

# GERAÇÃO DISTRIBUÍDA: NATUREZA JURÍDICA E HIPÓTESE DE (NÃO) INCIDÊNCIA DO ICMS

Felipe Montiel da Silva,  
Universidade La Salle,  
<http://orcid.org/0000-0003-1061-691X>

Ana Himmelstein  
Capelhuchnik,  
Universidade de São Paulo,  
<http://orcid.org/0000-0002-0157-7616>

Data de submissão:  
30/12/2021  
Data de aceite:  
16/05/2022

## Distributed generation: legal nature and ICMS (non) incidence hypothesis

### RESUMO

O presente trabalho propõe uma revisão da natureza jurídica do instituto da Geração Distribuída criado pela Lei nº 14.300/2022 e pela Resolução Normativa nº 482/2012 da Aneel, a partir da qual se questiona a legalidade da incidência de ICMS sobre os créditos de energia. O debate proposto se dá no contexto dos desafios da diversificação e descentralização da matriz energética brasileira com vistas ao desenvolvimento sustentável, a partir do qual se evidencia profundo conflito entre a atuação do estado na esfera federal, por meio do ente regulador, e na esfera estadual, por meio das fazendas.

**Palavras-chave:** Geração Distribuída. Empréstimo Gratuito. Hipótese de Incidência do ICMS. REN 482. Sistema de Compensação de Energia Elétrica. Energia Renovável.

### Abstract

This paper proposes a review of the legal nature of the Distributed Generation institute created by Law 14.300/2022 and Normative Resolution 482/2012 of ANEEL. As Distributed Generation is considered a free loan for regulatory purposes, the legality of the ICMS levy on energy credits is questioned. This debate gains relevance as it takes place in the context of the challenges of diversification and decentralization of the Brazilian energy matrix towards a sustainable development. The paper intends to evidenciate a deep conflict between the state's actions at the federal level, through the it's regulatory agencies, and at the state level, through it's treasury department when it comes to the legal nature of Distributed Generation.

**Keywords:** Distributed Generation, Free Loan, ICMS Incidence Hypothesis, Normative Resolution 482, Electric Energy Compensation System, Renewable Energy



## INTRODUÇÃO

O Brasil se encaminha atualmente para uma perigosa e iminente crise energética que é, simultaneamente, causa e produto da mudança climática e de um desenvolvimento não sustentável. Enquanto parece lógico identificar a crise com as consequências das mudanças climáticas – pela mudança e imprevisibilidade dos regimes hidrológicos, por exemplo, não se pode deixar de enfatizar o preocupante potencial que a forma como se reage à crise tem de retroalimentar a devastação ambiental e social no Brasil. Explica-se: na medida em que a insuficiência de recursos hídricos impõe também a insuficiência energética num país cuja fonte primária é hidroelétrica, não raras vezes o Estado recorre ao acionamento e construção de novas fontes poluentes, como as termelétricas movidas por combustível fóssil.

Essas, por sua vez, não são apenas poluentes, como finitas e significativamente mais caras, impondo, além do custo ambiental, o empobrecimento e a exclusão social. Evidentemente, a descarbonização e acessibilidade da matriz elétrica não é desafio restrito ao Brasil, não por acaso a meta 7 dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável vinculados à agenda 2030 da ONU se refere especificamente à energia limpa e acessível para todos. Embora nosso país seja, em certa medida, privilegiado quanto ao potencial de desenvolvimento de fontes renováveis, o enfrentamento da crise energética se ampara também na descentralização da matriz e no incentivo à implementação de fontes renováveis em detrimento das demais.

É precisamente essa a premissa da criação da Geração Distribuída em 2012 e da Geração Distribuída Compartilhada em 2015, ambas ratificadas pelo Marco regulatório da Geração Distribuída estabelecido pela Lei Federal 14.300/2022. As referidas figuras jurídicas se baseiam na diversificação da rede elétrica por meio da institucionalização de empréstimos gratuitos de energia. A contrassenso do propósito regulatório de fomentar a expansão e da natureza inerentemente gratuita, o tratamento fiscal por parte dos Estados, especificamente a cobrança de ICMS sobre os créditos de energia, vem impondo barreiras ao crescimento da referida modalidade regulatória. O presente artigo trata exatamente deste conflito, não apenas a partir do viés da incorreção do entendimento adotado pelos estados quanto à incidência do ICMS, mas também pelo necessário exame do propósito da atuação do Estado em todas as suas esferas –

especialmente diante da necessidade urgente de políticas públicas convergentes com as metas de desenvolvimento sustentável vinculadas à agenda ONU 2030.

