



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

JOÃO FELIPE OLIVEIRA DE MENEZES

**LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONSUMIDOR FINAL PARA A
DISCUSSÃO RELATIVA AO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NAS
DEMANDAS CONTRATADAS**

Salvador

2012



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

**LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONSUMIDOR FINAL PARA A
DISCUSSÃO RELATIVA AO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NAS
DEMANDAS CONTRATADAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Tributário, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Salvador

2012

JOÃO FELIPE OLIVEIRA DE MENEZES**LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONSUMIDOR FINAL PARA A
DISCUSSÃO RELATIVA AO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NAS
DEMANDAS CONTRATADAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Tributário, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Aprovado em: ____ de ____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Nome: _____

Titulação: _____

Nome: _____

Titulação: _____

Nome: _____

Titulação: _____

RESUMO

O presente trabalho versará sobre a plausibilidade da sujeição passiva do consumidor para sustentar em Juízo o reconhecimento de direitos e garantias no que tange à incidência do ICMS relativo às operações de circulação de Energia Elétrica. A realidade do judiciário nacional, mormente o baiano, reflete um sem número de consumidores de energia elétrica que frequentemente batem às suas portas buscando discutir a incidência do ICMS sobre determinadas parcelas, a exemplo da demanda contratada de potência.

A incidência do ICMS sobre esta rubrica já foi pulverizada pelo Superior Tribunal de Justiça, erigindo-se a súmula 391. Todavia, este mesmo Pretório consagrou também que a legitimidade ativa para demandar judicialmente sobre estas lides restringe-se somente aos contribuintes de direito definidos por lei. Deslegitimados, os consumidores passaram a possuir o direito à não incidência sem a conseqüente operabilidade, pois as legitimadas (concessionárias), enquanto *longa manus* do Fisco estadual, são natural e contratualmente desinteressadas pela efetivação do direito. Some-se a isso o fato de que para a concessionária não há ônus com a incidência do ICMS, porquanto a sua cobrança é alheia à fatura de serviço, sendo apenas veiculada no mesmo instrumento.

O consumidor destes serviços é quem efetivamente suporta o ônus econômico da incidência, já que o ICMS é tributo indireto, suscetível de repercussão do encargo financeiro. A sistemática de legitimação ativa *ad causam*, no caso específico das materialidades constitucionalmente classificadas como essenciais e sujeitas ao regime de concessão, reflete a grande incongruência do sistema normativo tributário no que tange às relações entre Fisco, agentes concessionários e consumidor com espeque na cadeia de circulação e repasse do respectivo encargo jurídico e econômico. Há clara ofensa ao princípio da intangibilidade da jurisdição, segurança jurídica ao passo em que se configura o enriquecimento sem causa por parte do Estado.

Principiando-se em excertos jurisprudenciais acerca do tema, bem como análise da doutrina pertinente, foi-se possível concluir que, nestes casos, deve haver a legitimação do consumidor final para pleitear os seus direitos, relativizando-se a cadeia de circulação no que tange a esta materialidade em função da peculiaridade e especificidade, franqueando o seu acesso à justiça para ver garantida a consolidação da segurança jurídica.

Palavras-Chave – legitimidade *ad causam*; ICMS energia elétrica; contrato demanda de potência .

ABSTRACT

This paper will focus on the plausibility of the passive subject of the consumer in court to support the recognition of rights and guarantees in relation to ICMS for the operations of movement of Electric Power. The reality of the national judiciary, especially the Bahian, reflects a number of electricity consumers who often knock on their doors trying to discuss the impact of GST on certain portions, such as the contracted demand of power.

The incidence of VAT on this item has been pulverized by the Superior Court, raising the sum to 391. However, this same hallowed Praetorium the active legitimacy to prosecute on these labors is confined only to the taxpayers of law established by law. Delegitimized, the consumer now has the right to not focus without consecária operability, as the legitimate (utilities), while longa manus of the State Treasury, are natural and disinterested by the effective contract law. Add to this the fact that there is no utility for the burden to the ICMS, because its charge is unrelated to the invoice service, which only aired in the same instrument.

The consumer of these services is that effectively supports the economic burden of incidence, since the VAT is an indirect tax, likely to impact the financial burden. The system of active legitimation cause ad in the specific case of materialities constitutionally classified as essential and subject to the licensing system, reflects the great anomaly in the tax system of rules regarding the relationship between Treasury agents, dealers and consumers with stanchion chain movement and transfer of its legal and economic burden. There is a clear breach of the principle of inviolability of the jurisdiction, the legal step that sets the unjust enrichment by the State.

Beginning in extracts from case law on the subject, as well as analysis of relevant doctrine, has been possible to conclude that in these cases there should be the legitimacy of the final consumer to claim their rights, making relative to the chain of movement in relation this materiality in light of the peculiarity and specificity, by opening their access to justice guaranteed to see the consolidation of legal certainty.

Keywords - ad entitled cause; ICMS electricity; contract demand of power.

SUMÁRIO

1.0 – INTRODUÇÃO	7
2.0 – APRESENTAÇÃO DO CASO PARADIGMA	13
3.0 – REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA.....	16
3.1 - CRITÉRIO PESSOAL DO CONSEQÜENTE – SUJEIÇÃO PASSIVA	20
3.2 - CONTRIBUINTE DE FATO E DE DIREITO.....	23
4.0 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	25
5.0 - DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL APLICÁVEL À HIPÓTESE.....	27
5.1 - DO DIREITO DE AÇÃO E INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL CORRELATA: PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	28
6.0 CONCLUSÃO.....	31
BIBLIOGRAFIA.....	34

1.0 INTRODUÇÃO

A atual sistemática constitucional brasileira apresenta uma gama de regras e limites objetivos tendentes a instrumentalizar os direitos individuais dos contribuintes. O princípio da inafastabilidade da jurisdição aliado ao direito de ação servem como mote para que não se exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, conferindo ao contribuinte o amplo acesso ao Judiciário para ver satisfeita pretensão relativa ao seu patrimônio jurídico.

