

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

RAFAEL CILÉRIO BAUMGAERTNER

**ANÁLISE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS NA CESSÃO DE EXCEDENTE
DE ENERGIA ELÉTRICA NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.**

São Paulo

2020

RAFAEL CILÉRIO BAUMGAERTNER

ANÁLISE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS NA CESSÃO DE EXCEDENTE
DE ENERGIA ELÉTRICA NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito
para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADORA: Professora Dra. Fúlvia Helena de Gioia

São Paulo

2020

RAFAEL CILÉRIO BAUMGAERTNER

ANÁLISE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS NA CESSÃO DE EXCEDENTE
DE ENERGIA ELÉTRICA NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito
para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Examinadora: Profa. Dra. Fulvia Helena de Gioia

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador: Prof. Ms. Denis Sarak

Examinador: Prof. Ms. Ricardo Cunha Chimenti

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico o presente trabalho aos meus pais, à minha namorada, aos meus irmãos e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

À minha família, Sonia, Cilério, Juliana, Paulinho e Tiago, pelo suporte durante esses cinco longos anos.

À minha namorada, Karen, que durante todo tempo esteve ao meu lado, com seu apoio incondicional, sempre me incentivando a superar a desconfiança e enfrentar as dificuldades inerentes à graduação.

Aos meus amigos, em especial, Alan, Diogo e Gabriel, pelo suporte e paciência durante esses cinco longos anos, mesmo nos momentos em que foi necessário me abster de alguns eventos para me dedicar aos estudos.

Ao amigo Matheus Martins Alves pela forte parceria e, principalmente, pelas horas de estudo que passamos juntos durante toda essa jornada.

Ao B.D.L que, sem sombra de dúvidas, tornou a jornada mais leve e divertida.

Ao Programa Universidade para Todos, o PROUNI, por possibilitar que eu pudesse frequentar uma das melhores faculdades de direito do país com bolsa integral.

E, por fim, e não menos importante, à minha orientadora, Fúlvia Helena de Gois, pelo apoio e aprendizado durante a elaboração do presente trabalho.

Não pode desistir, fraquejar, amarelar, tem que virar/Para jogar, pra ganhar,
pra lutar, conquistar/A glória, evitar a paranoia, libertar do que
sufoca/Demonstrar, não ser pipoca/Conquistar sua vitória. (Pentágono)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da hipótese de incidência do ICMS no Contrato de Cessão de Excedente de Energia Elétrica. Para tanto, foi dividido em quatro capítulos: no primeiro capítulo, é apresentada a ideia por trás do ICMS, suas características, bem como a sua hipótese de incidência; no segundo capítulo, uma análise geral do mercado de energia elétrica, com a finalidade de situar o leitor sobre o assunto; o terceiro capítulo tem por objetivo analisar, após a apresentação do mercado, a hipótese de incidência do ICMS na Cessão de Excedente; e, por fim, as considerações finais acerca do tema estudado neste trabalho.

Palavras-chaves: Mercado Livre de Energia. Regulatório. Cessão de Excedente. CCEE.

ABSTRACT

This work aims to analyze the hypothesis of ICMS incidence in the Electricity Surplus Assignment Contract. To this end, it was divided into four chapters: in the first chapter, an idea is published behind the ICMS, its characteristics, as well as its hypothesis of incidence; in the second chapter, it is a general analysis of the electricity market, using situations or the reader on the subject; the third chapter on the objective of analyzing, after a market presentation, a hypothesis of incidence of ICMS on the Assignment of Excess; and, finally, as final considerations on the theme studied in the present work.

Keywords: Free Energy Market. Regulatory. Surplus assignment. CCEE.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Estrutura do Sistema Elétrico Brasileiro	26
Figura 2 - Requisitos para a migração ao ACL	41

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS	13
1.1 A origem do ICMS na Constituição Federal	13
1.2 Características do ICMS e a sua Incidência na Energia Elétrica	14
1.2.1 Princípios aplicáveis ao ICMS	16
1.2.1.1 Princípio da Legalidade Estrita	16
1.2.1.2 Princípio da Anterioridade Nonagesimal	17
1.2.1.3 Princípio da Anterioridade do Exercício Financeiro	18
1.2.1.4 Princípio da Irretroatividade da Legislação Tributária	19
1.2.1.5 Princípio da Não Cumulatividade	20
2 O MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA	21
2.1 O que é energia?	21
2.2 Principais Acontecimentos Jurídicos e Regulatórios Relativos ao Mercado de Comercialização de Energia	22
2.2.1 O Governo de Fernando Henrique Cardoso	22
2.2.1.1 A Crise de Energia dos anos 2000	24
2.2.2 O Governo de Luiz Inácio Lula da Silva	25
2.3 Estatura do Setor Elétrico	26
2.3.1 Conselho Nacional de Política Energética	27
2.3.2 Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico	28
2.3.3 Ministério das Minas e Energia	29
2.3.4 Empresa de Pesquisa Energética	30
2.3.5 Agência Nacional de Energia Elétrica	31
2.3.6 Operador Nacional do Sistema	32
2.3.6.1 Sistema Interligado Nacional	33
2.3.7 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica	34
2.4 Agentes do Setor Elétrico	35
2.4.1 Agentes de Geração	35
2.4.2 Agentes de Transmissão	36
2.4.3 Agentes de Distribuição	37
2.4.4 Agentes de Comercialização	37
2.5 O Mercado de Comercialização de Energia	38
2.5.1 O Ambiente de Contratação Regulado	38
2.5.2 O Ambiente de Contratação Livre	39
2.5.2.1 O Mercado de Curto Prazo	39

2.5.2.2 O Preço de Liquidação das Diferenças	40
2.6 Requisitos para a Migração ao Ambiente de Contratação Livre	41
2.7 Considerações sobre os Contratos de Compra e Venda de Energia no Ambiente de Contratação Livre	43
3 A CESSÃO DE EXCEDENTE	45
3.1 O Contrato de Excedente de Energia Elétrica no Âmbito da CCEE	45
3.1.1 Requisitos para a Cessão de Excedente	46
3.2 Distinção entre a Cessão de Excedente e a Cessão Civil	47
3.3 Obrigação Acessória dos Consumidores que realizam a Cessão de Excedente	48
3.4 A Inadequação da Hipótese de Incidência do ICMS no Contrato de Cessão de Excedente	50
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O Mercado Livre de Energia Elétrica, que também pode ser chamado de Ambiente de Contratação Livre (ACL), é destinado aos grandes consumidores de energia elétrica: em sua maioria, as indústrias.

Por essa razão, o consumo de energia desses agentes pode apresentar uma ampla variação no decorrer dos anos: se a economia do país está fortalecida, *verbi gratia*, a produção vai aumentar e, conseqüentemente, o consumo da energia elétrica será maior; por outro lado, o inverso também é verdadeiro.

Considerando, portanto, a dificuldade de se ter uma exata projeção de consumo de energia – em virtude das incertezas econômicas e políticas do Brasil – os agentes consumidores do ACL, independentemente se são das modalidades livres ou especiais, adquirem um volume de energia, em regra, superior ao seu consumo atual.

Mas, afinal, o que acontece quando, em um determinado mês, o consumo de energia de um agente consumidor é inferior ao volume contratado, ou, em outras palavras, o que o agente pode fazer quando há sobra energia?

Para esses casos, há um mecanismo regulatório chamado de “Cessão de Excedente”, o qual será melhor explicitado ao decorrer deste trabalho, que permite aos agentes consumidores – que tiveram um consumo inferior ao volume contratado – ceder, a título oneroso ou gratuito, o registro do montante de energia que sobrou aos demais agentes do setor elétrico, podendo estes serem de quaisquer classes: agente gerador, agente consumidor e/ou agente distribuidor.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo discutir a cessão de excedente no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica: há a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, quando um agente cede o volume excedente da energia que este adquiriu e não vai consumi-la? Para tanto, serão analisados no presente trabalho os aspectos jurídicos e regulatórios que envolvem a referida questão.

1. O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

1.1 A origem do ICMS na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1946 foi a primeira carta magna que previu a incidência de imposto sobre a circulação de mercadoria. Naquela ocasião surgiu, portanto, o chamado Imposto Sobre Operação Relativa à Circulação de Mercadorias (ICM), o qual foi inserido na Constituição, por meio do artigo 12 da Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965 (BRASIL, 1965), transcrito a seguir:

Art. 12. Compete aos Estados o impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores.

§ 1º A alíquota do impôsto é uniforme para tôdas as mercadorias, não excedendo, nas operações que as destinem a outro Estado, o limite fixado em resolução do Senado Federal, nos têrmos do disposto em lei complementar.

§ 2º O impôsto é não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos têrmos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado, e não incidirá sôbre a venda a varejo, diretamente ao consumidor, de gêneros de primeira necessidade, definidos como tais por ato do Poder Executivo Estadual.

Portanto, tratava-se de um imposto cuja função era tributar as operações relativas à circulação de mercadorias, que então eram realizadas pelos comerciantes em geral. Por essa razão, o ICM foi inserido no Sistema Tributário, e à época, “(...) veio para substituir o Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), porque este imposto apresentava várias desvantagens do ponto de vista econômico.” (BORGES; REIS, 1991, p.1).

Anos depois, o referido imposto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e, por meio de seu artigo 155, inciso II, abaixo transcrito, surgiu o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), cujo objetivo é tributar os contribuintes que pratiquem o fato gerador de circulação de mercadorias, os importadores de qualquer natureza, seja este pessoa física ou jurídica, o transporte intermunicipal e interestadual e os serviços de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior:

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

(...)

II - 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;

Trata-se, portanto, de um tributo mais moderno e que abarca, inclusive, os serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, e de comunicação, diferentemente do seu antecessor, cujo fato gerador era tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias.

No próximo tópico, serão analisadas as características essenciais do ICMS, bem como a sua incidência no mercado de Energia Elétrica.

1.2 Características do ICMS e a sua Incidência na Energia Elétrica

Como visto no item anterior, o ICMS surgiu através do artigo 155, inciso II da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é tributar as “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” (BRASIL, 1988).

Por essa razão, o contribuinte vai ser tributado pelo ICMS quando este praticar o fato gerador, motivo pelo qual a cobrança do ICMS não está vinculada a uma contraprestação estatal, ou, em outras palavras, o Estado não precisa prestar qualquer atividade específica para ter direito ao recebimento desse imposto, conforme prescreve o artigo 16 do CTN (BRASIL, 1966): “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”

Nesse diapasão, entende Roque Antônio Carrazza (1990, p.604) que:

É nesse sentido que muitos juristas chamam o imposto de tributo sem causa. Sem causa não porque ele não tenha fato imponible, mas porque não há necessidade de a entidade tributante oferecer qualquer contraprestação direta a quem o paga.

Portanto, como se pode auferir com base na simples leitura do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o fato gerador do ICMS é, para fins do presente trabalho, a circulação de mercadoria entre os Estados da Federação.

Cabe ressaltar, contudo, que por fato gerador devemos entender como a realização de um ato descrito na lei (hipótese de incidência), cuja ocorrência gera a obrigação tributária. Nesse sentido, Vittorio Cassone (2017, p.137) ressalta que:

Para gerar a obrigação tributária, o fato ocorrido deve enquadrar-se rigorosamente dentro dos termos da lei, fenômeno a que se dá o nome de

subsunção. Se o fato se subsume a HI, estará ele dentro do campo da incidência tributária.

