

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.790 - MG (2016/0192425-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI**
ADVOGADO : **PRISCILA CRISTOVAM GONÇALVES E OUTRO(S) - MG113152**
RECORRIDO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **SORAIA BRITO DE QUEIROZ GONÇALVES E OUTRO(S) - MG094980**

EMENTA

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).

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.

Superior Tribunal de Justiça

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por unanimidade, dar 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.790 - MG (2016/0192425-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (e-STJ fl. 499):

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO-RECOLHIMENTO DE ICMS NA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA POR CONTRATO DE CURTO PRAZO NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSE. CONSUMIDOR LIVRE. OPERAÇÃO DE CONTABILIZAÇÃO E LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA QUE SE DISTINGUE DA OPERAÇÃO DE ENTRADA E SAÍDA DE ENERGIA POR CONTRATAÇÃO BILATERAL. ILEGALIDADE DA EXAÇÃO FISCAL NÃO-VERIFICADA. EMISSÃO DE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA LEGAL. BASE DE CÁLCULO. ADEQUAÇÃO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO FISCAL MANTIDA.

- A exação fiscal diz respeito às operações realizadas no ambiente de contratação livre, referindo-se a déficit de energia liquidada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) no Mercado de Curto Prazo.
- No caso concreto, houve a transferência de energia elétrica, em que, na condição de parte deficitária (devedora), o Condomínio Pátio Savassi, pagou à CCEE pela energia disponibilizada por outros agentes e por ele consumida.
- Afastar a exigência do ICMS, pela entrada de energia elétrica quando o agente que opera no mercado de curto prazo, como consumidor livre, figurada como devedor na CCEE, incorreria na inobservância da legislação tributária em vigor.
- Trata-se de operação proveniente de liquidação no mercado de curto prazo da CCEE e sujeita ao PLD, em que há nova transferência de titularidade da energia elétrica entre os consumidores livres, totalmente distinta da operação de compra e venda anterior, realizada por contratação bilateral.
- Sobre a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal de entrada está prevista no art. 53-F, Anexo IX do RICMS/02 e no Convênio nº 15/07.
- Em relação à base de cálculo do ICMS, o Conselho de Contribuintes reconheceu que deverá ser deduzido do valor identificado no Relatório CB006 - Resumo da Pré-Fatura, na linha "TRAP", conforme as normas tributárias citadas (art. 4º, da IN SUTRI 03/09), a parcela relativa às "Penalidades Pagas pelo Perfil de Consumo do Agente – TPENC".
- Recurso desprovido.

Rejeitados os aclaratórios (e-STJ fls. 517/522).

No apelo nobre (e-STJ fls. 525/541), a recorrente aponta violação do art. 535, I, do CPC/1973, dos arts. 12 e 13 da LC n. 87/1996 e do art. 110 do CTN. Sustenta, em resumo, que: **(a)** o acórdão recorrido é nulo, porquanto não sanada a contradição suscitada nos embargos de declaração; **(b)** "a presente demanda tem como objetivo o pedido de reconhecimento de ilegalidade e inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as liquidações financeiras ocorridas no âmbito da CCEE, bem como a anulação do lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração de n. 01.000165369-90"; **(c)** "as operações ocorridas no

Superior Tribunal de Justiça

Mercado de Curto Prazo da CCEE são advindas de sobras de energia elétrica cuja contratação se deu por meio de contrato bilateral com recolhimento do ICMS por meio da substituição tributária", o que revela que essas operações junto à CCEE não representam "nova operação de circulação de mercadoria e sim cessão de sobras de energia elétrica", não sujeitas ao ICMS; (d) "o fato de o Recorrido incluir no art. 53-F, § 4º, inciso I, do RICMS/MG a definição da base de cálculo para a cobrança do ICMS sobre as operações de liquidação financeira não é suficiente para legalizar a incidência a desse tributo, pois necessário seria a definição em lei e não em ato infralegal"; (e) "o objeto das operações tributadas pelo fisco estadual é tão somente a contabilização e liquidação financeira ocorrida no âmbito da CCEE que nada mais é do que um processo de pagamento e recebimento de obrigações e direitos apurados pela CCEE no Mercado de Curto Prazo, conforme definido na legislação específica do setor elétrico, não representando, portanto, a entrada e saída de energia"; e (f) mesmo que se entenda pela incidência da exação, a base de cálculo deveria ser o preço correspondente à entrada da energia elétrica no estabelecimento e não o valor do pagamento efetuado, que inclui outros encargos que não dizem respeito com a transferência efetiva da energia elétrica.

Contrarrazões às e-STJ fls. 550/554, pelas quais o ente público defende o não conhecimento de recurso, por ausência de prequestionamento e pela necessidade de reexame de matéria fática.

Decisão *a quo* admitindo o recurso especial às e-STJ fls. 556/557.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.790 - MG (2016/0192425-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, destaco que 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).

Isso considerado, registro que o presente apelo nobre tem por objetivo discutir a incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Extrai-se dos autos que a 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. Em face disso, a empresa recorrente foi autuada pela Fazenda estadual, pelo não recolhimento do ICMS sobre essas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo e pela não emissão das notas fiscais correspondentes.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 10.000,00 (e-STJ fl. 446).

O Tribunal de origem, confirmando a sentença, decidiu pela legalidade do lançamento, com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 501 e seguintes, com grifos adicionados):

Reside a controvérsia em averiguar a regularidade da autuação fiscal e legalidade do crédito tributário inscrito em dívida ativa – CDA de ff. 04/05 (apenso 01), em decorrência: 1) do não-recolhimento do ICMS pelo sujeito passivo, Condomínio Pátio Savassi, nas operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE); 2) e por deixar de emitir as notas fiscais de entrada correspondentes às operações realizadas.

