

Paulo Honório  
de Castro Júnior

**Coord.**

**Mineração**  
**& Siderurgia**  
aspectos financeiros e tributários



Copyright © 2019, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2019, Os Autores.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Editor**  
*Tales Leon de Marco*

**Produtor Editorial**  
*Bárbara Rodrigues*

**Capa**  
*Letícia Robini*  
*(Imagem por Levi Saunders, via Unsplash)*

**Diagramação**  
*Letícia Robini*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catlogação na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Mineração e siderurgia: aspectos financeiros e tributários. CASTRO JÚNIOR, Paulo  
Honório de [Coord.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.  
498 p.

ISBN: 978-xx-xxxx-xx-x

1. Direito. 2. Direito Tributário. 3. Direito Financeiro. 4. Direito da Mineração.  
5. Mineração. 6. Siderurgia. I. Título.

CDD341.39

CDU342.9

# A não incidência do ICMS nos contratos de liquidação do excedente de energia elétrica

*Enrique de Castro Loureiro Pinto<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

A partir de meados da década de 90, o setor elétrico brasileiro passou por profundas alterações. Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, com o advento da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, foi criado o mercado livre de energia, que tinha como objetivo estimular a livre concorrência, criar maior competitividade entre as empresas brasileiras e reduzir os custos com energia elétrica.

Importa destacar que consumidores livres<sup>2</sup> são aqueles que podem adquirir energia de qualquer agente de geração ou comercialização, desde que sua carga consumida seja igual ou superior a 3.000 kW<sup>3</sup>.

Segundo a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL<sup>4</sup>, o mercador livre de energia ou Ambiente de Contratação

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogado.

<sup>2</sup> Nos termos do parágrafo único, do art. 1º, da Resolução ANEEL nº 376/09, “*Consumidor Livre é o agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da categoria de comercialização, responsável pela unidade consumidora enquadrada nas condições estabelecidas nos arts. 15 e/ou 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*”.

<sup>3</sup> Lei nº 9.074/1995

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

<sup>4</sup> ABRACEEL. *Cartilha Mercado Livre de Energia Elétrica*. Um guia básico para consumidores potencialmente livres e especiais. Brasília: Disponível em <[http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel\\_Cartilha\\_MercadoLivre\\_V9.pdf](http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel_Cartilha_MercadoLivre_V9.pdf)>.

Livre (ACL)<sup>5</sup> é aquele em que os consumidores podem escolher livremente seus fornecedores de energia<sup>6</sup>. Já no mercado cativo, o consumo ocorre de forma compulsória.

Considerando que o presente trabalho se propõe a analisar os impactos tributários na comercialização do excedente de energia elétrica, o estudo aqui desenvolvido limita-se as operações que envolvam o mercado livre de energia ou Ambiente de Contratação Livre e o mercado de curto prazo ou mercado *spot*.

A relevância deste estudo está associada ao fato de que quase a totalidade das empresas que atuam no ACL, em determinado período de suas atividades, incorrem em excedentes de energia elétrica, que poderão ser comercializados no mercado de curto prazo<sup>7</sup> ou cedidos no próprio ACL<sup>8</sup>.

A respeito do tema, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela não ocorrência do fato gerador do ICMS na cessão do excedente de energia elétrica no mercado de curto prazo.

Ocorre que o entendimento fiscal permanece pela incidência do imposto sobre as operações que envolvem a cessão ou comercialização do excedente de energia elétrica. Ou seja, em que pese o posicionamento firmado pelo STJ, os consumidores livres continuam sujeitos a autuações estatais.

Por conta disso, pode-se afirmar que a controvérsia relativa a incidência do ICMS sobre o excedente da energia elétrica contratada no ACL, que será liquidada ou cedida no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), ainda não foi solucionada.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar os impactos fiscais sobre as operações que envolvem a cessão ou comercialização do excedente de energia elétrica na CCEE. Para tanto, o artigo divide-se em cinco tópicos.

Inicialmente, busca-se fazer uma breve análise acerca do sistema elétrico brasileiro, principalmente no que concerne ao mercado livre de energia ou Ambiente de Contratação Livre.

---

<sup>5</sup> Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, com a publicação da Lei nº 10.848/2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.163/2004, foi criado dois ambientes de contratação: (i) ambiente de contratação regulada; e, (ii) ambiente de contratação livre. Este último sucedeu o mercado livre.

