

## **ICMS E SUA INCIDÊNCIA NA ENERGIA ELÉTRICA NA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA. DESENVOLVER O PAÍS, OU ENRIQUECER MOMENTÂNEAMENTE OS COFRES PÚBLICOS?**

Diante do grave quadro de fornecimento de energia no país, o Governo Federal resolveu incentivar as chamadas fontes alternativas e renováveis de energia, em total consonância com as perspectivas futuras do nosso planeta.

Por certo, este incentivo visa não somente técnicas nacionais, mas como também o atrair investidores e empresas de várias partes do mundo para a implantação do que se poderia chamar de “mix energético” no Brasil, apta a garantir o fornecimento de energia e desenvolvimento do país.

Para tanto, como uma das medidas visando este propósito, a Aneel editou a Resolução 482/2002 criando as chamadas Micro e Mini Gerações Distribuídas, inicialmente com potência até 1 MW, especialmente para as denominadas fontes renováveis, onde, em síntese, a pessoa (física ou jurídica) pode produzir sua própria energia em um sistema de compensação com a concessionária local.

Esta Resolução foi posteriormente modificada pela 687/2015, a qual aumentou a possibilidade deste tipo de geração em potencial de até 5MW.

No entanto, tanto no plano nacional, como internacional, o investidor precisa verificar a viabilidade econômica do seu projeto, a fim de perquirir o grau de investimento que será realizado, além de buscar ao máximo a segurança jurídica essencial para o seu negócio.

E um dos problemas que tem sido enfrentado por estas empresas (nacionais e estrangeiras) é a relacionada á possibilidade de incidência do ICMS na energia elétrica da chamada Geração Distribuída.

De acordo com o artigo 155, II, da CRFB/88, compete aos Estados e ao DF o ICMS devido nas operações relativas à circulação de mercadorias.

Tendo como base a Lei Complementar 87/96, cada Estado instituiu sua forma de cobrança do referido tributo, estabelecendo as alíquotas e base de cálculo das referidas operações.

No entanto, a cobrança pelo Poder Público não pode deixar de partir da premissa que, para a incidência do ICMS na operação de energia elétrica é essencial que ocorra a “circulação de mercadoria”, entendida esta como aquela que tenha como objeto a mercancia propriamente dita.

Assim, haverá incidência de ICMS nas operações de circulação de energia elétrica quando o fato identificado como gerador do tributo venha a ter em sua natureza a efetiva operação de compra e venda de energia elétrica.

No caso da Geração Distribuída, os Estados e o DF vêm reconhecendo esta modalidade de geração como hipótese de incidência do ICMS, não obstante suas peculiaridades e características.

Com a devida *venia* dos Fiscos Estaduais, no tocante á hipótese de incidência, ou seja, o ato jurídico que, ao ser praticado (fato gerador) permite a cobrança do tributo, há que se ter em mente que a troca de energia (compensação) entre Concessionária e Consumidor Gerador se dá através de mútuo, de ambas as partes, caracterizando empréstimo gratuito de coisas fungíveis, a teor do art. 586, do CC. Esta matéria, inclusive, já foi objeto de Parecer da própria Aneel, nesse sentido.

Com isso, evidencia-se a diferença entre a energia elétrica que é fornecida (vendida) pela Concessionária ao Consumidor final comum, e a energia elétrica entregue (devolvida) pela Concessionária ao Consumidor Gerador da sua própria energia.

Na primeira, resta claro a intenção mercantil pelo fornecimento de mercadoria, enquanto no segundo, a Concessionária apenas devolve ao Consumidor Gerador a energia produzida por este, permitindo assim, a chamada compensação sem haver a natureza mercantil da operação.

Considerar como hipótese de incidência o fornecimento de energia elétrica na modalidade de compensação é tentar tributar um negócio jurídico onde não há efetiva circulação de mercadoria, e nem mesmo o intuito de lucro e comercial.

Na aquisição mediante compensação não existe valor de referência e intuito de lucro e mercantil na operação. Há a troca gratuita de energia, sem qualquer circulação de mercadoria ou pagamento. Não há preço estabelecido. Apenas a quantidade de energia.

Ademais, a energia produzida pelo Consumidor Gerador é por ele imediatamente consumida, sendo apenas, por questões técnicas (de servir como bateria), obrigada a ingressar na rede da Concessionária para posterior retorno.

Não obstante esta posição (não incidência do ICMS) os Estados e o DF “resolveram” isentar a operação de compensação de energia elétrica na geração distribuída, a teor da Resolução Aneel 482/2002, com o limite de 1 MW de sua redação originária, segundo Confaz nº 16/2015.

Ocorre que, com a alteração da Resolução 482/2002 pela Resolução 687/2015 aumentando a possibilidade de Geração Distribuída em até 5 MW, o Confaz estabeleceu o Convênio nº 130 para “impedir” que a isenção sofresse alteração para o novo limite de potencial estabelecido, mantendo a isenção ao limite de até 1 KW.

Com esta cobrança e limitação de isenção diversos projetos nacionais e internacionais estão sendo adiados, ou revistos, em detrimento do desenvolvimento energético do país.

Como se tem visto, a busca pela arrecadação desenfreada, sem uma visão macro impede o crescimento do Brasil e serve apenas para solução de problemas emergenciais.

Dezenas de empresas estão optando por desenvolver projetos em outros países, tendo em vista a insegurança jurídica do nosso país, e questão da incidência do ICMS é uma delas.

Impor uma interpretação para a incidência do ICMS na geração distribuída, ou até mesmo limitar a isenção para até 1 KW, desvirtua a natureza da geração distribuída e as razões de sua criação.

Há de se buscar uma solução plausível apta a permitir os investimentos necessários ao desenvolvimento do setor e do país, além de garantir uma segurança jurídica aos projetos.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2016.

Sérgio Antunes Lima Júnior

[www.antunesadvogados.jur.adv.br](http://www.antunesadvogados.jur.adv.br)

Advogado e sócio da Antunes Sociedade Ind. de Advocacia.

Mestre em Direito da Energia e Desenvolvimento Sustentável,  
pela Universidade de Estrasburgo, França.

Mestre em Direito Público pela UNESA-RJ.

LLM em Direito Empresarial e Tributário pela FGV-RJ.

Membro da Comissão de Energia da OAB-RJ.