No universo jurídico-tributário, onde a voracidade arrecadatória do Fisco sobre os signos presuntivos de riqueza dos contribuinte resulta numa trôpega aplicação das normas, a observância destes princípios é saliente, já que são os indivíduos obrigados a bater às portas do Judiciário para ver corrigidas as inúmeras irregularidades ocorridas, mormente a busca pelo perfeito ajuste da incidência de determinados tributos, como *só* ocorrer no caso do ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda de potência.

Este caso, de relevo nacional, diga-se, pois atinge um incontável número de contribuintes, vem sendo amplamente debatido tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo o Egrégio, recentemente, cristalizado o entendimento no tocante à incidência do ICMS sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada, teor, inclusive, da súmula 391/STJ.

Ocorre que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 903.394/AL (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/3/2010, Dje 26/4/2010), sob o regime dos repetitivos, também consolidou entendimento no sentido de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto.

No particular caso do ICMS sobre a energia elétrica, significa dizer que muito embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito, pois, nas operações internas, não promove a circulação do bem e tampouco há previsão legal nesse sentido (REsp 928.875/MT – Rel. Ministro Herman Benjamin, 11/5/2010, Dje 01/7/2010).

Afere-se, destarte, que a Insigne Corte sustenta que muito embora haja prescrição normativa a respeito da incidência do ICMS somente sobre a demanda de potência efetivamente utilizada, o consumidor final - aquele que concretamente suporta a carga tributária por conta da repercussão do ônus econômico do tributo - não possui voz ativa para pleitear discussão em derredor a sua incidência conforme.

Soa contraditório, mas a linha pretoriana assim se posiciona expressamente por entender que não há Lei específica determinando a categorização do consumidor final enquanto contribuinte de direito, bem como pelo fato do mesmo não promover a circulação do bem.

Neste ponto, é patente a necessidade de se analisar o caso proposto valendo-se da interpretação conforme a Constituição Federal, tendo em vista a insidiosa situação jurídica *in concreto* que se encontram os contribuintes que compulsoriamente mantêm com as concessionárias negócio jurídico relativo à disponibilização da demanda de potência.

É que, as concessionárias de energia, enquanto agentes delegados do Estado, ostentam *status* jurídico privilegiado e por isso não possuem interesse direto em questionar pormenores da incidência, já que nem sequer sofre qualquer ônus com o seu aperfeiçoamento, porquanto a sua cobrança margeia o negócio jurídico de prestação de serviço, sendo apenas veiculada no mesmo instrumento.

A análise esposada neste trabalho se restringe à esta modalidade de contratos de demanda para melhor delimitar o objeto pretendido, que se traduz na plausibilidade do consumidor, classificado pelo STJ como contribuinte de fato, sustentar demanda perante Juízo no sentido do reconhecimento de direitos e garantias no que tange à incidência do ICMS sobre energia elétrica, sem embargos da sua eventual aplicabilidade às demais relações jurídico-tributárias correlatas.

A legitimidade defendida não o será por questões meramente pragmáticas, de política judiciária ou fiscal, mas sim pelo amplo respaldo constitucional diferido ao contribuinte enquanto sujeito de direitos e detentor de garantias individuais. Restringir o alcance destes por conta e ordem de dispositivos de hierarquia inferior é, no mínimo, questionável, pois deve-se instrumentalizar a todo custo a sua aplicação/proteção sob pena de se fazer em letra morta ou palavras ao vento normas de indiscutível proeminência.

Convém destacar que a energia elétrica não pode ser classificada como mercadoria comum para fins de incidência do ICMS, já que possui tratamento constitucional próprio, inclusive no que tange à sua exploração. É bem essencial e o seu fornecimento demanda estrutura diferenciada, de modo que a cadeia deste imposto deve ser relativizada para comportar essa especificidade, a qual abarca também a sujeição passiva, já que também ocorre a repercussão jurídica do tributo.

A um primeiro passo, portanto, após apresentado o caso problema, será apreciada a regra matriz de incidência ICMS sobre energia elétrica, mormente a sua hipótese e o critério pessoal do seu consequente, para fins de delimitação da sujeição passiva.

Nesse ponto é que reside a indagação primordial deste trabalho, pois, em sendo a concessionária classificada por lei como contribuinte de direito e considerando-se o status privilegiado que mantém enquanto *longa manus* do Estado nesta prestação de serviço de utilidade pública, portanto natural e contratualmente desinteressada pela discussão em derredor da integridade da incidência, qual deve ser o status do daqueles para quem é repassado o ônus econômico da incidência tendo em vista a principiologia constitucional pertinente ao tema.

Na esteira desta análise, exsurge a necessidade de se consignar alguns aspectos essenciais relativos aos contratos de concessão e os deveres dos concessionários perante o Ente concedente, para fins de aferição da ausência de interesse daqueles em formular proposições em derredor da incidência do ICMS energia elétrica.

Finalmente, de posse do embasamento auferido pelas análises assinaladas acima exsurgirá o inevitável confronto do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido da legitimidade *ad causam* ser deferida apenas ao agente concessionário, contribuinte de direito por determinação legal à luz dos princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias dos contribuintes, mormente no que tange ao acesso à justiça e intangibilidade da jurisdição, capacidade contributiva e por fim a segurança jurídica.

2.0 APRESENTAÇÃO DO CASO PARADIGMA

De pósito, é salutar para o bom desenvolvimento deste trabalho a apresentação da tese por intermédio da qual se desenvolverá a discussão acerca da legitimidade *ad causam* do consumidor final para a discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, relativamente à demanda contratada.

Os estabelecimentos consumidores que exigem elevado e ininterrupto consumo de energia elétrica possuem a necessidade de firmar com as empresas distribuidoras contratos de fornecimento especial de energia elétrica, comumente conhecidos como "Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica e Reserva de Potência" genericamente conhecido como "Contrato de Reserva de Demanda".

O objeto de contratos deste jaez é garantir a disponibilização de potência (kW) suficiente para que o sistema elétrico consumidores não entre em colapso ao passo em que promove a respectiva contrapartida à concessionária, recompensando-a pela disponibilidade desta determinada potência ao consumidor, ou seja, remunera-se o serviço de disponibilização independentemente da efetiva utilização.

