

Considerações sobre a incidência de ICMS sobre a demanda à luz do atual cenário regulatório do setor elétrico

Lisandra Soriano Castro¹

Sumário:

1. Introdução
2. A incidência de ICMS sobre as operações com energia elétrica
3. O objetivo do contrato de uso do sistema de distribuição
4. A contratação da demanda em processos do Superior Tribunal de Justiça
5. Considerações sobre o contrato de demanda à luz do atual cenário regulatório
6. Conclusão
7. Referências

Resumo:

Considerando o atual cenário econômico e regulatório, busca-se refletir sobre a incidência de ICMS sobre o componente demanda como forma de buscar a redução dos custos de energia pagos pelo consumidor final brasileiro. A análise utiliza o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD para ilustrar que a contratação de uso do sistema de distribuição por parte dos agentes acessantes configura operação distinta da de consumir energia, não devendo ser considerada na composição do valor da operação da mercadoria – a energia elétrica consumida – a ser tributada.

Palavras-chave:

ambiente de contratação livre e regulado, CUSD, ICMS sobre demanda, setor elétrico, tarifa de energia, valor da operação

¹ Economista graduada pela Unesp-Araraquara com especialização em Gestão e Estratégia de Empresas pelo Instituto de Economia da Unicamp-Campinas, possui 12 anos de experiência no setor elétrico tendo trabalhado em empresas de distribuição e comercialização de energia elétrica. Atualmente atua como especialista de monitoramento de mercado na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Artigo redigido em fevereiro de 2012.

Abstract:

Considering the current economic and regulatory scenery, this article offers a reflection on the incidence of ICMS on the demand component as a way to cut the energy costs paid by the Brazilian customers. The electricity distribution system service agreement was used to clarify that the agreement made by the agents to access the electricity distribution system shows a particular operation of the energy consuming and should not be considered in the composition of the transaction value of the goods - the electricity consumed - to be taxed.

Keywords:

Competitive and regulated market, CUSD, ICMS on demand component, electricity sector, power tariff, transaction value

1. Introdução

O alto custo da energia elétrica produzida no Brasil é tema frequentemente abordado em estudos econômicos que tratam do futuro do setor elétrico brasileiro, bem como da competitividade da indústria nacional.

Recentemente, em artigo de Celso Ming, publicado no caderno Economia do jornal O Estado de São Paulo, sob o título “Energia cara demais”, destaca-se o paradoxo do Brasil entregar para sua indústria a 4ª energia mais cara do mundo, energia esta gerada a partir de fontes com custos operacionais baixos, próximos de zero – fontes hídrica e eólica. A discrepância se justifica na participação dos impostos – sobretudo ICMS² e PIS-Cofins³ – com quase 1/3 do custo final da energia e dos encargos setoriais pagos ao governo para o desenvolvimento do setor, responsáveis por cerca de 17,5%.

Os trabalhos publicados pela Câmara Americana de Comércio – Amcham – “A utilização da tarifa de energia elétrica como fonte arrecadadora de tributos” (2004), pela Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE – “Encargos Setoriais” (2009) e pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro -

² Imposto que surgiu com a Constituição Federal de 1988, que unificou o antigo ICM – Imposto sobre Circulação de Mercadorias com os impostos únicos federais sobre minerais, combustíveis e lubrificantes, energia elétrica, transportes e comunicações.

³ Programa de Integração Social – PIS e Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS são tributos sem relação específica com o setor de energia, cuja arrecadação destina-se a despesas com as áreas de previdência, assistência social e saúde.

FIRJAN – “Quanto custa a energia elétrica para a indústria no Brasil?” (2011) apresentam estudos detalhados sobre o impacto dos tributos e encargos setoriais no custo da energia elétrica produzida no Brasil e são unânimes ao ressaltar a importante e necessária busca da desoneração tributária do setor elétrico, com vistas a garantir maior eficiência e competitividade da indústria nacional.

Nesse sentido, o presente artigo abordará a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na atividade de distribuição de energia elétrica, em outras palavras, a cobrança de ICMS sobre a tarifa paga pelo uso do sistema de distribuição na medida da “demanda”⁴, seja ela contratada ou verificada.

Pretende-se, portanto, ampliar o debate sobre o tema sob a ótica de mercado a partir da análise do conceito do objeto em questão – o uso do sistema de distribuição, considerando os instrumentos que tratam da contratação do uso, a legislação pertinente, o cenário econômico setorial atual, bem como as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ que passam pelo assunto.

Tem-se como objetivo, enfim, apresentar questões que levem a refletir sobre o real serviço prestado pelo distribuidor e se suas características justificam a incidência de ICMS. Este artigo não tem a pretensão de apresentar um estudo completo sobre a incidência de ICMS, tampouco de esgotar o assunto em tela.