## O ESTADO ENQUANTO AGENTE REGULADOR

A ordem econômica constitucional determina as formas a partir das quais o Estado intervirá na economia para alcançar os objetivos fundamentais que o orientam (art. 3 da CF), indicando que é a partir da análise da ordem econômica e do direito econômico, isto é, da arquitetura jurídico-institucional colocada em prática pelo Estado para concreção da sua política econômica<sup>1</sup>, que o papel do Estado enquanto agente regulador deve ser compreendido.

O Estado Regulador atua preferencialmente a partir de intervenções sobre o domínio econômico, isto é, no exercício da função reguladora o Estado age por meio de mecanismos indiretos de intervenção, “impondo obrigações de comportamento para os particulares (direção)” e “estipulando sanções premiais que induzam agentes a cumprirem objetivos de interesse público”<sup>2</sup>.

Ao editar a resolução normativa que criou a microgeração e a minigeração distribuída de energia elétrica através de fontes renováveis a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) exercitou relevante intervenção sobre o domínio econômico por indução<sup>3</sup>. As normas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico por indução são assim classificadas por Eros Roberto Grau:

Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite de incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do Direito premial<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> COUTINHO; SCHAPIRO, 2013, p. 582.

<sup>2</sup> COUTINHO; SCHAPIRO, 2013, p. 586.

<sup>3</sup> GRAU, 2015, p. 145.

<sup>4</sup> GRAU, 2015, p. 145.

**Ao editar a resolução normativa que criou a microgeração e a minigeração distribuída de energia elétrica através de fontes renováveis a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) exercitou relevante intervenção sobre o domínio econômico por indução.**

Basicamente, a Agência instituiu marco regulatório orientado a seduzir agentes econômicos a assumir compromissos de interesse coletivo em troca de benefícios manipulados por meio do direito econômico – forma jurídico-institucional de colocar em prática a política econômica do Estado, isto é, forma como a ordem econômico-jurídica busca determinar o comportamento da ordem econômica concreta, ou seja, vinculada ao mundo do ser<sup>5</sup>. Traduzindo em aspectos práticos: ao criar o instituto jurídico da Geração Distribuída adotando modelo em que a energia gerada é computada em créditos que abatem a integralidade equivalente da tarifa de energia englobando todos os seus componentes (energia, infraestrutura, serviços de distribuição, perdas etc.), a Aneel tornou a Geração Distribuída economicamente competitiva face ao consumo no mercado cativo, incentivando consumidores a adotarem o modelo.

Na medida em que a ordem econômica não pode ser estimulada longe da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI, da CF)<sup>6</sup>”, a Agência, em observância aos parâmetros sociais e econômicos da regulação, criou relevante mecanismo institucional de defesa do meio-ambiente e, ao mesmo tempo, de intensificação da atividade econômica, haja vista, como demonstrado acima, que além dos efeitos benéficos à maior sustentabilidade da matriz energética, o modelo da Geração Distribuída tornou-se também economicamente atrativo para agentes privados. Necessário, contudo, ressaltar que não se adentrará no presente artigo no debate acerca de instituição de política pública por instrumento normativo infralegal<sup>7</sup>. É certo de que o debate a respeito do tema é amplo e fértil, mas para fins do

<sup>5</sup> GRAU, 2015, p. 71.

<sup>6</sup> BRASIL, 1988.

<sup>7</sup> A discussão acerca da correção do uso de normativo infralegal por agente regulador para instituição de política pública com efeitos econômicos coletivos foi inclusive objeto de vasta discussão no Tribunal de Contas da União por meio da Representação nº Representação 037.642/2019-7. Em apertada síntese, discutiu-se que ao criar incentivo econômico para os entes privados participantes do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) por meio da Geração Distribuída, criou-se também um custo social compartilhado, uma vez que a remuneração da rede de distribuição deixa de ser suportada pelos participantes do SCEE, recaindo sobre o custo da tarifa de todos os demais usuários do mercado cativo. O que, na discussão travada nos autos, extrapolaria a função da Agência Reguladora, devendo ser discutido no âmbito legislativo. Com a publicação da Lei nº 14.300/2022, que instituiu o Marco Regulatório da Geração Distribuída, tal debate perdeu seu objeto, não deixando, contudo, de ser relevante para a concepção histórica da criação do modelo da Geração Distribuída no Brasil.