Esta potência é chamada de demanda, que nada mais é a potência de energia elétrica exigida por cada consumidor, durante certo intervalo de tempo especificado (art. 2º, VIII, Resolução ANEEL nº 456/2000), ou seja, é aquilo que o consumidor exige de rede para consumir energia. A remuneração específica de disponibilização justifica-se, d'outra linha, para remunerar toda essa infra-estrutura montada para este fim.

O conceito de demanda contratada disponibilizada, esclareça-se, é definido pela resolução ANEEL 456/00, em seu art. 2º, inc IX, verbis:

Art. 2º - omissis (...)

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

Pois bem. A querela surgiu a partir do momento em que as fazendas Estaduais passaram a exigir ICMS sobre o valor total da fatura de energia elétrica, tanto sobre o valor da energia elétrica fornecida e efetivamente consumida como sobre o valor do contrato de reserva de potência meramente disponibilizada.

Esta exigência de ICMS sobre o montante de potência reservada, foi amplamente debatida e atacada por violar diversos postulados de relevo constitucional, tais quais o princípio constitucional da legalidade, da tipicidade tributária e os elementos da regra matriz de incidência do imposto em referência, fato que motivou inúmeros consumidores a ingressar em Juízo a fim de ver excluídos tais valores da respectiva base de cálculo do ICMS.

Na esteira dos acontecimentos, a matéria chegou ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, que cristalizou o entendimento no sentido de que a contratação da demanda é garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado, sendo este confirmado no julgamento do Resp 960.476/SC (rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11.3.2009,).

Esse excerto, ocorrido em sede de sistemática dos repetitivo (543-C e Resolução do STJ 8/2008) firmou norte jurisprudencial que se consolidou pela Súmula 391/STJ, “O

ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Estatuída com correção a incidência, passou o direito a ser exigido pelos diretamente açoitados na relação tributária, os consumidores (contribuintes de fato sob a ótica do Tribunal), estando o seu status processual devidamente garantido, como se vê no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 135, 458 E 535 DO CPC. INTERESSE DE AGIR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MÉRITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO E DO CONSUMIDOR FINAL. FATO GERADOR. ENERGIA CONSUMIDA, E NÃO DEMANDA CONTRATADA. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. Nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, e não as concessionárias de energia elétrica, bem como o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS.

4. "O fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização. Tal consectário é extraído da interpretação dos arts. 2º e 19 do Convênio 66/88" (REsp 825.350/MT, 2ª Turma, Rel Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006).

5. Recurso especial desprovido

(REsp 952.834/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 12/12/2007 p. 407)

E assim era o tema pacificado até que, em sede de rediscussão da matéria, o entendimento pretoriano foi alterado para afastar a caracterização do consumidor final enquanto contribuinte de direito, afastando-se assim a sua legitimidade ativa *ad causam*.

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL ("SEGURO-APAGAO"). CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada.

2. Ocorre que, no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. 24/3/2010, DJe 26/4/2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa *ad causam*, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa.

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.

4. Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.

5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.

6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final. 7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, 2º, X, da CF.

8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no pólo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.

9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.

10. Se inexistir previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

(...)

17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.

Capítulo 1 Recurso Especial provido.

(928875 MT 2007/0026150-7 Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010, undefined).

Revista a legitimidade ativa *ad causam* para as ações relativas aos tributos indiretos, aqui incluída a pretensão relativa à incidência de ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda contratada, ficaram os consumidores finais literalmente sem ação, escanteados de todo o processo de discussão e assistência ao seu direito, sobretudo porque obstados do seu pleno acesso ao judiciário.

Enquanto os fiscos Estaduais se locupletam indevidamente da incidência do ICMS sobre tais rubricas, expressamente vedadas pela súmula 391/STJ, aquele agora único legitimado para intentar a providência devida queda-se inerte, decerto porque desinteressado.

3.0 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

A regra-matriz de incidência de um tributo, porquanto construída sobre juízos hipotético-condicionais, traz sempre a previsão de um antecedente a sua respectiva conseqüência, marcado pela imputação deôntica.

A hipótese apresenta os seguintes critérios para a caracterização do fato: material (núcleo da descrição fática), espacial e temporal (demarcadores do espaço e tempo, respectivamente).

O conseqüente tem a função precípua de apresentar critérios para a identificação da relação jurídica que esta por nascer, determinando estipulações para a delimitação dos sujeitos ativos e passivos e da formula de individualização da prestação pecuniária a qual se vinculam um com o direito de crédito (pretensor) e outro com o dever de pagar o débito (devedor). São os critérios pessoal e quantitativo, respectivamente.

Chegar-se à norma-padrão de incidência é tarefa árdua, porém essencial para o deslinde da norma jurídica já que, na esteira da lição do professor Paulo de Barros Carvalho¹:

“(...) as leis não trazem normas jurídicas organicamente agregadas, de tal modo que nos seja lícito desenhar, com facilidade, a indigitada regra-matriz de incidência, que todo o tributo hospeda, como centro catalisador de seu plexo normativo. Pelo contrário, sem arranjo algum, os preceitos se dispersam pelo corpo do estatuto, compelindo o jurista a um penoso trabalho de composição”.

Logo, traçar-se a regra matriz de incidência do ICMS sobre energia elétrica é perquirir toda a legislação aplicável à sua gênese, principiando-se, indubitavelmente, pelo fundamento de validade de toda e qualquer norma positivada no ordenamento pátrio que é Constituição Federal.

Consigne-se, na lição de Lourival Vilanova², que a hipótese como proposição descritiva de situação objetiva real, é construída pela vontade do legislador, que recolhe dados

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 296.

² *apud* CARVALHO *Op. cit.*, p. 318.

de fato da realidade que deseja disciplinar (realidade social), qualificando-os, normativamente, como fatos jurídicos (in CARVALHO, 2010, p. 318).

A autorização constitucional para a instituição do ICMS sobre energia elétrica pode ser extraída da análise do seu artigo 155, combinando-se os inc. II e § 2º, X, “b” e § 3º do mesmo. A regulamentação constitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996.