<sup>6</sup> Fazem-se oportunas, aqui, as seguintes considerações de Rodrigo Bernardes Braga: “*A sua principal característica é a autonomia dos agentes para negociar as condições de compra e venda da energia através de contratos bilaterais, que vão regular preços, prazos, montantes de energia, garantias, penalidades etc*”. (BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de Direito da Energia Elétrica*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 112)

<sup>7</sup> A Resolução Normativa nº 109, de 26 de outubro de 2004, da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, dispõe que o “*Mercado de Curto Prazo – segmento da CCEE onde são comercializadas as diferenças entre os montantes de energia elétrica contratados e registrados pelos Agentes da CCEE e os montantes de geração ou consumo efetivamente verificados e atribuídos aos respectivos Agentes da CCEE*”.

<sup>8</sup> A cessão de excedentes de energia elétrica foi regulamentada pela ANEEL através da Resolução nº 611/2014

No segundo tópico, o foco será o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Buscar-se-á, nesse item, através de uma breve digressão legislativa, entender a evolução do ICMS incidente sobre a circulação de energia elétrica.

Inicia-se, no terceiro tópico, a análise do entendimento jurisprudencial do tema aqui proposto. Para tanto, será analisado o acórdão do Recurso Especial nº 1.615.790/MG, do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, no quarto item, frente aos entendimentos firmados pelo STJ, será verificado o posicionamento das Secretarias de Estado de Fazenda e respectivos Conselhos de Contribuintes.

## 2. Breves considerações sobre o Sistema Elétrico Brasileiro

Como visto, o presente estudo limita-se as operações que envolvam o mercado livre de energia ou Ambiente de Contratação Livre. Deste modo, ao analisar a evolução do sistema elétrico brasileiro, não se pretende esgotar o assunto, mas sim servir de introdução ao tema proposto. Ou seja, a intenção é analisar as principais questões que envolvam, sobretudo, o mercado livre.

A indústria de energia elétrica brasileira, durante a década de 90, passou por importantes mudanças, a fim de garantir a expansão do sistema elétrico nacional. Isso porque, após a enorme recessão<sup>9</sup> que assolou o Brasil durante os anos 80, conhecido como a “década perdida”<sup>10</sup>, o governo adotou inúmeras medidas que visavam à retomada do crescimento econômico (como exemplo, podemos citar as privatizações, a abertura comercial e financeira, a implantação do plano real e a realização de reformas institucionais).

Diante deste cenário de profundas alterações econômicas e institucionais, na década de 90, “*O papel do Estado na economia mudou de forma drástica, passando de um Estado-empresário, que procurava impulsionar o desenvolvimento econômico definindo diretamente onde os fatores de produção deveriam ser alocados, para um Estado regulador e fiscal da economia*” (GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício

---

<sup>9</sup> De acordo com dados levantados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BDNS, no período 1980-1993, a taxa de crescimento média da economia brasileira foi de 2,1% a.a., o que levou a estagnação do PIB *per capita*. Vale mencionar que a participação da indústria no PIB diminuiu de 33,7% em 1980 para 29,1% em 1993 e a taxa de inflação, medida pelo IGP-DI, atingiu o patamar médio de 438% a.a.

Ainda segundo o estudo realizado pelo BNDS, “*A década de 80 foi marcada pela estagnação do nível de atividade, por profundos desequilíbrios macroeconômicos e, em especial, pela hiperinflação virtual*”. (GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita. *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, 1ª edição, p. 14).

<sup>10</sup> Segundo Leonardo Lima de Souza Sá, “*Os anos 80, ou a chamada ‘década perdida’ foram marcados por um período de crise econômica, com alta inflação e crescimento inexpressivo, se levarmos em conta a década anterior principalmente*”. (SÁ, Leonardo Lima de Souza. *A economia brasileira pós-plano real na década de 90*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 2008, p. 4).

Mesquita. *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, 1ª edição, p. 13).

Ocorre que, paralelo à retomada da estabilização econômica, “o governo sinalizava que não teria condições de investir no sistema elétrico, de modo a garantir o atendimento do crescimento prevista da demanda de energia elétrica no Brasil, determinado pelas condições de mercado devido ao Plano Real” (FLOREZI, Guilherme. *Consumidores livres de energia elétrica uma visão prática*. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2009, p. 18).

Nesse contexto, visando garantir a expansão do sistema elétrico brasileiro, diversas medidas voltadas à atração de investimentos advindos da iniciativa privada<sup>11</sup> foram adotadas, dentre elas, a criação do mercado livre<sup>12</sup>.

