perfis podem variar daqueles que precisam de pouca quantidade em pouca intensidade de tempo, àqueles que precisam de muita quantidade em grande intensidade de tempo, passando por aqueles que demandam muita quantidade em pouca intensidade de tempo e vice e versa.

Ocorre que esta demanda de potência do consumidor requer investimentos de dimensões proporcionais à sua exigência: quanto maior for a necessidade, maiores serão os dispêndios de adequação e dimensionamento da rede física de distribuição para esta disponibilização.



Deste modo, em razão da diversidade de perfis de consumo, os consumidores foram divididos, por meio do Decreto nº 62.724/89 em duas grandes classes, para fixação de suas tarifas, de acordo com sua demanda de potência, denominados: (i) Grupo A, que compreende aqueles ligados a tensão igual ou superior a 2.300 volts (2,3 kV); e (ii) Grupo B, aqueles ligados a tensão inferior a 2.300 volts<sup>52</sup>.

A Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, em seu artigo 2º, é ainda mais específica conforme se observa a seguir:

[...] XXXVII – grupo A: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição em tensão secundária, caracterizado pela tarifa binômia 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; e
- f) subgrupo AS – tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, a partir de sistema subterrâneo de distribuição.

XXXVIII – grupo B: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, caracterizado pela tarifa monômia e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) subgrupo B1 – residencial;
- b) subgrupo B2 – rural;
- c) subgrupo B3 – demais classes; e
- d) subgrupo B4 – Iluminação Pública.

É imprescindível fazer o destaque neste ponto para as tarifas caracterizadoras dos grupos: a binômia para o grupo A e a monômia para o grupo B. Suas definições são cruciais e serão aprofundadas posteriormente.

Nada obstante, o mesmo decreto nº 62.724/89 que estabeleceu os grupos de consumidores foi o que também determinou, em seu artigo 9º<sup>53</sup>, os meios de celebração

<sup>52</sup> BRASIL, 1968. Art 2º: “Para fins de análise de custo do serviço e fixação de tarifas, as classes de consumidores de que trata o art. 177, Capítulo VII, Título IV, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, deverão ser grupadas da seguinte forma: 1 - Grupo A; consumidores ligados em tensão igual ou superior a 2.300 volts; 2 - Grupo B; consumidores ligados em tensão inferior a 2.300 volts”.

<sup>53</sup> BRASIL, 1968. Art. 9º “O fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A, com tarifas reguladas, deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica e o respectivo consumidor, e às unidades consumidoras do Grupo B será realizado sob as condições do contrato de adesão”.

contratual que, em relação ao grupo A, dos grandes consumidores, o fornecimento de energia elétrica, com tarifas reguladas, deve ser realizado entre a distribuidora e o consumidor, enquanto em relação ao grupo B será sob as condições do contrato de adesão.

O fornecimento de energia elétrica, logo, é sempre precedido de um contrato entre a concessionária e o consumidor. Destaque-se as diferenças entre o celebrado pelo Grupo A, que prescinde de contrato específico, para atender suas necessidades específicas nos termos do § 1º do mesmo artigo<sup>54</sup>, enquanto o Grupo B celebra contrato de adesão, nos termos do artigo 60 da resolução normativa ANEEL 414/2010<sup>55</sup>.

## 2.6 A ESTRUTURA DO MERCADO BRASILEIRO DE ENERGIA ELÉTRICA

A compreensão da estruturação do mercado de energia elétrica no Brasil preserva sua importância para compreensão da demanda e foi este o primeiro elemento levando pelo voto vencido no Ministro Castro Meira no julgamento do Recurso Especial ao abrir a divergência.

Nada obstante a divisão dos grupos de consumidores que foi aqui apresentada no tópico anterior, o mercado de energia elétrica brasileiro é notadamente mais amplo.

O setor elétrico brasileiro sofreu, em 2002, nova estruturação nos aspectos institucional e regulamentar a fim de introduzir determinados segmentos a um cenário competitivo por meio da criação de dois sistemas distintos: i) o Ambiente de Contratação Livre (ACL), que compreendendo no atendimento dos consumidores livres, por intermédio de contratos livremente negociados entre as partes e remunerados por preço (e não tarifa definida pela ANEEL); e ii) o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), que compreende o atendimento aos consumidores cativos, tais quais os residenciais, por distribuidoras locais e sem competição, de forma exclusiva e por meio de contratos regulados. Essas distribuidoras

---

<sup>54</sup> BRASIL, 1968. Art. 9º § 1º: “Os consumidores do Grupo ‘A’ das concessionárias ou permissionárias de serviço público de geração ou de distribuição de energia elétrica deverão celebrar contratos distintos para a conexão e uso dos sistemas de transmissão ou distribuição e para a compra de energia elétrica”.

<sup>55</sup> ANEEL, 2010. p. 104. Art. 60: “O fornecimento de energia elétrica para unidades consumidoras do Grupo B deve ser formalizado por meio do contrato de adesão, conforme modelo constante do Anexo IV desta Resolução.”

são remuneradas por tarifas, a qual deve incluir todos os custos necessários ao fornecimento de energia aos consumidores cativos.<sup>56</sup>

Outrossim, o mercado de energia elétrica brasileiro é dividido entre consumidores livres e consumidores cativos. Os consumidores livres<sup>57</sup> são aqueles inseridos no Ambiente de Contratação Livre – ACL, que possuem maior quantidade de energia demandada (cuja carga de fornecimento seja igual ou superior a 3.000 kW, nos termos do artigo 16 da Lei nº 9.074/1995<sup>58</sup>) e que podem optar pelo fornecedor de qualquer localidade e negociar livremente os valores e termos do contrato de compra e venda de energia elétrica.

Os consumidores cativos, de regra, possuem demandas de energia menores e estão inseridos no Ambiente de Contratação Regulada – ACR, estando vinculados às distribuidoras locais, cujas tarifas são previamente reguladas pela ANEEL, sem margem para negociação. É neste ambiente que se encontra a divisão de grupos abordada no tópico 2.4 do presente estudo.

Saliente-se que em ambos os ambientes, há a presença de grandes consumidores, cuja demanda, ainda que seja suficiente para qualificar seu ingresso ao ACL, pode optar em permanecer no ACR, compondo aqui o grupo A, onde o escopo do debate está localizado.

## 2.7 AS TARIFAS MONÔMIA E BINÔMIA.

Diante de tudo o que foi estabelecido até aqui, é compreensível a indispensabilidade da medição<sup>59</sup>, sobretudo da potência elétrica, para os grandes consumidores, posto que, uma vez que demandam de potências especiais, o modo do consumo da eletricidade, além da quantidade consumida, também é fator elementar para a fixação da tarifa mensal de energia elétrica. A aglutinação destes dois elementos é o caracteriza sua tarifa como binômia.

---

<sup>56</sup> SALIBA, 2005. p. 51.

<sup>57</sup> ANEEL, 2010. Art. 2º, XVII, b) “consumidor livre: agente da CCEE, da categoria de comercialização, que adquire energia elétrica no ambiente de contratação livre para unidades consumidoras que satisfaçam, individualmente, os requisitos dispostos nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 1995;”

<sup>58</sup> BRASIL, 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF, set 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm)>. Acesso em 24/05/2020.

<sup>59</sup> ANEEL, 2010. Art. 2º, XLIX. “medição: processo realizado por equipamento que possibilite a quantificação e o registro de grandezas elétricas associadas à geração ou consumo de energia elétrica, assim como à potência ativa ou reativa, quando cabível”.

A tarifa mensal do grupo B, que não necessita da mesma potência elétrica, é determinada apenas a quantidade de energia elétrica consumida no período, desconsiderando-se aqui o modo do consumo, por isso sua tarifa é monômnia.

Os conceitos técnicos dessas tarifas estão dispostos no inciso LXXV do artigo 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010:

LXXV – tarifa: valor monetário estabelecido pela ANEEL, fixado em R\$ (Reais) por unidade de energia elétrica ativa ou da demanda de potência ativa, base para a definição do preço a ser pago pelo consumidor e explicitado na fatura de energia elétrica, sendo:

a) tarifa de energia – TE: valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh, utilizado para efetuar o faturamento mensal referente ao consumo de energia;

[...] LXXV-A - tarifa binômnia de fornecimento: aquela que é constituída por valores monetários aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável;

LXXV-B - tarifa monômnia de fornecimento: aquela que é constituída por valor monetário aplicável unicamente ao consumo de energia elétrica ativa, obtida pela conjunção da componente de demanda de potência e de consumo de energia elétrica que compõem a tarifa binômnia.

O conceito de energia elétrica ativa, estabelecido pela Resolução ANEEL nº 414/2010, em seu art. 2º, XXXI, é elemento de imensa importância a ser considerado na definição do consumo efetivo que merece destaque aqui e que será aprofundado nos próximos tópicos. A energia elétrica ativa é aquela que pode ser convertida em outra forma de energia (calor, movimento, potencial elétrico, reação química, etc).