Insta observar que a operação de circulação de energia elétrica é compartimentada, haja vista a presença de etapas diferenciadas de desenvolvimento até a disponibilização ao consumidor final. Constitui-se como hipótese de incidência desta exação, na linha do escólio de Roque Carrazza³, a produção, a importação, a circulação, a distribuição ou o consumo de energia elétrica. E arremata:

(...) este imposto tem por hipótese de incidência possível a circunstância de uma pessoa produzir, importar, fazer circular, distribuir ou consumir energia elétrica. O legislador ordinário (estadual ou distrital), ao criar, “*in abstracto*”, este imposto, poderá colocar em sua hipótese de incidência, todos, alguns ou um desses fatos. Portanto, ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, o tributo deverá ser recolhido.

A uma primeira vista, tais etapas isoladamente consideradas teriam o condão suficiente para sustentar a incidência *per se*, como sustentado por grande parte da doutrina. Todavia, deve-se conduzir a compreensão desta cadeia de modo diferenciado, já que, sendo a energia elétrica erigida à condição de mercadoria para fins de tributação e considerando-se sua especialidade, já que é patente a impossibilidade de se fracionar ou ainda acondicioná-la, ou melhor, manipulá-la, não há condições de se delimitar cada fase e atribuir-lhe autonomia assaz a constituir incidência⁴.

Logo, a energia elétrica não se perfaz em item acondicionável em estoques ou prateleiras, como se houvesse uma rede de fabricação, beneficiamento, manufaturamento e distribuição até a sua chegada ao mercado de atacado e varejo para ser disponibilizada ao consumidor final. Há sim, a sua fabricação e distribuição (disponibilização ao consumidor final).

³ CARRAZZA. Roque Antônio. ICMS, Ed. Malheiros. 8ª Edição, São Paulo, 2002, p. 195/196.

⁴ CARRAZZA. *Op. Cit.*, p.214.

Considerar realizado o critério material da hipótese da regra matriz de incidência do ICMS sobre energia elétrica (mormente nos termos da tese aqui esposada), ou seja, a circulação jurídica da energia elétrica, é verificar o átimo em que a mesma passa do estágio de disponibilização na ponta para ser efetivamente consumida pelo estabelecimento consumidor. Assim se completa o ciclo de positivação da circulação de energia elétrica, quando a mesma converte-se em outra modalidade de energia afetável ao consumo, seja na movimentação de maquinário, aparelhos eletrônicos ou equipamentos de grande porte.

É como precisamente arremata Clever Campos⁵:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já foi 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 entre os estágios intermediários de várias incidências isoladas, mas, sim, de uma única, na entrega da energia, tendo como sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

Em que pese tais considerações, o que se vê atualmente para fins de incidência do tributo é a criação de uma cadeia de circulação ficta, posicionando-se um agente concessionário distribuidor entre o produtor e o consumidor final.

Ora, não está a se negar a efetiva existência de tal figura; contudo, a sua atuação na cadeia é na mera condição de agente intermediário, possibilitando a operacionalização do transporte e disponibilização da energia ao consumidor final.

Não há falar-se em etapa de produção, inclusive porque está a distribuidora apta a também utilizar-se do produto na condição de consumidora, quando então será contribuinte e participante da cadeia. Afora esta possibilidade, não há, de fato, a prática de atividade específica o suficiente para efeitos de sua incorporação na cadeia de circulação de ICMS sobre energia elétrica, sobretudo porque a sua atividade se inicia e encerra com a viabilização da “comunicação” entre o produtor e o consumidor final.

Tais considerações, importantes para a delimitação do critério material da hipótese, adquirem protuberância ainda maior quando da análise da sujeição passiva, o que se fará detidamente em tópico pertinente.

⁵

CAMPOS, Clever M. **Introdução ao Direito da energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001. p.68

A esta altura já se pode fixar os outros dois elementos integrantes da hipótese desta RMIT do ICMS sobre a energia elétrica, quais seja, critérios espacial e temporal. O critério espacial deste tributo coincide com o âmbito de vigência territorial da lei⁶, ou seja, o território do Estado onde se dará a incidência, já que trata-se de imposto da competência dos Estados.

O critério temporal da hipótese pode ser consignado como grupo de indicações contidas no suposto da regra e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante ocorreu o fato jurídico prescrito passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor⁷.

É precisar o átimo em que há a circulação do bem, quando se dará o *start* da incidência. Esse momento, na linha do quanto desenvolvido neste trabalho, não pode ser outro que não quando o consumidor final ativa o circuito e efetivamente consome a energia disponibilizada.

Tal momento, frise-se, na ficção criada para fins de legitimar a inserção do agente concessionário distribuidor na cadeia de circulação da exação corresponde de igual modo com o início da utilização do bem pelo consumidor final mas aqui interpretado como o início da operação de circulação pelo distribuidor no sentido de agente promotor da circulação, sendo este quem promoveria a efetiva circulação como se tivesse o condão de manipulá-la.

Quer-se dizer com isso que, muito embora se vislumbre que o desenvolvimento da circulação física da energia elétrica promove incorporações no seu custo final a título de processamento, participando e incrementando este cálculo o agente concessionário distribuidor, tal instituto em nada interfere na fenomenologia da incidência do susomencionado tributo, uma vez que a sua cadeia de circulação deve ser, como de fato é, diferenciada em face da especialidade da energia elétrica enquanto mercadoria.

3.1 CRITÉRIO PESSOAL DO CONSEQUENTE – SUJEIÇÃO PASSIVA

⁶ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 324.

⁷ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 327.

A sujeição passiva é o fenômeno que determina a possibilidade de um indivíduo ou de vários indivíduos ocuparem o pólo passivo de uma relação jurídico-tributária, possuindo o dever de adimplir determinada prestação e, dos quais, possui o sujeito ativo o direito subjetivo de exigir o seu cumprimento.

Atinente à capacidade tributária passiva, esta se subsume na inclinação que os indivíduos possuem para serem sujeitos passivos da relação jurídica tributária. Nessa linha, faz-se necessária, já que a capacidade passiva demanda a assunção de deveres e obrigações perante outros indivíduos, a personalidade jurídica do sujeito passivo. É a possibilidade determinada por lei para um indivíduo ser sujeito passivo.