A respeito do mercado livre de energia elétrica, Rodrigo Bernardes Braga afirma que

“a principal característica desse mercado é a autonomia dos agentes para negociar as condições de compra e venda da energia através de contratos bilaterais. Grosso modo, o mercado livre de energia elétrica opera com dois tipos de contratos: contratos de balanço (energia spot) e contratos bilaterais de médio e longo prazos.

(...)

Como se disse, quem determina efetivamente as tendências do mercado livre são os contratos bilaterais, cujos preços são negociados livremente. Em geral, as empresas em que a energia tem um grande peso na sua estrutura de custos, assinam tais contratos na certeza de que não podem ficar demasiadamente expostas às volatilidades do PLD, assim como não podem comprar apenas de sua distribuidora, no mercado cativo, onde os preços são mais caros.” (BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de Direito da Energia Elétrica*. Belo Horizonte: 2016, Editora D’Plácido, p. 122-123).

Desde a criação do mercado livre, o setor elétrico brasileiro passou por diversas modificações que influenciaram o regime da comercialização da ener-

---

<sup>11</sup> Conforme bem observa Guilherme Florezi, “Na época anterior às mudanças, as empresas estatais eram responsáveis por praticamente todos os investimentos no setor, porém estavam comprometidas financeiramente, face às condições econômicas adversas da década de 80” (FLOREZI, Guilherme. *Consumidores livres de energia elétrica uma visão prática*. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2009, p. 18).

<sup>12</sup> Gerusa de Souza Côrtes Magalhães sustenta que a Lei nº 9.074 “ao criar a figura do consumidor livre e do produtor independente de energia elétrica e estabelecer o direito de livre acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição, deu origem ao mercado livre e competitivo de energia elétrica” (MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. *Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 21-22).

gia elétrica. Com o início da abertura do setor elétrico a iniciativa privada, foi necessário viabilizar a comercialização da energia elétrica produzida.

Neste contexto, com o advento da Lei nº 10.848/2004<sup>13</sup>, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)<sup>14</sup>, responsável por atuar “*como operadora do mercado brasileiro de energia elétrica, voltada à viabilização de um ambiente de negociação competitivo, sustentável e seguro*”<sup>15</sup>.

Verifica-se, portanto, que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica possui a atribuição de celebrar os contratos associados à energia elétrica. A respeito da CCEE, Clever Campos nos ensina que

“A CCEE contabiliza as diferenças entre o que foi produzido/consumido em relação ao contratado.

As diferenças positivas ou negativas são liquidadas no Mercado de Curto Prazo e valoradas conforme o Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), que é determinado semanalmente para cada patamar de carga/submercado, tendo como base o custo marginal de operação do sistema. (...)

Portanto, o mercado de curto prazo de energia elétrica consiste em um mercado de diferenças energéticas entre os montantes contratados e os efetivamente medidos.” (CAMPOS, Clever. Curso básico de direito de Energia Elétrica. Rio de Janeiro: Synergia, 2010, p. 67).

Deste modo, é importante destacar que, nos termos do art. 56, do Decreto nº 5163/04, todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, o que inclui os contratos celebrados no ambiente de curto prazo, deverão ser registrados na CCEE.

Feita essas considerações, passa-se a análise da hipótese de incidência do ICMS sobre as operações de circulação de energia elétrica.

---

<sup>13</sup> Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

<sup>14</sup> Rodrigo Bernardes Braga sustenta que: “*Em 2004, percebe-se claramente a consolidação do processo de comercialização de energia, com maior participação de agentes nos segmentos liberados à competição, crescimento do mercado livre, aperfeiçoamento das regras e procedimentos de comercialização, implantação do SCDE, entre outras materializações. A obrigação de contratação de 100% da carga pelas distribuidoras foi uma conquista importante. Essas transações de energia elétrica tinham que estar respaldadas em geração própria de vendedor ou por meio de contratos bilaterais, o que reforçou a atuação do mercado atacadista como uma câmara de compensação de sobras, de desvios da comercialização, como lembram Gerusa Magalhães e Virgínia Parente*”. (BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de Direito da Energia Elétrica*. Belo Horizonte: 2016, Editora D’Plácido, p. 649).

<sup>15</sup> Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <<https://bit.ly/2Wu9eai>>.

### 3. A incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sobre as operações de circulação de energia elétrica

A Constituição da República de 1988 conferiu a cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) competências privativas, concorrentes, residuais e cumulativas.