A tarifa binômnia, portanto, compreende, além dos valores referentes ao consumo da energia elétrica ativa, a demanda faturável, que é o valor da demanda de potência ativa, única composição da tarifa monômnia, com aplicação da respectiva tarifa e é expressa em quilowatts – kW (ANEEL, 2010)<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> ANEEL, 2010. Art. 2º: “XXII – demanda faturável: valor da demanda de potência ativa, considerada para fins de faturamento, com aplicação da respectiva tarifa, expressa em quilowatts (kW)”.

A este respeito o Ministro Alexandre de Moraes transcreveu em seu voto-vencido trechos argutos os esclarecimentos da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL a respeito da referida diferenciação de tarifas (fls. 255/260 , Doc. 61)<sup>61</sup>:

Na medida em que um sistema elétrico tem de ser dimensionado para entregar energia com as características de demanda específicas, é natural pensar que a conta de energia elétrica leve essas duas grandezas em consideração. Uma parcela da tarifa incluída na conta reflete os custos da infraestrutura posta à disposição do consumidor (demanda - kW) e outra corresponde à quantidade consumida em um período de tempo (energia - MWh). Essa "divisão" da conta é feita no cálculo das tarifas - que diferenciam o preço da energia consumida em grande intensidade (alta potência) daquela consumida em pequena intensidade (baixa potência).

Prossegue aprofundando o conceito de modo mais ilustrativo com relação à tarifa binômia:

De forma simplificada, a tarifa de fornecimento de energia, do ponto de vista do consumidor, pode ser entendida como a composição dos custos de geração da energia e dos custos de disponibilização dos sistemas de distribuição e transmissão para viabilizar um determinado consumo. Cada tipo de consumidor usa a rede de maneira diferente durante as horas do dia. Por exemplo, o perfil de consumo (curva de demanda) de um consumidor residencial é diferente do de um grande consumidor industrial. A forma como os consumidores usam a rede tem impacto direto no dimensionamento da rede a ser disponibilizada e, portanto, na necessidade de novos investimentos necessários para viabilizar o consumo. Portanto, para o setor elétrico, conhecer a demanda é essencial.

[...] A tarifa binômia se ajusta ao perfil de carga de cada consumidor, imputando ônus maior a quem faz uso mais intensivo da rede. [...] esse é o parâmetro necessário para garantir o consumo na forma desejada pela consumidor - sem os investimentos associados a garantir a potência, o consumidor não poderia consumir a mercadoria eletricidade na forma desejada - deixando de ser a mercadoria que lhe interessa. [...] Como a construção da rede é um investimento até certo ponto irreversível, esses valores devem ser informados pelos consumidores no momento da celebração dos contratos de uso do sistema de distribuição, ao invés de deixar o ônus de descobri-los à concessionária depois do consumo começar.

Quanto à tarifa monômia, consigna que os dois atributos, energia e demanda, são aglutinados, daí sua natureza monômia. A tarifa binômia implica em aumento de custos

---

<sup>61</sup> STF, 2009. Pgs. 38-42.

operacionais da distribuidora, de modo que, no caso da tarifa monômnia, somente o consumo de energia é medido, sendo a demanda estimada e embutida na fatura.

Para os consumidores com tarifa binômnia, a demanda é faturada com base no valor contratado com a distribuidora, e embora esse valor seja informado no momento de assinatura do contrato, a demanda efetivamente utilizada será constantemente verificada para avaliar se corresponde à contratada.

Conclui, finalmente, a elucidação nos seguintes termos:

Não há como consumir energia elétrica "sem que haja a provisão das condições de potência", que pode ser traduzida como a capacidade para suprir o pico de consumo no horário de ponta ou de demanda máxima. Na tarifa binômnia especifica-se o componente "energia" e o componente "potência" (demanda contratada), que caracterizam os verdadeiros atributos da mercadoria vendida. Na tarifa monômnia os dois componentes são também considerados. Com a diferença de que o componente potência é estimado, e não medido, por meio de um fator de carga típico.

Desta forma, tendo em vista as proporções do consumo no grupo A, face a necessidade de atendimento de sua demanda, é possível identificar a regularidade com que esse consumo se dá. A partir daí que é possível a adoção de política tarifária diferenciada entre os grupos para imputar preço dimensionado à sua exigência do sistema elétrico<sup>62</sup>.

### **2.7.1 A Fixação das Demais Tarifas de Energia Elétrica**

Com relação às especificidades da composição das demais tarifas que compõe a fatura, o Ministro Teori Zavascki, em seu voto no Recurso Especial aprofunda-se ainda mais (STJ, 2009)<sup>63</sup>:

Para os consumidores do Grupo B, que não necessitam de potência elétrica especial (e que, por isso, ajustam o fornecimento mediante contrato de adesão), ou que por outra razão foram incluídos em tal grupo, a tarifa mensal é determinada levando em conta um valor unitário fixo do quilowatt (kW), o

---

<sup>62</sup> STJ, 2009. p. 22.

<sup>63</sup> STJ, 2009. pgs. 13-14.

qual não leva em consideração o modo como se dá o consumo, mas apenas a quantidade consumida no período. Daí a denominação de tarifa monômnia. Relativamente a esses consumidores, portanto, a medição do consumo se dá apenas por quantidade. Já para os consumidores do Grupo B, o valor da tarifa mensal leva em consideração, como já se disse, não apenas a quantidade de kWh consumida no período de faturamento, mas também o modo como esse consumo ocorreu nesse período. Nesse caso, o valor unitário de cada kW consumido leva em conta dois elementos (daí denominar-se tarifa binômnia), a saber: (a) um de valor unitário fixo, que é multiplicado pela quantidade de kWh consumida no período, e outro (b) de valor unitário variável, fixado de acordo com as condições de utilização da demanda de potência elétrica no período de faturamento, para o que se considera, entre outros fatores, (b.1) o horário do dia em que o consumo se deu (nos horários de ponta a energia é mais cara; de madrugada é mais barata), (b.2) o dia da semana em que ocorreu o consumo (nos dias úteis é mais cara; nos domingos e feriados é mais barata), (b.3) a época do ano em que a energia é consumida (em época de seca é mais cara; em período úmido é mais barata), e assim por diante. A especificação desses elementos de cálculo constam dos artigos 49 a 52 da Resolução ANEEL 456/2000.

Sua exposição segue em absoluta harmonia e conformidade com o que a mais moderna Resolução Normativa ANEEL 414, de 09/11/2010, estabelece em seu artigo 2º, L:

L – modalidade tarifária: conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e demanda de potência ativas, considerando as seguintes modalidades:

- a) modalidade tarifária convencional monômnia: aplicada às unidades consumidoras do grupo B, caracterizada por tarifas de consumo de energia elétrica, independentemente das horas de utilização do dia;
- b) modalidade tarifária horária branca: aplicada às unidades consumidoras do grupo B, exceto para o subgrupo B4 e para as subclasses Baixa Renda do subgrupo B1, caracterizada por tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica, de acordo com as horas de utilização do dia;
- c) modalidade tarifária convencional binômnia: aplicada às unidades consumidoras do grupo A caracterizada por tarifas de consumo de energia elétrica e demanda de potência, independentemente das horas de utilização do dia;
- d) modalidade tarifária horária verde: aplicada às unidades consumidoras do grupo A, caracterizada por tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica, de acordo com as horas de utilização do dia, assim como de uma única tarifa de demanda de potência; e
- e) modalidade tarifária horária azul: aplicada às unidades consumidoras do grupo A, caracterizada por tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência, de acordo com as horas de utilização do dia;

1. horário de ponta: período composto por 3 (três) horas diárias consecutivas definidas pela distribuidora considerando a curva de carga de seu sistema elétrico, aprovado pela ANEEL para toda a área de concessão, com exceção

feita aos sábados, domingos, terça-feira de carnaval, sexta-feira da Paixão, Corpus Christi, e os seguintes feriados: [...]

2. horário fora de ponta: período composto pelo conjunto das horas diárias consecutivas e complementares àquelas definidas no horário de ponta;

3. período úmido: período de 5 (cinco) ciclos de faturamento consecutivos, referente aos meses de dezembro de um ano a abril do ano seguinte;

4. período seco: período de 7 (sete) ciclos de faturamentos consecutivos, referente aos meses de maio a novembro;

5. tarifa azul: modalidade caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica, de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, assim como de tarifas diferenciadas de demanda de potência, de acordo com as horas de utilização do dia; e

6. tarifa verde: modalidade caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica, de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, assim como de uma única tarifa de demanda de potência.

Fica claro, portanto, o grau de complexidade dos fatores de fixação de tarifas de energia elétrica conforme as condições de utilização da demanda de potência elétrica no período de faturamento.