No tocante à energia elétrica, a hipótese de incidência do ICMS está prevista na Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), conforme a seguir transcrito:

Art. 2º O imposto incide sobre: (...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

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

Portanto, analisando a letra da lei acima exposta, basta que a energia entre no território do Estado destinatário para que o ICMS seja devido, uma vez que há o entendimento de que houve a “circulação” da mercadoria energia.

Logo, o ICMS incide sobre a energia elétrica a partir da entrada desta no território do Estado destinatário. Nesse sentido, entende José Cassiano Borges (2015, p.378), em consonância com o artigo 2º, §2º, inciso III, da lei complementar 87/96, que:

(...) o fato gerador do ICMS sobre a circulação de energia elétrica irá ocorrer na entrada do produto, no território de cada Estado, para uso ou consumo, ou seja, a energia elétrica não destinada à comercialização ou a industrialização.

Malgrado a Constituição prescreve que o ICMS incide sobre a “circulação de mercadorias” (BRASIL,1988), o simples deslocamento de mercadoria, tal qual a energia elétrica, não basta para que haja a incidência do ICMS, sendo necessário, contudo, que ocorra a troca de titularidade. Isso porque, nos termos da Súmula do STJ 166 (BRASIL, 2013) “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Outra característica do ICMS, no tocante à energia elétrica, é que o referido imposto incide, no Ambiente de Contratação Regulada, sobre a energia efetivamente consumida e não sobre a demanda contratada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 391, na qual ficou consolidado que “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada” (BRASIL, 2009, p.3).

Passadas as reflexões acerca das principais características do ICMS e a sua hipótese de incidência na energia elétrica, o próximo passo é analisar quais são os princípios aplicáveis ao referido imposto e os seus impactos na energia.

1.2.1 Princípios aplicáveis ao ICMS

O ICMS é um imposto que incide, conforme especificado nos tópicos anteriores, na circulação de mercadoria. Nesse sentido, tal qual os demais tributos previstos em nossa Constituição Federal, o Fisco deve observar uma série de princípios norteadores para que a incidência do ICMS ocorra livre de vícios.

Nesse sentido, é possível destacar os seguintes princípios aplicáveis ao ICMS: (I) Princípio da Legalidade, (II) O Princípio da Anterioridade Nonagesimal; (III) Princípio do Exercício Financeiro, os quais serão mais bem detalhados a seguir.

1.2.1.1 Princípio da Legalidade Estrita

O Direito Tributário, assim como os demais ramos do direito público, deve respeitar o Princípio da Legalidade Estrita, o qual versa que, para a instituição ou aumento de tributo, é necessário lei em sentido estrito.

Esse princípio, aliás, foi positivado no artigo 150, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN), os quais transcrevemos, respectivamente, a seguir:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - A instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - A majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - A fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - A cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - As hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. (BRASIL, 1966, n.p)

Portanto, em consonância com os dispositivos acima transcritos, somente a lei pode estabelecer a (I) criação ou a extinção de determinado tributo; (II) a majoração ou a redução das suas alíquotas; (III) a definição de fato gerador da obrigação principal; (IV) a fixação das alíquotas do tributo; (V) a comunicação de penalidades; (VI) as hipóteses de exclusão, extinção, dispensa ou redução das penalidades.

Por essa razão, Roque Antônio Carrazza (2019, p.225) leciona que:

O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário. A raiz de todo ato administrativo tributário deve encontrar-se numa norma legal, nos termos expressos do art. 5º, II, da Constituição da República.

É importante observar, também, que o Princípio da Legalidade Estrita tem por objetivo trazer maior segurança ao contribuinte. Em outras palavras, é possível afirmar que o referido princípio tem por objetivo evitar que contribuinte não seja tributado de forma arbitrária pelo fisco, visto que este deve agir respeitando as limitações previstas em lei.

Nesse sentido, Carraza (2019, p. 225) reitera que:

O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição haver protegido a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei.

A conclusão do acima exposto é que o ICMS, na condição de espécie tributária, deve obedecer às limitações de tributar expostas no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, e no artigo 97, do Código Tributário Nacional, sendo certo que a sua criação ou a sua extinção, incluindo a majoração ou a redução de suas alíquotas, deve observar o Princípio da Legalidade Estrita.

1.2.1.2 Princípio da Anterioridade Nonagesimal

O Princípio da Anterioridade Nonagesimal estabelece que não poderão ser cobrados tributos antes de decorridos noventa dias da data da publicação da lei, conforme estabelece o artigo 150, III, “c”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III. cobrar tributos: (...)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (...)

Nesse sentido, entende Carrazza (2019, p. 241) que o princípio da Anterioridade Nonagesimal tem o objetivo de fazer com que os contribuintes tenham uma previsibilidade de quando um novo tributo começará a vigorar:

O princípio da anterioridade, exigindo que a lei tributária, para incidir, seja conhecida pelo menos noventa dias antes do término do exercício financeiro da ocorrência do fato impositivo, permite que os contribuintes saibam o que os aguarda, no campo da tributação, e, bem por isso, confiem no Estado Fiscal (daí os germânicos falarem em "princípio da confiança na lei fiscal"). Podem, assim, organizar seus negócios com acentuado grau de certeza e segurança, o que é fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito.

Esse princípio, portanto, serve para que os contribuintes não sejam “pegos de surpresa” e, dessa maneira, faz com que estes tenham uma previsibilidade sobre a instituição de um novo tributo e, assim, consigam se preparar para efetuar pagamento deste.

1.2.1.3 Princípio da Anterioridade do Exercício Financeiro

O contribuinte necessita planejar a sua renda para dar continuidade às suas atividades econômicas e, assim, controlar o seu orçamento. Nesse contexto, surge o princípio da Anterioridade do Exercício Financeiro.

O referido princípio tributário está previsto no artigo 150, inciso III, “b”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme transcrevemos a seguir:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

III - cobrar tributos: (...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (...)

Borges e Reis (2015, p.33), ao analisarem o artigo acima transcrito, entendem que

Esse princípio é tradicional nas nossas constituições e consta no artigo 150, inciso III, alínea “b”. Veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumento.

Roque Antônio Carrazza (2019, p.241), por sua vez, ilustra que o Princípio da Anterioridade do Exercício Financeiro tem por objetivo evitar que o patrimônio do contribuinte seja afetado durante o exercício financeiro em vigor:

O princípio da anterioridade impede, também, que, em meio a um exercício financeiro, venham a ser alteradas - com reflexos negativos no patrimônio do contribuinte - as formas e prazos de pagamento do tributo. Isto ocorreria, por exemplo, se a lei do exercício em curso estabelecesse que, a partir de sua publicação, o pagamento, em prestações, do tributo seria feito com correção monetária (quando a lei vigente no exercício anterior estatuiu que ele seria realizado de maneira pura e simples, vale dizer, sem correção monetária) ou com apoio em índice diverso do mencionado na lei do exercício anterior (v.g., "Índice de Preços ao Consumidor" ou "Taxa Referencial", quando a lei anterior aludia às "Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional") ou, ainda, em prazos mais exíguos (v.g., primeiro dia útil do mês, quando a lei anterior se referia a último dia útil do mês).

Portanto, em razão da não surpresa tributária, uma eventual alteração do ICMS deve aguardar o término do exercício financeiro em que esta for realizada e, conseqüentemente, somente poderá entrar em vigência no próximo exercício financeiro.

1.2.1.4 Princípio da Irretroatividade da Legislação Tributária

O Princípio da Irretroatividade da Legislação Tributária, previsto no artigo 150, III, "a", da Constituição Federal (BRASIL, 1988), determina que a lei que instituir ou aumentar tributos não tem efeitos sobre fatos geradores pretéritos, isto é, aqueles fatos ocorridos antes do início da vigência daquela lei:

art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; (...)

Por essa razão, em regra, a lei tributária, para garantir a segurança jurídica, não se aplica a fatos geradores anteriores a data de sua publicação, mas tão somente atinge os fatos posteriores a sua vigência. Nesse sentido, entende Roque Antônio Carrazza (2019, p. 385) que:

A segurança jurídica, um dos pilares de nosso Direito, exige, pois, que as leis tributárias tenham o timbre da irretroatividade. Afinal, a necessidade de

assegurar-se às pessoas a intangibilidade dos atos e fatos lícitos já praticados impõe sejam as leis tributárias irretroativas.

Esse princípio, aliás, visa que não ocorra abuso da autoridade tributante e, por essa razão, que seja respeitado os princípios gerais do direito, como o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

1.2.1.5 Princípio da Não Cumulatividade

O Princípio da Não Cumulatividade está previsto no artigo 155, §2º, I, da Constituição Federal, e versa sobre a impossibilidade que um determinado tributo incida nas diversas cadeias após a fabricação. Nas palavras Borges e Reis (2015, p.35) “O Princípio da Não Cumulatividade tem por objetivo evitar a tributação sobre o valor acrescido em cada operação, impedido, assim, o efeito cascata.”

Carrazza (2019, p 385), por sua vez, entende que:

Pela regra da não cumulatividade (que a doutrina, de um modo geral, chama de princípio da não cumulatividade), o montante de ICMS recolhido em cada operação mercantil ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação transforma-se num crédito fiscal, que será deduzido do quantum de imposto a pagar quando da prática de novas operações mercantis ou prestações de serviços, por novos comerciantes ou industriais. (...)

Portanto, após a análise das principais características, bem como os princípios aplicados ao ICMS, é necessário compreender o funcionamento do Setor Elétrico Brasileiro, e, assim, analisar o funcionamento da cessão de excedente no Ambiente de Contratação Livre.

2 O MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA

O mercado de energia elétrica caracteriza-se por ser extremamente complexo, visto que para o seu pleno funcionamento, diversos agentes precisam atuar com harmonia e responsabilidade entre si.

Nesse sentido, para compreender o que é a cessão de excedente de energia elétrica, faz-se necessário analisar, previamente, o funcionamento do mercado, o que inclui os principais agentes, bem como as funções que estes realizam, além do Mercado de Curto Prazo, que tem um grande papel para o entendimento do objetivo proposto nesse trabalho.

2.1 O que é energia?

Antes de adentrarmos nas minúcias do Mercado de Energia Elétrica, é necessário entender o que é a energia, fenômeno este que torna a nossa vida mais confortável e que tem um papel fundamental em nosso cotidiano, tanto na nossa vida privada, quanto na economia do país.

Quanto ao aspecto econômico, a energia é essencial porque abastece aos comércios, os serviços, as indústrias e o campo, e, por essa razão, é o alicerce para o crescimento social e econômico do país.

Mas, afinal, o que é a energia? José Goldemberg (2010, p.14) discorre que:

Energia (do grego *enérgeia*, atividade) é usualmente definida como a capacidade de realizar trabalho mecânico, deslocando, por exemplo, um objeto de uma posição para a outra por meio da aplicação de uma força. Para os seres humanos, que vivem num planeta que atrai todos os corpos para o centro da Terra em virtude da força gravitacional, a energia é fundamental para nos movimentarmos. A própria ideia de movimento e, portanto, de energia é ligada intimamente ao que se entende como seres vivos. Uma definição mais geral de energia é: capacidade de produzir transformações num sistema. Essa capacidade pode envolver transformações mecânicas ou transformações físicas, químicas e biológicas. A expansão de um gás (e sua capacidade de produzir trabalho), uma queda-d'água, a combustão de um hidrocarboneto como petróleo, a geração de biogás na decomposição de matérias, o uso de uma corrente elétrica para fazer girar um motor são exemplos dessas transformações.