No que se refere à competência tributária, a Constituição discriminou os tributos que cada ente federado pode estabelecer<sup>16</sup>. A este respeito, a lição de Paulo de Barros Carvalho é precisa:

“Em certa acepção, competência legislativa é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo. A competência tributária, por seu turno, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras aquelas pessoas, consubstanciada na possibilidade de instituir normas jurídicas tributárias.

(...) A Constituição da República é extremamente analítica, relacionando as hipóteses em que as pessoas jurídicas de direito público, por intermédio dos respectivos poderes legislativos, estão habilitadas à instituição de tributos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivção no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2017, 2ª edição, vol. II, p. 100-101).

Assim, o fundamento constitucional para que os Estados e Distrito Federal instituíam o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS está disposto no art. 155, II, da CF/88. Veja-se:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - Operações relativas à circulação de mercadorias e serviços sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) é responsável por disciplinar a incidência do ICMS. Cabe ressaltar que a

---

<sup>16</sup> A respeito da instituição de tributos, Alexandre de Moraes observa que “a Constituição Federal, em regra, não institui tributos, mas sim estabelece a repartição de competência entre os diversos entes federativos e permite que os instituíam com observância ao princípio da reserva legal” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2010).



competência constitucional dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto é reafirmada no art. 1º da Lei Kandir<sup>17</sup>.

Delimitada a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituição do ICMS, passe-se a análise da evolução histórica do imposto sobre as operações que envolvem a circulação de energia elétrica.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, ao analisar a regra-matriz de incidência do ICMS, verifica-se que os vocábulos “operações”, “circulação” e “mercadorias” são essenciais para construção do núcleo lógico-estrutural da norma de incidência tributária. A este respeito, Paulo de Barros Carvalho ensina que:

“Operações”, “circulação” e “mercadorias” são três elementos essenciais para a caracterização da venda de mercadorias. Tenho para mim que o vocábulo “operações”, no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios jurídicos hábeis para provocar a circulação de mercadorias. “Circulação”, por sua vez, é a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, com a conseqüente mudança de patrimônio. Já o adjunto adnominal “de mercadorias” indica que nem toda a circulação está abrangida no tipo proposto, mas unicamente aquelas que envolvam mercadorias. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 648).

Verifica-se, portanto, que o campo de incidência do ICMS não abrange qualquer operação de circulação, mas tão somente aquelas operações mercantis. A súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>, coaduna com este entendimento.

Em relação à natureza da energia elétrica, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, a sua classificação como mercadoria, o que atrai a hipótese de incidência do ICMS sobre as operações que envolvem a sua circulação.

Isso porque, para fins de incidência do ICMS, a própria Constituição Federal, em seu art. 155, §2º, inciso X, “b” e § 3º<sup>19</sup>, considerou a energia elétrica

---

<sup>17</sup> Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

<sup>18</sup> Súmula n. 166/STJ. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

<sup>19</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte: (...)

X - não incidirá: (...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (...)

§3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

como mercadoria. Inclusive, no recente julgamento do REsp nº 1673299/DF, o Ministro Relator Herman Benjamin reafirmou o já consolidado entendimento do STJ no sentido de que “O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria”.

Em relação a hipótese de incidência do ICMS sobre as operações de circulação de energia elétrica, vale ainda mencionar que a Lei Kandir é clara ao prever a incidência do imposto sobre as operações interestaduais de energia elétrica. Veja-se:

Art. 2º O imposto incide sobre: (...)

§ 1º O imposto incide também: (...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Diante do exposto, não restam dúvidas quanto à incidência do ICMS sobre as operações de circulação de energia elétrica.

#### 4. Os contratos de compra e venda de energia elétrica no ambiente de contratação livre

Como visto no tópico anterior, é uníssona na doutrina e na jurisprudência a classificação da energia elétrica como mercadoria para fins tributários. Noutras palavras, as operações relativas à comercialização e circulação de energia elétrica constituem fato gerador do ICMS.

Ocorre que, no ambiente de contratação livre, a depender da forma em que a energia é comercializada no âmbito da CCEE, não há o que se falar em incidência do ICMS.

Assim, este capítulo analisará os principais aspectos relacionados aos contratos que envolvem a comercialização do excedente de energia elétrica.

No mercado livre de energia, os termos do contrato podem ser livremente negociados entre as partes, mas devem ser formalizados por meio de contratos bilaterais<sup>20</sup> de compra e venda de energia elétrica, que serão registrados na CCEE.