## 2.8 DEMANDA DE POTÊNCIA CONTRATADA X DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA

Uma vez compreendidos os complexos elementos orbitais da demanda de potência elétrica e passando a adentrar efetivamente no componente técnico nuclear da controvérsia jurídica, faz-se mister a pormenorização dos conceitos de demanda de potência contratada e demanda de potência utilizada, bem como sua distinção, que detém papel fundamental na resolução de toda a questão.

### 2.8.1 Contrato de Demanda de Potência

Preliminarmente, o artigo 2º da Resolução Normativa ANEEL 414/2010, que estabelece as definições técnicas adotadas traça as conceituações, que são distintas, de demanda e demanda contratada:



XX – demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado, expressa em quilowatts (kW) e quilovolt-ampère-reactivo (kvar), respectivamente;

XXI – demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW);

A mesma Resolução Normativa ANEEL 414/2010 esculpe os distintos conceitos entre potência ativa e potência disponibilizada:

LIX – potência ativa: quantidade de energia elétrica solicitada por unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW);

LX – potência disponibilizada: potência que o sistema elétrico da distribuidora deve dispor para atender aos equipamentos elétricos da unidade consumidora, segundo os critérios estabelecidos nesta Resolução e configurada com base nos seguintes parâmetros:

a) unidade consumidora do grupo A: a demanda contratada, expressa em quilowatts (kW); e

b) unidade consumidora do grupo B: a resultante da multiplicação da capacidade nominal de condução de corrente elétrica do dispositivo de proteção geral da unidade consumidora pela tensão nominal, observado o fator específico referente ao número de fases, expressa em quilovolt-ampère (kVA).

Assim, observa-se que a demanda contratada é a demanda de potência ativa (quantidade energia elétrica por unidade de tempo) que foi solicitada no contrato de demanda prévio, que deve ser disponibilizada pela distribuidora e integralmente paga pelo consumidor independente de seu uso ser ou não integral.

Dessa forma, há a contratação de uma reserva de potência que visa garantir a preservação do próprio sistema, que será capaz de garantir a demanda mesmo em momentos de grande procura sem o risco de sobrecarga do sistema ou de interrupção do fornecimento, causando danos para todo o conjunto, como apontado pelo voto-vencido no julgamento do Recurso Especial (STJ, 2009. p. 21).

O contrato de demanda de potência, assim, é o termo pelo qual o grande consumidor solicita a potência que necessitará (BRASIL, 1968. Art. 9<sup>a</sup>, § 1<sup>o</sup>) e é elemento intrínseco na sua aquisição de energia elétrica (ANEEL, 2010. Art. 63).

Trechos da manifestação do Estado de São Paulo em sua petição de ingresso como *amicus curiae* nos autos do Recurso Extraordinário (fls. 5/10, Doc. 62) foram transcritos no corpo do voto-vencido do Ministro Alexandre de Moraes<sup>64</sup>, que enfatizam a singularidade:

[...] não existe fornecimento de energia elétrica para grandes consumidores sem que exista disponibilização de potência. [...] O funcionamento do sistema elétrico brasileiro, bem como o funcionamento de um estabelecimento grande consumidor de energia elétrica, dependem de ajuste prévio sobre a potência a ser disponibilizada e consumida.

Inconcebível imaginar que possa existir distribuição de energia elétrica sem que de um lado, o sistema elétrico, e de outro, o grande consumidor, acordem a potência necessária. [...] Toda e qualquer unidade de energia consumida está relacionada ao ajuste prévio de potência a ser disponibilizada.

[...] A contratação de demanda interessa às unidades consumidoras porque, com a garantia de disponibilização de potência, haverá fornecimento suficiente à plena atividade de seu parque industrial ou comercial; e porque o valor cobrado refletirá o custo do fornecimento de forma individualizada.

Destarte, o contrato de demanda foi previsto para estabelecer o quanto de potência a concessionária está obrigada a disponibilizar para que o perfazimento do consumo.

Sua imprescindibilidade é ainda explorada, na mesma transcrição, a partir do conceito abordado no tópico 2.3 deste estudo, referente à natureza característica da energia elétrica:

Outro dado importante, é que a geração, transmissão e distribuição de energia é operação que ocorre em um único momento. Não existe estoque de energia. A energia consumida é a energia que está disponível na rede de transmissão e distribuição assim que gerada. A operação fática é instantânea e se realiza no momento do consumo da energia.

Se a operação de fornecimento de energia (incluindo geração, transmissão e distribuição) é, do ponto de vista físico, instantânea e única, a eficiência do sistema elétrico dependerá sobretudo de planejamento e execuções técnicas, para que cada unidade consumidora tenha disponível a energia necessária para seu funcionamento.

Para os pequenos consumidores, o custo desta etapa do processo de distribuição é rateado entre todos, e já se encontra embutido na tarifa única.

Para os grandes consumidores, por critério de justiça de preço e de controle operacional, é obrigatória a contratação prévia de demanda, sendo que o preço final será obtido através de um conjunto de tarifas, compreendendo o custo referente à potência e o custo referente ao "quantum" transferido."

---

<sup>64</sup> STF, 2009. Pgs. 34-35.

Seu pagamento deve ser integral, independente de o consumo ter sido integral, ou não. Isto se dá como contraprestação da garantia de fornecimento por parte da distribuidora, que assegura que a demanda contratada não faltará na possível necessidade.

A garantia da distribuidora é onerosa, uma vez que, como visto, quanto maior a potência demandada, maiores são os investimentos físicos que lhe será acarretada a fim de adequar toda a rede e o sistema elétrico para sua distribuição.

#### 2.8.1.1 Cobrança pela Ultrapassagem

O elemento variável exposto no tópico anterior é a principal razão pela qual o monitoramento permanente do modo de consumo é indispensável para os grandes consumidores, sendo medidas a quantidade de energia consumida e a demanda de potência elétrica utilizada no consumo<sup>65</sup>.

Quanto mais precisa for a medição e sua previsão de consumo, melhores serão suas condições contratuais. Uma vez que o contrato de demanda deve ser integralmente pago ainda que não seja consumido tudo o que foi contratado, a Resolução Normativa da ANEEL dispõe em seu artigo 63<sup>66</sup>, a possibilidade de ajuste da demanda contratada, para mais ou para menos.

Um exemplo em que a redução no fornecimento seria cabível é a hipótese em que a empresa, consumidora enquadrada no grupo A, sabe que em determinado mês do ano sua demanda energética será reduzida, como, à título exemplificativo, no caso de férias coletivas, ou em um mês com muitos feriados. Tendo este conhecimento prévio e totalmente programável, empresa pode solicitar junto a distribuidora a redução dos termos para o fornecimento naquele período a fim de evitar pagar o valor cheio do contrato em períodos de demanda habitual sem fazer o mesmo uso.

---

<sup>65</sup> BRASIL, 1968. Art 11: “As tarifas a serem aplicadas aos consumidores do Grupo A serão estruturadas sob forma binômica, com uma componente de demanda de potência e outra de consumo de energia. § 1º A demanda de potência, bem como o consumo de energia de cada usuário desse grupo, deverão ser verificados, sempre por medição”.

<sup>66</sup> ANEEL, 2010.

Por outro lado, o risco de consumo superior à demanda contrata representa ônus ainda maior ao consumidor dada a existência da tarifa de ultrapassagem, prevista no artigo 93 da mesma resolução.

Uma vez verificado que a demanda superou o limite contratado (demanda contratada), o consumidor pagará o valor medido valorado pela tarifa de ultrapassagem, que é superior ao valor da tarifa básica.

A cobrança funciona como espécie de penalidade ao consumidor que utiliza mais potência elétrica do que contrata, visto que, como já abordado, representa risco para todo o sistema que pode não estar fisicamente estruturado para atender à demanda imprevista.

Seu objetivo, portanto, é induzir o consumidor a dimensionar corretamente o uso que fará do sistema de distribuição.

O cálculo da tarifa tem como base o valor que foi efetivamente utilizado e que ultrapassou os termos do contrato e é adicionando a cobrança pela ultrapassagem ao faturamento regular caso o montante de demanda de potência ativa medido exceder em mais de 5% os valores contratados<sup>67</sup>.

Destarte, é economicamente preferível ao consumidor, no planejamento dos termos do contrato de demanda de potência, o risco de consumo inferior ao contratado ao de ultrapassar estes valores. O consumo aquém do contratado representa o pagamento integral dos valores do contrato mesmo que não utilizado enquanto o consumo superior corresponde ao mesmo pagamento integral acrescido da cobrança de ultrapassagem.

### **2.8.2 Demanda de Potência Efetivamente Utilizada**

Repise-se o conceito de demanda de potência contratada: a quantidade de energia elétrica por unidade de tempo (demanda de potência ativa) que a distribuidora deve dispor ao consumidor nos termos do contrato, independente do seu efetivo consumo. É, portanto, essencialmente distinto da demanda de potência efetivamente utilizada.

---

<sup>67</sup> ANEEL, 2010. Art. 93, *caput*.