Referente ao aspecto jurídico, a energia, nos termos do artigo 83, I, do Código Civil, é classificada como bem móvel. Trata-se, portanto, de uma determinação legal. Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.291) define que:

b) móveis por determinação legal – o art. 83 do Código Civil considera móveis para os efeitos legais:

I – As energias que tenham valor econômico; (...)

São bens materiais, que adquirem essa qualidade jurídica por disposição legal. Podem ser cedidos, independentemente de outorga uxória ou marital.

Por essa razão, portanto, é possível concluir que a energia é a capacidade de realizar trabalho mecânico, podendo se manifestar através de diversas fontes, como, por exemplo, a energia radioativa, a energia química, a energia nuclear, a energia térmica, a energia mecânica, a energia elétrica, a energia magnética e a energia elástica. Quanto ao aspecto jurídico, ela é classificada, por determinação legal, como um bem móvel.

2.2 Principais Acontecimentos Jurídicos e Regulatórios Relativos ao Mercado de Comercialização de Energia

Após definir o que é energia e qual o papel desta na vida em sociedade, é necessário analisar os principais acontecimentos, jurídicos e regulatórios, relativos ao Mercado de Comercialização de Energia Elétrica, que ocasionaram na conseqüente abertura do mercado.

O Brasil possui, hoje, um sofisticado sistema elétrico que tem por objetivo aumentar a competitividade e, *ipso facto*, minorar os preços da energia que é distribuída ao redor de todo o território brasileiro.

Mas nem sempre foi assim: ao longo da construção do Setor Elétrico Brasileiro, conforme se demonstrará nos parágrafos a seguir, o Brasil passou por dois governos importantes e extremamente fundamentais para a abertura do mercado, os quais proporcionaram mudanças jurídicas e regulatórias que auxiliaram no estímulo à competição.

2.2.1 O Governo de Fernando Henrique Cardoso

O primeiro período importante ocorreu durante o governo do Fernando Henrique Cardoso, cuja ideia central era enxugar a máquina pública. Nesse sentido, Fernando possibilitou a delegação aos particulares, por meio de concessão ou permissão, de serviços públicos que até então eram prestados diretamente pelo Estado.

Nesse contexto, a prestação dos serviços relacionados à Energia Elétrica é, por força do artigo 21, XII, “b”, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), um serviço público de competência da União, o qual pode ser delegado à iniciativa privada. Vejamos:

Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (...)

Seguindo a sua ideia central de governo, Fernando Henrique Cardoso sancionou, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei Federal nº 8.987 (BRASIL, 1995) – que ainda permanece em vigência - a qual “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.”

Trata-se, portanto, de um importante marco do Setor Elétrico Brasileiro, uma vez que a referida lei regula a concessão dos serviços de distribuição às empresas privadas. Vale ressaltar, contudo, que as Permissionárias e as Concessionárias de Serviço Público, citadas no artigo 21, XII, da Constituição Federal 1988, não integram a administração pública indireta e nem direta, visto que ambas são pessoas jurídicas de direito privado constituídas por particulares.

Meses após aprovar a Lei 8.987, Fernando Henrique Cardoso sancionou, em 07 de julho de 1995, a Lei nº 9.074, cujo objetivo foi de estabelecer “normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências” (BRASIL, 1995).

Para fins do presente pesquisa, o ponto mais importante da referida lei é o que está disposto em seu artigo 16:

É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica. (BRASIL, 1995)

Surgiu, a partir de então, o chamado Consumidor Livre, cuja principal característica é a faculdade que este tem de escolher, livremente, a pessoa jurídica de quem comprará energia elétrica para lhe abastecer.

Em razão de toda a desestatização que estava acontecendo à época, passou a existir a necessidade de se criar uma agência reguladora para o mercado de energia. Nesse sentido, em

26 de dezembro de 1996, foi sancionada a Lei nº 9.427, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL):

Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. (BRASIL, 1996, n.p)

Por fim, em 02 de julho de 1998, Fernando Henrique Cardoso, por meio do decreto nº 2.655:

Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. (BRASIL, 1998, n.p)

O Mercado Atacadista de Energia Elétrica, conforme se demonstrará nos próximos tópicos, foi sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica que exerce um importante papel no Setor Elétrico Brasileiro.

2.2.1.1 A Crise de Energia dos anos 2000

Já em seu segundo mandato, e em virtude de condições hidrológicas desfavoráveis, Fernando Henrique Cardoso enfrentou o primeiro colapso no mercado de energia, o que lhe motivou a implantar um programa de racionamento em todo o território brasileiro.

Nesse contexto de caos no Sistema Elétrico Brasileiro, o então presidente criou, por meio do decreto nº 3.900/2001 (BRASIL, 2001), a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), com o objetivo de viabilizar, em curto prazo, o aumento da capacidade de geração e a oferta da energia de qualquer fonte.

Eduardo Nery (2012, p. 471) leciona que:

No início da década de 2000, o Brasil passou por uma emergência devido à estiagem que deplecionou consideravelmente os reservatórios das usinas hidroelétricas, nossa principal fonte de geração. O racionamento da energia elétrica foi inevitável a partir de 2001 para que não houvesse colapso na oferta. Esse racionamento teve como consequência a redução no aumento da demanda e atrasou o crescimento econômico do país em praticamente todos os setores.

Por essa razão, foi criado, através da Lei nº 10.438 (BRASIL, 2002), de 26 de abril de 2002, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), cujo

objetivo foi de incentivar que a iniciativa privada participasse ativamente na atividade de geração de energia elétrica, sendo que essa geração seria a partir das fontes alternativas renováveis de energia (Pequenas Centrais Hidrelétricas, Usinas Eólicas e Empreendimento Termelétricos à Biomassa).

Nas palavras de Eduardo Nery (2012, p.471):

Devido a essa crise, o Programa Prioritário de Térmica – PPT ganhou destaque com as usinas que operavam a biomassa, o bagaço de cana, entre outros, e o gás natural. As pequenas centrais hidrelétricas – PCH's ganharam incentivos do Governo Federal, assim como as fontes não convencionais, eólica e solar. Os projetos de conservação de energia, também, foram incentivados.

Trata-se de um importante marco do Setor Elétrico Brasileiro, uma vez que a ideia do Governo era impulsionar a iniciativa privada, para que esta participasse da atividade de geração de energia elétrica e, conseqüentemente, evitasse um novo caos no setor.

2.2.2 O Governo de Luiz Inácio Lula da Silva

No mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, foi aprovado o Novo Modelo do Setor Elétrico, através da promulgação das Leis nº 10.847 e 10.848, as quais tratavam, respectivamente, da criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e da aprovação das Regras para Comercialização de Energia Elétrica.

A Lei nº 10.848 (BRASIL, 2004) tem grande importância no Setor Elétrico Brasileiro, sobretudo porque esta dividiu o mercado de comercialização em dois grandes grupos: o Ambiente de Contratação Livre e o Ambiente de Contratação Regulado:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre. (...)

Além disto, a lei supramencionada (BRASIL, 2004) também autorizou a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, a qual, conforme será tratada nos próximos tópicos, tem grande responsabilidade no Setor Elétrico Brasileiro:

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

Após as mudanças descritas nos itens anteriores, foi institucionalizado o novo Setor Elétrico Brasileiro, que nas palavras de Eduardo Nery (2012, p. 258):

O funcionamento adequado do novo modelo institucional tem como atribuições permanentes as seguintes metas: eficiência econômica da indústria; autossustentação da indústria de modo a garantir a expansão do sistema; operação do sistema com elevado grau de confiabilidade em consonância com requisitos de qualidade impostos pela sociedade; prestação dos serviços não discriminatória incluindo sua universalização.

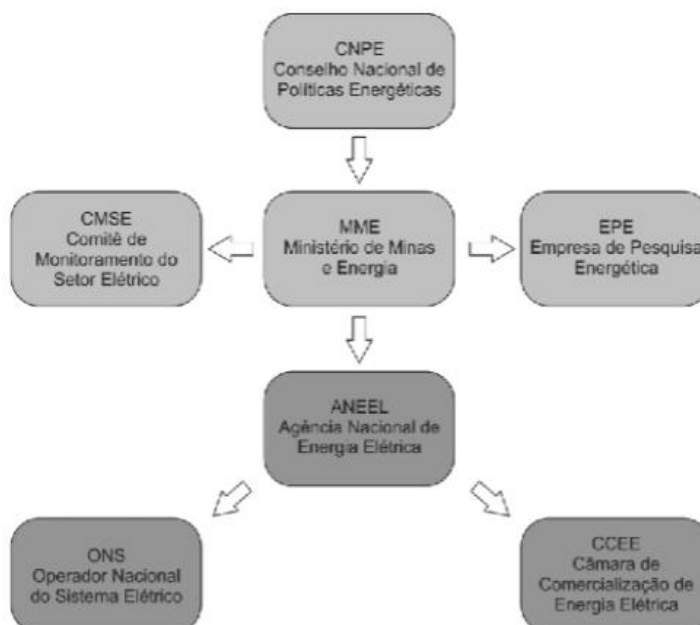
Após percorridas as mudanças acerca do Setor Elétrico Brasileiro, referentes à comercialização de energia elétrica, é necessário entender a sua estrutura, bem como a função de cada instituição integrante deste importante mercado.

2.3 Estatura do Setor Elétrico

Conforme mencionado no capítulo anterior, o governo brasileiro, através das Leis nº 10.847 e 10.848, criou e estabeleceu as diretrizes para o funcionamento do atual modelo do Sistema Elétrico Brasileiro.

A partir de então, o Setor Elétrico Brasileiro passou a operar com a seguinte estrutura:

Figura 1 - Estrutura do Sistema Elétrico Brasileiro



Fonte: Mercados e Regulação de Energia Elétrica, p. 472

Fazem parte do Setor Elétrico Brasileiro, portanto, o (I) Conselho Nacional de Política Energética, (II) Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico, (III) Ministério de Minas e Energia, (IV) Empresa de Pesquisa Energética, (V) Agência Nacional de Energia Elétrica, (VI) Operador Nacional do Sistema e a (VII) Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, os quais serão melhor detalhados nos itens a seguir.

2.3.1 Conselho Nacional de Política Energética

Instituído pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (BRASIL, 1997), o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) é o órgão da administração responsável pela homologação da política energética no Brasil.

O CNPE, que é presidido pelo Ministro de Estado de Minas Energia (MME), tem como principal função assessorar o Presidente da República na definição das diretrizes e na aprovação das políticas energéticas, que são formuladas pelo MME, as quais são destinadas a (BRASIL, 1997):

I - Promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável;

II - Assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

IV - Estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas; (Redação dada pela Lei no 11.097, de 2005)

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, biocombustíveis, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4o da Lei no 8.176, de 8 de fevereiro de 1991; (Redação dada pela Lei no 12.490, de 2011)

VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização

do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (Incluído pela lei no 10.848, de 2004)

VII - estabelecer diretrizes para o uso de gás natural como matéria-prima em processos produtivos industriais, mediante a regulamentação de condições e critérios específicos, que visem a sua utilização eficiente e compatível com os mercados interno e externos. (Incluído pela Lei no 11.909, de 2009)

VIII - definir os blocos a serem objeto de concessão ou partilha de produção; (Incluído pela Lei no 12.351, de 2010)

IX - Definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento; (Redação dada pela Lei no 12.490, de 2011)

X - Induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX. (Incluído pela Lei no 12.351, de 2010).

Nesse sentido, Eduardo Nery (2012, p.571) entende que:

Cabe ao CNPE sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazo, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico.