Extrai-se do relatório no Auto de Infração 01.000165369.90, objeto de impugnação na ação anulatória proposta pelo Condomínio Pátio Savassi, que se constatou, mediante conferência dos Relatórios CB006 – Resumo de Pré-Fatura do Perfil de Consumo do Agente e das Notas de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE (NLC), que nos meses de abril, maio, junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2009, janeiro e fevereiro de 2010, o autuado não recolheu o ICMS devido no montante de R\$ 21.187,33, aplicada a multa de revalidação de 50% do valor do tributo devido, na quantia correspondente a R\$ 10.593,67; e entrada de energia elétrica desacobertada de nota fiscal pelas operações realizadas no total de R\$ 117.707,33, aplicada a multa isolada no percentual de 40% sobre o valor das operações, equivalente a R\$

Superior Tribunal de Justiça

47.082,93, nos termos do art. 55, II, e art. 56, II, da Lei nº 6.763/75, respectivamente (ff. 05/06 – Apenso 02).

A exação fiscal diz respeito às operações realizadas no ambiente de contratação livre, referindo-se a déficit de energia liquidada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica no Mercado de Curto Prazo.

Pela Resolução nº 102, de 1º/03/2002, da Aneel, conceitua-se como "Mercado de Curto Prazo" o segmento do MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica) onde é transacionada a energia não contratada bilateralmente, isto é, eventuais sobras dos contratos firmados pelos agentes da Categoria Consumo e as insuficiências em relação aos contratos de venda de energia elétrica de responsabilidade dos agentes da Categoria Produção.

O funcionamento do segmento de comercialização de energia elétrica requer uma estrutura regulatória, operacional e tecnológica.

A CCEE, criada em 2004 como associação civil sem fins lucrativos e regulamentada pelo Decreto nº 5.177/04, sucessora do MAE, deu continuidade às suas atividades, tornando-se a instituição responsável por viabilizar as operações de compra e venda de energia no Sistema Interligado Nacional - SIN -, desde a medição da energia gerada/consumida até a liquidação financeira dos contratos de compra e venda no mercado de curto prazo.

As relações comerciais no atual modelo do setor elétrico brasileiro se estabelecem no Ambiente de Contratação Regulada - ACR e no Ambiente de Contratação Livre - ACL, distinguem-se pelo fato de que no ACR, os contratos têm regulação específica para aspectos como preço da energia, submercado de registro do contrato e vigência de suprimento, os quais não são passíveis de alterações bilaterais por parte dos agentes; já no ACL, os agentes têm liberdade para negociar a compra de energia, estabelecendo volumes, preços e prazos de suprimento.

Os contratos bilaterais de compra e venda de energia celebrados no ACR quanto no ACL devem ser registrados na CCEE, que faz a medição dos montantes produzidos/consumidos/contratados.

As diferenças apuradas, positivas ou negativas, são contabilizadas para posterior liquidação financeira no mercado de curto prazo, também chamado mercado das diferenças, e valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), utilizado para valorar as operações de compra e venda de energia que não estejam cobertas por contratos bilaterais.

Ao se tornar agente na CCEE, a empresa deve comercializar energia de acordo com as regras vigentes, seja participando dos leilões promovidos pela CCEE por delegação da Aneel, com a formalização de contratos no ACR ou ACL, ou com a liquidação das diferenças (sobras e déficits) no mercado de curto prazo, como é o caso do apelante.

Ao final de cada mês, a CCEE faz um balanço de energia para cada Agente, confrontando os dados de consumo com o montante mensal contratado. Se o consumo foi maior que o contratado, configura déficit de energia, e o Agente poderá aditar o contrato já existente para promover ajustes ou celebrar novo contrato e proceder ao seu registro e validação.

Fora dessas hipóteses, não aditado ou celebrado novo contrato, ficará exposto ao PLD, determinado pela CCEE, que, adicionalmente, cobrará uma penalidade por insuficiência de contratação.

A aquisição de energia elétrica tributada pelo Fisco Estadual, na espécie, não foi acobertada por contrato bilateral. Em outubro de 2009, por exemplo, houve um déficit de 11,07Mwh, suprido pelo mercado de curto prazo, isto é, não há identificação de partes nas transações de créditos e débitos.

O apelante tem por objetivo principal o gerenciamento do empreendimento Pátio Savassi, e, em 03/02/2009, aderiu ao comércio livre de energia elétrica na classe dos agentes de *consumidores especiais*.

Os procedimentos tributários relativos ao ICMS nas operações no âmbito da CCEE estão disciplinados no Convênio nº 15/2007, que estabeleceu as regras a serem observadas pelos agentes, diferenciando as operações acobertadas por contratos bilaterais (CCEAL) das regras do sistema tributário daquelas operações realizadas no mercado de curto prazo.

Confira-se:

Cláusula primeira - Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE deverá observar o que segue;

(...)

II - relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e às apurações e liquidações do MCS D, o agente emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, 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:

a) pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, ou de fornecedora relativo ao MCS D;

b) **pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCS D.**

Vejamos que foi estabelecida a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais quando há aquisição de energia elétrica no mercado "spot" em caso de posição devedora ou pela venda quando na posição credora.

Na sequência, estabelece a cláusula segunda do Convênio:

"Na hipótese do inciso II da cláusula primeira:

I - para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores;"

Percebe-se, claramente, que a operação tributada é distinta daquela de compra e venda anterior, realizada via contrato bilateral.