À luz de tudo isto, o Ministro Relator do Recurso Especial, Teori Zavascki, teceu em seu voto<sup>68</sup> a aguda exegese desta distinção que, inclusive, foi integralmente colacionada no voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário de sua relatoria<sup>69</sup>, nos mesmos termos em que é transcrito a seguir:

É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser "disponibilizada pela concessionária" ao consumidor, "conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento", que pode ou não ser "utilizada durante o período de faturamento".

É cristalino aqui que a demanda de potência contratada pode ou não ser utilizada durante o período de faturamento, de sorte que pode ou não englobar a demanda de potência efetivamente utilizada a depender do consumo naquele determinado período. Do mesmo modo, neste sentido, não representa a energia gerada e, por conseguinte, a circulada, visto sua já pormenorizada correlação com o consumo.

A contratação da reserva de potência, por sua vez, é imprescindível nas operações referentes ao Grupo A.

## 2.9 O IMPACTO SÓCIOECONÔMICO

Finalmente, o último elemento preliminar abordado antes da entrada no ponto central da discussão da controvérsia são os impactos que estão em jogo no presente caso, a fim de que seja compreendida a importância social e econômica dos efeitos práticos da jurisprudência.

Os efeitos práticos das consequências da dirimção do conflito jurídico em questão foram retratados e quantificados na peça de Recurso Extraordinário interposto pelo Recorrente, o Estado de Santa Catarina, em seu primeiro tópico, em que apresentava as razões preliminares ao arguir pela repercussão geral da questão constitucional discutida no caso, e que foi posteriormente reconhecida<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> STJ, 2009. p. 12.

<sup>69</sup> STF, 2020. pgs. 16-17.

<sup>70</sup> STF, 2009.

Tratando-se de matéria tributária, em sede de Repercussão Geral, os efeitos da jurisprudência não é adstrito às partes e aos casos concretos que foram debatidos, mas será elastizado a todo o universo de contribuintes submetidos pela modalidade de tributação em questão em todo o território nacional.

Restrito apenas ao Estado de Santa Catarina, conforme os documentos que foram anexados ao Recurso Extraordinário, a arrecadação mensal de ICMS incidente sobre a parcela de demanda reservada de energia é de cerca de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), que corresponde ao percentual de 25% de toda arrecadação de demanda de energia do estado, mensalmente orçado em R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais). Demonstra que esta arrecadação anual, equivalente a R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais), a receita correspondente a dotação orçamentária inicial destinada ao ensino médio no ano de 2004 no Estado. E estes são valores desatualizados em mais de uma década.

Este exemplo pode ser corroborado por Adolpho Bergamini, que assevera que as alíquotas de ICMS aplicadas nas operações de energia elétrica são, em regra, mais elevadas, a despeito das características de essencialidade que ostentam:<sup>71</sup>

E por ostentarem essas características, o ICMS incidente sobre eles (serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica) deveria ser diferenciado, minorado, conforme expressamente determinado pelo artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal. Mas não é o que ocorre, porquanto as alíquotas de ICMS aplicáveis aos serviços de comunicação e ao fornecimento de energia elétrica, em regra, são as mais altas.

[...] Também quanto ao fornecimento de energia elétrica as alíquotas do ICMS são de 25% nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. No Estado de Minas Gerais, a alíquota pode chegar a 30%, a depender da condição do consumidor e da quantidade de energia consumida.

Contudo, como será detalhadamente explorado a seguir, a questão não versa sobre a inaplicabilidade do ICMS nos contratos de demanda de potência reservada de energia elétrica, mas estritamente à parcela dos valores equivalentes à potência contratada e não consumida.

Não é discutido aqui a legitimidade da incidência do imposto sobre os valores referentes à demanda de potência elétrica reservados e efetivamente consumidos, que

---

<sup>71</sup> BERGAMINI, 2013. p. 43.

indubitavelmente representam maioria absoluta no montante. Deste modo, os valores monumentais apresentados demandariam revisão com o propósito de aferimento dos valores equivalentes a esta diferença.

### 3 O CERNE DA CONTROVÉRSIA

O Ministro Teori Zavascki, relator do Recurso Especial, feitas todas as considerações estruturantes em seu voto, estabelece a partir do tópico 8, o ponto central da controvérsia<sup>72</sup>, que:

consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda simplesmente contratada, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela demanda medida, com aplicação da tarifa de ultrapassagem); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar sempre com base no valor da demanda elétrica efetivamente medida.

É manifesto, até aqui, que o faturamento mensal da energia elétrica é proporcional à quantidade consumida, discriminados na fatura todos os elementos que compõem a tarifa, e um destes elementos essenciais, na tarifa binômica, aplicada aos grandes consumidores, é a demanda contratada de potência, exceto se a demanda efetivamente consumida for maior que a pré-estabelecida, ocasião em que será aplicada a cobrança de ultrapassagem, calculada a partir da demanda medida, como já visto.

A questão central, portanto, é a legitimidade do uso do valor da demanda simplesmente contratada para composição da base de cálculo do ICMS, especificamente nos casos em que o efetivo consumo for inferior ao valor contratado, ou se sua incidência deve ser sempre fundada na demanda efetivamente medida, independente se maior, menor ou igual àquela contratada.

---

<sup>72</sup> STJ, 2009, p. 15.

### 3.1 O FATO GERADOR DO ICMS-ENERGIA ELÉTRICA

Considerando esta relação de interdependência, e que será aqui aprofundada tecnicamente no tópico 2.3, o fato gerador do ICMS, qual seria ordinariamente a circulação de mercadoria, quando aplicado às operações relativas a energia elétrica passam a assumir aura de extraordinariedade conquanto sua circulação está intimamente atrelada ao consumo.

Esclarece, neste sentido, Carrazza (2007, p. 242-243):

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). [...] Com isto estamos enfatizando que tal da vida (tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida".

Depreende-se daí que, ao contrário do que habitualmente é observado da reconhecimento usual do fato gerador do ICMS, as cadeias e elos de circulação da energia elétrica não são identificáveis, dada sua fluidez instantânea. Não ocorre a revenda e repasse da mercadoria aqui, não sendo comparável o distribuidor com o revendedor, que efetiva o repasse da mercadoria e estabelece o marco temporal da saída, que configura sua circulação para fins de incidência do ICMS.

O Ministro Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário, a seu termo, aponta em seu voto que, quanto à mercadoria energia elétrica, entende-se que o ICMS tem por hipótese de incidência possível a circunstância de alguém praticar negócios jurídicos que girem em torno de sua geração, transmissão, distribuição ou consumo.



Dentre estas alternativas, a legislação optou pela descrição de uma operação jurídica que possibilite o consumo de energia elétrica. Portanto, atualmente, a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, por força de um negócio jurídico, energia elétrica<sup>73</sup>.

Por conseguinte, posto que a hipótese de incidência do ICMS aqui seja efetivamente consumir energia elétrica ativa, transformando-a em outro bem da vida, nos moldes vistos no tópico 2.7.1, a resposta que busca o cerne da controvérsia é se a demanda contratada de potência elétrica constitui relação jurídica de consumo de energia elétrica pelo consumidor.

A disponibilização de potência elétrica gera custos à concessionária, e por isso deve ser integralmente paga. No entanto, não corresponde ao consumo de energia elétrica, que é o que efetivamente foi utilizado com a ligação de equipamentos e máquinas, podendo ser maior ou menor do que o que foi disponibilizado.<sup>74</sup>

Entende-se daí que os custos da distribuidora, inerentes à adaptação física da rede para suprir a potência elétrica demandada e todos os seus deslindes, ainda que deva ser ressarcido de algum modo, esse ônus não corresponde ao consumo de energia elétrica.

O Ministro Alexandre de Moraes, no entanto, ao abrir a divergência em seu voto-vencido no julgamento do Recurso Extraordinário<sup>75</sup>, ressalta a importância da interpretação dos silêncios no texto constitucional, no inciso II de seu artigo 155, utilizou a expressão “operações relativas à circulação de mercadoria” apenas de modo genérico, e que ao tratar da hipótese específica de incidência do ICMS no caso da energia elétrica, no § 3º, utilizou a expressão “operações relativas”, excluindo, aqui, o termo “circulação”.

Diante disto, o fato gerador do imposto, neste específico caso, não seria a circulação da mercadoria, que requer a transferência de sua titularidade do fornecedor ao consumidor, mas abrangeria toda e qualquer operação relativa ao fornecimento de energia elétrica, em conformidade com o disposto no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

---

<sup>73</sup> CARRAZZA, 2012. Pgs. 310-312.

<sup>74</sup> STF, 2020. p. 16.

<sup>75</sup> STF, 2020. pgs. 31-33.

Da análise do referido dispositivo transitório, o qual foi posteriormente mantido em nosso ordenamento jurídico por meio do art. 9º, §1º, II, da Lei complementar 87/96, verifica-se que, de fato, o objetivo da norma constitucional referente à incidência do ICMS sobre a energia elétrica é abranger todas as operações, desde sua produção até a entrega ao consumidor, devendo ser o preço do imposto calculado sobre o valor final da operação.