Portanto, cabe ao CNPE realizar o papel de conselheiro energético do Presidente da República e, assim, ajudá-lo na formatação de novas políticas energéticas, de acordo com as necessidades do Brasil.

2.3.2 Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

O Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) foi instituído pela Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, e, segundo Eduardo Nery (2012, p.571), tem por objetivo:

(...) sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazo, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico.

Nesse diapasão, o Estatuto Social do CMSE (BRASIL, 2004) determina a realização das seguintes atividades:

I - Acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados;

II - Avaliar as condições de abastecimento e de atendimento, relativamente às atividades referidas no inciso I deste artigo, em horizontes pré-determinados;

III - realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados, abrangendo os seguintes parâmetros, dentre outros:

a) demanda, oferta e qualidade de insumos energéticos, considerando as condições hidrológicas e as perspectivas de suprimento de gás e de outros combustíveis;

b) configuração dos sistemas de produção e de oferta relativos aos setores de energia elétrica, gás e petróleo; e

c) configuração dos sistemas de transporte e interconexões locais, regionais e internacionais, relativamente ao sistema elétrico e à rede de gasodutos;

IV - Identificar dificuldades e obstáculos de caráter técnico, ambiental, comercial, institucional e outros que afetem, ou possam afetar, a regularidade e a segurança de abastecimento e atendimento à expansão dos setores de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados; e

V - Elaborar propostas de ajustes, soluções e recomendações de ações preventivas ou saneadoras de situações observadas em decorrência da atividade indicada no inciso IV, visando à manutenção ou restauração da segurança no abastecimento e no atendimento eletroenergético, encaminhando-as, quando for o caso, ao Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

O CMSE, portanto, realiza um importante papel no setor elétrico, uma vez que este indica as ações necessárias para evitar que um novo colapso aconteça no Brasil.

2.3.3 Ministério das Minas e Energia

Criado através da Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960, o Ministério das Minas e Energia (MME), nas palavras de Eduardo Nery (2012, p.571), é:

O responsável pela formulação e implementação de políticas para o setor energético, de acordo com as diretrizes do CNPE e pelo exercício da função de planejamento setorial. Tem a atribuição do exercício do Poder Concedente e coordena o CMSE.

Ao analisar o Estatuto Social do MME (BRASIL, 2013), é possível identificar as seguintes competências:

O Ministério de Minas e Energia, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

- I - Políticas nacionais de geologia, de exploração e de produção de recursos minerais e energéticos;
 - II - Políticas nacionais de aproveitamento dos recursos hídricos, eólicos, fotovoltaicos e de demais fontes para fins de energia elétrica;
 - III - política nacional de mineração e transformação mineral;
 - IV - Diretrizes para o planejamento dos setores de minas e de energia;
 - V - Política nacional do petróleo, do combustível, do biocombustível, do gás natural de energia elétrica, inclusive nuclear;
 - VI - Diretrizes para as políticas tarifárias;
 - VII - energização rural e agroenergia, inclusive eletrificação rural, quando custeada com recursos vinculados ao setor elétrico;
 - VIII - políticas nacionais de integração do sistema elétrico e de integração eletroenergética com outros países;
 - IX - Políticas nacionais de sustentabilidade e de desenvolvimento econômico, social e ambiental dos recursos elétricos, energéticos e minerais;
 - X - Elaboração e aprovação das outorgas relativas aos setores de minas e energia;
 - XI - avaliação ambiental estratégica, quando couber, em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente e demais órgãos relacionados;
 - XII - participação em negociações internacionais relativas aos setores de minas e energia; e
 - XIII - fomento ao desenvolvimento e adoção de novas tecnologias relativas aos setores de minas e de energia.
- Parágrafo único. Compete, ainda, ao Ministério de Minas e Energia zelar pelo equilíbrio conjuntural e estrutural entre a oferta e a demanda de energia elétrica no País.

Portanto, no âmbito do Setor Elétrico Brasileiro, o MME realiza as atividades que são inerentemente ligadas à otimização do consumo de energia elétrica em todo o território nacional, sendo este um órgão da administração direta, ligado diretamente ao Presidente da República.

2.3.4 Empresa de Pesquisa Energética

A Empresa de Pesquisa Energética (EPE), criada através da Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004, tem por seu principal objetivo a prestação de serviço ao Ministério de Minas e Energia, nas áreas de estudo e pesquisa, destinadas a subsidiar o planejamento do setor elétrico, cobrindo, desta forma, os setores de energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados e biocombustíveis, conforme prevê o Estatuto Social do CNPE (2017, p.8) em seu artigo 4º:

Art. 4º A EPE tem por objetivo social prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

Parágrafo Único. Em sua função de subsidiar o planejamento energético, a EPE elabora análises que norteiam as escolhas do Estado com vistas à promoção da prestação eficiente do serviço público e do desenvolvimento eficaz do setor de energia, para melhor atender o bem-estar social, o interesse coletivo e o desenvolvimento sustentável.

Em seu site institucional (2020), a EPE afirma que foi criada

(...) com o objetivo de resgatar a responsabilidade constitucional do Estado nacional em assegurar as bases para o desenvolvimento sustentável da infraestrutura energética do país. A partir de sua criação, a atuação da EPE consolidou-se como parte fundamental de um ciclo de atividades que se inicia com as definições de políticas e diretrizes no âmbito do CNPE – Conselho Nacional de Política Energética e do MME. A partir dessas definições materializam-se os estudos e as pesquisas que irão efetivamente orientar o desenvolvimento do setor energético brasileiro.

Por esse motivo, trata-se de mais uma instituição que está intrinsecamente ligada às atividades relacionadas com as políticas energéticas, a fim de evitar que o colapso ocorrido no início da década ocorra novamente.

2.3.5 Agência Nacional de Energia Elétrica

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que é a Agência Reguladora do Setor Elétrico Brasileiro, foi criada através da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), e tem por principal função regular e fiscalizar as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Nas palavras de Eduardo Nery (2012, p.478),

A ANEEL tem por finalidade de, conforme a lei que a criou, regular e fiscalizar a produção, a transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no país, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal e em benefício da sociedade. A Agência medeia os conflitos de interesse entre os usuários e concessionárias de forma a manter o equilíbrio do mercado. É também atribuído a ANEEL, mediante delegação do poder concedente, a conclusão dos processos de autorizações, permissões e concessões para prestação dos serviços públicos de transmissão e distribuição e de uso de bem público, para o caso de geração, mediante a construção, manutenção e operação das instalações. Nesse contexto, deve zelar pela qualidade do serviço, exigir investimentos prudentes, estimular a competição, assegurar a universalização dos serviços e garantir tarifas justas para todos.

Quando se trata de um serviço público prestado por particular, que é o caso do fornecimento de energia elétrica, é necessário que se tenha uma agência reguladora forte e bem estruturada, como é o caso da ANEEL, que exerce, com excelência, a mediação dos conflitos decorrentes do Setor Elétrico Brasileiro e, conseqüentemente, passa credibilidade aos agentes do setor.

2.3.6 Operador Nacional do Sistema

O Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), que foi criado através da Lei n. 9.648, de 26 de agosto de 1998 (BRASIL, 1998), tem a função de realizar o controle do Sistema Interligado Nacional (SIN).

Segundo o seu site institucional (2020):

O Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) é o órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

(...)

Para o exercício de suas atribuições legais e o cumprimento de sua missão institucional, o ONS desenvolve uma série de estudos e ações exercidas sobre o sistema e seus agentes proprietários para gerenciar as diferentes fontes de energia e a rede de transmissão, de forma a garantir a segurança do suprimento contínuo em todo o país, com os objetivos de:

- (a) promover a otimização da operação do sistema eletroenergético, visando ao menor custo para o sistema, observados os padrões técnicos e os critérios de confiabilidade estabelecidos nos Procedimentos de Rede aprovados pela Aneel;
- (b) garantir que todos os agentes do setor elétrico tenham acesso à rede de transmissão de forma não discriminatória; e
- (c) contribuir, de acordo com a natureza de suas atividades, para que a expansão do SIN se faça ao menor custo e vise às melhores condições operacionais futuras.

Basicamente, o ONS tem por objetivo controlar o Sistema Interligado Nacional, fazendo com que este funcione de forma otimizada: quando se está em um período úmido, por exemplo, o ONS determina o funcionamento mais ativo das hidrelétricas. No entanto, quando se está em um período seco, o ONS determina o funcionamento ativo das outras fontes de geração, como, por exemplo, as termelétricas.

2.3.6.1 Sistema Interligado Nacional

O ONS, nos termos de seu Estatuto Social, é o responsável por operar o Sistema Interligado Nacional (SIN). Segundo a Agência Nacional de Águas, este sistema caracteriza-se por ser:

(...) um sistema hidrotérmico de grande porte para produção e transmissão de energia elétrica, cuja operação envolve modelos complexos de simulações que estão sob coordenação e controle do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, que, por sua vez, é fiscalizado e regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

A operação hidráulica dos sistemas de reservatórios integrantes do SIN é uma atividade de tempo real que consiste na operacionalização das diretrizes hidráulicas que, utilizando a capacidade de regulação dos reservatórios, permite o gerenciamento do armazenamento de água nos reservatórios, considerando a otimização energética, o controle de cheias e o atendimento aos usos múltiplos da água. (ANA, 2020, n.p)

Dada a variada matriz energética do Brasil, o ONS, utilizando-se do SIN, decide quais as fontes de geração vão despachar mais energia em um dado momento. Por exemplo, se estiver passando por um período úmido, a ordem vai no sentido de que as hidrelétricas despachem mais energias que os outros tipos de geração (térmica, eólica, solar etc.), visto que esta fonte de geração é menos custosa.

Além disso, o SIN é subdividido em quatro grandes submercados: Sudeste/Centro-Oeste; Norte; Sul; e Nordeste. Eduardo Nery (2012, p.266) entende que:

Os submercados correspondem a uma representação simplificada da rede de transmissão e são identificados a partir das restrições de transmissão relevantes e persistentes, chamadas “estruturais”. Neste tipo de representação não são incluídas as restrições internas de cada um dos mercados, chamadas “conjunturais”. A representação por submercado acarreta implicações comerciais, quais sejam: (I) o preço da liquidação PD é uniforme dentro de cada submercado; (II) os preços dos submercados podem ser diferentes quando houver alguma restrição de transmissão ativa, refletindo a incapacidade de transmissão de recursos entre submercados; (III) a contabilização do mercado é feita para cada submercado; (IV) as transações comerciais, ou seja os contratos, entre os submercados podem ocasionar riscos de exposição no mercado quando os preços entre submercados são diferentes – o chamado risco dos submercados; e (V) diferenças entre o despacho ideal e o real causa características existentes no modelo setorial durante a transição e principalmente as características do processo de planejamento. A divisão regional do mercado de suprimento das grandes geradoras foi mantida. Devido à diversidade hidrológica no sistema brasileiro, as interligações entre as regiões possuem um papel preponderante de otimização dos intercâmbios.

2.3.7 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que foi criada através da lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 (BRASIL, 2004), tem o papel de viabilizar a comercialização de energia elétrica.

Segundo o seu site institucional (2020):

A Câmara de Comercialização atua como operadora do mercado brasileiro de energia elétrica, voltada à viabilização de um ambiente de negociação competitivo, sustentável e seguro. A CCEE promove discussões e propõe soluções para o desenvolvimento do setor elétrico nacional, fazendo a interlocução entre os agentes e as instâncias de formulação de políticas e regulação. O foco de atuação da instituição é a evolução do segmento de comercialização, pautado pela neutralidade, liquidez e simetria de informações.