Aqui, o que se tributa é a nova transferência de titularidade da energia elétrica entre os consumidores livres, proveniente das liquidações no mercado de curto prazo, o que o recorrente traduz como cessão de direitos sobre parcelas dos contratos bilaterais, a seu modo de ver, não-tributável.

O Estado de Minas Gerais incorporou as normas do Convênio ICMS nº 15/2007 ao RICMS/2002, Parte 1, Anexo IX, (Dos Regimes Especiais de Tributação), Capítulo III (Das operações relativas a energia elétrica), conforme previsão do art. 53-F e §§ 1º a 4º.

[...]

A Instrução SUTRIN nº 03, de 04/05/2009, que dispõe sobre as obrigações, principal e acessória, a serem observadas pelos agentes da CCEE, nas liquidações no Mercado Curto Prazo, distintamente do que assevera o apelante, não usurpa a competência constitucional delegada à lei complementar, no caso, a LC 87/96 (art. 12, inciso I), de instituir o fato gerador e a base de cálculo do ICMS (circulação de mercadoria).

Na realidade, não pode contradizer disposição de fonte hierárquica que lhe seja superior e nem inovar em matéria reservada à lei, mas, sem a menor dúvida, complementa a legislação tributária.

Tanto é verdade que o art. 4º, prevê, para os fins do disposto no art. 2º da Instrução Normativa, a exclusão de base de cálculo do imposto das parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, como multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas também resultantes do atraso da liquidação da operação, e todas aquelas

relativas ao perfil de geração do agente.

[...]

Não se discute que o sujeito passivo da obrigação tributária da compra e venda da energia elétrica com lastro em contrato bilateral é o fornecedor/comercializador da mercadoria. O ICMS, que incide sobre a circulação de mercadorias, tem por finalidade tributar a circulação de coisas ou bens móveis, sendo a circulação uma operação jurídica de transferência de propriedade, e equiparada a energia elétrica a "mercadoria", inserida no campo de incidência do ICMS pela CF/88, LC 87/96 e Lei estadual nº 6.763/75. No caso concreto, o recorrente, na tentativa de desqualificar as operações transacionadas no âmbito da CCEE, defende sua natureza de cessão de direitos ao invés de comercialização de energia.

Porém, a cessão nada mais é do que um contrato, oneroso ou gratuito, em que o titular transfere direitos ou bens que lhe pertencem, e, na espécie, houve a transferência de energia elétrica, em que, na condição de parte deficitária (devedora), o Condomínio Pátio Savassi pagou à CCEE pela energia disponibilizada por outros agentes e por ele consumida.

Afastar a exigência do ICMS, pela entrada de energia elétrica quando o agente que opera no mercado de curto prazo, como consumidor livre, figura como devedor na CCEE, incorreria em inobservância de toda a legislação tributária em vigor que versa sobre a matéria.

Trata-se, aqui, de operação de entrada de energia elétrica no estabelecimento do consumidor livre, proveniente de liquidação no mercado de curto prazo da CCEE e sujeita ao PLD, totalmente distinta da operação de compra e venda anterior, realizada por contratação bilateral.

A substituição tributária não pode ser utilizada para mudar o sujeito passivo possível do tributo, subvertendo os ditames constitucionais.

Apenas o realizador do fato imponible, no caso, o apelante, que contratou energia elétrica aquém do seu consumo, deve ter seu patrimônio diminuído como consequência do seu ato. Não pode recair a carga tributária sobre pessoa estranha ao fato gravado na incidência fiscal.

Os consumidores livres e especiais que atuam no ambiente de contratação livre (ACL), como é o caso do apelante, não operam no ambiente de contratação regulado (ACR), por não exercer atividade de agente distribuidor ou agente vendedor, e, por conseguinte, não adquirem energia do mercado regulado para suprir diferenças apontadas no mercado de curto prazo, pagando pela energia adquirida, quando na posição devedora.

Assim, no AI/PTA nº 01.000165369-90, considerou-se tão-somente a energia elétrica adquirida no ACL por ter se baseado somente nas informações constantes do relatório "Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Detalhamento da Pré-fatura", restando, por tudo, sem procedência a argumentação do apelante.

No tocante à base de cálculo do ICMS, de acordo com o § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, corresponde ao: I - montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou creditadas, bem como descontos concedidos sob condição; b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem seja cobrado em separado.

No caso, a base de cálculo está vinculada ao valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, que compõe, além da parcela de energia elétrica consumida, outros valores pagos pelo agente à CCEE.

Insurge-se contra a inclusão na base de cálculo do ICMS dos encargos de serviço do sistema pagos à CCEE e das penalidades aplicadas por inobservância/descumprimento das regras de comercialização.

Superior Tribunal de Justiça

As parcelas cobradas na liquidação financeira, remuneratórias de energia elétrica, dentro do sistema de contabilização da CCEE, por integrarem o custo da operação do próprio mecanismo de alocação da energia elétrica, em um sistema de rateio, consequência da impossibilidade de identificar as contrapartes nas transações no mercado de curto prazo, compõe a base de cálculo (Instrução Normativa nº 03/09).

Na mesma linha, da dicção do art. 13, IX, da Lei estadual nº 6.763/75, extrai-se que a base de cálculo do imposto agrega o valor da operação de que decorrer a entrada da energia elétrica, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários.