2. A incidência de ICMS sobre as operações com energia elétrica

A incidência de ICMS sobre as operações com energia elétrica está fundamentada no Art. 155, II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir 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” e no Art. 2º, I, da Lei Complementar nº 87, de 16 de setembro de 1996, que especifica sua aplicação sobre “operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares”.

Por sua vez, o Código Civil, em seu Art. 83, I, considera “(...) as energias que tenham valor econômico” como bem móvel e o Código Tributário Nacional, em seu Art. 74, que trata da aplicação do extinto imposto único (substituído pelo ICMS) sobre operações

⁴ “A demanda de uma instalação é a carga nos terminais receptores tomada em valor médio num determinado intervalo de tempo. Nessa definição entende-se por carga a aplicação que está sendo medida em termos de potência, aparente, ativa ou reativa, ou ainda, em termos do valor eficaz da intensidade da corrente, conforme a conveniência”, de acordo Nelson Kagan; Carlos César Barioni de Oliveira; Ernesto João Robba. *Introdução aos Sistemas de Distribuição de Energia Elétrica*. São Paulo: Edgard Blücher, 2005, p. 24.

relativas à energia elétrica, §1º, a define como produto industrializado. Daí a caracterização da energia como mercadoria e sua submissão à citada Lei Complementar nº 87.

A Lei Complementar nº 87 define, ainda, em seu Art. 13, I, a base de cálculo do ICMS sendo o valor da operação para cobrança do imposto na saída da mercadoria. Neste ponto, cabe esclarecer o que se considera valor da operação no caso da energia elétrica.

O agente consumidor de energia elétrica que recebe energia em baixa tensão – para facilitar o entendimento, simplifica-se a caracterização como consumidor residencial, também conhecido como consumidor do grupo B – estabelece com o agente distribuidor de energia elétrica Contrato de Adesão previsto na Resolução nº 414, de 9 de setembro de 2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Nos termos do Contrato de Adesão, o fornecimento de energia é cobrado do agente consumidor a partir da aplicação das tarifas destinadas ao grupo B, fixadas em R\$/kWh, ou seja: cobra-se determinado valor monetário para cada unidade de energia consumida, sendo a soma do produto o valor da operação.

No caso dos demais agentes do setor elétrico que operam energia em alta tensão – mais uma vez, simplifica-se citando como exemplo os consumidores industriais, agentes autoprodutores⁵ e produtores independentes de energia⁶ – são firmados contratos com a distribuidora de acordo com a condição de cada agente. Explica-se.

O agente consumidor que recebe energia em alta tensão na condição de consumidor cativo⁷, ou seja, que tem no distribuidor seu fornecedor de energia elétrica, estabelece com este Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica com direitos e obrigações previstos na Resolução Aneel nº 414. Para este agente, o fornecimento de energia é cobrado por meio de duas variáveis: cobra-se a energia efetivamente consumida (MWh) e a demanda (kW) contratada⁸ ou verificada⁹, conforme o caso¹⁰, através da aplicação

⁵ Autoprodutor de energia elétrica - APE “é a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo” sendo permitida a comercialização de eventual energia excedente. Disponível em <<http://www.Aneel.gov.br/area.cfm?idArea=41>> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

⁶ Produtor Independente de Energia Elétrica - PIE “é a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco”. Disponível em <<http://www.Aneel.gov.br/area.cfm?idArea=41>> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

⁷ “Consumidor que só pode comprar energia elétrica da concessionária ou permissionária que detém a concessão do serviço de distribuição de energia elétrica para a localidade na qual se encontra instalado, ficando submetido à tarifa e condições de fornecimento estabelecidas pela ANEEL”. Visão geral das operações na CCEE - versão 2011. Disponível em <http://www.ccee.org.br/StaticFile/Arquivo/biblioteca_virtual/Visao_Geral_das_Operacoes_CCEE_2011.pdf> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

⁸ De acordo com a Resolução Aneel nº 414, Art. 2º, XXI, demanda contratada é a “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)”.

⁹ De acordo com a Resolução Aneel nº 414, Art. 2º, XXIII, demanda verificada ou medida é a “maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada em intervalos de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento”.

¹⁰ Com exceção das unidades consumidoras rurais ou sazonais, nos termos do Art. 104 da Resolução Aneel nº 414, será faturado pela distribuidora o maior valor entre a demanda contratada e medida.

das tarifas estabelecidas para o grupo A (R\$/MWh e R\$/kW, respectivamente). A despeito do valor total pago pelo fornecimento da energia considerar a demanda contratada, independente de sua utilização, o valor da operação para fins de incidência de ICMS é composto pelo montante referente à energia consumida pelo agente e pela demanda verificada por medição, conforme Súmula nº 391 do STJ¹¹.