Só pode demandar no pólo passivo da relação jurídica aquele indivíduo detentor de personalidade jurídica, possuidor assim de capacidade tributária, de acordo com os preceitos insculpidos nas normas do Direito Civil.

O sujeito passivo, na linha do quanto expendido acima, é quem terá a obrigação de entregar ao sujeito ativo o objeto da prestação jurídico-tributária. É aquele indivíduo descrito no critério pessoal do conseqüente normativo, que executa ação ou se encontra no estado descrito no antecedente, o qual, por imputação deôntica, possui o dever de cumprir a obrigação mensurada pelo critério quantitativo.

O sujeito passivo é o próprio contribuinte, sendo o indivíduo que possui relação pessoal e direta com a prescrição contida no critério material da hipótese. É ele o indivíduo caracterizado no critério pessoal passivo do conseqüente, uma vez que realiza pessoalmente a ação núcleo do tipo ou permanece no estado normativamente tipificado.

A figura do sujeito passivo pode ser decomposta em em sujeito passivo direto e indireto, sendo, na lição de Paulo Lucena Menezes⁸:

(...) o primeiro caracterizado por deter uma relação linear e pessoal com o fato gerador da obrigação tributária. É, em outras palavras, a pessoa que concretizou o evento eleito legalmente como fato gerador, beneficiando-se de alguma maneira pela

⁸ (in MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de direito tributário**. 5. ed. Belém: Cejup, 1995. 22v, p. 174)

sua ocorrência. Sob este prisma, pode-se dizer que é aquele que, em tese, possui capacidade contributiva para arcar com o débito tributário.

Assim, a realização pessoal da ação do núcleo do tipo é o que determina a sujeição passiva na relação jurídico-tributária. A Lei, todavia, pode estabelecer sujeito alheio à relação jurídica para ocupar este *locus*, ou ainda pode operar o deslocamento deste predicado a outra pessoa, de modo a predeterminar, antes mesmo da gênese da obrigação tributária, a sujeição passiva a terceiro estranho à relação. Tais sujeitos passivos indiretos são chamados de responsáveis ou substitutos.

O responsável tributário é o indivíduo que não participa diretamente do fato jurídico tributário, não sendo, portanto, contribuinte, mas que por decorrência de lei é titular de obrigações. O responsável é transportado para o pólo passivo em decorrência de um não cumprimento de uma conduta prescrita no antecedente de uma norma sancionatória, não tributária.

O substituto tributário é figura instituída por lei, a qual determina a responsabilidade de outra pessoa pelo pagamento do tributo se este não for pago pelo contribuinte direto. É dizer: por força de dispositivo legal, ou melhor, de norma de responsabilidade, determina-se desde o nascimento da obrigação tributária a sua imposição contra pessoa diferente do contribuinte.

A substituição, portanto, é a sub-rogação, derivada de lei, diga-se, de uma pessoa na obrigação tributária originada por outra. O sub-rogante é o indivíduo que possui capacidade jurídica, portanto apto a figurar na relação passiva tributária, representando a substituição, portanto, um critério de atribuição de fato imponível.

A substituição tributária, portanto, consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo, de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é o fato-signo presuntivo⁹.

A exegese dominante acerca do artigo 121, II, do CTN, acerca do responsável, determina que este não pode ser classificado como contribuinte, uma vez que não participa

⁹ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, págs. 528/529.

diretamente do fato descrito no critério material da hipótese normativa. É figura determinada por lei, e por isso não guarda vínculo material, muito menos pessoal com a descrição típica contida no núcleo da hipótese.

Neste sentido, inexorável a conclusão de que aquele que meramente realiza atos de viabilização da circulação de uma mercadoria entre dois indivíduos (produtor e consumidor final) na qualidade de responsável, apenas o é por determinação legal, não sendo pertinente a adequação de conceitos e institutos para fins meramente pragmáticos e que malferem toda a estrutura constitucional relativa aos direitos e garantias dos contribuintes.

Tal interpretação não é reacionária, apesar de o parecer a uma análise perfunctória. Ela é objeto da determinação constitucional própria constante no art. 34, § 9º, do ADCT, o qual cristaliza que as empresas distribuidoras “serão as responsáveis” pelo pagamento do ICMS, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final.

Caminho semelhante, porque obrigatório, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 9º, § 1º, II, determina que as empresas distribuidoras são responsáveis pelo recolhimento do ICMS, este objeto da circulação jurídica promovida pelo contribuinte de direito e de fato, obviamente quando promoveu o *start*, ou seja, iniciou o consumo do bem.

Sem querer antecipar a conclusão deste trabalho, mas porque necessária, por ora, à consolidação do entendimento esposado, vê-se que o recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica foi apenas e tão somente diferido às distribuidoras na condição de responsáveis, e por assim dizer, são as mesmas alheias à operação jurídica de circulação já que não realizam diretamente o critério material da hipótese da RMIT do ICMS sobre a energia elétrica, ou seja, não promovem a circulação da mercadoria nos casos de demanda contratada (efetivo consumo), termos acima delineados.

3.2 CONTRIBUINTE DE FATO E DE DIREITO

Tecidas as considerações acerca da responsabilidade e substituição exsurge a necessidade de esmiuçar alguns conceitos supervenientes. É o caso da conceituação dos contribuintes em de fato e de direito.

Consoante visto no sub-tópico anterior, o CTN apresenta com nitidez a conceituação do que seria o contribuinte de direto em seu artigo 121, parágrafo único, I, como sendo aquele que possui relação pessoal e direta com o fato gerador, indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária e que deve, *ultima ratio*, efetuar o devido recolhimento ao fisco. É aquele legalmente eleito para tal desiderato.

Já o contribuinte de fato é o indivíduo que, às suas expensas suporta o encargo econômico do tributo, sobre os seus ombros recaindo o peso da exação. A ele é dirigida a repercussão econômica do tributo, representando a linha final da incidência. Este encargo, no particular, é ocupado pelo consumidor final de energia elétrica.

Ora, atuando na condição de interlocutor entre o produtor e o consumidor final, apenas viabilizando a sua circulação, não promovendo-a, é forçoso concluir que não o consumidor final apenas o contribuinte de fato. Este *status*, diga-se só é sustentável de modo isolado por aquele que efetivamente suporta o encargo sem contudo participar da relação jurídico-tributária.