No âmbito operacional, uma das principais atividades da CCEE é contabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica, apurando mensalmente as diferenças entre os montantes contratados e os montantes efetivamente gerados ou consumidos pelos agentes de mercado. Para tanto, registra os contratos firmados entre compradores e vendedores, além de medir os montantes físicos de energia movimentados pelos agentes.

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 operações de comercialização de energia elétrica realizadas pela CCEE são regidas por regras e procedimentos. Assim, outra importante atribuição da Câmara de Comercialização é desenvolver, aprimorar e divulgar essas normas aos participantes do mercado de energia elétrica.

Na esfera do mercado regulado, a CCEE é responsável por promover os leilões de compra e venda de energia, assim como gerenciar os contratos firmados nesses leilões.

Portanto, é possível concluir, diante do acima transcrito, que a CCEE é responsável, por (I) realizar a contabilização da energia elétrica, por meio da análise das diferenças entre o volume dos contratos registrados e o volume efetivamente consumido; (II) determinar o valor do Preço de Liquidação das Diferenças, que será melhor explicado nos tópicos a seguir; (III) desenvolver as regras e os procedimentos de comercialização; (IV) viabilizar a realização dos leilões para venda de energia elétrica ao mercado regulado.

2.4 Agentes do Setor Elétrico

O setor elétrico Brasileiro é composto por quatro grandes agentes: geração, transmissão, distribuição e comercialização, os quais serão mais bem detalhados a seguir.

2.4.1 Agentes de Geração

Os Agentes de Geração são os responsáveis por produzir a energia elétrica e injetá-la nos Sistemas de Transmissão, fazendo, dessa maneira, com que a energia chegue até os pontos de consumo das pessoas físicas ou jurídicas.

Segundo a ANEEL (2020), o Agente de Geração é definido como a:

Empresa ou consórcio de empresas detentor de concessão ou autorização para produzir energia elétrica, bem como os agentes que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjunto, detêm participação acionária nessa empresa ou consórcio, participando do grupo de controle e sejam signatários do Acordo de Acionistas e/ou do Contrato de Concessão. No caso de importação de energia elétrica, a empresa ou consórcio responsável pela importação, bem como seus acionistas, serão considerados agentes de geração.

Trata-se, portanto, de uma empresa que detém a concessão ou a autorização para produzir energia elétrica. Lineu Belico dos Reis (2011, p.65) complementa que:

A área de geração se preocupa especificamente com o processo da produção de energia elétrica por meio de diversas tecnologias e fontes primárias. Existe uma grande gama de opções de geração de eletricidade, cada uma delas com características bem distintas e específicas no que se refere ao dimensionamento, aos custos e à tecnologia.

Segundo a CCEE (2020), O SIN registrou um total de 2.005 empreendimentos conectados ao sistema de distribuição. A CCEE (2020) diz, ainda, que:

A fonte com maior quantidade de usinas registradas continua sendo a hidráulica, com a presença de 875 Hidrelétricas, Centrais Geradoras Hidrelétricas – CGH e Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCH no País. Em segundo lugar, as eólicas contam com 615 parques disponíveis, sobretudo nas regiões Nordeste e Sul. O SIN tem ainda 114 solares fotovoltaicas e 401 termelétricas.

As térmicas são representadas em sua maioria pelas usinas a biomassa, que somam 286 empreendimentos. O Brasil conta também com 48 termelétricas a gás, 44 a óleo, 10 a base de carvão mineral, duas nucleares e outras 11 usinas, que podem ser bicomustíveis ou até mesmo reação exotérmica.

Ao todo, as usinas geraram 67.535 megawatts (MW) médios de energia em fevereiro, volume 1,1% menor do que o apresentado no mesmo mês de 2019.

Como destaque do período, vale mencionar o aumento da geração das fontes hidráulicas (1,1%), eólicas (18,4%) e fotovoltaicas (28,2%), o que levou a uma redução de quase 20% na produção de energia pelas termelétricas.

Portanto, trata-se de um seguimento do Setor Elétrico Brasileiro que, conforme descrito acima pela CCEE, vem crescendo nos últimos anos. É possível afirmar que a geração é o mais importante seguimento do mercado, uma vez que sem a produção da energia, os demais agentes do mercado perdem a sua razão de existir.

2.4.2 Agentes de Transmissão

Os Agentes de Transmissão são os responsáveis por transportar a energia proveniente dos Agentes de Geração até a área de concessão dos Agentes de Distribuição. Para melhor elucidar a sua função, é possível compará-los à um caminhoneiro: este recolhe o produto diretamente do fabricante (Agentes de Geração) e encaminha até os supermercados das cidades (Agentes de Distribuição) para serem vendidos aos consumidores finais.

Nas palavras de Lineu Belico dos Reis (2011, p.66):

Em geral, a área de transmissão está associada ao transporte de blocos significativos de energia a distância razoavelmente longas. Pode ser também caracterizada por linhas elétricas aéreas, com torres de grande porte e com condutores de grande diâmetro, cruzando grandes distâncias desde o ponto geração até pontos específicos, próximos aos grandes centros de consumo de energia elétrica.

Nery (2012, p. 260), por sua vez, entende que os agentes de transmissão

(...) são típicos prestadores de serviços públicos que contam com ativos de transmissão responsáveis pelo transporte de energia em tensão igual ou superior a 250Kv. No modelo brasileiro, tais serviços permanecem constituindo monopólio natural para a garantia da eficiência do sistema. Como agentes de transmissão de energia elétrica são, portanto, intermediários do relacionamento estabelecido entre os geradores e os comercializadores e distribuidores.

Por essa razão, os Agentes de Transmissão exercem um importante papel no Setor Elétrico Brasileiro, fazendo com que a energia chegue até os Agentes de Distribuição e estes, conseqüentemente, entregam a energia até as unidades consumidoras.

2.4.3 Agentes de Distribuição

Os Agentes de Distribuição recebem a energia advinda dos Agentes de Transmissão e a distribuem aos consumidores finais, independentemente se estes adquiriram a energia no Ambiente de Contratação Livre ou no Ambiente de Contratação Regulado.

Além de realizar o transporte da energia elétrica até as unidades consumidoras, os Agentes de Distribuição realizam, também, a venda de energia elétrica aos consumidores que integram o Ambiente de Contratação Regulado, dentro da sua área de concessão.

Eduardo Nery (2012, p. 580) acrescenta ainda que o agente de distribuição é: “Titular de concessão ou permissão para distribuição de energia elétrica a consumidor final ou a outra unidade suprimida, exclusivamente de forma regular.”

Cumpra salientar que o preço da energia vendida pelos Agentes de Distribuição, aos consumidores da sua área de concessão, é regulado pela ANEEL, o qual é modificado de acordo com as bandeiras adotadas pela referida agência reguladora, razão pela qual os Agentes de Distribuição não são livres para praticar os preços que desejam.

2.4.4 Agentes de Comercialização

Os Agentes de Comercialização são os responsáveis por, basicamente, intermediar a compra e venda da energia elétrica entre os Agentes Geradores e os consumidores finais dentro do Ambiente de Contratação Livre.

Segundo a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL), os Agentes Comercializadores:

Viabilizam, com sua atividade, o preço de equilíbrio e dão racionalidade econômica ao “rateio” de sobras e déficits. Permitem o ajuste dos portfólios de compra e venda. Assumem o risco de crédito do consumidor e o risco de performance do produtor. Oferecem liquidez ao mercado, viabilizando a competição. (ABRACEEL, 2019, n.p)

Para que uma pessoa jurídica possa se tornar um agente comercializador, esta precisa ter uma autorização, concessão ou permissão da ANEEL outorgando-lhe direito tal finalidade. Nesse sentido, leciona Eduardo Nery (2012, p. 580) que o agente de comercialização é o: “Titular de autorização, concessão ou permissão para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).”

Portanto, os Agentes Consumidores exercem um importante papel no Setor Elétrico Brasileiro, uma vez que estes otimizam as negociações e, por isso, auxiliam diretamente na redução no custo da energia.

2.5 O Mercado de Comercialização de Energia

O mercado de comercialização é dividido em dois grandes ambientes: o Ambiente de Contratação Livre e o Ambiente de Contratação Regulado, os quais serão mais bem desenvolvidos nos próximos tópicos.

2.5.1 O Ambiente de Contratação Regulado

O Ambiente de Contratação Regulado (ACR) é o mercado destinado aos pequenos consumidores de energia elétrica, isto é, aqueles que têm uma demanda inferior à 500kW (quinhentos quilowatts). Enquadram-se, nessa categoria, as residências e as pequenas empresas consumidoras de energia.

Nesse ambiente de contratação, os consumidores não podem escolher de quem vão adquirir a energia, uma vez que estes são obrigados a adquiri-la do Agente de Distribuição que possui a concessão da área em que ele se encontra.

Assim leciona Eduardo Nery (2012, p.60) que:

A ACR é o ambiente de contratação das empresas distribuidoras de energia, que adquirem energia elétrica para atender as necessidades de seus consumidores cativos – consumidores que não têm o direito de escolher o fornecedor de energia e que compram energia elétrica diretamente do distribuidor local ao qual estão conectados, pagando tarifas reguladas pela ANEEL.

Os preços da energia comercializada no ACR, cumpre ressaltar, são fixados pela ANEEL. Nesse sentido, diferentemente do Ambiente de Contratação Livre, onde as partes negociam livremente o preço da energia, no ACR os preços variam de acordo com as condições climáticas: se, *exempli gratia*, estivermos em um período úmido, o preço da energia tende a diminuir; se, por outro lado, estivermos em um período seco, o preço da energia elétrica tende a aumentar.

2.5.2 O Ambiente de Contratação Livre

O Ambiente de Contratação Livre (ACL), diferentemente do ACR, é destinado aos grandes consumidores de energia, isto é, aqueles que tem carga igual ou superior 500kW. Neste mercado, há dois tipos de consumidores: os livres e os especiais. Eduardo Nery (2012, p.61) diz que:

Os consumidores livres são caracterizados por uma demanda mínima contratada de 3MW, podendo adquirir energia de qualquer fonte. Já os consumidores especiais apresentam demanda mínima contratada de 500KW, podendo adquirir energia das chamadas fontes incentivadas: pequenas centrais hidrelétricas, usinas de biomassa, eólica, solar fotovoltaica com potência injetada na rede de transmissão/distribuição limitada em 30MW.

Neste ambiente, os preços da energia são negociados livremente entre os consumidores e vendedores. A grande vantagem desse ambiente é que, uma vez contratada a energia, independentemente se estivermos em um período úmido ou seco, o preço da energia não sofrerá mudança, o que garante uma previsibilidade às partes envolvidas.

Ainda nas palavras de Eduardo Nery (2012, p.61):

O ACL é o ambiente de contratação dos consumidores livres e especiais, que podem escolher seu fornecedor de energia elétrica. Esses consumidores têm liberdade de negociar com os agentes vendedores volumes de energia, prazos, preços, garantias financeiras, dentre outros itens que constituem um contrato de compra e venda de energia elétrica.

Em decorrência dessa previsibilidade e da diferença de preço da energia comercializada no ACR e ACL, o Mercado Livre de Energia Elétrica vem crescendo bastante nos últimos anos. Por essa razão, segundo a CCEE (2020), o primeiro trimestre de 2020 registrou um total de 7.453 Agentes Consumidores associados à Câmara.

2.5.2.1 O Mercado de Curto Prazo

O Mercado de Curto Prazo (MCP), operado pela CCEE, tem por função contabilizar a energia contratada pelos agentes do Setor Elétrico Brasileiro e, dessa forma, balancear as diferenças entre o que foi efetivamente produzido e consumido por cada agente associado à Câmara.