Por fim, há a condição dos agentes consumidores livres¹² e especiais¹³ que podem optar pelo seu fornecedor de energia – e adquirem energia elétrica de geradores ou comercializadores¹⁴ de energia, bem como dos agentes autoprodutores e produtores independentes que vendem a energia que produzem no mercado: nestes casos, os agentes estabelecem com a distribuidora um Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD¹⁵. Por meio do CUSD, contrato regulado previsto na Resolução Aneel nº 414, os agentes asseguram montante de demanda seja para receber por meio do sistema a energia adquirida de outro fornecedor, no caso dos consumidores livres e especiais; seja para injetar no sistema de distribuição a energia produzida para venda, no caso dos autoprodutores e produtores independentes. A concessionária de distribuição cobra destes agentes a demanda contrata ou verificada ao valor da tarifa de uso do sistema de distribuição – TUSD¹⁶. Da mesma forma que ocorre para os consumidores cativos do grupo A, o ICMS incide sobre a demanda verificada, sendo este o valor da operação.

Para cobertura do consumo do agente consumidor livre ou especial, como já dito, a energia é adquirida diretamente de geradores ou comercializadores de energia por meio de contratos livremente negociados denominados Contrato de Compra de Energia no Ambiente de Contratação Livre – CCEAL. Por tratar-se de contrato bilateral, preços e condições de pagamento são acordados e operacionalizados diretamente entre as partes. A arrecadação do ICMS sobre o valor da energia no caso do Estado de

11 Súmula 391 do STJ: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=81>> acesso em 09 de janeiro de 2012.

¹² Conforme estabelecido no Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, Art. 2º, X, “consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

¹³ De acordo com a Resolução Aneel nº 414, Art. 2º, XVII, a, trata-se de agente consumidor que “adquire energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração enquadrados no § 5º do Art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para unidade consumidora ou unidades consumidoras reunidas por comunhão de interesses de fato ou de direito cuja carga seja maior ou igual a 500 kW e que não satisfaçam, individualmente, os requisitos dispostos nos Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”.

¹⁴ Define-se por comercializador “a pessoa jurídica especialmente constituída para exercer a atividade de comercialização de energia elétrica, que compreende a compra e a venda de energia elétrica para concessionários, autorizados ou a consumidores que tenham livre opção de escolha do fornecedor, regulamentado pela Resolução nº 265 de 13 de agosto de 1998 de energia. Disponível em <<http://www.Aneel.gov.br/area.cfm?idArea=41>> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

¹⁵ Os acessantes do sistema elétrico devem celebrar com a distribuidora além de CUSD, Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição – CCD que estabelece condições, procedimentos e responsabilidades técnico-operacionais que irão regular o acesso. As diretrizes para elaboração de ambos os contratos estão dispostas no Procedimento de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, Módulo 3 – Acesso ao Sistema de Distribuição. Disponível em <http://www.Aneel.gov.br/arquivos/PDF/Modulo3_Revisao_3_Retificacao_1.pdf> acesso em 28 de fevereiro de 2012.

¹⁶ Agentes que operam no ambiente de contratação livre pagam ainda encargos setoriais por meio da aplicação de TUSD Encargos sobre a energia (kWh) efetivamente consumida, recolhidos através da distribuidora.

São Paulo está disciplinada pela Portaria CAT nº 97, de 27 de maio de 2009¹⁷: o valor da operação é definido como o produto da energia efetivamente consumida pelo preço informado pelo consumidor e o recolhimento é realizado por intermédio do agente distribuidor.

Caracterizadas simplificadaamente as operações com energia permitidas pelo atual cenário regulatório sob as quais incidem ICMS e apresentada a participação do agente distribuidor em cada uma delas, passa-se a detalhar o papel do distribuidor nas operações realizadas pelos consumidores livres e especiais, autoprodutores e produtores independentes de energia, cujas condições estão estabelecidas no CUSD. Tal escolha visa a facilitar a visualização das reflexões propostas, tendo em vista a contratação do uso do sistema de distribuição se dar por meio de contrato exclusivo para este fim.

3. O objeto do contrato de uso do sistema de distribuição

O Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD assegura ao acessante (consumidor livre ou especial, autoprodutor ou produtor independente) o acesso aos sistemas elétricos operados pela distribuidora concessionária ou permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, na medida do Montante de Uso Contratado (MUSD) com a distribuidora, valor estabelecido em kW, referente à potência elétrica média, integralizada em intervalos de 15 minutos.