---

<sup>20</sup> Segundo o módulo 3, do manual “Regras de Comercialização Contabilização”, disponibilizado pela CCEE, “Os Contratos Bilaterais resultam da livre negociação entre os Agentes, tendo por objetivo estabelecer preços e volumes de energia para as transações de compra e venda de energia elétrica, conforme a legislação/regulamentação vigente, sem a interferência da CCEE. Os montantes de energia destes contratos são registrados na CCEE pelo Agente Vendedor e validados pelo Agente Comprador”. Disponível em: <[www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE\\_DOC\\_014940](http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_DOC_014940)>.

Vale destacar que, em virtude de fatores extemporâneos (não estocabilidade, interdependência temporal e espacial, etc.) a indústria de energia elétrica possui externalidades negativas e positivas. Em virtude dessa volatilidade, uma das formas de comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE ocorre no mercado de curto prazo ou mercado “spot”.

Gerusa de Souza Côrtes Magalhães oferece valiosa contribuição ao observar que a comercialização de energia elétrica no mercado de curto prazo “consiste em um mecanismo que permite a liquidação das diferenças não contratadas entre os agentes. (...) Em outras palavras, o mercado de curto prazo serve apenas para corrigir desvios de contratação (Losekan, 2008, p.81)”<sup>21</sup>.

A liquidação das diferenças negativas e positivas do mercado *spot* pode ocorrer em virtude de excedente de energia elétrica proveniente de saldo positivo relativo a energia adquirida no mercado livre, que não foi consumida.

Verifica-se, portanto, que nas operações de comercialização dos excedentes de energia elétrica, o Agente Vendedor, em virtude das peculiaridades do setor elétrico, cede ao Agente Comprador o excedente de energia, por ele contratado no ambiente de contratação livre, mas não consumido.

Em razão da necessidade de liquidação dos excedentes de energia elétrica, a Lei nº 12783/2013<sup>22</sup> e a Portaria nº 185/2013 do Ministério de Minas e Energia – MME<sup>23</sup>, posteriormente regulamentadas pela Resolução Normativa ANEEL nº 611<sup>24</sup>, autorizaram a cessão os montantes de energia elétrica contratados no ambiente de contratação livre.

A legislação estabelece que os excedentes de energia elétrica comercializados no âmbito da CCEE, através do mercado de curto prazo, são cedidos pelos Agentes Vendedores aos Agentes Compradores.

Deste modo, em que pese a comercialização de energia elétrica constitua fato gerador do ICMS, no que tange à cessão do montante de energia elétrica contratado e não consumido, não há que se falar em incidência do imposto.

---

<sup>21</sup> MAGALHÃES, Gerusa de Souza Côrtes. *Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 60.

<sup>22</sup> Art. 25. Os consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e aqueles alcançados pelo disposto no § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, poderão ceder, a preços livremente negociados, montantes de energia elétrica e de potência que sejam objeto de contratos de compra e venda registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, conforme diretrizes e condicionantes do Ministério de Minas e Energia e regulamentação da Aneel.

<sup>23</sup> Art. 1º Aprovar as Diretrizes para a Cessão de Montantes de Energia Elétrica e de Potência contratados no Ambiente de Contratação Livre - ACL.

<sup>24</sup> Art. 1º Estabelecer, no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE os critérios e as condições para: (...)  
II – a cessão de montantes de energia elétrica e de potência por consumidores livres e especiais, de que trata a Portaria MME nº 185, de 4 de julho de 2013;

Isso porque, por se tratar de cessão de direitos contratuais, e não contrato de compra e venda propriamente dito, não se pode falar em circulação de mercadoria, fato gerador do ICMS. Como bem destacado por Roque Antonio Carrazza<sup>25</sup>, a cessão de direitos não acarreta a incidência de ICMS, mas, eventualmente, do imposto sobre cessão de direitos, de competência da União. Carrazza ainda ensina que

Desenvolvendo a ideia, temos que a obrigação tributária só nasce diante da plena e cabal identificação do conceito do fato ocorrido com o conceito da hipótese de incidência. Assim, se o fato ocorrido é identificável como cessão de direitos não há como subsumi-lo à hipótese de incidência vender mercadorias. (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 189.)

Por fim, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), assentou entendimento no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”.

## 5. Do entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça – REsp nº 1.615.790/MG

Os conflitos entre Fisco e contribuintes em torno da controvérsia tratada neste trabalho geraram importantes discussões judiciais, fazendo com que o Superior Tribunal de Justiça se manifestasse sobre o assunto.

O STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.615.790/MG, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, analisou a incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no mercado de curto prazo da CCEE, relativa a cessão do excedente de energia elétrica contratada no mercado livre e não utilizada:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO NO MERCADO DE CURTO PRAZO. NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO: CESSÃO DE DIREITOS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Apelo excepcional em que se discute a incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

---

<sup>25</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 189.

3. Hipótese em que empresa recorrente, em razão de demandar mais energia elétrica daquela bilateralmente contratada no mercado livre, recorreu à CCEE para adquirir as sobras de contratos realizados por outros consumidores, o que motivou a autuação pelo fisco estadual, pelo não recolhimento do imposto sobre essas operações e pela não emissão das notas fiscais correspondentes.

4. As operações do Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE envolvem as sobras e os déficits de energia elétrica contratada bilateralmente entre os consumidores livres e os agentes de produção e/ou comercialização, tendo a CCEE o papel de intermediar, de forma multilateral, os consumidores credores e devedores, realizando a liquidação financeira dessas posições, utilizando como parâmetro o Preço de Liquidação de Diferenças por ela apurado.

5. Tais operações não decorrem propriamente de contratos de compra e venda de energia elétrica, mas sim de cessões de direitos entre consumidores, intermediadas pela CCEE, para a utilização de energia elétrica adquirida no mercado livre cujo valor total já sofreu a tributação do imposto estadual.

6. O fato de os consumidores poderem operar no aludido Mercado de Curto Prazo não os transforma em agentes do setor elétrico aptos a realizar algumas das tarefas imprescindíveis ao processo de circulação física e jurídica dessa riqueza, relativas à sua geração, transmissão ou distribuição, de tal modo que nenhum deles, consumidor credor ou devedor junto ao CCEE, pode proceder à saída dessa “mercadoria” de seus estabelecimentos, o que afasta a configuração do fato gerador do imposto nos termos dos arts. 2º e 12 da Lei Complementar n. 87/1996.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1615790/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 09/04/2018)

Percebe-se claramente que o entendimento firmado pelo STJ é pela não incidência do ICMS nas operações que envolvem a cessão de energia elétrica contratada no mercado livre e liquidada no mercado de curto prazo, destacando-se os seguintes trechos do voto do Ministro Relator Gurgel de Faria:

Tendo em vista esse cenário, diversamente do assentado pelo acórdão recorrido e do disciplinado pelo citado Convênio n. 15/2007, do CONFAZ, entendo que as operações financeiras acertadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE estão fora do campo de incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica.

Em verdade, essas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo não caracterizam propriamente contratos de compra e venda de energia

elétrica, mas sim cessões de direitos entre consumidores, intermediadas pela CCEE, para a utilização de energia elétrica adquirida no mercado livre, mediante a celebração de contratos bilaterais, e cujo valor total já sofreu a tributação do imposto estadual, o que permite inclusive concluir que nova tributação dessas sobras implicaria indevido *bis in idem*. (...)

Todavia, s.m.j., entendo que o fato de os consumidores poderem operar no aludido Mercado de Curto Prazo, como credores ou devedores em relação ao volume originalmente contratado, não os transforma em agentes do setor elétrico aptos a realizar alguma das tarefas imprescindíveis ao processo de circulação física e jurídica dessa riqueza, relativas à sua geração, transmissão ou distribuição, de tal modo que nenhum deles, consumidor credor ou devedor junto ao CCEE, podem proceder a saída dessa “mercadoria” de seus estabelecimentos, o que afasta a configuração do fato gerador do imposto nos termos do art. 2º e 12 da Lei Complementar n. 87/1996. (...)

Na caso em foco, tenho que a só participação dos consumidores livres no Mercado de Curto Prazo da CCEE, sem prova da habitualidade ou do intuito comercial, não modifica a vocação empresarial por eles exercida, a justificar a caracterização dos mesmos como contribuintes referentes à circulação de energia elétrica. (...)

Conforme observado, nas liquidações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE, além de a cessão de direitos entre consumidores livres não configurar a hipótese de circulação da energia elétrica, nem sequer há identificação acerca da origem da sobra de energia elétrica que está sendo negociada, para o fim de caracterizar a operação como interestadual.