Portanto, a Constituição Federal não pretendeu que a incidência do ICMS relativo à energia elétrica fosse restrita apenas à última operação (equivalente à circulação da mercadoria efetivamente consumida).

Isto posto e considerando os elementos apresentados e pormenorizados no tópico 2.8.1 do presente estudo, concluiu que a demanda contratada de potência não representa elemento dissociado das operações energéticas, mas, ao contrário, “compõe a base objetiva para a remuneração do próprio fornecimento de energia elétrica, consistindo numa operação essencial e indissociável”<sup>76</sup>.

Deste modo:

a energia elétrica, enquanto mercadoria, situa-se no campo de incidência do ICMS pelo seu valor global, o qual inclui tanto o quantum de energia efetivamente consumida, quanto a demanda de potência contratada, considerando que o consumo da energia elétrica é mensurável tanto em quantidade (consumo) quanto em intensidade (potência disponibilizada). Portanto, não há consumo de energia elétrica que não seja modulado por uma potência devidamente pré-estabelecida, por ser condição sine qua non ao seu fornecimento.

### **3.1.1 O Fator Temporal na Incidência do Fato Gerador**

O Ministro Castro Meira, em seu voto-vencido nos autos do Recurso Especial<sup>77</sup>, traz ainda mais um elemento de grande relevância na divergência aberta no julgamento: o elemento temporal do fato gerador do ICMS e sua natureza securitária.

---

<sup>76</sup> STF, 2020, p. 38.

<sup>77</sup> STJ, 2009, pgs. 23-25.

O argumento se dá a partir de trecho de seu voto-vista proferido no REsp nº 586.120/MG<sup>78</sup>, que consigna:

Embora se considere ocorrido o fato gerador do imposto, via de regra, na saída da mercadoria do estabelecimento comercial, a Lei Complementar 87/96 fixa, nos incisos do art. 12, diversos marcos temporais de exteriorização da hipótese de incidência tributária. [...] em que se considera consumado o fato gerador no momento da entrada da energia em outro estado da Federação (art. 12, XII, da LC 87/96), não há explicitação alguma na Lei sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS no caso de operações internas com energia elétrica.

Aduz assim, que a menção do legislador ao termo “saída da mercadoria do estabelecimento comercial”<sup>79</sup> como marco temporal de incidência do ICMS não se adequa às operações envolvendo energia elétrica, uma vez que sua saída é indeterminada já que por fluir constantemente pelas linhas de transmissão e distribuição, somente poderá aferida ao ser consumida, não havendo como ser identificado.

Outro agravante que reforça a impossibilidade de identificação da saída da energia elétrica enquanto mercadoria, logo, a impossibilidade de ser este o marco temporal do imposto, é que o caráter interligado do sistema elétrico atual, onde os geradores estão conectados entre si, compartilhando a mesma rede de distribuição que é gerida pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. A identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica entregue a determinado consumidor é, deste modo, impossível.

Em face das particularidades que envolvem a circulação de energia elétrica, somente a fase de distribuição se mostra apta a concretizar, no tempo, a hipótese de incidência tributária, com a entrega da energia ao consumidor. A entrega de energia elétrica ao consumidor está prevista na Resolução 456/00, que conceitua o chamado Ponto de Entrega [...].

A única hipótese capaz de identificar a incidência do fato gerador do imposto, e que possui o condão de estabelecer concretude ao tempo ocorrido, é a fase de distribuição da energia elétrica ao consumidor, que se dá por meio do ponto de entrega que é conceituado pelo artigo

---

<sup>78</sup> STJ, 2009. pgs. 25-26.

<sup>79</sup> BRASIL, 1996. “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”.

14 da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 (ANEEL, 2010. p. 32) como “a conexão do sistema elétrico da distribuidora com a unidade consumidora e situa-se no limite da via pública com a propriedade onde esteja localizada a unidade consumidora”.

Interpreta, a partir disto, que a simples colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar o fato gerador do imposto:

A agência reguladora do sistema elétrico considera satisfeita a prestação, por cujo cumprimento se obrigou a distribuidora, com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico, cabendo-lhe, até então, adotar as providências necessárias a viabilizar o fornecimento da energia elétrica e cessando, a partir daí, sua responsabilidade pela prestação do serviço. [...] Como a energia elétrica é tratada como bem móvel por ficção legal, torna-se compreensível que a entrega da mercadoria no ponto de conexão seja adotado como critério decisivo de imputação temporal da operação tributável que, assim, se considerará ocorrida nesse instante.

[...] Segundo o valioso magistério de Ataliba e Cléber Giardino, a circulação a que se refere o texto constitucional implica a transmissão de um conjunto de direitos que dê ao beneficiário, no mínimo, poderes de disposição sobre a coisa, pois "convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica). Esse fenômeno é que importa, no plano do ICM.

Considera, assim, que, para a incidência do imposto, é irrelevante a destinação da potência contratada, efetivamente utilizada ou não, uma vez que a circulação do bem ocorre quando a energia é disponibilizada no ponto de entrega, momento em que a fornecedora já não deteria titularidade sobre a demanda contratada.

O elemento temporal do fato gerador, deste modo, é crucial para divergência pelo fato de que o efetivo consumo da energia não desfiguraria a operação de circulação, uma vez que ocorreria a circulação do bem energia elétrica tanto no contrato padrão, entregue e utilizado, quanto no de demanda, apenas entregue, podendo ou não ser utilizado.

O consumidor do Grupo A paga não apenas pela energia efetivamente consumida, mas também por aquela colocada à sua disposição, energia que lhe foi entregue, sendo esta circulação o fato gerador do ICMS. Ainda que o consumidor não utilize toda a energia que reserva, não se pode dizer que não houve transferência da mercadoria. Havendo a necessidade, a energia necessária estará de pronto à disposição do usuário, em clara evidência de que

ocorreu circulação, não apenas em relação à energia que consumiu, mas também em relação à potência que reservou.

Assim, o consumidor estaria pagando para garantir a energia que consome ou para dispor de demanda de energia colada à sua disposição, uma garantia que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estabelecida no contrato.

### 3.2 A INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA ENERGIA ELÉTRICA

A controvérsia dos autos do Recurso Especial, conforme cingido pelo Ministro Castro Meira em seu voto-vencido, é saber se o ICMS deve, ou não, incidir sobre o elemento tarifário identificado na fatura como demanda contratada de energia elétrica<sup>80</sup>.

Segundo a divergência levantada, a demanda contratada, uma vez componente indissociável da tarifa devida à concessionária, foi introduzida com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar em maior escala o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o sistema é obrigado a disponibilizar continuamente<sup>81</sup>.

Como contrapartida pela demanda contratada, o fornecedor de energia assume todos os custos, operacionais e de investimento, com a oferta contínua de energia em grande escala. Quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato. Se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Deste modo, não seria razoável a cobrança de mesmo preço para a energia ingressada nos estabelecimentos de consumidores de grupos distintos, face a desproporcionalidade de suas demandas de potência, conquanto a demanda contratada é componente indissociável da tarifa

---

<sup>80</sup> STJ, 2009. p. 23.

<sup>81</sup> STJ, 2009. pgs. 26-27.

devida à concessionária, não podendo ser apartada do consumo efetivo para fins de se apurar a base de cálculo do ICMS.

Ocorre que os custos de investimento e prestação da concessionária para a particular demanda do grande consumidor não é desqualificado pelo vencedor, mas, ao contrário, é considerado a ponto de identificar sua configuração como fato gerador da tarifa de serviço público de energia, com fulcro no artigo 145, II da Constituição Federal<sup>82</sup>.

No decurso do voto Ministro Relator do Recurso Especial, Teori Zavascki<sup>83</sup>, no trecho em que distingue demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada, e que, conforme já exposto no tópico 2.8.2, foi colacionado no voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário de sua relatoria<sup>84</sup>, esclarece a contradição:

Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir – e efetivamente constitui - fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS jamais pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples contratação da energia, mas sim o seu efetivo consumo. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua simples contratação não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo a contrario sensu) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador.

---

<sup>82</sup> BRASIL, 1988. Art. 145. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] 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;”

<sup>83</sup> STJ,2009. p. 12.

<sup>84</sup> STF,2020. pgs. 16-17.

Uma vez os investimentos e onerosidade assumida pela distribuidora é perfeitamente adequado e passível de configuração como fato gerador de serviço público, preexiste a vedação disposta pelo artigo 155, II, §3º do texto constitucional que resguarda as operações relativas à energia elétrica de sua incidência<sup>85</sup>.

Nada obstante, o fato gerador do ICMS, enquanto circulação de mercadoria, e uma vez estabelecido que a circulação da energia elétrica enquanto mercadoria está fisicamente ligada à geração e ao consumo, sua incidência não se sujeita à demanda contratada ou disponibilizada porquanto não diz respeito à demanda efetivamente consumida. O contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo uma vez que não representam a circulação.