Vale aqui destacar alguns pontos relevantes para o entendimento do que será apresentado: o conceito de demanda já citado anteriormente, sua relação com o montante de uso (MUSD) e a definição técnica do conceito.

O Art. 2º, XXI, da Resolução Aneel nº 414 define demanda contratada como “(...) 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)”. Complementa-se, ainda, com a definição de demanda medida exposta no mesmo artigo, em XXIII: “(...) maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada em intervalos de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento”.

Verifica-se que tanto o MUSD quanto a demanda referem-se a um valor de potência, expresso em kW, com integralização em intervalos de 15 minutos. Desta forma, define-se por demanda a potência disponibilizada ao consumidor cativo para recebimento da energia que atenderá seu consumo, enquanto define-se por montante de uso a potência disponibilizada ao produtor que injetará a

¹⁷ Portaria CAT nº 97, de 27 de maio de 2009. Disponível em <http://www.utilitas.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1538&Itemid=338> acesso em 29 de fevereiro de 2012.

energia gerada no sistema ou ao consumidor que adquiriu lastro para seu consumo no mercado livre. Tecnicamente, trata-se da mesma grandeza: capacidade máxima que é exigida do sistema elétrico em determinado intervalo de tempo.

Feitos os esclarecimentos iniciais, cabe discutir do ponto de vista técnico, ainda que de maneira superficial, se na utilização do MUSD disponibilizado pelo distribuidor, pode-se falar em “consumo de potência” ou “consumo de demanda”.

A energia elétrica produzida pelos agentes geradores é introduzida no sistema de distribuição¹⁸ e trafega por meio de condutores (rede elétrica) até a unidade consumidora a partir de fenômeno físico proporcionado pela diferença dos níveis de energia potencial entre os pontos de geração e consumo.

Tanto a injeção, quanto a tomada da energia pelos acessantes pode ser realizada em volumes maiores ou menores, em determinado momento. Como exemplo, pode determinada indústria ligar vários equipamentos ao mesmo tempo, pelo período de poucas horas ou utilizar um número menor de máquinas, por mais horas, e necessitar da mesma quantidade de energia.

A relação entre a energia injetada ou tomada e o intervalo de tempo desta operação é definida como potência¹⁹. Portanto, não há consumo de potência, mas disponibilização de sistema elétrico com potência necessária para suportar o tráfego de energia elétrica na intensidade demandada.

Desta forma, o sistema de distribuição deve ter capacidade equivalente à soma das potências máximas contratadas através do CUSD, sendo permitido a cada acessante realizar suas operações com energia elétrica no limite da potência a ele assegurada.

Antonio Ganim, em “Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares e tributários” faz análise análoga em relação ao Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST, instrumento que estabelece as condições de uso das instalações de transmissão²⁰. A análise realizada pelo autor será trazida ao debate, a despeito de referir-se ao uso do sistema de transmissão, uma vez que tanto o CUSD quanto o CUST tratam das condições de uso dos sistemas elétricos concedidos, respeitados os níveis de tensão da energia transacionada.

¹⁸ A opção pelo sistema de distribuição ou transmissão é definida com base no nível de tensão da operação, nos termos do Art. 47 do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957. Conforme o caso, a contratação de acesso é realizada por meio da celebração de CUSD ou de Contratos de Uso do Sistema de Transmissão – CUST.

¹⁹ Paulo Augusto Bisquolo. Potência elétrica - Cálculo do consumo de energia elétrica. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/fisica/potencia-eletrica-calculo-do-consumo-de-energia-eletrica.ihtm>> acesso em 28 de fevereiro de 2012.

²⁰ Antonio Ganim. Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares e tributários. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003, p. 215-219.

O autor observa que “(...) a transmissora não realiza nenhuma prestação de serviços de transmissão, mas o sim, disponibiliza suas instalações de transmissão e de conexão, com a finalidade de viabilizar a transmissão de energia pelas empresas acessantes, adquirentes dessa energia junto aos agentes comercializadores e geradores”²¹. Conclui que “o que temos é um contrato de disponibilização do sistema de transmissão, cuja denominação mais correta seria “Contrato de Cessão de Uso Compartilhado de Bem Público”, já que as instalações de transmissão são bens públicos vinculados à concessão, que se reverterá à União Federal mediante indenização”²².

No texto, destaca-se ainda a descaracterização do serviço de transmissão de energia como “transporte”, dado que “(...) o contrato de transporte presume a intervenção do transportador na posse do objeto transportado até sua efetiva entrega ao contratante²³”, o que não ocorre no caso da energia elétrica, e a conclusão de “(...) que a empresa concessionária, proprietária dos ativos de transmissão, não pratica operações de “transporte” no conceito acima descrito, nem tão pouco compra e vende energia elétrica, não exercendo, portanto, nenhuma atividade de cunho mercantil decorrente de circulação de mercadoria com a consequente transferência de titularidade”²⁴.