Nesse contexto, tenho que não deve prevalecer a interpretação adotada pelo CONFAZ para legitimar a tributação do ICMS sobre as aludidas cessões de direito, pois pressupõe a possibilidade de atribuir ao cedente à figura de contribuinte, a fim de justificar uma nova saída da mercadoria, como revenda, o que, conforme defendo, afronta a diretriz normativa contida na LC n. 87/1996 acerca da definição do fato gerador e do contribuinte do imposto.

Para além disso, está clara a ocorrência de *bis in idem*.

De acordo com o já delineado, no mercado livre de energia elétrica, o ICMS já incide sobre o preço total do contrato bilateral pelo qual tal riqueza é adquirida dos agentes geradores/comercializadores.

Considerando a jurisprudência desta Corte Superior, firmada em precedente obrigatório que julgou o caso da demanda contratada, de que o ICMS não incide sobre disposições contratuais, mas sobre o efetivo consumo de energia elétrica e de demanda de potência (REsp 960.476/SC), é forçoso concluir que, no caso, a tributação do ICMS

quando da aquisição da mercadoria já se deu antecipadamente em relação à toda energia elétrica a ser consumida em face desse contrato bilateral, quer diretamente pelo próprio adquirente, quer pelo cessionário que dele adquiriu as sobras, sendo certo que incidência do imposto em face da cessão configura nova e indevida tributação sobre um mesmo fato gerador. (...)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, julgando procedente o pedido exordial, declarar a não incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e anular o auto de infração referente ao PTA n. 01.000165369-90.

Do voto condutor do presente acórdão, extraem-se três importantes fundamentos capazes de afastar a incidência do ICMS sobre a comercialização de sobras de energia elétrica intermediada pela CCEE:

- 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;
- ii) A participação dos consumidores livres no mercado de curto prazo da CCEE não os tornam contribuintes do ICMS referentes à circulação de energia elétrica, o que afasta a configuração do fato gerador do imposto;
- iii) Admitir a incidência do ICMS sobre as liquidações realizadas no mercado de curto prazo é o mesmo que validar a ocorrência de *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 ressaltou 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 do contrato original de energia, podendo a nova tributação configurar *bis in idem*.

Diante dos sólidos fundamentos jurídicos deduzidos no presente acórdão, não restam dúvidas quanto a não incidência do ICMS sobre as operações do mercado de curto prazo que envolvam a liquidação dos excedentes de energia elétrica.

## 6. Análise do entendimento fiscal

Os Estados da Federação, ao argumento de que a liquidação do excedente de energia elétrica realizada no âmbito da CCEE constitui fato gerador do ICMS, insurgiram-se exigindo o recolhimento do imposto sobre os valores equivalentes à energia elétrica cedida no mercado de curto prazo.

Reitere-se, contudo, que há sólidos fundamentos jurídicos para se concluir pela não incidência do ICMS sobre as operações realizadas no mercado *spot*.

Ocorre que, mesmo após o julgamento do REsp nº 1.615.790/MG, o entendimento fiscal é pela incidência do imposto sobre as operações de circulação de energia elétrica, hipótese de incidência do ICMS, ou que envolva a cessão de direitos contratuais, o que não constitui fato gerador do imposto.

Para elucidar a questão aqui proposta, analisaremos o entendimento fiscal que prevalece nos Estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro.

O art. 53-F, do Anexo IX do RICMS/02<sup>26</sup>, do Estado de Minas Gerais, prevê que nas liquidações no mercado de curto prazo da CCEE, o agente deverá emitir nota fiscal equivalente à liquidação financeira relativa a comercialização dos excedentes de energia.

Com base neste dispositivo que o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CCMG vem decidindo de forma reiterada pela incidência de ICMS sobre os contratos celebrados no mercado de curto prazo de energia elétrica:

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA.  
Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do Mercado de Curto Prazo, quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, § 2º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS e da Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida. (MINAS GERAIS. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. Acórdão 4.533/16/CE. PTA/AI 01.000187153-10. Recurso de Revisão 40.060137155-20. Diário Eletrônico 01.04.2016).

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA.  
Imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do Mercado de Curto Prazo, quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando o disposto no art. 53-F, § 2º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e

---

<sup>26</sup> Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do MCSD, o agente emitirá nota fiscal, modelo 55, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, deverá requerer a emissão de nota fiscal avulsa, relativamente às diferenças apuradas:

I - pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, ou de fornecedora relativo ao MCSD;

II - pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCSD. (...)



da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. (MINAS GERAIS. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. Acórdão 21.971/16/3ª. PTA/AI 01.000244822-24. Impugnação 40.010137461-11. Diário Eletrônico 25.05.2016).

