

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO TRIBUTÁRIO – TURMA 2019

**A INCIDÊNCIA DO ICMS EM OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA NO AMBIENTE DE
CONTRATAÇÃO LIVRE**

Samuel Vigiano da Conceição

Projeto de pesquisa apresentado ao
Programa de Mestrado Profissional da
FGV Direito SP, sob orientação do
Professor Dr. Leonel Cesarino Pessoa

São Paulo
2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

1.1. Tema

Por meio do presente trabalho, a ser desenvolvido no âmbito do Programa de Mestrado Profissional em Direito Tributário, pretendemos analisar a incidência do ICMS em algumas operações com energia elétrica realizadas no Ambiente de Contratação Livre (ACL) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

1.2. Contexto

A partir de 2004, com o advento da Lei nº 10.848, o Setor Elétrico Brasileiro - SEB foi estruturado com a convivência de dois ambientes de contratação com regras bastante distintas.

De um lado, o Ambiente de Contratação Regulada - ACR, no qual distribuidoras¹ adquirem energia elétrica por meio de Leilões competitivos e revendem essa energia para os consumidores cativos². Por delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)³, a CCEE realiza esses leilões e também registra os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR)⁴ celebrados entre os agentes vendedores que venceram a licitação e os distribuidores.

De outro, o ACL, onde consumidores livres e especiais⁵ negociam livremente a compra de sua energia elétrica com qualquer fornecedor (geradores e comercializadores), cujos contratos – denominados de contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre (CCEALs) - também são registrados no sistema computacional da CCEE⁶.

¹ “Agente titular de concessão ou permissão federal para prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica.” (Resolução Normativa ANEEL n. 610/14, art. 2º, inc. III).

² Consumidores cativos são todos os consumidores com demanda contratada menor do que 500kW ou, com demanda maior, mas que não tenham exercido a opção migrar para o Ambiente de Contratação Livre - ACL e aderir à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

³ A ANEEL regula e fiscaliza a geração, transmissão, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como define as tarifas de transporte e consumo, e assegura o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

⁴ “Aquele destinado à comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN, por disponibilidade ou quantidade, proveniente de empreendimentos de geração existentes ou futuros, devendo ser celebrado pela concessionária ou autorizada de geração vencedora de processo licitatório com cada distribuidora compradora” (Resolução Normativa ANEEL nº 783/12, art. 2º, inc. I, alínea ‘g’).

⁵ Consumidores livres e especiais são aqueles com demanda contratada igual ou maior a 3MW e 500kW, respectivamente, e que exerceram a opção prevista nos art. 15 e 16 da Lei nº 9.074/1996, tendo migrado para o ACL e aderido à CCEE.

⁶ No ACL, a CCEE atua como operadora do mercado de energia elétrica.

É importante mencionar que, com o objetivo de tornar mais acessível o mercado livre de energia elétrica, recentemente o Ministério de Minas e Energia (MME) abriu para consulta pública⁷ proposta para diminuir os requisitos para que consumidores especiais (com carga de 500kW a 2.500kW) possam adquirir energia convencional no ACL, já que atualmente esses consumidores só podem adquirir energia incentivada⁸.

Diferentemente do consumidor cativo, normalmente conectado apenas ao sistema de distribuição, o consumidor livre pode, conforme o caso, conectar-se à rede básica de transmissão de energia elétrica (“*instalações de transmissão do Sistema Interligado Nacional, de propriedade de concessionárias de serviço público de transmissão, definida segundo critérios estabelecidos na regulamentação da ANEEL*”⁹).

Além disso, considerando que todos os agentes (sejam eles integrantes do ACR ou ACL) podem ficar com posição credora ou devedora na CCEE, em razão de consumir menos ou mais quantidade de energia do que havia contratado e registrado no âmbito da Contabilização da CCEE, há também o Mercado de Curto Prazo (MCP), no qual são liquidadas as diferenças (sobras ou déficits) de energia elétrica. Essas diferenças são valoradas pela CCEE por meio do Preço de Liquidação de Diferença – PLD, apurado de acordo com cada submercado¹⁰, conforme determina o art. 2º, inc. V, do Decreto n.º 5.177/04.

Como alternativa à liquidação das diferenças no MCP, os consumidores livres e especiais também podem realizar a cessão dos montantes de energia elétrica proveniente de contratos de compra e venda de energia devidamente registrados e validados no âmbito da CCEE, autorizada pelo art. 25 da Lei n.º 12.783/2013 e da Portaria MME n.º 185/2013.

⁷ Demarest Advogados, ‘*MME Divulga para Consulta Pública proposta de diminuição dos requisitos de Acesso de Consumidores ao Mercado Livre de Energia Elétrica*’, 09/08/2019. Disponível em <<https://www.demarest.com.br/mme-divulga-para-consulta-publica-proposta-de-diminuicao-dos-requisitos-de-acesso-de-consumidores-ao-mercado-livre-de-energia-eletrica/>>. Acesso em 26/09/2019.