Por fim, o autor afirma entender que “(...) as operações previstas nos contratos acima analisados, não são fatos geradores do ICMS com base na circulação de mercadoria e nem com base na prestação de serviço de transporte”²⁵.

A regulamentação que viabilizou a implantação do novo modelo do setor elétrico brasileiro e a comercialização de energia baseada na livre concorrência, corrobora o entendimento exposto até o momento. Destacam-se os regulamentos apresentados abaixo.

A Lei nº 9074, de 7 de julho de 1995, cria a figura do Produtor Independente de Energia, estabelece o conceito de Consumidor Livre e assegura o livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão para que os agentes acessantes viabilizem a comercialização energia. Enxerga-se na garantia do uso do sistema não vinculado ao fornecimento da energia pela distribuidora a caracterização das distintas operações: uso do sistema e compra de energia.

²¹ Ibidem, p. 217.

²² Ibidem, p. 217-218.

²³ Ibidem, p. 219.

²⁴ Ibidem, p. 219.

²⁵ Ibidem, p. 219.

A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, dispõe sobre a comercialização de energia e estabelece as condições para a contratação de energia nos ambientes livre e regulado. Reforça-se aqui o papel dos atores do novo mercado, dentre eles do distribuidor, que disponibiliza sua rede para os agentes que operam no mercado livre e disponibiliza rede e fornece energia para os consumidores cativos.

O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, regulamenta a comercialização de energia e trata da separação dos contratos de conexão, de uso do sistema de distribuição e transmissão e de compra e venda de energia. Fica claro o movimento de contratação em separado das diferentes operações relativas ao setor.

Por fim, a Resolução Aneel nº 414, de 9 de setembro de 2010, prevê a substituição do Contrato de Fornecimento de Energia pelos contratos de Uso do Sistema de Distribuição, de Conexão e de Compra de Energia Regulada ou Livre, conforme o caso, para os consumidores potencialmente livres ou especiais²⁶.

Depreende-se, da legislação apresentada, a clara separação das operações de compra de energia elétrica para suprimento de unidade consumidora e de contratação do uso de sistema de distribuição para recebê-la, mero meio utilizado pela energia em seu percurso entre os pontos de geração e consumo.

4. A contratação da demanda em processos do superior Tribunal de justiça

Inúmeros processos tramitaram no Superior Tribunal Justiça – STJ tratando da incidência de ICMS sobre o contrato de demanda, entretanto, discutia-se acerca do fato gerador do imposto ser a demanda contratada ou verificada.

Contudo, foram identificados processos que abordam a discussão sobre a demanda - seja ela contratada ou verificada - não ser fato gerador de ICMS, ainda que este não fosse o cerne da questão. Destacam-se, abaixo, trechos extraídos destes processos.

²⁶ Entende-se por consumidores potencialmente livre ou potencialmente especial aqueles que a despeito de terem as condições necessárias para atuarem no mercado livre, optam pelo atendimento no ambiente regulado.

No voto do AgRg no Agravo de Instrumento nº 707.491-SC o relator afirma entender²⁷ a incidência de ICMS sobre a demanda medida e não sobre a contratada, com base nos Art. 2º e Art. 19 do Convênio 66/88. O Art. 2º, VI, determina que o fato gerador do imposto dá-se com a saída da mercadoria do estabelecimento produtor e o Art. 19, estabelece que a “base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor”²⁸.

Apresenta o mesmo entendimento o relator do AgRg no Recurso Especial nº 797.826-MT²⁹ e indica precedentes do STJ que o corrobora. A afirmação a seguir apresentada foi extraída do voto do relator: “6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”³⁰.

Na análise apresentada pelo relator do Recurso Especial nº 960.476-SC³¹, destaca-se a manutenção do entendimento manifestado em decisões proferidas para casos análogos – incidência de ICMS sobre demanda medida, justificado no Art. 155 da Constituição, no que se refere à incidência sobre circulação de mercadorias, no Art. 34, §9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que estabeleceu a responsabilidade de recolhimento do ICMS para as distribuidoras, “(...) calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final (...)”³² e no Art. 19 do Convênio 66/88, já citado, que define como base de cálculo do imposto o valor da operação para entrega do produto ao consumidor.