Em relação às penalidades técnicas, o que têm por objetivo garantir o cumprimento dos limites de contratação e do lastro de venda de potência e energia elétrica, o Conselho de Contribuintes reconheceu, em relação à base de cálculo do ICMS, que deverá ser deduzido do valor identificado no Relatório CB006 - Resumo da Pré-Fatura, na linha "TRAP", conforme as normas tributárias citadas (art. 4º, da IN SUTRI 03/09), a parcela relativa às "Penalidades Pagas pelo Perfil de Consumo do Agente – TPENC".

No contencioso administrativo, a base de cálculo do ICMS foi corrigida, já decotado do crédito tributário a referida penalidade paga pelo perfil de consumo do agente, a princípio incluída pela fiscalização estadual.

Sem me distanciar da conclusão a que chegou o MM. Juiz *a quo*, concluo que o Auto de Infração objeto de impugnação foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais o Conselho de Contribuintes esteve adstrito em seu julgamento em âmbito administrativo, tendo o acórdão às ff. 170/188 elucidado de forma clara a matéria.

Pois bem.

O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.

Com efeito, mediante vasta fundamentação, o acórdão recorrido concluiu que as operações realizadas junto ao Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), para, no caso, complementar a entrada de energia elétrica que fora contratada bilateralmente em patamar insuficiente no mercado livre, configura o fato gerador do ICMS, porquanto tais transações intermediadas pela CCEE representam "circulação de uma operação jurídica de transferência de propriedade" da mercadoria energia elétrica entre os "consumidores livres"; decidiu, ainda, que a base de cálculo do imposto deve compreender "o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, que compõe, além da parcela de energia elétrica consumida, outros valores pagos pelo agente à CCEE".

Não vislumbro, pois, a alegada contradição a justificar a anulação do julgado especial, de modo que afastado, desde logo, a apontada violação do art. 535 do CPC/1973.

No que tange ao juízo de reforma, tenho que o recurso especial não encontra os óbices de admissibilidade aventados nas contrarrazões.

Do que se observa, as questões meritórias suscitadas no presente apelo nobre, relativas à incidência e à base de cálculo do ICMS, foram suficientemente prequestionadas perante o Tribunal estadual, que, a propósito, muito bem delineou o suporte fático

Superior Tribunal de Justiça

e normativo da causa, permitindo, assim, o pleno conhecimento da tese jurídica ora defendida pela recorrente.

No que tange ao juízo de mérito quanto à incidência do imposto estadual, tenho que a insurgência recursal merece prosperar.

A previsão constitucional para a instituição do ICMS encontra-se no art. 155, II, da Carta Política, segundo o qual "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos 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".

Complementando a Constituição, a Lei Complementar n. 87/1996, no que aqui importa, assim definiu as hipóteses de incidência, a condição de contribuinte e a momento de realização do fato gerador:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

[...]

§ 1º. O imposto também incide:

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 a comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º. A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

[...]

Art. 4º. Contribuinte é qualquer pessoal, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

[...]

IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

[...]

Art. 11. O local da operação ou de prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

[...]

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

[...]

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para

Superior Tribunal de Justiça

outro estabelecimento do mesmo titular;

[...]

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou industrialização.

Exposto o panorama normativo, cabe, agora, compreender a realidade desta causa.

As operações objeto da autuação fiscal ora impugnada judicialmente pela recorrente, realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), foram inicialmente disciplinadas pela Resolução n. 102/2002, da ANEEL, que instituiu a Convenção do Mercado Atacadista de Energia (MAE), posteriormente substituída pelo Decreto n. 5.177/2004, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Para o que aqui importa, cumpre analisar os seguintes artigos desses atos normativos:

Da Convenção do Mercado Atacadista de Energia (MAE):

Art. 4º A compra e venda de energia elétrica no MAE será feita exclusivamente entre agentes participantes do MAE, considerando:

§ 1º Os agentes da Categoria Produção alocarão toda sua energia elétrica ao MAE e os agentes da Categoria Consumo atenderão a todas as suas necessidades de energia elétrica no âmbito do MAE.

§ 2º Os agentes de comercialização poderão adquirir energia, de geradores não participantes do MAE.

§ 3º Os contratos de compra e venda de energia resultantes do disposto no parágrafo anterior deverão ser registrados no MAE, para fins de verificação do atendimento ao disposto no art. 5º.

§ 4º **O Encargo dos Serviços do Sistema - ESS - incide sobre todo o volume de compra de energia elétrica pelos agentes da categoria consumo, quer adquirido pela via contratual ou no mercado de curto prazo**, em cada período de apuração, e é rateado de acordo com o estabelecido nas Regras do Mercado.

§ 5º **Os contratos, no âmbito do MAE, não implicam necessariamente na entrega física de energia por parte do agente da categoria consumo**, podendo a energia ser entregue por outro agente da categoria produção, seja em função da operação otimizada do sistema, do despacho de geração ou importação por ordem de mérito de preço, ou **por agentes da categoria consumo detentores de sobras relativamente a seus contratos bilaterais**.

[...]

Art. 6º O preço da energia elétrica no Mercado de Curto Prazo será calculado por Submercados pelo MAE, conforme as Regras do Mercado.

Parágrafo único: **Os preços serão utilizados para valorar todas as quantidades de energia contabilizadas, que não estejam cobertas por contratos bilaterais registrados no Processo de Contabilização e Liquidação, respeitado o Mecanismo de Realocação de Energia**.

[...]

Art. 31 A liquidação dos fluxos não contratados de energia será feita de forma multilateral.

Art. 32 Os agentes participantes do MAE deverão declarar quantidades de energia e os prazos de seus contratos e a energia gerada e consumida para registro no MAE.