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do Mercado de Curto Prazo, quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, § 2º, inciso I, Anexo IX, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação do art. 56, inciso II, da Lei n.º 6.763/75. (MINAS GERAIS. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. Acórdão 22.954/18/1ª. PTA/AI 01.000907136-54. Impugnação 40.010145253-21. Diário Eletrônico 16.05.2018).

Veja-se, portanto, que o entendimento que prevalece no CCMG parte das diretrizes estabelecidas pelo art. 53-F, do Anexo IX do RICMS/02, que trata sobre obrigação acessória relacionada a emissão de nota fiscal de entrada.

No mesmo sentido é o entendimento exarado pela Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento do Rio de Janeiro, que ao responder a Consulta de Contribuinte n.º 131/2017, consignou que o agente que estiver na posição devedora no mercado de curto prazo será o responsável pelo pagamento do ICMS:

Considerando o exposto acima e as diligências efetuadas, passemos às respostas.

1) Sim. O agente consumidor livre, que promova a entrada de energia elétrica, e que esteja na posição devedora no mercado de curto prazo será o responsável pelo pagamento do ICMS, devendo emitir nota fiscal de entrada, observando a alínea “b” do inciso II da Cláusula primeira, assim como o inciso I da Cláusula terceira, ambas do Convênio ICMS n.º 15/07. (...)

2) Considerando a resposta dada acima, quanto à base de cálculo do imposto (que é composta pelo valor da operação que decorrer a entrada, em conformidade com o inciso I, § 1º do art. 13 da Lei Complementar n.º 87/96, incluindo quaisquer valores pagos, recebidos ou debitados (como seguros, descontos condicionais), dentre outros), o contribuinte deverá fazer constar o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto, tendo em vista o disposto no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS n.º 15/07 e a alínea “i” do inciso XII do §2º do art. 155 da Constituição da República Federativa do Brasil. (...)

Note-se que o excerto acima é fundamentado com base no Convênio ICMS nº 15/07<sup>27</sup>, celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, e na Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

No entanto, apesar de o Convênio ICMS nº 15/07 considerar a liquidação financeira realizada no âmbito da CCEE como fato gerador de ICMS, como visto, não se pode admitir que o imposto incida sobre operações que não se amoldem a hipótese de incidência tributária prevista na legislação.

Diante do exposto, verifica-se que, de forma equivocada e ilegal, os Estados da Federação vêm ampliando a hipótese de incidência do ICMS, na medida que estão sendo lavradas autuações que exigem o recolhimento do imposto sobre contratos que versem sobre cessão de direitos regulatórios-contratuais.

## 7. Conclusão

Conforme visto, a comercialização de energia elétrica no mercado de curto prazo consiste em um mecanismo de liquidação das diferenças contratadas e não consumidas. De acordo com a legislação vigente, os excedentes de energia elétrica liquidados no âmbito da CCEE são cedidos pelos Agentes Vendedores aos Agentes Compradores.

Assim, não há que se falar em incidência do ICMS sobre a cessão do montante de energia elétrica liquidada no mercado livre ou *spot*. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.615.790/MG, firmou o entendimento pela não incidência do ICMS nas operações que envolvem a cessão de energia elétrica liquidada no mercado de curto prazo.

Ocorre que, no âmbito administrativo prevalece o entendimento pela incidência do ICMS sobre as operações realizadas no mercado de curto prazo. Ou seja, as autoridades fazendárias, vêm, de forma equivocada e ilegal, considerando que a cessão de direitos regulatórios-contratuais constitui fato gerador do imposto.

Por todo o exposto, não obstante reconheçamos que os Estados atravessam uma grave crise financeira, não se pode admitir que os entes estaduais ampliem a regra matriz de incidência tributária do ICMS, sob pena de violar de forma direta os princípios da segurança jurídica, da legalidade, da confiança e da moralidade administrativa.

## Referências

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Manual de Direito da Energia Elétrica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

---

<sup>27</sup> O Convênio ICMS nº 15/07 dispõe sobre o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

- CAMPOS, Clever. *Curso básico de direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivção no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2017, 2ª edição, vol. II.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- FLOREZI, Guilherme. *Consumidores livres de energia elétrica uma visão prática*. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2009.
- GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita. *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, 1ª edição.
- MAGALHÃES, Gersa de Souza Côrtes. *Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- SÁ, Leonardo Lima de Souza. *A economia brasileira pós-plano real na década de 90*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 2008, p. 4.