É o caso, por exemplo, do repasse do encargo financeiro embutido no preço das mercadorias comuns, operação corriqueira nas relações mercantis tradicionais. No caso da energia elétrica não há a configuração deste tipo de repasse, atuando a concessionária como responsável apenas e tão somente pela arrecadação e repasse do ICMS aos cofres do Estado. A constância do preço do tributo nas faturas entregues aos contribuintes endossa este entendimento, na medida em que efetua a cobrança “por fora” do valor correspondente à exação.

Aplicando esta conceituação ao caso proposto sem a devida acuidade, leva-nos a crer que que contribuinte de fato seria o consumidor final e o de direito somente aquele indivíduo a quem a Lei necessariamente outorgou este *mínus*, as concessionárias.

Levar a diante esta exegese do conteúdo normativo apresentado é corroborar com a tese de que a lógica da sistemática constitucional pode ser ultrajada para fins de política meramente fiscal, em que se “elege” uma entidade afim para que promova o pagamento do imposto, atribuindo-lhe a condição de contribuinte de direito ao passo em que, d'outra face, concede-lhe *status* privilegiado de agente concessionário com as suas devidas prerrogativas, exercendo sobre este controle decorrente do poder de império.

Esta lógica cruel deve ser rechaçada, pois representa um mecanismo torpe de enriquecimento ilícito por parte dos fiscos Estaduais na precisa medida em que, sofismando os institutos do direito tributário, subverte a ordem constitucional relativa aos direitos e garantias individuais dos contribuintes.

E não há falar-se, destaque-se, em descaracterização do consumidor final em contribuinte de direito apenas e tão somente pelo critério da simples exclusão, como, *data vêniam*, concluiu a Primeira Turma o STJ no julgamento do AgRg no Ag 933.678/SC (rel. Min. Luiz Fux), porque a mera indicação legal não possui o condão de deslegitimar ou descreditar garantias constitucionais, bem assim porque os efeitos decorrentes da sua aplicação promovem o flagelo do direito de ação e dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, capacidade contributiva e o primado da segurança jurídica.

Contudo, sem deslembrar do objeto deste trabalho, continuemos com a análise do tema proposto consignando-se a premissa de que as empresas geradoras são as responsáveis pelo recolhimento do ICMS sobre a energia elétrica, na relação que envolve a sua saída do ente gerador até o consumidor final.

4.0 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Já foi aqui dito que a energia elétrica para fins de incidência do ICMS é classificada como mercadoria, portanto bem móvel. Restou evidenciado, outrossim que há o entendimento no sentido de atribuir-se, fictamente, o fracionamento da operação de circulação de energia para fins de incidência, com o qual nos opusemos francamente.

Essencial consignar-se, contudo, que, diferentemente da criação jurídica para facilitar a implementação de uma cadeia de circulação do ICMS sobre energia elétrica e a sua classificação como bem móvel, é a atribuição constitucional de competência para a exploração do serviço de fornecimento, enquanto serviço de utilidade pública.

A competência direta para a exploração é da União, havendo a possibilidade de outorga de concessão, na forma do que dispõe o art. 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição Federal:

Art. 21 - Compete à União:

(...)

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

(...)

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

Precisamente para averiguação da natureza jurídica dos contratos de concessão e as suas especificidades no que tange aos serviços de utilidade pública, é clara a prescrição constitucional estatuída no seu artigo 175:

Art. 175 - Incube ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre:

I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e da sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II- os direitos dos usuários;

III- política tarifária;

IV- a obrigação de manter o serviço adequado.

Logo, depreende-se deste excerto constitucional que caberá a Lei a determinação do regime jurídico adequável à sua finalidade, bem como, frise-se, o caráter especial do seu contrato e a disciplina de desenvolvimento, tendo em vista o seu caráter público.

O serviço de fornecimento de energia elétrica é majoritariamente pela doutrina classificado como impróprio do estado, de utilidade pública e *uti singuli*, já que é delegável, mediante concessão.

A concessão de serviço público pode ser descrita, na linha do magistério de Maria Sylvia Di Pietro¹⁰ como:

(...) o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

E arremata¹¹:

A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

Pois bem. Perclaro, neste instante, que o contrato a que se vincula a concessionária de energia elétrica para fins de prestação do serviço público de distribuição possui cláusulas específicas, o que o individualiza de outros contratos primordialmente privados.

A presença de tais cláusulas, estas inerentes a contratos deste jaez, modificam a natureza da cadeia superveniente de circulação, sobretudo porque determinam um vínculo extraordinário entre os integrantes da relação de circulação.

O que se quer dizer é que, para fins de impermeabilização da cadeia de ICMS sobre energia elétrica para fazê-la semelhante às demais cadeias de circulação de mercadorias comuns os agentes integrantes da cadeia deveriam relacionar-se através de vínculos essencialmente privados no que se refere à livre circulação da mercadoria.

Admitir a existência de uma força vinculante para fins de determinação do objeto do contrato, como no caso ventilado objeto deste trabalho, é desnaturar a cadeia de circulação tal qual objetivada pelo legislador constitucional, na medida em que se cria entre integrantes desta um laço cuja repercussão no plano jurídico pode mascarar a realização do direito.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, págs. 297.

¹¹ *Idem ibidem*.

E isso se dá especificamente no plano da legitimidade passiva conferida ao concessionário para sustentar em juízo demanda relativa à discussão da plausibilidade da incidência de ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda de potência.

Não há registro na Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a título exemplificativo, de nenhuma ação intentada pela concessionária de energia neste sentido. Repita-se: nenhuma ação intentada no sentido de discutir a plausibilidade da incidência do ICMS sobre energia elétrica tendo em vista a súmula 391/STJ.

E este dado pode, inclusive, ser alargado, quiçá ser universalizado em toda a Federação, pois é patente a ausência de interesse das concessionárias para propor demanda contra o Estado concedente.

