



## A comercialização do excedente de energia elétrica não constitui fato gerador do ICMS



Grande parte das empresas que atuam no Ambiente de Contratação Livre - ACL, em determinado período de suas atividades, incorrem em excedentes de energia elétrica, que poderão ser comercializados no mercado de curto prazo ou cedidos no próprio ACL. A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.615.790/MG, com trânsito em julgado certificado em setembro de 2018, decidiu que não constituem fato gerador de ICMS as operações realizadas no mercado de curto prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, relativas à cessão de excedente de energia contratada no mercado livre.

No processo de origem, um Shopping Center alegava a ilegalidade e inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as operações ocorridas no mercado de curto prazo no âmbito da CCEE, tendo em vista a lavratura de Auto de Infração pelo Estado de Minas Gerais para cobrança do imposto.

O pedido foi julgado improcedente em 1ª grau e a sentença foi confirmada pelo TJMG.

Em seu Recurso Especial, a empresa argumentou que: (i) as operações realizadas no mercado de curto prazo da CCEE têm como objeto sobras de energia elétrica cuja contratação bilateral já ensejou, anteriormente, o recolhimento do ICMS por meio da substituição tributária; (ii) as operações correspondem a contabilização e liquidação financeira ocorrida no âmbito da CCEE, logo, não representam nova operação de circulação de mercadoria, e sim cessão de sobras de energia elétrica, não sujeitas ao ICMS; (iii) a previsão, em ato regulamentar, de incidência do imposto sobre operações de liquidação financeira, não é suficiente para legalizar a exigência fiscal, por ser necessária a definição do fato gerador em lei.

Ao julgar o recurso, o STJ acolheu as razões do contribuinte, afastando a incidência do ICMS.

Do voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Relator Gurgel de Faria, extraem-se os seguintes fundamentos para a conclusão alcançada no julgado:

(i) As operações financeiras acertadas no mercado de curto prazo da CCEE não caracterizam propriamente contratos de compra e venda de energia elétrica, mas sim cessões de direitos entre consumidores, envolvendo energia elétrica adquirida no mercado livre cujo valor total já



sofreu a tributação do ICMS;

(ii) A possibilidade dos consumidores livres operarem no mercado de curto prazo da CCEE não os transforma em agentes do setor elétrico, aptos a realizar alguma das tarefas imprescindíveis ao processo de circulação física e jurídica de energia elétrica (geração, transmissão ou distribuição), de tal modo que o consumidor, credor ou devedor da CCE não podem promover a saída dessa “mercadoria” de seus estabelecimentos;

(iii) Admitir a incidência do ICMS sobre as liquidações realizadas no mercado de curto implicaria *bis in idem*, uma vez que o ICMS já incide sobre o preço total do contrato bilateral firmado no mercado livre de energia elétrica.

Em voto vista, o Ministro Benedito Gonçalves, ao acompanhar o Relator, afirmou a não incidência do ICMS sobre a comercialização de sobras de energia elétrica intermediada pela CCEE, por considerar que, na cessão de direito entre os consumidores livres, o imposto estadual já foi pago quando da compra decorrente do contrato original de energia, reiterando que a nova tributação configura *bis in idem*.

O STJ acertou no julgamento do REsp nº 1.615.790/MG. A partir da análise da natureza da operação de cessão de excedentes de energia elétrica no âmbito da CCEE e das regras regulatórias pertinentes, verifica-se que a hipótese é de cessão de direitos contratuais, e não de compra e venda de energia propriamente dita. Logo, não se pode falar em circulação de mercadoria, fato gerador do ICMS (sendo a energia elétrica juridicamente equiparada a mercadoria, pela própria Constituição, em se tratando da competência tributária atinente ao imposto em questão).

Por todo o exposto, espera-se que o entendimento do STJ seja reiterado, eis que não se pode admitir que os entes estaduais ampliem a regra de incidência do ICMS.

**Enrique de Castro Loureiro Pinto**