Nesse diapasão, se de um lado, por exemplo, existe um consumidor que utilizou mais energia em um determinado mês, do outro existe um agente que gerou mais do que fora planejado e, por essa razão, o MCP funciona como o ambiente de ajuste entre o previsto nos contratos e o que foi efetivamente consumido pelos agentes.

Segundo a CCEE (2014),

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 por cada agente. As diferenças apuradas, positivas ou 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.

Nesse sentido, Eduardo Nery (2012) discorre que:

O mercado de Curto Prazo, ou mercado *spot*, tem por objetivo fazer com que, a cada mês, os agentes da CCEE não apresentem diferenças entre o montante contratado e utilizado. Essas diferenças surgem, do ponto de vista do vendedor, do fato de que a geração a ser verificada dependerá do despacho do ONS e, do ponto de vista do comprador, o volume a ser consumido poderá variar em função do comportamento de seu mercado.

A partir da apuração do MCP, um consumidor saberá (I) se é necessário comprar energia para satisfazer um eventual déficit que este tem após a apuração da CCEE ou, caso contrário, (II) se ele pode liquidar a energia que sobrou com base no Preço de Liquidação das Diferenças ou ceder o referido excedente aos demais agentes do setor.

2.5.2.2 O Preço de Liquidação das Diferenças

O MCP, conforme aduzido no item anterior, tem por função contabilizar a energia contratada pelos agentes do setor elétrico, bem como balancear as diferenças entre o que foi negociado pelos agentes.

Nesse sentido, o Preço da Liquidação das Diferenças (PLD) tem por objetivo precificar o valor da energia que sobra, em um determinado mês, para que os agentes possam liquidá-la no MCP.

Eduardo Nery (2012, p.596) ilustra que:

O PLD, Preço de Liquidação das Diferenças, é determinado semanalmente pela CCEE para cada patamar de carga (leve, médio e pesado) e para cada submercado. Tem como base o Custo Marginal de Operação que é gerado pelos modelos computacionais Newave e Decomp, utilizados pelo ONS para o planejamento da operação do SIN, cujo processo de cálculo é efetuado com base em informações previstas de disponibilidade das usinas e previsão de consumo. É limitado por um preço mínimo e por um preço máximo, definidos anualmente por resolução da ANEEL. Observe que no processo de contabilização mensal são considerados os valores de PLD calculados para cada semana e para cada patamar de carga do mês a ser contabilizado.

Portanto, o agente consumidor, em caso de sobra de energia elétrica, deverá optar por (I) liquidar a energia no MCP a preço valorado a PLD ou ceder o excedente a preço livremente negociado entre as partes.

2.6 Requisitos para a Migração ao Ambiente de Contratação Livre

Para que um consumidor integrante do ACR possa migrar ao ACL, é necessário que este atenda à alguns requisitos. Nesse sentido, para que a migração ao ACL ocorra, a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL) entende que é necessário realizar 7 (sete) passos, sendo:

Figura 2 - Requisitos para a migração ao ACL

1º	Avaliar os requisitos de demanda.	É preciso ter demanda contratada de, no mínimo, 500 kW para se tornar consumidor especial e de 3.000kW para se tornar livre. Em função da Portaria 514 do MME, a demanda será reduzida para 2.500 kW em julho de 2019 e, posteriormente, para 2.000 kW em janeiro de 2020.
2º	Analisar os contratos vigentes com a distribuidora.	O contrato de compra de energia regulada ou contrato de fornecimento tem, usualmente, vigência de 12 meses e deve ser rescindido para a migração com seis meses de antecedência.
3º	Realizar estudo de viabilidade econômica.	Após analisar os contratos vigentes, o consumidor deve realizar um estudo de viabilidade econômica, comparando as previsões de gastos com eletricidade no mercado livre e no cativo.
4º	Enviar carta de denúncia do contrato à distribuidora.	Caso decida pela migração para o mercado livre, o consumidor deve enviar uma carta à distribuidora comunicando a denúncia dos contratos vigentes. Caso queira antecipar a rescisão contratual, deve pagar pelo encerramento antecipado do contrato.
5º	Comprar energia no ACL.	O próximo passo é a compra de energia no ACL, por meio de contratos de compra de energia em ambiente de contratação livre (CCEAL) e/ou de contratos de compra de energia incentivada (CCEI). O contrato pode ser comprado de comercializadores, geradores ou outros consumidores (por meio de cessão).
6º	Adequar-se ao SMF.	O próximo passo é a adequação do sistema de medição para faturamento (SMF). Os consumidores livres e especiais precisam adequá-lo aos requisitos descritos no procedimento de rede, submódulo 12.2*.
7º	Realizar adesão à CCEE e fazer a modelagem dos contratos.	O último passo para a migração do consumidor é realizar a adesão à CCEE e fazer a modelagem dos contratos de energia comprados no ACL, conforme os procedimentos de comercialização da CCEE, submódulos 1.1 e 1.2*.

O primeiro requisito a ser atendido é ter uma demanda contratada mínima de 500Kw. Demanda, nos termos do artigo 2º, “c”, XXI, da Resolução Normativa nº 414, de 09 de setembro de 2010, quer dizer:

Demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts.

O segundo requisito é analisar a possibilidade de rescindir ou se opor à renovação do Contrato de Compra de Energia Regulada (CCER). Os CCER's têm vigência de doze meses com renovação automática por igual período.

O terceiro requisito é realizar um estudo de viabilidade. Essa tarefa fica a cargo, salvo negociações em contrário, do Agente Comercializador, que vai realizar estudos cujo objetivo é verificar se é viável, sob o aspecto econômico, a migração do potencial Agente Consumidor ao ACL.

O quarto requisito é realizar a denúncia contratual, que nada mais é do que o potencial agente consumidor se opor à renovação de seu CCER. Caso queira antecipar a sua migração, ele deve arcar com as multas por rescisão antecipada. Do contrário, o Agente Consumidor deve se opor à renovação com, no mínimo, 180 dias de antecedência à data de renovação.

O quinto passo é adquirir energia no ambiente de contratação livre. Normalmente essa energia é adquirida diretamente do Agente de Comercialização que auxilia o Agente Consumidor a migrar ao ACL. No entanto, isso não é regra, razão pela qual o potencial agente consumidor pode comprar a energia diretamente do Agente de Geração, por exemplo.

O sexto passo é se adequar ao Sistema de Medição para Faturamento (SMF), que nada mais é do que a instalação de Medidores e Transformadores. Segundo a CCEE (2020),

Medidores e transformadores de potencial e de corrente são equipamentos associados que constituem o Sistema de Medição para Faturamento (SMF), que são utilizados para medir o fluxo de energia.

Os medidores são conectados ao Sistema de Coleta de Dados de Energia (SCDE), que é o sistema responsável pela coleta diária (realizada das 0h às 10h) e pelo tratamento dos dados de medição.

Por fim, o sétimo e último requisito é realizar a adesão à CCEE. A adesão à câmara é obrigatória para a participação no ACL. Caso ela não seja realizada, o potencial agente consumidor ficará impedido de consumir energia no ACL.

2.7 Considerações sobre os Contratos de Compra e Venda de Energia no Ambiente de Contratação Livre

Todos os contratos, independentemente de seu objeto, devem atender aos requisitos de validade dispostos no artigo 104 do Código Civil, isto é, ter agente capaz, o objeto ser lícito, possível determinado ou determinável, e a sua forma deve ser prescrita ou não defesa em lei. Além disto, a vontade é um requisito determinante para a existência do contrato.

Em atendimento ao requisito da capacidade, Alexandre Cortez Fernandes (2011, p.63) entende que:

Quanto à capacidade das partes, por ser o contrato um negócio jurídico, solicita a capacidade do agente; vale dizer, o sujeito deve possuir aptidão para executar o contrato no que diz respeito às normas correspondentes à capacidade. Nesse sentido, de acordo com o art. 166, I, do CCB, não reúnem validade contratos celebrados por sujeitos incursos nas situações de capacidade. Evidentemente, devem ser levadas em consideração as situações em que se verifica a representação.

No tocante ao objeto do contrato, Cortez (2011, p.63) argumenta,

O objeto deve ser lícito, ou seja, não contrário à lei, devendo estar o objeto do contrato dentro do elenco de coisas passíveis de contrato previsto na norma jurídica. Dessa sorte, não pode ser proibido pelo direito, pela ordem pública, pelos bons costumes, pela moral, considerando-se, naturalmente, a época e o lugar em que for realizado o contrato.

O objeto, que também deve ser determinado ou determinável, deve ter idoneidade. Nas palavras de Alexandre (2011, p. 64),

A idoneidade do objeto deve ser realizada no momento formativo do contrato, ocasião em que é determinado o objeto que está individuado frente aos demais – e objeto determinável é aquele que traz elementos mínimos de individualização, mas com franca possibilidade de caracterização num futuro determinado – é o caso das contratações em gênero e quantidade, típico caso de obrigação de dar coisa incerta.

Já quanto a forma do contrato, Cortez (2011, p.64) determina que essa:

(...) deve ser prescrita ou não defesa em lei. Ressalta-se que o CCB considera a liberdade das formas, conforme se percebe do art. 107, que dispõe que a declaração de vontade não dependerá de forma especial, salvo quando a lei exigir de maneira expressa.

Por último, mas não menos importante, a vontade deve estar livre de vício de consentimento (2011, p.65):

(...) o contrato deve derivar de uma declaração de vontade livre e com consciência, vale dizer, isento de coação, sem dolo ou erro, não ser emanada de situação que envolvam estado de período nem lesão, não estando o agente em situações que induzam fraude a credor, entre outras situações.

Quanto aos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados no ACL, desde que obedeça aos requisitos de validade acima descritos e os limites da função social dos contratos estabelecidos no artigo 421 do Código Civil, podem ser celebrados de forma livre entre o comprador e o vendedor.

No entanto, os Agentes de Comercialização (BRASIL, 2004) inserem em seus contratos as seguintes condições: (I) o tipo de energia a ser contratada, que pode ser incentivada ou convencional; (II) o período de fornecimento; (III) a quantidade de energia contratada; (IV) o submercado em que a energia vai ser entregue; (V) o preço e as condições de pagamento.

Essas informações são essenciais visto que os contratos de compra e venda de energia elétrica, no âmbito do mercado livre, têm caráter essencialmente financeiro. Isso porque o ONS, conforme visto nos capítulos anteriores, é quem controla a quantidade de energia que os Agentes de Geração irão despachar no SIN.

Por essa razão, mesmo que um consumidor tenha adquirido energia de um Agente Comercializador específico, a energia que aquele irá receber pode vir de qualquer outro Agente de Geração do mercado.

Como consequência, a entrega física da energia – que é realizada pelos Agentes de Distribuição – é dissociada dos contratos firmados no ACL, os quais têm por objetivo, portanto, tão somente a manutenção do preço negociado entre as partes – compradora e vendedora – e o respectivo registro na CCEE. Por essa razão, como bem observa Maíra Carvalho Capatti Coimbra (2018), citando Roberto Casas (2003, p. 236), “*los contratos bilaterales no pueden ser fisicos sino comerciales y financieros*”.

3 A CESSÃO DE EXCEDENTE

3.1 O Contrato de Excedente de Energia Elétrica no Âmbito da CCEE

Após a análise do Setor Elétrico Brasileiro, passamos, portanto, a analisar o mecanismo regulatório chamado de Cessão de Excedente.