É óbvio: as concessionárias de energia, enquanto agentes delegados do Estado, ostentam *status* jurídico privilegiado e por isso não possuem interesse direto em questionar pormenores da incidência, já que nem sequer sofre qualquer ônus com o seu aperfeiçoamento, porquanto a sua cobrança margeia o negócio jurídico de prestação de serviço, sendo apenas veiculada no mesmo instrumento.

5.0 DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL APLICÁVEL À HIPÓTESE

Os princípios são proposições normativas que veiculam verdadeiros vetores hermenêuticos ideais para a exegese das normas jurídicas. Possuem posição proeminente em relação às demais normas do sistema jurídico, uma vez que veiculam valores supremos de toda a sociedade, sendo altamente relevantes para a compreensão de todo o arcabouço jurídico enquanto sistema.

Neste sentido, precisa é a lição de Norberto Bobbio¹²:

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento**. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 80.

[...]os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido”.

Assim, tecidas tais considerações preliminares, passa-se a analisar a principiologia constitucional adequada ao tema, mais precisamente o direito de ação e a inafastabilidade do controle jurisdicional correlata, princípio da capacidade contributiva e segurança jurídica, com o escopo de demonstrar, ao final, que a prevalecer a ilegitimidade ativa *ad causam* do consumidor final para deduzir em Juízo as suas pretensões, mortalmente feridos restarão estes primados constitucionais.

5.1 DO DIREITO DE AÇÃO E INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL CORRELATA: PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Estado estabelece, através da sua função legislativa, a ordem jurídica, fixando, de forma preventiva e hipotética as normas que deverão incidir sobre situações ou relações que possivelmente virão a ocorrer entre os homens no convívio social¹³.

Nessa linha, afere-se que a a ordem jurídica posta confere a cada e a todos os cidadãos direitos e garantias correlatas, dentre elas, principalmente, a de insurgirem-se entre si ou perante o Estado para exigir o cumprimento de obrigações ou simplesmente o respeito/restabelecimento do *status quo ante*.

É o direito de ação, que serve de fundamento para toda e qualquer pretensão ostentável perante terceiros e que denota a indissociável atuação Estatal para a sua observância, seja através de medidas coativas ou do amplo acesso ao Poder Judiciário, pressuposto que se está, neste caso, diante de lesão ou ameaça de lesão a direito.

¹³

LIEBMAN. *Manuale di diritto Processuale Civile*, ristampa da 2º ed. 1968, vI, nº 1, p 3.

O poder ou direito de ação não pode deixar de ser visto como uma garantia fundamental, inserida no plano dos direitos humanos humanos¹⁴, canonizado na forma de princípio magno, artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou inafastabilidade do controle jurisdicional.

Aliás, sabe-se que a observância imperativa das normas do direito conduz o exegeta, no mais vezes, a interpretações que variam de acordo com a sua percepção da realidade, sem contudo imbricar em uma averiguação da sua relação de pertinencialidade com o sistema constitucional.

O percurso gerativo de sentido das normas jurídicas, em seu plano S4, ou da das relações entre normas, encaminha o intérprete a incorporar constitucionalidade à norma infra-constitucional, ao passo em que a relaciona com a Constituição, do mesmo modo que, de antemão, busca evitar antinomias ao confrontar a norma com as demais do sistema.

É que, no que tange ao plano S4, na lição de Paulo de Barros Cavalho, há que se pensar na integração das normas, nos eixos de subordinação e de coordenação, pois aquelas unidades não podem permanecer soltas, como se não pertencessem à totalidade sistêmica¹⁵.

Ressalte-se, contudo, no cotejo de regras e princípios, que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro¹⁶.

Por assim dizer é que o exegeta constitucional, dada a singularidade de determinados casos e a sua correlação direta a direitos fundamentais, deve excepcioná-los na precisa medida da sua essencialidade.

É a lição de Paulo Bonavides¹⁷, no sentido de que:

(...) os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente às leis do campo do Direito Privado, são, porém, de todo inadequados e insuficientes para captar o

¹⁴ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, Rio de Janeiro: ed. Lumen juris, 2007, p. 114.

¹⁵ CARVALHO. *Op. cit.* p.,164

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 23.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 556/557

sentido das cláusulas não raro principais de uma Constituição ou o alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, de natureza, se apresenta, tanto quanto aquele, aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema.

Assim, no tratamento dos direitos fundamentais deve-se ater o exegeta à singularidade do caso concreto, seus meandros e a conseqüente repercussão no plano pragmático para garantir-lhe efetividade. Sem a aplicação desta sistemática, corre-se o risco de fazer da norma fundamental um punhado de escritos sem valor.

No particular, sobrelevar as particularidades da incidência do ICMS sobre energia elétrica para fins de política meramente fiscal, restringindo a eficácia normativa em busca de uma padronização que atende a fins que não os de direito representa verdadeira subversão de valores, culminando com a restrição de direitos e instituição despudorada do arbítrio.

Ora, sustentar a descaracterização do consumidor final enquanto agente legitimado a sustentar demanda perante Juízo em vista do ajuste na incidência do ICMS sobre energia elétrica sob o pálio da ausência de Lei específica atribuindo-lhe tal condição de contribuinte de direito é retirar a força de norma constitucional através de instrumento inadequado e de hierarquia inferior, o que se perfaz em expediente veementemente repudiado pelo universo jurídico.

Nenhuma norma infraconstitucional possui o condão de restringir o acesso à justiça, retirando do indivíduo o amplo acesso ao judiciário para ver apreciada lesão ou ameaça de lesão ao seu patrimônio jurídico. Atuando neste sentido, deve ela ser retirada do sistema, porque com ele incompatível.

E é nesse sentido que se sustenta, *data máxima vênia*, que a interpretação erigida do julgado susomencionado atenta contra os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do direito de ação no átimo em que deslegitima o consumidor final a perpetrar qualquer tipo de instrumento jurídico assaz a garantir-lhe a correção da incidência à vista de fazer prevalecer o seu direito a ser tributado devidamente.

É inegável que a mudança de entendimento por parte do STJ promoveu intensa inquietação na sociedade brasileira, não se restringindo apenas à comunidade jurídica. A

sensação de possuir um direito consolidado sem a respectiva prerrogativa para promover a instrumentalização da pretensão deixou à míngua um sem número de jurisdicionados, estremecendo a segurança que se depositara no seio das relações jurídicas.