Do Decreto n. 5.177/2004;

Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições:

[...]

Superior Tribunal de Justiça

VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;

No sítio da CCEE na *internet* (www.ccee.org.br) constam as seguintes informações sobre o Mercado de Curto Prazo e as suas regras de Comercialização:

Todos os contratos de compra e venda de energia celebrados no mercado - tanto no ACR como no ACL - devem ser registrados na CCEE, que realiza a medição dos montantes efetivamente produzidos/consumidos para cada agente. As diferenças apuradas, positivas e negativas, são contabilizadas para posterior liquidação financeira no Mercado de Curto Prazo e valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

Assim, o Mercado de Curto Prazo pode ser definido como o segmento da CCEE onde são contabilizadas as diferenças entre os montantes de energia elétrica contratados pelos agentes e os montantes de geração e de consumo efetivamente verificados e atribuídos aos respectivos agentes.

No mercado de Curto Prazo não existem contratos, ocorrendo a contratação multilateral, conforme as Regras de Comercialização.

A CCEE também determina os débitos e créditos desses agentes com base nas diferenças apuradas, realizando a liquidação financeira das operações. Para valorar tais diferenças, a instituição calcula o Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

As relações comerciais entre os agentes participantes da CCEE são regidas por contratos de compra e venda de energia, sendo que a liquidação financeira desses contratos é realizada diretamente entre as partes contratantes, por meio de condições livremente negociadas.

As operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, não havendo indicação de parte e contraparte. Um agente na posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor.

A liquidação financeira é realizada mensalmente pela CCEE e marca o momento de pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados pelo processo de contabilização.

A operação de tais compensações é realizada por uma instituição autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que recebe valores devidos num dia e credita os valores aos credores no outro dia.

A CCEE não é contraparte na liquidação, tendo somente o papel de viabilizar a realização das compensações financeiras. Não há emissão de notas fiscais pela CCEE aos agentes, e os resultados das operações são divulgados por meio de relatórios mensais.

Quanto à regulamentação da tributação no âmbito do CONFAZ, cumpre examinar o Convênio ICMS n. 15/2007, que "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".

Cláusula Primeira. Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE deverá observar o que segue:

I - O agente que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica deverá,

relativamente a cada contrato bilateral, exceto os termos de cessão gerados pelo Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits – MASD do Ambiente de Comercialização Regulado, para cada estabelecimento destinatário:

a) emitir mensalmente nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, requerer a emissão de nota fiscal avulsa;

b) no caso de incidência do imposto, a base de cálculo da operação é o preço total contratado, ao qual será integrado o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

c) em se tratando de fornecimento a consumidor livre ou a autoprodutor, o ICMS será devido à unidade federada onde ocorrer o consumo, como nas demais hipóteses;

II - relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e às apurações e liquidações do MCSD, o agente emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, 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:

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

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

[...]

Cláusula Segunda. Na hipótese do inciso II da cláusula primeira:

I - para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores;

[...]

Cláusula Terceira. Cada estabelecimento de consumidor livre ou de autoprodutor que se enquadrar no caso do inciso II, "b", da cláusula primeira, é responsável pelo pagamento do imposto e deverá:

I - ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão:

a) fazer constar, como base de cálculo da operação, o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, considerada a regra do inciso I da cláusula segunda, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

b) em caso de haver mais de um ponto de consumo, observar o rateio proporcional do resultado da liquidação, segundo as medições verificadas, para a apuração da base de cálculo;

c) aplicar, à base de cálculo, a alíquota interna da unidade federada de localização do consumo;

d) destacar o ICMS;

II - efetuar o pagamento do imposto, com base na nota fiscal emitida nos termos do inciso I, por guia de recolhimentos estaduais, no prazo previsto na legislação da respectiva unidade federada.

Parágrafo único. O crédito do imposto, na forma e no montante admitidos, somente poderá ser efetuado no mês em que o imposto tiver sido recolhido.

Acresço, ainda, a disposição contida no Convênio ICMS 77, de 05/08/2011, que autoriza os Estados signatários a imputar a condição de substitutos tributários às seguintes pessoas:

I - empresa distribuidora que praticar a última operação em referência por força da execução de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição por ela operada, firmados com o respectivo destinatário que deva se conectar àquela rede para fins do recebimento, em condições de consumo, da energia elétrica por ele adquirida de terceiros;

Superior Tribunal de Justiça

II - destinatário que, estando conectado diretamente à Rede Básica de transmissão, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins do seu próprio consumo.

Ponderados todos esses elementos, é possível depreender que as operações do Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE envolvem as sobras e os déficits de energia elétrica que foi 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 (PLD) por ela apurado.

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*.

Segundo o que consta na cartilha de "Obrigações Fiscais na Comercialização de Energia Elétrica" elaborada pela CCEE e disponibilizada na internet (www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_382025), o CONFAZ busca afastar a figura da bitributação do ICMS em face da tributação desses contratos de cessão de direitos, nos seguintes termos:

Quanto a eventual bitributação do ICMS, quando o Estado for signatário às regras do Convênio ICMS nº 15/2007 e o fornecedor de energia já tenha efetuado o recolhimento, o CONFAZ se pronunciou sobre o creditamento, conforme a seguir:

"SOLUÇÃO – OFÍCIO Nº 202/2015/CONFAZ/MF-DF

[...] chegou-se a um consenso **de que a cessão não é bitributação, pois o ICMS é não cumulativo**, permite o crédito da energia da energia adquirida e exige o débito na saída. Os operadores de energia, para terem direito ao creditamento, precisam se cadastrar como contribuintes, precisa haver uma alinhamento com a CCEE sobre a data da entrega das informações após o dia 12. A CCEE deverá sugerir uma data possível para o cumprimento do disposto no Convênio ICMS 77/11".