Ainda no voto, o relator argumenta que “(...) 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 só, não constitui 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

²⁷ AgRg no Agravo de Instrumento nº 707.491-SC (2005/0153355-8). Documento 2108358. Relatório, ementa e voto, p. 3. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=593527&sReg=200501533558&sData=20051128&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

²⁸ Convênio ICM 66/88, Art. 19. Disponível em http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/icms/1988/CV066_88.htm acesso em 25 de janeiro de 2012.

²⁹ AgRg no Recurso Especial nº 797.826-MT (2005/0186252-5). Documento 3044917. Relatório, ementa e voto, p.10. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=688311&sReg=200501862525&sData=20070621&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

³⁰ Ibidem, p.10.

³¹ Recurso Especial nº 960.476-SC (2007/0136295-0). Documento 864342. Inteiro teor do acórdão, p. 8. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=864342&sReg=200701362950&sData=20090513&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

³² Ibidem, p.8.

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”³³.

Destaca-se, por fim, entendimento trazido pelo relator do AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.235.384 – MG, qual seja, “no que pertine a afirmação de que a hipótese de incidência, nos contratos de fornecimento de energia elétrica com demanda reservada, é a operação, e o valor dessa operação é o da energia disponibilizada na unidade de consumo do consumidor, visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação relativa ao fornecimento de energia elétrica, melhor sorte não socorre ao recorrente”³⁴.

A seleção exposta é representativa no sentido de exprimir o entendimento do STJ que culminou na Súmula 391 – “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”³⁵ e permite identificar o tratamento da contratação de energia e de demanda como operação única, justificada pelo entendimento de haver, no consumir energia, consumo de energia e de potência.

5. Considerações sobre o contrato de demanda à luz do atual cenário regulatório

As alterações promovidas no setor elétrico a partir da década de 1990, com destaque para a desverticalização das empresas de energia – separação das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia, a criação da figura do Produtor Independente e do Consumidor Livre e o estabelecimento das condições para comercialização de energia, permitiram a modificação de um modelo setorial monopolista e altamente regulado, para outro que busca o estímulo à concorrência na geração e comercialização, reservando maior regulação aos serviços de transmissão e distribuição.

³³ Ibidem, p. 12.

³⁴ AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.235.384 – MG (2009/0182260-8). Documento 987810. Inteiro teor do acórdão, p. 12. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=987810&sReg=200901822608&sData=20100817&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

³⁵ Súmula 391. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=81>> acesso em 09 de janeiro de 2012.

Para a criação do ambiente necessário para o funcionamento do modelo foi estabelecido um novo marco regulatório, base para a regulação das relações dos agentes do setor. Neste processo, com as diferenças dos ambientes de contratação livre e regulado, surge a necessidade de se realizar a contratação de energia e de uso do sistema por meio de instrumentos distintos, seja pela opção do consumidor por adquirir energia no mercado, seja pela necessidade do produtor introduzir a energia gerada no sistema.

O CUSD estabelece as condições de uso, obrigações e direitos do acessante e do distribuidor acessado, cujo objeto é o uso do sistema de distribuição concedido ao distribuidor. Trata-se de instrumento firmado para contratação de serviço com a distribuidora que disponibiliza determinada quantidade da capacidade de sua rede para que o acessante escoe ou adquira energia. Entende-se, enfim, ser operação distinta da de compra de energia realizada por meio de contrato firmado com outro fornecedor.

Como dito anteriormente, a análise proposta neste artigo foi realizada com base no CUSD para facilitar a visualização das diferentes operações – uso do sistema de distribuição e compra de energia, realizadas pelos agentes do setor por meio de contratos destinados para cada fim.

Entretanto, as mesmas considerações feitas em relação à contratação de montante de uso do sistema pelo CUSD cabem à contratação de demanda por meio de Contrato de Fornecimento de Energia ou mesmo à parcela de demanda considerada para atendimento das unidades consumidoras com Contrato de Adesão.

Independente do instrumento que formaliza a contratação, bem como da capacidade de rede necessária para garantir a entrega da energia, os contratos passam pelo uso do sistema de distribuição pelo acessante, ainda que de forma não explícita.

No caso do CUSD e do Contrato de Fornecimento tem-se os montantes de uso ou demanda identificados e definidos, o que não ocorre com o Contrato de Adesão. Contudo, a tarifa de energia para consumidores do grupo B é composta por uma parcela referente à energia e outra referente à demanda, posteriormente convertidas em um único valor, que deve remunerar o distribuidor pelo uso da rede na proporção da potência disponibilizada e pela energia adquirida pelo consumidor. Ou seja, é possível pensar na identificação da demanda mesmo nos atendimentos em baixa tensão.