Conscientes da basilar distinção entre a demanda contratada e a efetivamente utilizada, o voto relator do Recurso Especial deixa claro que não impermeabiliza a possibilidade de incidência do imposto sobre a demanda de potência elétrica. Ou seja, a incidência não se restringe à quantidade de energia elétrica que foi efetivamente consumida, desconsiderando-se a demanda de potência. A jurisprudência afirma restritivamente que o fato gerador do ICMS nas operações de energia elétrica não é a simples contratação da energia, mas seu consumo.

A potência elétrica, uma vez inerente ao consumo, quando efetivamente utilizada, integra a operação de energia elétrica, compondo, assim, seu fato gerador, não a que foi contratada e não consumida.

A divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto-vencido no julgamento do Recurso Extraordinário<sup>86</sup> considera que no sentido de que o entendimento utilizado para outras mercadorias não se aplica ao ICMS referente às operações sobre energia elétrica, uma vez que, independentemente de eventuais disposições contratuais, a base de cálculo do mencionado imposto deve ser composta apenas pela quantidade efetivamente adquirida pelo consumidor:

---

<sup>85</sup> BRASIL, 1988. Artigo 155, § 3º: “À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

<sup>86</sup> STF, 2020. p. 33.

O legislador constituinte efetivamente considerou as peculiaridades da energia elétrica, levando em consideração a complexidade de sua natureza para determinar que a base de cálculo do ICMS abrange todas as operações necessárias ao seu fornecimento.

Por esta razão entendo que, de acordo com a Constituição Federal, a “demanda contratada” deve ser incluída na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica.

Não obstante, prossegue: a partir do princípio que a potência referente à demanda contratada é parte intrínseca e indispensável ao fornecimento de energia elétrica, considera que excluí-la da base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica implicaria ofensa ao artigo 150, II, da Constituição Federal ao criar tratamento anti-isonômico entre os consumidores tarifados pela tarifa binômica em relação aos tarifados pela tarifa monômica:

Se ambos os grupos de contribuintes (tanto os tarifados pela tarifa monômica, quanto os tarifados pela tarifa binômica) efetivamente arcam com os custos referentes à demanda de potência (com a diferença de que um grupo tem a referida despesa embutida na sua fatura, juntamente com o consumo; e o outro possui a referida despesa destacada a título de “demanda contratada”), excluir a “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS sobre operações de energia elétrica implicaria, inevitavelmente, ofensa ao princípio da isonomia tributária previsto no artigo 150, II, da Carta Magna, beneficiando indevidamente os consumidores cobrados pela tarifa binômica.

O Ministro Castro Meira, na divergência aberta por seu voto-vencido no julgamento do Recurso Especial<sup>87</sup>, vai além: pondera ainda que o exame da questão pela ótica do fato gerador, a partir do prisma da base de cálculo, traduziria uma natureza securitária para si, diante da garantia de disponibilidade da demanda de potência por parte da concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato.

O consumidor de grande porte, geralmente industrial, não pode correr o risco de ficar sem o fornecimento de energia elétrica, necessária à movimentação de suas máquinas e à realização da própria atividade. Para tanto, ao contratar com o fornecedor que escolheu, fixa no contrato a demanda de energia que, obrigatória e continuamente, deve estar disponível no ponto de entrega para uso imediato, independentemente de qualquer comunicação à empresa contratada.

Mesmo que não venha a ser consumida totalmente a energia indicada no contrato, por ela deverá pagar o consumidor, já que a demanda esteve integral e ininterruptamente disponível ao consumo no ponto de entrega. Em outras

---

<sup>87</sup> STJ, 2009. p. 25.



palavras, o fornecedor assegurou ao usuário consumo compatível com a demanda que reservou, garantindo o fornecimento nos patamares fixados no contrato.

Em face disto, a demanda contratada ostentaria a natureza de seguro, tal qual ocorre nos seguros convencionais, em que deve ser pago o valor ajustado independentemente de ocorrência do sinistro. Analogamente, seria como se o consumidor pagasse pela garantia de que o fornecimento não cessará até o limite indicado no contrato a título de demanda reservada.

Destaque-se, aqui, que a Lei Complementar 87/96, em seu art. 13, § 1º<sup>88</sup>, admite o valor correspondente a seguros como integrante da base de cálculo do ICMS, quando não sofrerem a incidência do IOF.

O Ministro Castro Meira infere ainda<sup>89</sup> que, em consonância com o art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96<sup>90</sup>, que ao fixar como base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica o valor praticado na operação final, autorizaria a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada, uma vez que, ali, a energia elétrica ingressa no estabelecimento consumidor onerada tanto pelo consumo efetivo quanto pela demanda de potência elétrica reservada pelo usuário junto ao operador do sistema.

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

Como a base de cálculo lógica e típica no ICMS, na hipótese de energia elétrica, é o valor de que decorrer sua entrega ao consumidor, este valor outro não poderá ser senão aquele indicado na fatura emitida pela concessionária, por abrigar naturalmente todos os custos desde a geração até a entrega do produto.

---

<sup>88</sup> BRASIL, 1996. Art. 13, § 1º: “Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso 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”.

<sup>89</sup> STJ, 2009. p. 26.

<sup>90</sup> BRASIL, 1996.

Destarte, o ICMS, que deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor, não poderia ser excluído de sua base de cálculo do valor cobrado a título de demanda contratada, seja por sua alegada natureza de seguro, seja por estar contido no valor praticado na operação final.

Todavia, o voto do Ministro Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário, deixa claro que, ainda que exista lei complementar dispondo sobre a fixação da base de cálculo do imposto, nos termos do art. 155, §2º, X, “i”, do Texto Constitucional, o Poder Constituinte decidiu no art. 34, §9º, do ADCT, repise-se:

Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

Outrossim, não diverge da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir):

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;  
 [...] III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;  
 IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;  
 [...] 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;

Assim, é possível constatar, à luz do próprio ordenamento jurídico, que valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica não integram a base de cálculo do ICMS.

Dessarte, pontifica Carrazza (2012, p. 322):

Não é possível considerar base de cálculo do ICMS-Energia Elétrica, valores que decorrem de relação diversa, como, por exemplo, a que envolve a concessionária e a empresa geradora de energia elétrica. Isso ensejaria a cobrança de uma exação adicional, que refugiria à competência tributária da Unidade Federada.

[...] sendo o ICMS-Energia Elétrica uma modalidade de imposto sobre operações mercantis, sua base de cálculo somente pode ser o valor da operação de fornecimento desta mercadoria.

Evidentemente, o valor da operação de fornecimento de energia elétrica é o realmente praticado entre o fornecedor e o consumidor. De fato, na base de cálculo do tributo não devem ser inseridos elementos estranhos (v.g. ‘tarifas de fio’) à relação jurídica entre o concessionário e o consumidor desta mercadoria.

Se a base de cálculo do ICMS levar em conta elementos estranhos à operação mercantil realizada, ocorrerá, por sem dúvida, descaracterização do tributo – fenômeno que nossa ordem constitucional reprova.

No voto do Ministro Herman Benjamin, em que acompanhou o do relator, no julgamento do Recurso Especial<sup>91</sup>, pode ser encontrado uma resposta ao questionamento. Concluiu, tal qual o entendimento comum, que, no caso da energia elétrica, a aquisição da mercadoria corresponde àquilo que é produzido e entregue ao interessado, circulação econômica e jurídica que interessa à incidência do ICMS.

No entanto, o fato gerador do imposto estadual não poderia ser ampliado para abarcar outro fenômeno não previsto na Constituição Federal, no caso, circulação de mercadoria.

A contratação da demanda é objeto de negócio jurídico importante para a integridade do sistema elétrico e para as atividades empresariais. Isso não significa, porém, que a incidência estadual poderá alcançar a totalidade do contrato. Trata-se de garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado.

Neste sentido, Bergamini<sup>92</sup> leciona brevemente que o ICMS incide apenas sobre o valor da operação, portanto, o fornecimento de energia elétrica, de modo que sua base de cálculo deve ser apenas e tão somente o valor da energia elétrica efetivamente fornecida.

A base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica consiste apenas no montante referente à energia efetivamente comercializada, não o valor do contrato de reserva de energia ou demanda contratada. Isso porque,

<sup>91</sup> STJ, 2009. REsp 960.476, pgs. 32-33.

<sup>92</sup> BERGAMINI, 2009. p. 287.

o contrato de demanda contratada de energia tem a finalidade apenas de garantir o fornecimento de energia em horários de grande consumo, mas não quer dizer que toda a energia reservada será ao final comercializada.