O Setor Elétrico Brasileiro, conforme aduzido no capítulo anterior, passou por diversas transformações ao longo dos anos. Até antes de 2013, no entanto, um consumidor livre que não utilizou toda a sua energia contratada, tinha como única alternativa a liquidação da sobra no MCP, com o preço desta valorado a PLD.

No entanto, liquidar a sobra de energia ao preço de PLD fazia com o que o consumidor ficasse em uma posição de risco: se ele adquiriu a energia que sobrou a um preço superior ao PLD atual, este arcaria com o prejuízo da diferença.

Para tentar mitigar o risco do consumidor, a então presidente Dilma Rousseff sancionou, em 11 de janeiro de 2013, a lei 12.783 (BRASIL, 2013), que possibilita aos consumidores, sejam estes nas modalidades livres e especiais, cederem a sobra da energia à terceiros, com preços livremente negociados – e, dessa forma, não ficam vinculados exclusivamente ao PLD. Vejamos:

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

Parágrafo único. A cessão de que trata o caput deste artigo não alterará os direitos e obrigações estabelecidos entre os vendedores e os compradores nos contratos originais de compra e venda de energia.

Por meio do *caput* do artigo 25 da lei 12.783/2013 (BRASIL, 2013), acima transcrito, passou a permitir que os consumidores possam ceder a energia elétrica excedente, no âmbito da CCEE. Por outro lado, o parágrafo único afirma que a referida cessão de excedente não altera os direitos e obrigações advindas do contrato originário.

O parágrafo único parece estar correto porque, conforme descrito no capítulo anterior, os Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica celebrados no ACL têm caráter financeiro, visto que a energia é entregue de maneira simbólica no submercado em que está localizado o

agente consumidor. Esses contratos, por si, não garantem a entrega física da energia, mas sim, o registro na CCEE.

Por essa razão, há de se concluir que o objeto do contrato de cessão de excedente não é a energia elétrica em si, haja vista que o cessionário já a consumiu, mas sim a cessão do direito de registro na CCEE.

Essa operação acontece no âmbito da CCEE, pois, nos termos do artigo 32, inciso II, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (BRASIL, 2004), é sua obrigação realizar o registro dos contratos de compra e venda e, inclusive, os de cessão de excedente:

Art. 32. São de competência exclusiva da Superintendência da CCEE as seguintes atribuições:

(...)

II – Registrar e efetivar o registro de contratos de compra, venda e cessão de energia elétrica; (Redação dada pela REN ANEEL 611 de 08.04.2014)

(...)

Portanto, a conclusão é de que o mecanismo de cessão de excedente visa tão somente o registro da energia pelo cedente em favor do cessionário – ou seja, aquele que está com déficit de energia pendente de registro na CCEE.

No entanto, para que a referida cessão de excedente ocorra no âmbito da CCEE, as partes deverão observar os requisitos que serão apresentados no tópico a seguir.

3.1.1 Requisitos para a Cessão de Excedente

Em 04 de junho de 2013, O MME editou a Portaria nº 185 (BRASIL, 2013), cujo objetivo foi de “Aprovar as Diretrizes para a Cessão de Montantes de Energia Elétrica e de Potência Contratados no Ambiente de Contratação Livre – ACL”.

Nesse sentido, para que haja a cessão do excedente de energia elétrica a outro agente do setor, as partes deverão observar os requisitos elencados no artigo 3º da referida Portaria (BRASIL, 2013), o qual reproduzimos a seguir:

Art. 3º A Cessão de Montantes de Energia Elétrica e de Potência não alterará os direitos e obrigações estabelecidos entre os Agentes Vendedores e os Compradores nos contratos originais de compra e venda de energia elétrica, e deverá:

(...)

II - Ser formalizada por meio de Contrato Bilateral de Cessão; e

III - ser registrada e validada na CCEE.

Parágrafo único. Para registro e validação da Cessão de Montantes de Energia Elétrica e de Potência na CCEE, deverão ser atendidas no mínimo, as seguintes condições:

I - Cumprir as diretrizes estabelecidas na Portaria MME nº 455, de 2 de agosto de 2012;

II - Os contratos originais de compra e venda de energia elétrica deverão estar previamente registrados e validados na CCEE; e

III - a Cessão de Montantes de Energia Elétrica e de Potência estará limitada à quantidade e ao prazo final do contrato original de compra e venda de energia elétrica registrado e validado na CCEE.

O primeiro requisito estabelece que as cessões de excedente devem ocorrer entre agentes consumidores e agentes vendedores (Comercializadores e Geradores), razão pela qual não podem participar da cessão os Agentes de Transmissão.

O segundo requisito estipulado na Portaria é que o contrato de cessão de excedente deve ser formalizado por meio de um Contrato Bilateral de Cessão, o qual será registrado e validado na CCEE, para atendimento do terceiro requisito.

Para que seja viável o registro e a validação do referido contrato de cessão, as partes deverão observar que os contratos pelos quais dão origem ao contrato de cessão devam estar previamente registrados e validados na CCEE.

Além disso, os Contratos de Cessão de Excedente devem conter o prazo e o volume a ser cedido ao cessionário, sendo que estes estão limitados, contudo, aos que está descrito no contrato originário registrado na CCEE.

Após essa reflexão, o próximo passo é entender a diferença entre o Contrato de Cessão de Excedente e a Cessão prevista no Código Civil de 2002.

3.2 Distinção entre a Cessão de Excedente e a Cessão Civil

Muito embora a nomenclatura possa levar a pensar, equivocadamente, sobre uma possível similaridade entre a Cessão de Excedente de Energia Elétrica, descrita no item anterior, e a Cessão Civil, descrita no artigo 286 e seguintes do Código Civil de 2002, essa comparação não deve prosperar.

O artigo 286 do Código Civil (BRASIL, 2002), descreve que

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Em outras palavras, artigo transcrito acima refere-se, exclusivamente, à cessão de obrigação civil, a qual pode ser cedida à terceiro, desde que não haja disposição em contrária. Por essa razão, trata-se de um mecanismo jurídico no qual as partes transferem à terceiro as obrigações originalmente pactuadas. Nesse sentido, entende Leonardo Pantaleão (2007, p.277), que

A cessão de crédito é o negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditória contra o devedor, isto é, seus direitos na relação obrigacional, recebendo o cessionário o direito respectivo com todos os seus acessórios e garantias.

Nessa cessão descrita no código civil, o polo passivo da obrigação originalmente pactuada é modificado e, por essa razão, um dos obrigados, seja ele devedor ou credor, é substituído por um terceiro. Nesse sentido, Leonardo Pantaleão (2007, p.277) entende que:

Por essa transmissão o credor originário é substituído pelo adquirente do crédito, enquanto este permanece objetivamente inalterado, como inalterada, subjetivamente, a posição do devedor como tal.

Por esse motivo, essa é a primeira distinção entre a cessão de crédito descrita no código civil e a cessão de excedente descrita na lei 12.783/2013, sobretudo porque na primeira há a alteração da figura do credor; enquanto que na segunda, nos termos da lei 12.783/2013, artigo 25, parágrafo único, as obrigações originárias não são alteradas e, por consequência, o polo obrigacional é mantido.

Além disso, a Cessão prevista no Código Civil, por ser um negócio jurídico bilateral, tem por requisito a anuência da outra parte, salvo se essas pactuarem de outra forma. Já na cessão de excedente, a lei 12.783/2013 não traz como requisito a anuência do cedente ou do cessionário.

3.3 Obrigação Acessória dos Consumidores que realizam a Cessão de Excedente

O artigo 113 do CTN (BRASIL, 1966) diz que a obrigação tributária é acessória ou principal. A obrigação principal é o pagamento do tributo devido (AMORIM, 2012, p.50). Já a

obrigação acessória tem por objetivo o fazer e não fazer destinadas a ajudar a arrecadação e a fiscalização. Nesse sentido, leciona Jose Roberto Neves Amorim (2012, p.50) que

(...) é o dever de promover algumas condutas necessárias, decorrentes da obrigação principal, para que o sujeito ativo possa arrecadar e fiscalizar de forma mais adequada o recolhimento do tributo. Dentre as obrigações tributárias acessórias, está a de informar ao Fisco, pelo Lançamento Tributário, a ocorrência do fato gerador descrito na lei.

O Estado de São Paulo, que é ente abordado por esse estudo, condicionou, por meio da Portaria CAT 61, de 31 de maio de 2010, artigo 5º (SÃO PAULO, 2010), diversas obrigações acessórias aos contribuintes que alienaram a energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, o que inclui aqueles realizem a cessão de excedente. Vejamos:

Art. 5º - O contribuinte que, mesmo sem exercer as atividades de geração ou de importação de energia elétrica, promova a alienação dessa mercadoria a adquirente domiciliado ou estabelecido no território paulista por meio de contratos de compra e venda firmados em ambiente de contratação livre, inclusive na modalidade de cessão de montantes de energia elétrica, deverá, para fins do cumprimento do disposto no artigo 7º do Anexo XVIII do RICMS: (Redação dada ao "caput" do artigo, mantidos os seus incisos, pela Portaria CAT-64/15, de 19-06-2015; DOE 20-06-2015; Efeitos a partir de 01-07-2017)

I - Antes de iniciar suas atividades, inscrever, no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de São Paulo, observado o disposto nos artigos 19 a 31 do RICMS:

- a) todos os seus estabelecimentos situados no território paulista;
- b) pelo menos um dos seus estabelecimentos localizados fora deste Estado, na hipótese de não possuir estabelecimento situado no território paulista;

II - emitir, até o dia 14 (quatorze) de cada mês, por meio de um dos seus estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de São Paulo nos termos do inciso I, Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, sem destaque do imposto, em nome do adquirente, a título de faturamento da parcela da energia elétrica objeto de alienação que corresponder ao fato gerador ocorrido no mês imediatamente anterior, relativamente à energia elétrica que: (Redação dada ao inciso, mantidas as suas alíneas, pela Portaria CAT-84/16, de 29-07-2016; DOE 30-07-2016; Efeitos a partir de 01-08-2016)

- a) tiver sido destinada em domicílio ou a estabelecimento situado no território paulista para nele ser consumida pelo respectivo adquirente, nas hipóteses previstas nas alíneas "b" e "c" do inciso I do artigo 425 do RICMS, observado o disposto no § 1º;
- b) deva ser objeto de operação subsequente relativa à sua circulação, praticada por adquirente estabelecido no território paulista, observado o disposto no artigo 6º;
- c) tiver sido alienada a adquirente domiciliado ou estabelecido no território de outro Estado, observado o disposto no artigo 7º;

III - escriturar a Nota Fiscal de que trata o inciso II observando o disposto no artigo 250-A do RICMS.

§ 1º - A Nota Fiscal de que trata o inciso II deverá, na hipótese da alínea “a” daquele inciso, ser emitida de acordo com a disciplina prevista no artigo 7º da Portaria CAT - 97/09, de 27 de maio de 2009.

§ 2º - O contribuinte que estiver sujeito ao cumprimento do disposto na alínea “b” do inciso I:

1 - deverá, para esse fim, observar a disciplina prevista no § 1º do artigo 7º da Portaria CAT - 97/09, de 27 de maio de 2009;

2 - Não estará sujeito ao cumprimento do disposto na alínea “c” do inciso II.