NOTA: A possibilidade de crédito do ICMS próprio da operação obedece ao princípio da não cumulatividade, na qual permite ao contribuinte aproveitar-se do que foi pago na etapa anterior, compensando-o no valor do imposto devido na operação subsequente de comercialização de mercadoria.

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

A par disso, preconiza o art. 4º da Lei Kandir que "Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, **com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial**, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

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.

Frise-se que o caso em comento não atrai a disciplina das operações interestaduais envolvendo aquisição de energia elétrica, a qual deve ser aplicada tão somente em relação aos contratos bilaterais celebrados entre os consumidores livres e os estabelecimentos geradores e/ou comercializadores dessa "mercadoria".

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.

Em situação semelhante, quando tive a oportunidade de apreciar a tributação sobre "Contratos de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo", por

Superior Tribunal de Justiça

ocasião do julgamento do REsp 1.342.539/MG, justifiquei a não incidência do ICMS com base na seguinte motivação, a qual, *mutatis mutandis*, também pode ser aplicada ao presente caso.

É cediço que no ano de 2001 o Brasil sofreu um grave problema no setor elétrico, o que motivou o estabelecimento de uma política emergencial de racionamento de consumo.

Nada obstante a determinação de redução dos níveis usuais de consumo, o Governo também preocupou-se em não permitir que a economia sofresse ainda mais prejuízo com a eventual utilização de energia elétrica em quantidade aquém da que poderia ser suportada pelo sistema.

Essa percepção pode ser facilmente extraída da Resolução n. 13/2001, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (CGE), a qual estabeleceu as diretrizes para a comercialização dos excedentes de metas, cuja realização é agora objeto de discussão acerca da incidência do ICMS.

[...]

Esse panorama regulatório revela que, de fato, não é possível chegar à conclusão de que os Contratos de Cessão de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo configurem o fato gerador do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica.

A jurisprudência desta Corte Superior, quando do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 960.476/SC, firmou entendimento de que o fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica se dá com o seu efetivo consumo, donde concluiu pela inexigibilidade da exação sobre a demanda contratada e não utilizada.

Esse entendimento, *mutatis mutandis*, também pode ser aproveitado para a formação do juízo meritório nesta demanda. Isso porque a cessão de direito em debate, por si só, não enseja a circulação física e jurídica da energia elétrica, que pressupõe a sua efetiva entrada na unidade consumidora.

Isso porque o fato de a política emergencial de contingência possibilitar a negociação dos excedentes à redução da meta estabelecida não transforma a empresa cedente em um agente do setor elétrico apto 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 a ela não é possível proceder a saída dessa "mercadoria" de seu estabelecimento.

O que se tem, em verdade, é a celebração de negócio de contribuintes de fato para fins de aproveitamento da energia elétrica que fora consumida em quantidade abaixo da meta fixada, não tendo esse contrato, como visto, o condão de transformar o cedente em contribuinte de direito do ICMS.

[...]

Acresço, ainda, que a sistemática de arrecadação aplicada às aquisições da energia elétrica da empresa concessionária pela cedente também impede a tributação dos aludidos contratos de cessão de direito de uso.

Digo isso porque o art. 5º da citada Resolução n. 13 do CGE estabelece que a empresa cedente deve celebrar termo aditivo com a concessionária pelo qual se obriga a pagar o valor total da demanda de energia contratada, sendo incontroverso que a tributação do ICMS se dá pela integralidade desse valor, até porque o Estado discute suposta apropriação indevida do montante desse crédito.

Ora, se assim o é, estamos diante de uma situação de antecipação tributária, em que o Estado já tributou, por fato gerador presumido, a totalidade da energia adquirida da concessionária. Assim, mesmo se admitida a tese fazendária, de mera revenda de energia elétrica, estaríamos diante de uma situação de substituição tributária para frente (art. 150, § 7º, da CF), não sendo mais possível exigir o tributo com base no preço que, ao final, essa energia veio a ser comercializada junto ao cessionário.

Superior Tribunal de Justiça

Constatado que o negócio em questão não está sujeito à tributação do ICMS, também cai por terra a obrigação acessória relativa a emissão de notas fiscais de entrada dessa mercadoria, que, como visto, não é possível.

Acresço, por oportuno, que a solução do possível problema referente à necessidade de compensação de arrecadação em razão de sobras de consumo serem eventualmente negociadas no âmbito da CCEE para consumo de estabelecimento sediado fora do estado em que se deu o contrato bilateral para a aquisição dessa energia elétrica deve ficar a cargo dos próprios entes federados interessados, inclusive através de ato do CONFAZ; todavia, essa solução deve observar as normas concernentes ao fato gerador e a sujeição passiva do ICMS contidas na Lei Complementar n. 87/1996 (arts. 4º e 12).

A inexistência de fato gerador já é suficiente para o juízo de procedência da demanda, com a anulação do lançamento questionado, prejudicando, assim, a análise do pedido subsidiário, relativo à base de cálculo.

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.