O presente cenário econômico regulatório em nada se aproxima daquele que se apresentava quando da criação da legislação tributária aplicável à energia elétrica. Seja na Constituição Federal, no Convênio 66/88, no ADTC, na Lei Complementar nº 87 ou no

Código Civil, fala-se em energia elétrica e pensa-se em custo do fornecimento de energia, sem que haja detalhamento das operações pertinentes, ainda mais porque, à época, entendia-se energia elétrica como fornecida exclusivamente pela distribuidora, sem distinção da energia propriamente dita – a mercadoria – e da rede de distribuição utilizada para sua entrega – o serviço de distribuição.

Neste contexto, busca-se refletir sobre, a despeito de se ter desde 1968 regulamentação que trate dos componentes tarifários demanda (ou capacidade de rede) e consumo (a energia em si)³⁶, a energia elétrica continuar sendo pensada como produto de uma única operação. Nas palavras do relator do AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.235.384-MG, “(...) o valor dessa operação é o da energia disponibilizada na unidade de consumo do consumidor, visto que o fornecimento e a reserva estão entrelaçados numa única operação relativa ao fornecimento de energia elétrica (...)”³⁷. O cenário regulatório atual permite-nos pensar a energia além da resultante de um fornecimento. A prestação de serviço de distribuição realizada por meio de contrato específico, dada através da disponibilização do sistema elétrico para uso do acessante, ajuda-nos a visualizar uma operação apartada daquela relativa à energia consumida, esta sim, classificada como mercadoria.

Outro ponto importante a ser superado relaciona-se à questão técnica, à discussão sobre haver consumo da demanda atrelado ao consumo da energia. Talvez ajude a pensar o assunto, o recente uso da rede de distribuição de energia para transmissão de dados. Esta tecnologia está baseada na transmissão dos dados em frequências muito superiores às utilizadas pela energia elétrica³⁸, permitindo que pela mesma rede, transitem dados e energia, cada qual utilizando de uma fração da capacidade total do sistema elétrico.

Em outras palavras, a distribuidora de energia passa a disponibilizar determinada capacidade de sua rede (que pode ser entendida como demanda) agora para o tráfego de dados. Atualmente entende-se que o consumo de energia implica em consumo de demanda, ou seja, que a energia consumida (kWh) seria gerada a partir do consumo da demanda (kW) fornecida pela distribuidora por determinado número de horas (h). Como elemento de reflexão, mas que foge aos limites deste artigo, cabe questionar se, analogamente, em relação ao uso da rede para a transmissão de dados, seria o mesmo que pensar os dados transmitidos (Mbps)³⁹ gerados a partir de uma demanda consumida (kW).

³⁶ Decreto 62.724, de 17 de maio de 1968. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724.htm> acesso em 13 de fevereiro de 2012.

³⁷ AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.235.384-MG (2009/0182260-8). Documento 987810. Inteiro teor do acórdão, p. 12. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=987810&sReg=200901822608&sData=20100817&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

³⁸ Gilberto Sudré. *Comunicação pela rede elétrica*. Disponível em <<http://gilberto.sudre.com.br/comunicacao-pela-rede-eletrica/>> acesso em 19 de fevereiro de 2012.

³⁹ Unidade de medida de dados em mega bit por segundo.

6. Conclusão

É complexo pensar as operações comerciais e tributárias de uma mercadoria invisível, que não pode ser estocada e cuja produção e consumo ocorrem no mesmo instante. Necessário entender, ainda, as diversas e importantes alterações ocorridas no cenário econômico-regulatório que impactaram a forma como esta mercadoria é produzida, comercializada, distribuída e consumida.

Ao longo do presente artigo, buscou-se trazer a energia elétrica introduzida no atual cenário econômico-regulatório, como uma mercadoria que é consumida pelos agentes consumidores, produzida pelos geradores e que utiliza o sistema elétrico dos agentes distribuidores para trafegar entre estes dois pontos.

A partir da análise do objeto do Contrato de Uso do Sistema de Distribuição, pretendeu-se demonstrar que a contratação de demanda ou de montante de uso do sistema garante ao acessante o direito de utilizar do serviço de distribuição de energia elétrica, prestado pelo agente distribuidor a partir da disponibilização de seu sistema elétrico, e que a utilização deste serviço consiste em operação distinta da operação de consumir energia.

Caracterizadas as diferentes operações – de utilizar a rede de distribuição e de consumir energia, fica a reflexão no sentido de não se tratar a demanda como parte integrante da mercadoria que é consumida – a energia elétrica, tampouco de considerá-la na composição do valor da operação da mercadoria a ser tributada.

Propõe-se pensar na utilização de montante de uso ou demanda como operação relativa ao serviço de uso do sistema de distribuição – que também pode ser utilizado na transmissão de dados – operação esta que não se entende como fato gerador para incidência de ICMS.