Enfim, a Ministra Eliana Calmon foi categórica ao encerrar a questão em seu voto-vogal, onde aderiu integralmente ao voto do Ministro Relator<sup>93</sup>:

[...] paga-se o ICMS, e o ICMS é o que está na lei complementar; não é o governador, nem a Anatel, quem diz é a lei, ou seja, a lei em sentido formal e material, não pode ser resolução, não pode ser nada; o fato gerador é a lei. A lei determina o fato gerador, que é a circulação da mercadoria. Se energia é mercadoria, só pode ser sobre aquilo que circula. O que não circula pode ser contratado, e é o valor do contrato, mas não é ICMS. Pode ser qualquer coisa, mas não pode ser ICMS.

### 3.3 OS RESULTADOS DOS JULGAMENTOS

No Superior Tribunal de Justiça, a conclusão do voto do Ministro Relator Teori Zavascki, que foi acompanhado pela maioria da Primeira Seção, no julgamento ocorrido em 11 de março de 2009, foi no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Especial, reconhecendo como indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada, mas não utilizada. Não foi acolhida a pretensão da Recorrente de que fosse afastado da base de cálculo o valor pago a título de Demanda Reservada ou Contratada, independentemente do efetivo consumo<sup>94</sup>.

Na sequência a divergência foi aberta pelo voto do Ministro Castro Meira, após questão de ordem, suscitada pela Ministra Eliana Calmon e acompanhada pelo Ministro Benedito Gonçalves, requisitando-a. Suas razões foram aqui expostas tematicamente e paralelamente debatidas.

A divergência foi seguida pelos Ministros Benedito Gonçalves, Humberto Martins e Francisco Falcão, e o voto do Ministro Castro Meira se logrou como voto-vencido.

---

<sup>93</sup> STJ, 2009. pgs. 35.

<sup>94</sup> STJ, 2009. p. 18.

Acompanharam o relator o(a)s Ministro(a)s Denise Arruda, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon, como voto-vogal.

Infere-se, portanto, que a incidência do ICMS sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada, é legítima, desde que efetivamente consumida. Ilegítima, portanto, sua incidência sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada, mas não utilizada pelo consumidor.

No Supremo Tribunal Federal, o Plenário, na sessão virtual de 17 de abril de 2020 a 24 de abril de 2020, negou provimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Edson Fachin, cuja conclusão sugeriu a fixação da tese jurídica ao tema 176, acolhida pelo Tribunal: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”<sup>95</sup>.

A divergência foi aberta em seguida através do voto vencido do Ministro Alexandre de Moraes, propondo a tese de que seria “constitucional a inclusão dos valores pagos a título de ‘demanda contratada’ (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica”<sup>96</sup>, cujas razões que aqui foram igualmente exploradas, e acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio.

Depreende-se aqui, portanto, é o mesmo sentido firmado onze anos antes: a demanda de potência elétrica *per se* não possui o condão de incidência do ICMS, sendo necessários para composição de sua base de cálculo os valores aferidos pelo efetivo consumo de energia elétrica.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão em que orbita a questão sobre a legitimidade da incidência do ICMS nos contratos de demanda é repleta de questões acessórias complexas que são fundamentais para a compreensão da demanda, desde a noção do conceito da energia elétrica enquanto mercadoria para fins de tributação do imposto, até do que representa o contrato em si, passando por todos os seus componentes técnicos.

---

<sup>95</sup> STF,2020. p. 18.

<sup>96</sup> STF,2020. p. 46.

Dentre as premissas basilares, desta forma, são destacáveis a de que o fato gerador do ICMS, aqui, a circulação de mercadoria, possui identificação diferenciada quando aplicada à energia elétrica, uma vez que, em razão de sua intangibilidade e da natureza simultânea de suas etapas, geração, distribuição e consumo, intrinsecamente conexas, não é possível calculá-la a partir de sua saída. Deste modo, a identificação da incidência do fato gerador do imposto nas operações referentes ao fornecimento de energia elétrica fica adstrito ao seu consumo.

Ocorre que a complexidade do mercado de energia elétrica brasileiro confere complicadores específicos à questão, revestindo os consumidores daquilo que vem a ser o ponto central da controvérsia. Os consumidores são divididos em dois grandes grupos a partir da quantidade de seu consumo, dividindo, assim, a forma como lhes são faturados.

Tratando-se de pequenos consumidores não há mais problemas em identificar a incidência uma vez que são cobrados tão somente por aquilo que consomem. Os contornos da controvérsia residem no faturamento dos grandes consumidores que, além da quantidade de energia elétrica consumida, é composto essencialmente pela demanda de potência, que traduz a forma como esta quantidade será consumida, a fim de que a distribuidora possa se adaptar e realizar as reformas carecidas pela rede e pelo sistema elétrico para que seja capaz de atendê-lo e entregar a quantidade de energia elétrica no volume e que estes consumidores necessitam.

Isto se dá por meio do contrato de demanda de potência elétrica, ou de reserva de energia, instrumento celebrado entre o consumidor e a concessionária estabelecendo em suas cláusulas a demanda de potência que necessitará no período de faturamento determinado. Seu objetivo é, pelo lado da concessionária, planejar-se para que consiga adaptar a rede e fazer os investimentos necessários para o desempenho pleno de suas funções, e pelo lado do consumidor, a garantia que terá a energia elétrica do modo que precisa, tendo-a reservada para suas finalidades.

Este contrato, no entanto, possui uma característica condicionante representada pelo dever de ser sempre pago o seu valor cheio, independente de os numerários acordados ali terem sido integralmente consumidos ou não. Este montante constitui, assim, o valor da fatura dos grandes consumidores.

A controvérsia, deste modo, gira em torno do questionamento se o valor da diferença entre as cifras contratadas e efetivamente consumidas, logo, o específico valor referente àquilo que foi contrato e não consumido (mas integralmente pago, ainda assim), compõe a base de cálculo do ICMS.

A questão, que, friamente, pode parecer irrisória, é dotada de aguda relevância social e econômica posto que a contratação de demanda de potência superior ao que é efetivamente utilizado é a regra neste tipo de celebração visto que o ônus financeiro constricto no risco da ultrapassagem da demanda contratada pelo consumo é cabalmente mais elevado.

Não obstante, as alíquotas do ICMS sobre as operações de energia elétrica são, por via de regra, mais acentuadas, e a arrecadação a título de demanda contratada, especialmente, constitui fatia considerável do universo orçamentário de arrecadação de toda a modalidade do imposto, representando, em média um quarto de seu valor total.

A resposta da indagação foi dada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em março de 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 960.476 em sede de Recurso Repetitivo, do qual, inclusive, elaborou enunciado de súmula do tema, e posteriormente confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento, em abril de 2020, do Recurso Extraordinário nº 593.824, pela sistemática da Repercussão Geral. Qual seja: os valores do contrato de demanda de potência elétrica que não forem consumidos não constituem fato gerador do ICMS, de modo que é ilegítima sua composição na base de cálculo do imposto, sendo restritos exclusivamente àqueles que foram efetivamente utilizados.

Isto se dá pelo fato de que a previsão normativa legal circunscreve a incidência do fato gerador do ICMS à circulação da mercadoria, e se tratando de energia elétrica, a circulação se dá apenas no seu consumo efetivo, portanto, sua conversão, a partir do ponto de entrega, para outra forma de energia.

Neste esteio, a mera contratação não exprime circulação, posto que a reserva ou disponibilização de energia elétrica e potência elétrica demandada não configura o seu consumo.

Por fim, destaque-se que é legítima a incidência do ICMS sobre os contratos de demanda de potência elétrica. O que é defeso é sua incidência sobre a parcela contratada e não utilizada destes contratos. Aplica-se, plena e adequadamente, o imposto sobre os valores contratados que forem efetivamente consumidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Walter T., "Instituições de Direito da Eletricidade", Ed. Bernardo Álvares, 1962, *Sine loco*. v. 2.

ANEEL. Resolução Normativa ANEEL nº 404 de 9 de setembro de 2010. Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2010414.pdf>>. Acesso em 22/05/2020.

ATALIBA, Geraldo. GIARDINO, Cléber. Núcleo da definição Constitucional do ICMS, *Revista de Direito, sine loco*, vols. 25/26.

BERGAMINI, Adolpho. ICMS. 2ª edição, São Paulo: FISCOsoft, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.335 de 06/10/1997, publicado no Diário Oficial da União em 07.10.1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2335.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2335.htm)>. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL. Decreto nº 62.724, de 17/05/1968, publicado em 20/05/1968. Estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D62724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724.htm)>. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 07/07/1995, publicada no Diário Oficial da União em 08/07/1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF, set 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm)>. Acesso em 24/05/2020.

BRASIL. Lei nº 9.427 de 26/12/1996, publicada no Diário Oficial da União em 27/12/1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427compilada.htm)>. Acesso em 23/05/2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10/01/2002, publicada no Diário Oficial da União em 11/01/2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 23/05/2020.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07/12/1940, publicada no Diário Oficial da União em 31/12/1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 23/05/2020.