⁸ Incentivada é a energia produzida por meio de fontes renováveis, tais como eólica, biomassa, solar e pequenas centrais hidrelétricas. A energia incentivada possui preço mais elevado em relação à energia convencional, porém, com o benefício legal de ao menos 50% de desconto sobre as tarifas de uso dos sistemas de transmissão (TUST) ou distribuição (TUSD), o preço dessa energia torna-se competitivo, viabilizando o desenvolvimento das fontes incentivadas que, sem o referido benefício econômico, não teriam condições de prosperar.

⁹ Resolução Normativa ANEEL n. 414/10, art. 2º, inc. LXIV.

¹⁰ São as divisões do Sistema Interligado Nacional para as quais são estabelecidos PLDs específicos e cujas fronteiras são definidas em razão da presença e duração de restrições relevantes de transmissão.

Como tivemos a oportunidade de destacar em outra ocasião¹¹, essa cessão de montantes mantém os direitos e obrigações estabelecidos entre os vendedores e os compradores nos contratos originais de compra e venda de energia, sendo desnecessária a anuência por parte do credor.

No SEB há também a possibilidade de autoprodução de energia elétrica. Nesse cenário, o autoprodutor pode ser pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo. Mediante autorização da ANEEL, o autoprodutor pode comercializar seus excedentes de energia ou liquidar no MCP a quantidade de energia não utilizada pelo autoprodutor (energia excedente), nos termos do art. 24, inc. IV, da Lei n.º 9.427/96.

Outra importante característica do mercado brasileiro de energia elétrica é a separação entre o “mundo físico” e o “mundo comercial”. Por isso, um agente pode comprar energia de qualquer agente conectado ao Sistema Interligado Nacional (SIN), independente de seu submercado.

O agente vendedor não é responsável pela entrega física de energia, uma vez que o despacho de usinas é realizado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)¹².

Nesse contexto, a incidência do ICMS nas operações com energia elétrica é um tema bastante complexo, especialmente em relação às transações realizadas no âmbito da CCEE, em que consumidores livres, consumidores especiais e comercializadores negociam livremente os contratos de fornecimento de energia, podendo escolher a estrutura que melhor lhes convém para ter uma gestão mais eficiente do seu portfólio de contratação de energia.

1.3. Modelo de pesquisa predominante

O modelo de pesquisa por nós adotado será o trabalho exploratório e reflexão crítica sobre práticas jurídicas.

¹¹ In “A não incidência do ICMS na cessão de montantes de energia elétrica”, disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-demarest/a-nao-incidencia-do-icms-na-cessao-de-montantes-de-energia-eletrica-10012019>. Acesso em 01/07/2019.

¹² Controla a operação do Sistema Interligado Nacional (SIN) de modo a assegurar a otimização dos recursos energéticos.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

- 1) Como é estruturado o Setor Elétrico Brasileiro e como a energia elétrica é comercializada e distribuída no Brasil?
- 2) Qual é o papel da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica ("CCEE") no Setor Elétrico Brasileiro?
- 3) Como é a incidência do ICMS em relação à energia elétrica?
- 4) A produção para consumo próprio também está sujeita às regras do ICMS?
- 5) É possível vender ou liquidar na "CCEE" a quantidade de energia adquirida e não utilizada pelo respectivo adquirente (energia excedente)? Essa mesma energia excedente pode ser cedida diretamente a terceiro? Como essas situações são tratadas na legislação tributária?
- 6) A legislação tributária disciplina todas as possíveis estruturas e operações envolvendo energia elétrica? Quais são os principais problemas decorrentes da precária e complexa legislação tributária a respeito do assunto?
- 7) Diante do cenário do Setor Elétrico Brasileiro, o que pode ser feito para (i) tornar mais justa e eficiente a tributação do ICMS sobre operações com energia elétrica; e (ii) afastar os riscos decorrentes da implementação, pelo consumidor de energia elétrica, de estruturas jurídicas para que esse consumidor tenha uma gestão mais eficiente do seu portfólio de contratação de energia?

Para responder os quesitos acima formulados, além da própria experiência, utilizaremos as seguintes fontes de pesquisa bibliográfica e legislativa:

Fonte bibliográfica: utilizaremos, inicialmente, doutrina nacional especializada no setor elétrico (TOMALSQUIM¹³; GANIM¹⁴; SANTOS DE ARAGÃO¹⁵; DAVID¹⁶; GOMES e CRISPIM¹⁷; e EDELSTEIN e DANTE¹⁸).

Também nos apoiaremos na doutrina não especializada no setor, mas que norteará a análise jurídica tributária (BALEEIRO e DERZI¹⁹; CARRAZZA²⁰; MELO²¹; e SCHOUERI²²), bem como em trabalhos acadêmicos dentro e fora do campo jurídico (GOMES DA SILVA²³; e MAGALHÃES²⁴).

