



## Na Mídia

10/01/2019 | [Jota](#)

# A não incidência do ICMS na cessão de montantes de energia elétrica

## Uma análise da principal consequência

Douglas Mota Raphael Gomes Samuel Vigiano



A partir de 2004, com a edição da Lei nº 10.848, o Setor Elétrico Brasileiro foi estruturado com a convivência de dois ambientes de contratação com regras bastante distintas. De um lado, o Ambiente de Contratação Regulada – ACR, no qual as distribuidoras adquirem energia elétrica por meio de leilões e revendem essa energia para os “consumidores cativos”, e, de outro, o Ambiente de Contratação Livre – ACL, onde “consumidores livres e especiais” negociam livremente a compra de sua energia elétrica com qualquer fornecedor (geradores, distribuidores e comercializadores), cujos contratos devem ser registrados no sistema computacional da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Após anos de discussões e debates acerca da possibilidade de os consumidores livres e especiais cederem montantes excedentes de energia elétrica (ou seja, aquela parcela prevista no contrato de compra, porém, não utilizada), finalmente em 2013 a questão foi resolvida.

O principal fundamento dos defensores da mudança era a possibilidade de o consumidor ter uma gestão mais eficiente do seu portfólio de contratação de energia. Aquele consumidor que consumia menos energia do que havia contratado e registrado no âmbito da Contabilização da CCEE e ficava com posição credora, obrigatoriamente liquidava o valor (sobra de energia) no Mercado de Curto Prazo – MCP, ao Preço de Liquidação de Diferença – PLD, o que poderia gerar um prejuízo, por exemplo, se o PLD estivesse com o preço menor do que aquele pelo qual a empresa havia adquirido a energia elétrica.

Em razão disso, a Lei nº 12.783/2013 (art. 25) e a Portaria MME nº 185/2013 autorizaram que consumidores livres e especiais realizassem cessão dos montantes de energia elétrica contratados no ACL. A implementação das normas, entretanto, somente ocorreu em 2014, com a publicação da Resolução Normativa ANEEL nº 611, que estabeleceu critérios e condições para o registro de contratos de compra e venda de energia elétrica e de cessão de montantes, trazendo o detalhamento regulatório da matéria.

Para fins tributários, a energia elétrica é considerada como uma mercadoria, por isso a sua circulação se enquadra no campo de incidência do ICMS.

No entanto, no que tange à cessão do direito à aquisição do volume de energia elétrica não consumido, por não se tratar propriamente de contrato de compra e venda de energia elétrica, mas sim de cessão regulatória de direito contratual entre consumidores ou entre consumidores e vendedores, intermediadas pela CCEE, não haveria que se falar em operação de circulação de mercadoria, motivo pelo qual tal situação não deveria configurar hipótese de emissão de documento fiscal, tampouco de recolhimento do ICMS.

Vale registrar que a cessão regulatória não se confunde com a cessão civil prevista no Código Civil Brasileiro. Dentre outras diferenças, no primeiro caso a cessão é aperfeiçoada por meio do registro da cessão nos sistemas computacionais da CCEE (CliqCCEE), sendo mantidas a obrigação jurídica entre o vendedor e comprador originários – motivo pelo qual é desnecessária a anuência por parte do credor.

Por outro lado, na cessão de contrato prevista no Código Civil, parte da obrigação originária é cedida, motivo pelo qual, em regra, a anuência do credor é necessária.

E assim é porque o ICMS incide sobre a energia elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, o que pressupõe a possibilidade de se contratar, por exemplo, o direito de receber uma quantidade de 5 MW médios, mas consumir-se tão somente 3 MW médios.

Esse entendimento foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento (em 20/02/2018) do Recurso Especial nº 1.615.790 – MG, em que foi analisada situação bastante semelhante à ora tratada, em que é a realização cessão de direitos entre consumidores, intermediadas pela CCEE, para a aquisição de energia elétrica no mercado livre.

No referido caso, o STJ concluiu que *“o fato de os consumidores poderem operar no 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”*.

Como consequência, também cai por terra a obrigação acessória relativa a emissão de notas fiscais, já que não há, neste caso, operação de circulação de mercadoria (energia elétrica) sujeita à incidência do ICMS.

Vale destacar que esse entendimento não é recente, pois, no julgamento – em 11/03/2009 – do REsp 960.476, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o STJ já havia confirmado que o ICMS não incide sobre *“disposições contratuais, mas sobre o efetivo consumo de energia elétrica”*.

Assim, não é de hoje que o STJ, inclusive em julgamento realizado sob a sistemática de recursos repetitivos e que, portanto, vincula todo os tribunais do País, reafirma que a incidência do ICMS pressupõe o efetivo consumo de energia e não a simples realização de negócio jurídico transacionando o direito relativo à aquisição de energia elétrica.

Por isso, concluímos que o enquadramento no campo de incidência e a conseqüente exigência de emissão de nota fiscal (ainda que fins de mero faturamento), referente à cessão de montantes de energia elétrica – atualmente feita por diversos Estados, como, por exemplo, São Paulo, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Norte – contraria as regras mais básicas de incidência do ICMS, bem como o entendimento consolidado pelo STJ.

**DOUGLAS MOTA – sócio do Demarest.**

**RAPHAEL GOMES – sócio do Demarest.**

**SAMUEL VIGIANO – advogado associado do Demarest Advogados.**