Nos termos do caput do artigo 5º da Portaria supramencionada, todos os consumidores que, mesmo sem exercer as atividades de geração ou de importação de energia elétrica, incluindo aqueles que realizam a operação de cessão de montantes de energia elétrica, devem atender as obrigações acessórias descritas, o que inclui: (I) a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado de São Paulo; (II) a emissão de nota fiscal, até o dia 14 de cada mês, sem destaque do imposto; (III) escrituração da Nota Fiscal que contem a oneração da energia elétrica.

3.4 A Inadequação da Hipótese de Incidência do ICMS no Contrato de Cessão de Excedente

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente estudo, o fato gerador do ICMS ocorre quando há a circulação da energia elétrica. A Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe, em seu artigo 2º, parágrafo primeiro, inciso III (BRASIL, 1996), que o ICMS incide sobre a entrada, no estado destinatário, de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Nesse sentido, entendem Borges e Reis (2015, p.378), que

(...) o fato gerador do ICMS sobre a circulação de energia elétrica irá ocorrer na entrada do produto, no território de cada Estado, para uso ou consumo, ou seja, a energia elétrica não destinada à comercialização ou industrialização. Neste caso, o imposto deverá ser retirado na fonte e recolhido ao Estado onde estiver localizado o adquirente. (...)

Eis, portanto, a razão de que o ICMS não pode incidir no Contrato de Exceção de Excedente, uma vez que este instrumento tem por objetivo somente o registro da energia elétrica no âmbito da CCEE, razão pela qual fica descaracterizada a incidência do ICMS.

A descaracterização do fato gerador ocorre justamente porque o ICMS tem por objetivo tributar as operações de circulação de mercadoria, efetivamente, e não simplesmente as operações que têm por objetivo meramente o registro da energia elétrica no âmbito da CCEE.

Em linha com esse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou, em 04 de maio de 2018, o Informativo 0623 (BRASIL, 2018), o qual é transcrito a seguir:

Inicialmente, salienta-se 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 foram contratados 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. 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, mediante a celebração de contratos bilaterais e cujo valor total já sofreu a tributação do imposto estadual, o que permite 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, o Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ busca afastar a figura da bitributação do ICMS em face da tributação desses contratos de cessão de direitos: "pois o ICMS é não cumulativo, permite o crédito da energia adquirida e exige o débito na saída." Todavia, 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, com base no art. 4º da Lei Kandir, verifica-se que, só a 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. Nesse contexto, 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 a figura de contribuinte, a fim de justificar uma nova saída da mercadoria, como revenda, o que afronta a diretriz normativa contida na LC n. 87/1996 acerca da definição do fato gerador e do contribuinte do imposto. Por fim, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido 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, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13/05/2009), 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.

Portanto, o STJ acertadamente entende que a incidência do ICMS, na cessão de excedente, caracteriza uma nova tributação, uma vez que o contrato originário do qual sobrevém a cessão de excedente já sofreu a incidência do referido imposto.

Caso fosse admitida a incidência do ICMS, além de configurar o *bis in idem*, oneraria excessivamente o contribuinte que, conseqüentemente, deixaria realizar a cessão de excedente e optaria por liquidar essa energia no MCP, a preço de PLD.

Além disso, conforme mencionado pelo SJT no Informativo 0623 (BRASIL, 2018), considerar uma eventual incidência do ICMS, na cessão de excedente, significaria dizer que o ICMS incide sobre as disposições contratuais, e não sobre a ocorrência do fato gerador prescrito na norma.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Setor Elétrico Brasileiro, conforme demonstrado no presente trabalho, caracteriza-se por sua grande complexidade, onde diversos agentes atuam de forma harmoniosa para manter o mercado economicamente equilibrado.

A Cessão de Excedente surgiu justamente para dar maior confiabilidade financeira ao setor, sobretudo porque que esta permite ao consumidor poder ter a liberdade de escolher o que fazer com a sobra de energia contratada.

A Cessão de Excedente é um mecanismo regulatório que, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, permite aos agentes consumidores - que tiveram um consumo inferior ao volume contratado – possam ceder, à título oneroso ou gratuito, o montante de energia que sobrou aos demais agentes do setor elétrico e, assim, não fiquem expostos ao preço do PLD.

Por essa razão, ao se estudar as principais características do ICMS, bem como as limitações de sua incidência, é possível concluir que fato gerador deste imposto ocorre na entrada da energia elétrica no estado destinatário. Ou seja: é necessário que se tenha a efetiva circulação da mercadoria.

A Cessão de Excedente não tem o objetivo de realizar uma nova circulação da energia elétrica, uma vez que o cessionário já consumiu a energia elétrica o volume adicional da energia que fora contratado. Este, na verdade, apenas necessita que o volume adicional de energia seja registrado em seu favor, no âmbito da CCEE, para não ser penalizado por insuficiência de lastro.

Por essa razão, estamos falando de uma cessão de direito, isto é, o direito de registro na CCEE, e não propriamente de um novo contrato de compra e venda de energia elétrica.

Em linha com esse raciocínio, foi possível concluir que a Cessão de Excedente, prevista na lei 12.783/2013 (BRASIL, 2013), não é capaz de configurar, por si só, a ocorrência do fato gerador do ICMS, visto que, nesse caso, há apenas a cessão do direito de registrar a energia no âmbito da CCEE.

Outro ponto importante é que os contratos de compra e venda de energia elétrica, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, têm caráter essencialmente financeiro, visto que a energia elétrica não é entregue fisicamente pela parte vendedora, mas sim pelos Agentes de Geração, sob comando do ONS, e utilizando-se o sistema de transmissão e de distribuição.

E, por fim, mas não menos importante, a energia excedente, que é objeto da cessão, conforme o Informativo 0623 (BRASIL, 2018), do STJ, foi previamente tributada no Contrato de Compra e Venda originário, razão pela qual uma segunda tributação ensejaria em *bis in idem*.

REFERÊNCIAS

ABRACEEL. Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia. *Cartilha Mercado Livre de Energia Elétrica*. Disponível em: <<https://abraceel.com.br/wp-content/up230519.pdf>> Acesso em: 30/04/2020.

ABRACEEL. Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia. *Mercado livre*. Disponível em: <<https://abraceel.com.br/mercado-livre/#o-papel-da-comercializadora-no-mercado-livre>> Acesso em: 30/04/2020.

ABRACEEL. Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia. *Condições Gerais ABRACEEL para Contratação de Compra e Venda de Energia Elétrica (VI.2)*. Disponível em: <<https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/2019/05/contrato-padrao-abraceel-v1-2.pdf>> Acesso em: 30/04/2020.

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: GEN – Forense, 2019.

ANA. Agência Nacional de Águas. *Sistema Interligado Nacional*. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/sar/sin>> Acesso em: 30/04/2020.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Agente de Geração*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fbusca%3Fp_auth%3Dnq0W0Xcb%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=15860313&_101_type=content&_101_groupId=656835&_101_urlTitle=agente-de-geracao&inheritRedirect=true> Acesso em: 30/04/2020.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa N° 414. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>> Acesso em: 28/04/2020

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lúcia dos. *ICMS ao alcance de todos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora: Editora Freitas Bastos, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Emenda Constitucional nº 91, de 2016. Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, DF, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30/04/2020.

BRASIL. Informativo de Jurisprudência. Informativo Nº 0623. ICMS. Energia elétrica. Aquisição no mercado de curto prazo. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Natureza jurídica da operação. Cessão de direitos. Supremo Tribunal de Justiça. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula391.pdf> Acesso em: 30/04/2020.

BRASIL. Lei Complementar Nº 87, de 13 de Setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm>

BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Presidência da República, Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> Acesso em: 30/04/2020.

BRASIL. Lei Nº 9.478 de Agosto de 1997. Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a. Ministério de Minas e Energia. Conselho Nacional de Política Energética. DF, 1997. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/36074/>> Acesso em: 30/04/2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de Janeiro de 2002; Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30/04/2020.

BRASIL. Portaria Nº 185 de 2013. Ministério de Minas e Energia, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/72128/268761/Portaria+185%2C+de+04-06-2013%2C+Publicado+no+DOU+de+05-06-2013.pdf/490cd1ee-ce95-b8de-6146-19a9dc6600db>> Acesso em: 30/04/2020.

BRASIL. Súmula Nº 391. Supremo Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica. Junho de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula391.pdf

CAROTA, José Carlos Carota. *Manual de Direito Tributário Aplicado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Barros, P. D. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CCEE. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Medição – *Medidores SCDE*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos>> Acesso em: 30/04/2020

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Comercialização. *Ambiente de Contratação Regulada e Mercado de Curto Prazo*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/ondeatuamos/comercializacao?_adf.ctrl-state=7t58j5r4j_1&_afLoop=98938458788729#!%40%40%3F_afLoop%3D98938458788729%26_afd.ctrl-state%3D7t58j5r4j_5> Acesso em: 30/04/2020.

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. *Mercado livre tem 7,4 mil consumidores habilitados ao final do primeiro trimestre*. Portal CCEE. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticiasopiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_654287&_adf.ctrlstate=11dnCS8guw_80&_afLoop=70164496609306#!%40%40%3Fcontentid%3CCCEE_654287%26_afLoop%3D70164496609306%26_afd.ctrl-state%3D11dnCS8guw_84> Acesso em: 30/04/2020.

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. *O que fazemos – Conheça a atuação da CCEE*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/oquefazemos?_adf.ctrl-state=16th22z33v_5&_afLoop=95691415686082#!> Acesso em: 30/04/2020

CREPALDI, Aparecido, S., CREPALDI, Simões, G. *Direito Tributário - Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- HACK, Érico. *Direito tributário brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2015.
- HARADA, Kiyoshi. *Código Tributário Nacional*. 22. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2015.
- HARADA, Kiyoshi. *ICMS - Doutrina e Prática*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LEITE, J.D.S. *Manual de Contabilidade Societária e Regulatória Aplicável a Entidades do Setor Elétrico - Normas e Pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)*. 1.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Karcher. *Constituição, Energia e Setor Elétrico*. 1.ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: São Paulo, 2009.
- MAGALHÃES, Geresa de Souza Cortês. *Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica*. 2009. Dissertação (Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo) Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-09062011152105/publico/DissertGerusa.pdf>> Acesso em: 30/04/2020.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA, João Manoel Losada; PALACIOS-BERECHE, Reynaldo; MAIORINO, José Rubens. *Questões Sobre Energia*. 1. ed. Editora Interciência: Rio de Janeiro, 2017.
- NERY, Eduardo. *Mercados e regulação de energia elétrica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2012.
- ONS. Operador Nacional do Sistema Elétrico. *Sobre o ONS. O que é ONS?* Disponível em: <<http://www.ons.org.br/páginas/sobre-o-ons/o-que-e-ons>> Acesso em: 30/04/2020.
- PANTALEÃO, Leonardo. *Teoria Geral das Obrigações: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Editora Manole, 2004.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- REIS, Lineu Belico dos. *Matrizes Energéticas: conceitos e usos em gestão e planejamento*. 1. ed. São Paulo: Editora Manole, 2011.
- SABBAG, Eduardo. *Direito Tributário Essencial*. 7. ed. São Paulo: Método, 2020.
- SILVA, Roque Sérgio Dandréa Ribeiro da. *Introdução ao Direito Constitucional Tributário*, 1. ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Rafael Cilério Baumgaertner

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3158916-2, Período Noturno, Turma T,

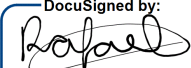
tendo realizado o TCC com o título: ANÁLISE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS NA CESSÃO DE EXCEDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA NO ÂMBITO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.

sob a orientação do(a) professor(a): Dra. Fúlvia Helena de Gioia

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 14 de junho de 2020. .

DocuSigned by:

CBC981DA7A58408...

Assinatura do discente