Conclui-se, por fim, pela importância de se pensar as operações relativas à energia elétrica no atual contexto econômico-regulatório como forma de propor mudanças que impliquem redução de gastos para a indústria e para o consumidor final.

Refletir sobre a não incidência de ICMS sobre os gastos com demanda - ou com uso sistema de distribuição - é uma abordagem dentre tantas outras possíveis, quando se observa as alíquotas dos impostos praticados e os encargos setoriais que se “penduram” nas tarifas de energia elétrica.

7. Referências

Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Procedimento de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST. Módulo 3 – Acesso ao Sistema de Distribuição. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Modulo3_Revisao_3_Retificacao_1.pdf> acesso em 24 de fevereiro de 2012.

Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Resolução nº 414, de 09 de setembro de 2010. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414comp.pdf> acesso em 23 de janeiro de 2012.

Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Informações Técnicas, Cadastro dos Agentes, Definição dos agentes. Disponível em <<http://www.Aneel.gov.br/area.cfm?idArea=41>> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.235.384 – MG (2009/0182260-8). Documento 987810. Inteiro teor do acórdão, p. 12. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=987810&sReg=200901822608&sData=20100817&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

AgRg no Agravo de Instrumento nº 707.491-SC (2005/0153355-8). Documento 2108358. Relatório, ementa e voto, p. 3. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=593527&sReg=200501533558&sData=20051128&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

AgRg no Recurso Especial nº 797.826-MT (2005/0186252-5). Documento 3044917. Relatório, ementa e voto, p.10. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=688311&sReg=200501862525&sData=20070621&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE; Confederação Nacional da Indústria - CNI. *Encargos Setoriais*. 3.ed., outubro de 2009.

BISQUOLO, Paulo Augusto. *Potência elétrica - Cálculo do consumo de energia elétrica*. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/fisica/potencia-eletrica-calculo-do-consumo-de-energia-eletrica.jhtm>> acesso em 28 de fevereiro de 2012.

Câmara Americana de Comércio – Amcham. *A utilização da tarifa de energia elétrica como fonte arrecadadora de tributos*. Novembro de 2004.

Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Visão geral das operações na CCEE - versão 2011. Disponível em <http://www.ccee.org.br/StaticFile/Arquivo/biblioteca_virtual/Visao_Geral_das_Operacoes_CCEE_2011.pdf> acesso em 27 de fevereiro de 2012.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> acesso em 20 de fevereiro de 2012.

Convênio ICM 66/88, 14 de dezembro de 1988. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/icms/1988/CV066_88.htm> acesso em 28 de fevereiro de 2012.

Decreto 62.724, de 17 de maio de 1968. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D62724.htm> acesso em 13 de fevereiro de 2012.

Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm> acesso em 25 de fevereiro de 2012.

Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm> acesso em 23 de janeiro de 2012.

Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – FIRJAN. *Quanto custa a energia elétrica para a indústria no Brasil?* Agosto de 2011.

GANIN, Antonio. *Setor Elétrico Brasileiro: aspectos regulamentares e tributários*. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003.

KAGAN, Nelson; OLIVEIRA, Carlos Cesar Barioni de; ROBBA, Ernesto João. *Introdução aos Sistemas de Distribuição de Energia Elétrica*. São Paulo: Edgard Blücher, 2005.

Lei Complementar nº 87, de 16 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm> acesso em 20 de fevereiro de 2012.

Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2002/lei10406.htm> acesso em 20 de fevereiro de 2012.

Lei nº 10.848, de 15 de 03 de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm> acesso em 12 de janeiro de 2012.

Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074compilada.htm> acesso em 20 de janeiro de 2012.

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427compilada.htm> acesso em 20 de janeiro de 2012.

Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>> acesso em 20 de fevereiro de 2012.

MING, Celso. *Energia cara demais*. Jornal O Estado de São Paulo. 28 de janeiro de 2012.

Portaria CAT nº 97, de 27 de maio de 2009. Disponível em <http://www.utilitas.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1538&Itemid=338> acesso em 29 de fevereiro de 2012.

Recurso Especial nº 960.476-SC (2007/0136295-0). Documento 864342. Inteiro teor do acórdão, p. 8. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=864342&sReg=200701362950&sData=20090513&formato=PDF> acesso em 06 de fevereiro de 2012.

SUDRÉ, Gilberto. *Comunicação pela rede elétrica*. Disponível em <<http://gilberto.sudre.com.br/comunicacao-pela-rede-eletrica/>> acesso em 19 de fevereiro de 2012.

Súmula 391 do STJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=81>> acesso em 09 de janeiro de 2012.