Fonte legislativa: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Lei Complementar n.º 87/96; Lei Federal 10.848/04; Decreto 5.163/04; Decreto 5.177/04; Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, instituída pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/04; e Convênios ICMS aprovados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Fonte “própria experiência”: experiência profissional adquirida ao longo de oito anos atuando na área tributária do escritório Demarest Advogados, em São Paulo, especialmente com questões relativas à tributação de diversas operações com energia elétrica analisadas nos últimos anos.

¹³ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno, **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**, 2ª. Rio de Janeiro: Synergia; EPE, 2015.

¹⁴ GANIM, Antonio, **Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis**, 2ª. Brasília: Synergia, 2009.

¹⁵ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre, A natureza jurídica da geração de energia elétrica, **Revista do Direito da Energia**, v. 13, p. 11–33, 2016.

¹⁶ DAVID, Solange, Comercialização de energia elétrica, **Revista do Direito da Energia**, v. 03, p. 13–22, 2005.

¹⁷ GOMES, Raphael; CRISPIM, Bruno, A operacionalização de decisões judiciais no setor elétrico brasileiro e a estrutura do mercado de curto prazo, **Revista do Direito da Energia**, v. 13, p. 156–173, 2016.

¹⁸ EDELSTEIN, Renato; DANTE, Pedro Henrique, Aspectos jurídicos relevantes sobre a geração distribuída. Percepção teórica e prática. Riscos envolvidos e possibilidade de alteração de norma com impacto em projetos existentes, **Revista do Direito da Energia**, v. 014, p. 366–387, 2017.

¹⁹ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel de Abreu Machado, **Direito tributário brasileiro: CTN comentado**, 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de direito constitucional tributário**, 28ª ed., rev. ampliada e atualizada até a Emenda constitucional n. 68/2011. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012.

²¹ MELO, José Eduardo Soares, **ICMS: teoria e prática**, 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo, **Direito tributário**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

²³ GOMES DA SILVA, Wagner Marcelino, **Tributação de energia elétrica: Uma análise regional**, Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas - Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2016.

²⁴ MAGALHÃES, Gersa de Souza Cortes, **Comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica**, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Espera-se que o presente trabalho exploratório sobre práticas jurídicas tenha relevância prática para profissionais da área jurídica de empresas que atuam no mercado de energia elétrica brasileiro, advogados, autoridades fiscais e membros do Poder Judiciário.

O caráter inovador do presente trabalho reside no fato de que buscaremos demonstrar, ao final, as providências que poderão ser adotadas para tornar mais justa e eficiente a tributação do ICMS sobre operações com energia elétrica, bem como afastar os riscos decorrentes da implementação de estruturas jurídicas para que o consumidor tenha uma gestão mais eficiente do seu portfólio de contratação de energia.

Como potencial impacto, espera-se a possibilidade de modificações nos arranjos negociais do setor elétrico e até mesmo na legislação tributária a respeito das operações com energia elétrica.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

A familiaridade com o tema objeto de pesquisa é evidenciada pelo fato de estudarmos, na prática jurídica exercida no escritório Demarest Advogados, questões relativas a diversos tipos de operações com energia elétrica e a tributação aplicável.

5. Bibliografia preliminar

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário brasileiro: CTN comentado**. 14a edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28ª ed., rev.ampliada e atualizada até a Emenda constitucional n. 68/2011. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012.

DAVID, Solange. Comercialização de energia elétrica. **Revista do Direito da Energia**, v. 03, p. 13–22, 2005.

EDELSTEIN, Renato; DANTE, Pedro Henrique. Aspectos jurídicos relevantes sobre a geração distribuída. Percepção teórica e prática. Riscos envolvidos e possibilidade de alteração de norma com impacto em projetos existentes. **Revista do Direito da Energia**, v. 014, p. 366–387, 2017.

GANIM, Antonio. **Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis**. 2ª. Brasília: Synergia, 2009. (Canal Energia).

GOMES DA SILVA, Wagner Marcelino. **Tributação de energia elétrica: Uma análise regional**. Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas - Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15772/Disserta%C3%A7%C3%A3o_WagnerSilva.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mar. 2019.

GOMES, Raphael; CRISPIM, Bruno. A operacionalização de decisões judiciais no setor elétrico brasileiro e a estrutura do mercado de curto prazo. **Revista do Direito da Energia**, v. 13, p. 156–173, 2016.

MAGALHÃES, Gerusa de Souza Cortes. **Comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-09062011-152105/publico/DissertGerusa.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

MELO, José Eduardo Soares. **ICMS: teoria e prática**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. A natureza jurídica da geração de energia elétrica. **Revista do Direito da Energia**, v. 13, p. 11–33, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. 2ª. Rio de Janeiro: Synergia; EPE, 2015.

6. Cronograma de execução

Atividade	2019						2020						Horas
	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	
Revisão bibliográfica	■												30
Leitura da bibliografia		■	■										90
Redação do capítulo 1			■										30
Redação do capítulo 2				■									30
Redação do capítulo 3					■								30
Redação do capítulo 4						■							30
Conclusão da redação							■	■					60
Revisão									■	■			60
Depósito											■		-