O cânone da segurança jurídica, na lição de Paulo de Barros Carvalho¹⁸:

(...) decorre de fatores sistêmicos que utilizam o enunciado normativo de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Logo, o que seria deste postulado, de índole eminentemente superior, se fosse tolhido do cidadão o seu direito de ver apreciada lesão ou ameaça de lesão a direito? No mesmo sentido, se o seu direito ação fosse aniquilado sem ao menos ser-lhe legitimada outra via de questionamento?

Sustentar que determinada comunidade jurídica possui segurança intra-sistêmica é dizer que o seu arcabouço jurídico é sóbrio o suficiente para promover a justiça das relações de acordo com um padrão de confiança na sua eficácia, ou seja, que estas serão efetivamente aplicadas. É a capacidade de promover o aperfeiçoamento das relações jurídicas de modo tranquilo e conforme, sem surpresas capazes de assaltar-lhe a previsibilidade.

Sem titubear, arremata-se afirmando que a confiança no arcabouço normativo não pode ser relativizada para escudar determinadas relações jurídicas ao arrepio da norma constitucional. E retirar a legitimidade ativa *ad causam* daquele que efetivamente suporta o ônus da incidência para legitimar outrem que atua na qualidade de *longa manus* do Estado-fisco como mero agente arrecadador, é embandeirar o fim de toda e qualquer segurança aplicável ao ordenamento jurídico.

6.0 CONCLUSÃO

De todo o exposto, retinidas as considerações tecidas até aqui, conclui-se que deve ser o consumidor final legitimado ativo *ad causam* para propor e sustentar demanda judicial

¹⁸ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 198.

acerca de direito relativo à incidência do ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda contratada.

Viu-se que a operação de circulação de energia elétrica é diferenciada, já que a especificidade da natureza do bem determina *iter* próprio e incompatível com as cadeias de circulação de outras mercadorias comuns.

Não há possibilidade de se fracionar ou ainda acondicionar a energia elétrica para fins de fracionamento das etapas da cadeia de circulação de modo a atribuir-lhe autonomia assaz a constituir incidência comum, tal qual outras mercadorias que comportam uma diferentes fases de circulação. *In casu*, há apenas a sua fabricação e distribuição, ou seja, disponibilização ao consumidor final.

Por isso, a concessionária, enquanto agente delegado do Estado, classificada por Lei como contribuinte de direito, contudo não possui efetua a prática de atividade específica o suficiente para efeitos de sua incorporação na cadeia de circulação de ICMS sobre energia elétrica, sobretudo porque a sua atividade se inicia e encerra com a viabilização da “comunicação” entre o produtor e o consumidor final.

Consignou-se, por conseguinte, que a circulação do bem é promovida no átimo em que o consumidor final ativa o circuito e efetivamente consome a energia disponibilizada, para fins de justificativa da sua inclusão na qualidade de contribuinte de direito e portanto detentor da legitimidade ativa *ad causam* nos termos propostos.

Outro ponto atacado foi a situação jurídica dos agentes concessionários. Consignou-se que ele meramente realiza atos de viabilização da circulação de uma mercadoria entre dois indivíduos (produtor e consumidor final) na qualidade de responsável, apenas o é por determinação legi, nos termos da exegese do art. 34, § 9º, do ADCT, c/c Lei Complementar 87/96, em seu art. 9º, § 1º, II, já que não realizam diretamente o critério material da hipótese da RMIT do ICMS sobre a energia elétrica, ou seja, não promovem a circulação da mercadoria nos casos de demanda contratada (efetivo consumo).

Adiante, verificou-se da análise dos contornos jurídicos dos contratos de concessão a presença de cláusulas e elementos assazes a modificar a natureza da cadeia

superveniente de circulação, porque determinam um vínculo extraordinário entre os integrantes da relação de circulação, desmistificando a relação tida por independente por ventura existente ente concessionárias e Estado-fisco, restando cabal o desinteresse natural e contratual daqueles em relação à propositura de medida cabível para resguardar o direito à correta incidência do ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda de potência.

Por fim, após fartamente demonstradas as razões que robustecem as alegações de que o consumidor final efetivamente possui legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a adequada incidência do ICMS sobre energia elétrica nos contratos de demanda de potência, analisou-se o caso proposto à luz da Constituição Federal, a fim de sustentar a tese apresentada para fins de resguardar o direito de ação do consumidor, final, bem como a intangibilidade da jurisdição.

Tais princípios não podem ser mitigados por norma de hierarquia inferior, não possuindo estas, outrossim, o condão de restringir o acesso à justiça, retirando do indivíduo o amplo acesso ao judiciário para ver apreciada lesão ou ameaça de lesão ao seu patrimônio jurídico.

E é nesse sentido que se sustenta, *data máxima vênia*, que a interpretação erigida do julgado susomencionado atenta contra os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do direito de ação no átimo em que deslegitima o consumidor final a perpetrar qualquer tipo de instrumento jurídico assaz a garantir-lhe a correção da incidência à vista de fazer prevalecer o seu direito a ser tributado devidamente.

É inegável que a mudança de entendimento por parte do STJ promoveu intensa inquietação na sociedade brasileira, abalando as estruturas do ordenamento e promovendo a insegurança das relações jurídicas.

Portanto, conclui-se que o consumidor final, na qualidade de contribuinte de fato e de direito, já que promove a circulação do bem, nos termos apresentados, possui legitimidade ativa *ad causam* para pleitear provimento jurisdicional, ou melhor, de ver garantido o seu pleno acesso à justiça e o correlato direito de ação no sentido de ver apreciada lesão ou ameaça de lesão ao seu patrimônio jurídico.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento*. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, Rio de Janeiro: ed. Lumen juris, 2007.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao direito da energia elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, Ed. Malheiros. 8ª Edição, São Paulo, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIEBMAN. *Manuale di diritto Processuale Civile*, ristampa da 2º ed. 1968, vI, nº 1.

MENEZES, Paulo Lucena de. *ICMS sujeição passiva*; in MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). *Curso de direito tributário*. 5. ed. Belém: Cejup, 1995. 2vs.