Determino, outrossim, a inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0192425-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.615.790 /
MG**

Números Origem: 0024110042025 00420253620118130024 10024110042025003

PAUTA: 19/10/2017

JULGADO: 19/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI
ADVOGADO : PRISCILA CRISTOVAM GONÇALVES E OUTRO(S) - MG113152
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : SORAIA BRITO DE QUEIROZ GONÇALVES E OUTRO(S) - MG094980

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.790 - MG (2016/0192425-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI**
ADVOGADO : **PRISCILA CRISTOVAM GONÇALVES E OUTRO(S) - MG113152**
RECORRIDO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **SORAIA BRITO DE QUEIROZ GONÇALVES E OUTRO(S) - MG094980**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE SOBRAS DE ENERGIA ELÉTRICA. MERCADO DE CURTO PRAZO. CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). CONSUMIDOR LIVRE. CESSÃO DE DIREITOS. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, ACOMPANHANDO O EMINENTE RELATOR

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de recurso especial interposto pelo Condomínio Pátio Savassi contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento ao recurso de apelação do recorrente ao fundamento de que incide ICMS na aquisição de sobras de energia elétrica, liquidadas no mercado de curto prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no ambiente de contratação livre, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO-RECOLHIMENTO DE ICMS NA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA POR CONTRATO DE CURTO PRAZO NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI. CONSUMIDOR LIVRE. OPERAÇÃO DE CONTABILIZAÇÃO E LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA QUE SE DISTINGUE DA OPERAÇÃO DE ENTRADA E SAÍDA DE ENERGIA POR CONTRATAÇÃO BILATERAL. ILEGALIDADE DA EXAÇÃO FISCAL NÃO-VERIFICADA. EMISSÃO DE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA LEGAL. BASE DE CÁLCULO. ADEQUAÇÃO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO FISCAL MANTIDA.

- A exação fiscal diz respeito às operações realizadas no ambiente de contratação livre, referindo-se a déficit de energia liquidada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) no Mercado de Curto Prazo.
- No caso concreto, houve transferência de energia elétrica, em que, na condição de parte deficitária (devedora), o Condomínio Pátio Savassi pagou à CCEE pela energia disponibilizada por outros agentes e por ele consumida.
- Afastar a exigência do ICMS, pela entrada de energia elétrica quando o agente que opera no mercado de curto prazo, como consumidor livre, figura como devedor na

CCEE, incorreria na inobservância da legislação tributária em vigor.

- Trata-se de operação proveniente de liquidação no mercado de curto prazo da CCEE e sujeita ao PLD, em que há nova transferência de titularidade da energia elétrica entre os consumidores livres, totalmente distinta da operação de compra e venda anterior, realizada por contratação bilateral.

- Sobre a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal de entrada está prevista no art. 53- F, Anexo IX do RICMS/02 e no Convênio nº 15/07.

- Em relação à base de cálculo do ICMS, o Conselho de Contribuintes reconheceu que deverá ser deduzido do valor identificado no Relatório CB006 - Resumo da Pré-Fatura, na linha "TRAP", conforme as normas tributárias citadas (art. 4º, da IN SUTRI 03/09), a parcela relativa às "Penalidades Pagas pelo Perfil de Consumo do Agente - TPENC".

- Recurso desprovido.

O eminente Ministro relator, Gurgel de Faria, na sessão de 19 de outubro de 2017, apresentou voto pelo provimento do recurso especial do contribuinte para fastar a violação do art. 535 do CPC/1973 e os óbices apontado nas contrarrazões. No mérito, assentou a não incidência do ICMS, na espécie, concluindo que as operações realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE envolvendo sobras e os déficits de energia contratada entre os consumidores livres e os agentes de produção e/ou circulação, intermediada pela CCEE, não decorrem de contrato de compra e venda de energia, mas de cessão de direitos entre consumidores, visto que o valor total já foi tributado pelo imposto estadual, bem como o fato de os consumidores operarem no Mercado de Curto prazo não os transforma em agentes do setor elétrico, aptos a realizarem processo de circulação física e jurídica dessa mercadoria, nos termos da seguinte ementa:

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).

3. Hipótese em que empresa recorrente, em razão de demandar mais energia elétrica daquela bilateralmente contratada no mercado livre, recorre 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 que

Superior Tribunal de Justiça

foi 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 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 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 nº 87/1996.

7. Recurso especial provido.

Pedi vista dos autos.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que "[a]os 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 nº 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016)".

Como demonstrou o relator, não houve a alegada violação do art. 535 do CPC/1973, bem como não incide o óbice afirmado nas contrarrazões ao conhecimento do recurso.

Quanto ao mérito, cumpre explicitar, a princípio, o funcionamento do processo de comercialização de energia elétrica, necessário à compreensão da lógica do sistema, conforme de informações constantes no sítio institucional da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (www.ccee.org.br).

A partir de 1995, com a edição das Leis 9.074/1995 e 9.427/1996, esse setor foi reestruturado com a desverticalização das empresas de energia elétrica, que foram divididas nos segmentos de geração, transmissão e distribuição. Foram também criados órgãos responsáveis pela regulamentação do setor e as figuras do produtor independente de energia elétrica e do consumidor livre, assegurando àqueles livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão e aos grandes

Superior Tribunal de Justiça

consumidores, liberdade de escolha dos seus fornecedores de energia elétrica.

A Lei 9.648/98, por sua vez, estabeleceu o regime de livre negociação de energia entre as empresas geradoras e distribuidoras e criou o Mercado Atacadista De Energia Elétrica (MAE), ambiente sem personalidade jurídica para realização das operações de compra e venda de energia nos sistemas elétricos interligados.

Na sequência, foram editadas as Leis 10.847/2004 e 10.848/2004 e o Decreto 5.163/2004 trazendo novas bases para o setor elétrico, entre as quais, a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), associação civil de direito privado sem fins lucrativos, sucessora do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, com a incumbência de registrar e administrar os contratos firmados entre geradores, comercializadores, distribuidores e os denominados consumidores livres, sendo responsável pela contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados no Sistema Interligado Nacional e pela liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica no mercado de curto prazo.

No ambiente de contratação livre (ACL), os agentes têm liberdade para estabelecer volumes de compra e venda de energia elétrica e respectivos preços, sendo essas transações pactuadas por meio de Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre (CCEAL), que são liquidados bilateralmente pelos Agentes, fora do ambiente de operações da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e de acordo com condições contratuais específicas.

Os contratos celebrados entre os agentes devem ser registrados na CCEE, a qual promoverá a medição e o registro dos montantes efetivamente produzidos/consumidos pelos agentes, para serem utilizados no processo de contabilização e liquidação das diferenças no Mercado de Curto Prazo, nos termos do art. 56 do Decreto 5.163/2004

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, com base nos contratos registrados, contabiliza o que foi consumido e contratado e apura mensalmente a energia para cada agente. Esse procedimento está explicitado no sítio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, nos seguintes termos:

.As operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, não havendo indicação de parte e contraparte. Um agente em posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor.

A liquidação financeira é realizada mensalmente pela CCEE e marca o momento de pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados pelo processo de contabilização.

Superior Tribunal de Justiça

A operação de tais compensações é realizada por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que recebe valores devidos num dia e credita os valores aos credores no outro dia.

A CCEE não é contraparte na liquidação, tendo somente o papel de viabilizar a realização das compensações financeiras. Não há emissão de notas fiscais pela CCEE aos agentes, e os resultados das operações são divulgados por meio de relatórios mensais.

Como se nota, contabilizadas as diferenças entre o montante produzido/consumido e o que foi efetivamente contratado, as diferenças positivas ou negativas devem ser liquidadas no mercado de curto prazo, com base no preço de liquidação das diferenças (PLD). Essa liquidação é feita de forma multilateral por uma instituição financeira e as transações são realizadas sem que haja a indicação de parte e contraparte, ou seja, figurando um agente na posição credora ele recebe seu crédito de todos os devedores do mercado; por outro lado, um agente devedor realiza o pagamento a todos credores e não especificamente a um ou outro.

A posição credora ou devedora de um agente, resultante do processo de contabilização, é tida em relação ao mercado e não a um determinado agente. A liquidação financeira das relações contratuais pactuadas entre os agentes é realizada diretamente entre as partes, não havendo participação da CCEE.

De forma sucinta, essa é a forma como ocorre a dinâmica da comercialização da energia elétrica e, especificamente, a liquidação das sobras.

No que diz respeito à incidência do ICMS na espécie, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do recorrente, com arrimo na seguinte fundamentação:

A aquisição de energia elétrica tributada pelo Fisco Estadual, na espécie, não foi acobertada por contrato bilateral. Em outubro de 2009, por exemplo, houve um déficit de 11,07 Mwh, suprido pelo mercado de curto de prazo, isto é, não há identificação de partes nas transações de créditos e débitos.

[...]

Percebe-se que, claramente, que a operação tributada é distinta daquela de compra e venda anterior, realizada via contrato bilateral.

[...]

No caso concreto, o recorrente, na tentativa de desqualificar as operações transacionadas no âmbito do CCEE, defende sua natureza de cessão de direitos ao invés de comercialização de energia.

Porém, a cessão nada mais é do que um contrato oneroso ou gratuito, em que o titular transfere direitos ou bens que lhe pertencem, e, na espécie, houve transferência de energia elétrica, em que, na condição de parte deficitária (devedora), o Condomínio Pátio Savassi pagou A CCEE pela energia disponibilizada por outros

agentes e por ele consumida.

Contudo, na linha do que concluiu o relator, Ministro Gurgel de Faria, entendo que não incide o ICMS na espécie, comercialização de sobras de energia elétrica intermediada pela CCEE, por se caracterizar cessão de direito entre os consumidores livres, considerando que os consumidores já pagaram o imposto estadual devido quando da compra do contrato original de energia, podendo nova tributação configurar *bis in idem*.

Destaco o seguinte excerto de seu elaborado voto:

As operações financeiras acertadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE estão fora do campo de incidência do ICMS sobre serviço de fornecimento de energia elétrica.

[...]

Essas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo não caracterizam propriamente contrato de compra e venda de energia elétrica, mas cessões de direito entre os consumidores, intermediadas pela CCEE, para utilização de energia de energia elétrica adquirida no mercado livre, mediante celebração 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*.

[...] 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.

A par disso, preconiza o art. 4º da Lei Kandir que "Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

No 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.

Frise-se que o caso em comento não atrai a disciplina das operações interestaduais envolvendo aquisição de energia elétrica, a qual deve ser aplicada tão somente em relação aos contratos bilaterais celebrados entre os consumidores livres e os estabelecimentos geradores e/ou comercializadores dessa "mercadoria".

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,

Superior Tribunal de Justiça

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*.

Com essas considerações, acompanho o eminente relator, Ministro Gurgel de Faria, para dar provimento ao recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0192425-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**REsp 1.615.790 /
MG**

Números Origem: 0024110042025 00420253620118130024 10024110042025003

PAUTA: 20/02/2018

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONDOMÍNIO PÁTIO SAVASSI
ADVOGADO : PRISCILA CRISTOVAM GONÇALVES E OUTRO(S) - MG113152
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : SORAIA BRITO DE QUEIROZ GONÇALVES E OUTRO(S) - MG094980

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, a Turma, por unanimidade, deu 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.