BRASIL. Lei nº 172 de 25/10/1966, publicado no Diário Oficial da União em 27/10/1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 87 de 13/09/1996, publicada no Diário Oficial da União em 16/09/1996. 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). Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm)>. Acesso em 24/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial 960476/SC. 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. Recorrente: Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 11 de março de 2009. Ve Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, DJe 13/05/2009, RSSTJ vol. 36 p. 248, RSTJ vol. 216 p. 81. vencidos os Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, os Ministros Denise Arruda, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator para o parcial provimento. Recurso Repetitivo (Tema repetitivo 63. É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial 1163020/RS. Tributário. Icms. Fornecimento de energia elétrica. Base de cálculo. Tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD). Inclusão. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gurgel de Faria, 21 de março de 2017. Ve Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, DJe 27/03/2017. RSTJ vol. 246 p. 103.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 960.476/SC. Recorrente: Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Autuação em 08/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 391. “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”. Diário de Justiça: DJe 07/10/2009, RSSTJ vol. 36, p. 161, RSTJ vol. 216 p. 746.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 583824/SC. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. Energia Elétrica. Base de Cálculo. Valor cobrado a título de demanda contratada ou de potência. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 11 de março de 2009. Ve Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, DJe-123, Divulgado em 18/05/2020 e publicado em 19/05/2020. Tese fixada: “A

demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 583824/SC. Constitucional. Tributário. ICMS. Incidência. Operações relativas a energia elétrica. Base de cálculo. Valor cobrado a título de demanda contratada (demanda de potência). Relevância jurídica e econômica da questão constitucional. Existência de repercussão geral. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1º de agosto de 2009. Ve Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF. DJe-162, divulgado em 27/08/2009 e publicado em 28/08/2009. Ement vol-02371-09 PP-01884 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 335-40. Tema da repercussão geral nº 176: Inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.824/SC. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. Autuação em 07/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial 1163020/RS. Tributário. ICMS. Fornecimento de energia elétrica. Base de cálculo. Tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD). Inclusão. Recorrente: Randon S/A Implementos e Participações. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gurgel de Faria, 21 de março de 2017. Ve Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, DJe 27/03/2017. RSTJ vol. 246 p. 103.

CANTO, Gilberto de Ulhôa, "Direito Tributário Aplicado: pareceres", Rio de Janeiro, Forense, 1992.

CAMPOS, Clever M., "Introdução ao Direito de Energia Elétrica", São Paulo, Ícone, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

CONFAZ. Convênio ICM nº 66/88, publicado no Diário Oficial da União em 16/12/1988. Fixa normas para regular provisoriamente o ICMS e dá outras providências. 15ª reunião extraordinário do Conselho de Política Fazendário do Ministério da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, DF. Disponível em <[https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1988/CV066\\_88](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1988/CV066_88)>. Acesso em 24/05/2020.

COSTA e Helena, R., Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional, *sine loco*, 9ª edição, 2019.

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS Teoria e Prática. 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2006.

PAULSEN, Leandro, Curso de Direito Tributário Completo, 10ª edição, São Paulo: Saraiva. 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O fato gerador do ICMS. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 9, n. 52, jul./ago. 2011.

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 nº 122 - novembro de 2005. São Paulo: Dialética. 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 05.038964-0. Apelação Cível em Mandado de Segurança. Tributário. Demanda Contratada. Incidência de ICMS. Possibilidade. Disponibilização de Potência. Serviço Prestado. Art. 155, IX, 'b', da Constituição Federal e Resolução n. 456/00 da Aneel. Recurso desprovido. Recorrente: Monteguti Indústria Comércio e Transportes Ltda. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. Blumenau/SC, DJ 15/03/2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC. Embargos de Declaração em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.043560-3. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio De Compensados E Laminados Ltda. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público. Itajaí/SC. Dj 03/05/2007).

ANEXO 1 — ACÓRDÃO DO RECURSO ESPECIAL Nº 940.476/SC.

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : **MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA**  
**ADVOGADO** : **FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROCURADOR** : **RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)**

## **EMENTA**

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 entrada 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.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

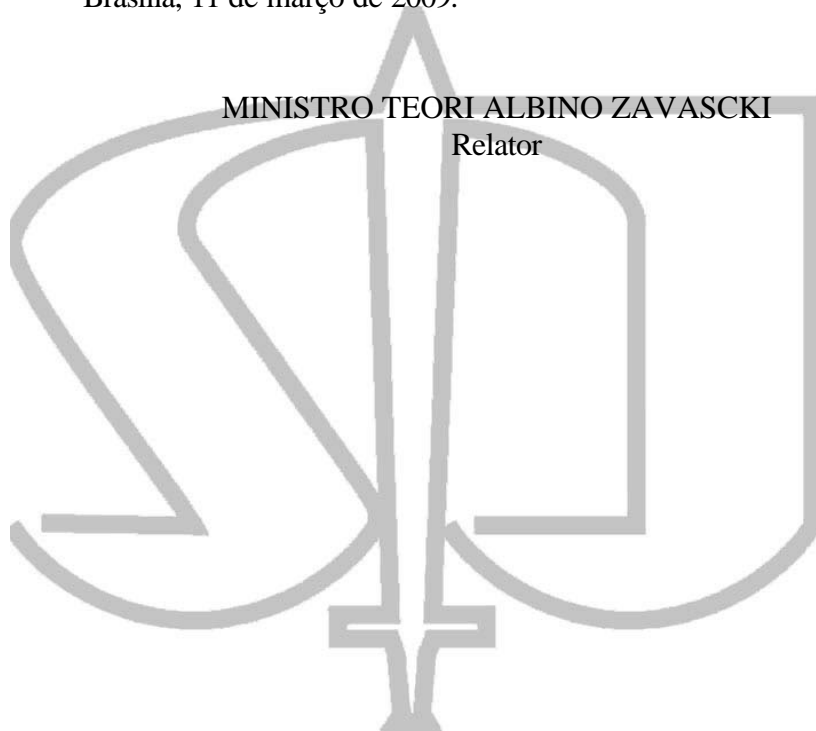
# *Superior Tribunal de Justiça*

Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. IGOR MAULER SANTIAGO, pela recorrente, LUIZ DAGOBERTO BRIÃO, pelo recorrido, MIRIAM LAVOCAT (TERCEIROS INTERESSADOS: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - AMICUS CURIAE) e VANESSA SARAIVA DE ABREU (TERCEIROS INTERESSADOS: Estado de Minas Gerais - AMICUS CURIAE).

Brasília, 11 de março de 2009.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0136295-0

**REsp 960476 / SC**

Números Origem: 20060214353000200 23040017586

PAUTA: 11/03/2009

JULGADO: 11/03/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA

ADVOGADO : FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Sustentaram, oralmente, os Drs. **IGOR MAULER SANTIAGO**, pela recorrente, **LUIZ DAGOBERTO BRIÃO**, pelo recorrido, **MIRIAM LAVOCAT(TERCEIROS INTERESSADOS: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (AMICUS CURIAE))** e **VANESSA SARAIVA DE ABREU(TERCEIROS INTERESSADOS: Estado de Minas Gerais (AMICUS CURIAE))**.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros **Francisco Falcão**, **Castro Meira**, **Humberto Martins** e **Benedito Gonçalves**, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra **Denise Arruda** e os Srs. Ministros **Herman Benjamin**, **Mauro Campbell Marques** e **Eliana Calmon** votaram com o Sr. Ministro Relator.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 11 de março de 2009

Carolina Vêras  
Secretária





ANEXO 2 — ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.824/SC

27/04/2020

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA**

**RELATOR** : **MIN. EDSON FACHIN**  
**RECTE.(S)** : ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**RECDO.(A/S)** : MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA  
**ADV.(A/S)** : IVO PERAL PERALTA JÚNIOR  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO ACRE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO AMAZONAS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DA BAHIA  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO PARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
**INTDO.(A/S)** : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**RE 593824 / SC**

**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE RONDÔNIA  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE SERGIPE  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DO PIAUÍ  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE RORAIMA  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA  
**INTDO.(A/S)** :DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE ALAGOAS  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS  
**AM. CURIAE.** :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT  
**ADV.(A/S)** :DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES E OUTRO(A/S)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA.

1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

**RE 593824 / SC**

2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.

3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS.

4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.

5. Tese: **“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”**.

6. Recurso extraordinário a que nega provimento.

## **A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 17 a 24 de abril de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema 176 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Foi fixada a seguinte tese: **“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”**.

Brasília, 27 de abril de 2020.

**RE 593824 / SC**

**Ministro EDSON FACHIN**  
**Relator**

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824**

PROCED. : SANTA CATARINA

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

RECTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECDO.(A/S) : MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S) : IVO PERAL PERALTA JÚNIOR (131262/RJ)

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO

TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO

CONTRIBUINTE - ABAPLAT

ADV.(A/S) : DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES (152216/RJ) E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 176 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Foi fixada a seguinte tese: "A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor". Falou, pelo recorrente, o Dr. Weber Luiz de Oliveira, Procurador do Estado de Santa Catarina. Plenário, Sessão Virtual de 17.4.2020 a 24.4.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário