



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2531318 - RS (2023/0446059-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
AGRAVADO : CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADOS : JACQUES ANTUNES SOARES - RS075751
LORENZO SARATE POZZA - RS114401

EMENTA

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

1. Recurso especial que defende a incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

2. O tema foi examinado pela Primeira Turma, quando do julgamento do REsp 1615790/MG, de minha relatoria, DJe 09/04/2018, em que adotadas as seguintes razões de decidir: (i) 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; (ii) 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; (iii) 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.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 19 de agosto de 2024.

Ministro GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2531318 - RS (2023/0446059-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
AGRAVADO : CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADOS : JACQUES ANTUNES SOARES - RS075751
LORENZO SARATE POZZA - RS114401

EMENTA

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

1. Recurso especial que defende a incidência do ICMS sobre as operações financeiras realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

2. O tema foi examinado pela Primeira Turma, quando do julgamento do REsp 1615790/MG, de minha relatoria, DJe 09/04/2018, em que adotadas as seguintes razões de decidir: (i) 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; (ii) 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; (iii) 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

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão, constante às e-STJ fls. 626/637, em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso estadual.

Nas suas razões (e-STJ fls. 643/651), o ente público agravante alega, em síntese, que a operação de mercado de curto prazo de energia elétrica, viabilizado pela CCEE, é hipótese de incidência do ICMS energia elétrica, não havendo falar em *bis in idem*.

Contraminuta apresentada pelo não conhecimento do recurso em razão da orientação da jurisprudência (e-STJ fls. 656/667).

É o relatório.

VOTO

Os argumentos ora deduzidos já foram suficientemente analisados e desacolhidos quando proferi a decisão ora impugnada, razão por que a mantenho pelos seus próprios fundamentos.

Como assinalado na decisão agravada, o apelo nobre se origina de ação anulatória de dívida tributária em que se discute a incidência de ICMS sobre as operações realizadas no Mercado de Curto Prazo (MCP) junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, mais precisamente na venda das sobras de energia elétrica contratada bilateralmente no mercado livre e não utilizada pelos adquirentes.

No primeiro grau, a ação foi julgada procedente com o reconhecimento da não incidência do tributo estadual nas operações descritas, ao argumento de não configurar hipótese de incidência do tributo na regra matriz prevista na Constituição e na Lei Complementar n. 87/1996.

O Tribunal gaúcho negou provimento à apelação do ESTADO e à remessa necessária, consignando não haver operação jurídica de circulação de serviços ou mercadorias, materializada na compra e venda transmissora de direitos, mas mera cessão de direitos quando já anteriormente tributada sua circulação.

Ademais, consignou que, além da ausência de fato gerador, inexistem elementos para qualificar a autora como contribuinte do ICMS, já que ausente habitualidade ou intuito comercial próprio relacionado à energia elétrica (art. 4º da LC n. 87/965), observado, inclusive, o seu objeto social.

No especial, a Fazenda Pública alega violação dos arts. 2º, I, § 2º,

4º, 11, I, "c", e 12, IV, 19 e 20, da Lei Complementar n. 87/1996.

Sustenta, em síntese, a incidência do ICMS nas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara (MCC) junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, mais precisamente na venda das sobras de energia elétrica contratada bilateralmente no mercado livre e não utilizada pelos adquirentes.

Dito isso, esta Turma, quando teve a oportunidade de tratar do tema, em recurso especial de minha relatoria (REsp n. 1.615.790/MG, julgado em 20/2/2018, DJe de 9/4/2018), assentou o entendimento segundo o qual: (i) as operações do Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE 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; (ii) 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.

Eis a fundamentação adotada no referido julgamento, que novamente utilizo como razões de decidir:

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 iniciam 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 o 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 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:

[...]

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 – 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: 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;

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, precisam se cadastrar como contribuinte, precisa haver um 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 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 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 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.

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.

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser mantida.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, o agravo interno, no caso, não se revela manifestamente inadmissível ou improcedente, razão pela qual não deve ser aplicada a multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 2.531.318 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2023/0446059-0

Número de Origem:
50331988220228210010

Sessão Virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
AGRAVADO : CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADOS : JACQUES ANTUNES SOARES - RS075751
LORENZO SARATE POZZA - RS114401

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
AGRAVADO : CASSOL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
ADVOGADOS : JACQUES ANTUNES SOARES - RS075751
LORENZO SARATE POZZA - RS114401

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 19 de agosto de 2024