Em síntese, embora a principal fonte do sistema elétrico brasileiro seja “limpa” e renovável”, a principal fonte de geração elétrica que a complementa é “suja”, não renovável, não sustentável e cara, aumentando o valor da tarifa de energia elétrica dos consumidores residenciais ao mesmo tempo que agride o princípio da modicidade tarifária<sup>11</sup>.

Pois muito bem, com o objetivo de diversificar a matriz elétrica nacional e concretizar a materialização do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a União<sup>12</sup> resolveu estimular a geração descentralizada de energia elétrica através de fontes renováveis, permitindo, a partir da Lei nº 14.300/2022 e da Resolução Normativa nº 482/2012 da Aneel, que consumidores do mercado cativo passassem a produzir parte ou totalidade da energia que consomem através da microgeração e da minigeração distribuídas (GD).

A conexão dos sistemas de microgeração ou minigeração distribuídas à rede de distribuição permite que o excedente de energia elétrica gerado pela unidade consumidora possa ser incorporado à rede de distribuição através de empréstimo gratuito<sup>13</sup>, autorizando a distribuidora de energia elétrica a utilizar a energia injetada pelo sistema de microgeração ou de minigeração distribuídas para suprir a demanda elétrica dos demais consumidores que estão radicados em sua área de concessão ou permissão.

Note, a escassez tecnológica eleva o custo econômico do armazenamento da energia elétrica em *baterias físicas*, criando tendência bastante perversa, ou seja, em virtude do subdesenvolvimento

<sup>11</sup> De acordo com a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, isto é, com a Lei Complementar que regula as concessões de serviços públicos privativos, toda a concessão ou permissão para exploração privada de serviços públicos pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo, nos termos do artigo 6, inciso I, da referida Lei, requisito para prestação do serviço público adequado a modicidade das tarifas.

<sup>12</sup> De acordo com o artigo 21, XII, “b”, da CF é competência administrativa e privativa da União a exploração, por meio de concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica. Por outro lado, cabe à União e aos demais entes federados a proteção do meio ambiente e o combate à poluição, em qualquer de suas formas. No contexto, a Resolução Normativa nº 482/2012 da Aneel aparece como o mecanismo institucional projetado pela União para concretizar o artigo 225 da CF. A aludida Resolução Normativa possui base de expedição nas atribuições administrativas constitucionalmente dispensadas à União, aparecendo, ainda, como ato regulamentar autorizado pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.427/1996.

<sup>13</sup> Em manutenção ao entendimento adotado pela Resolução nº 482/2012 da Aneel, a Lei nº 14.300 de 2022, Marco Regulatório da Geração Distribuída, conceitua Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) como: “sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, cedida a título de empréstimo gratuito e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes do sistema.”

**[...] a criação do sistema de geração distribuída não objetiva apenas endereçar a necessidade de diversificação das fontes de energia, mas também – e principalmente – fomentar a descentralização das fontes geradoras, desonerando as redes de transmissão e distribuição.**

técnico-produtivo do Brasil a eletricidade consumida pelos consumidores da baixa tensão – *residenciais e comerciais que demandam pouco volume de carga elétrica* – é preponderantemente gerada através de grandes usinas hidrelétricas e termelétricas despachadas através de fontes fósseis. Além do inerente passivo ambiental e sem desconsiderar a segurança elétrica da geração hídrica e térmica<sup>14</sup>, é importante pontuar que as grandes usinas das referidas fontes não estão situadas próximas às unidades consumidoras, isto é, ao local da demanda elétrica, reivindicando maior emprego da rede de transmissão de eletricidade, fator de elevação econômica do sistema elétrico. Fundamental breve digressão para visibilizar o cenário e a complexidade do desafio da geração, distribuição e consumo de energia no Brasil.

Nesse sentido, convém destacar que a criação do sistema de geração distribuída não objetiva apenas endereçar a necessidade de diversificação das fontes de energia, mas também – e principalmente – fomentar a descentralização das fontes geradoras, desonerando as redes de transmissão e distribuição. A esse respeito, não se pode deixar de mencionar em nosso país, de proporções continentais, que o desafio da geração de energia não se limita às fontes energéticas, mas também – e talvez, principalmente – à complexidade do arranjo necessário à transmissão da eletricidade. Embora o Brasil possua geração instalada significativamente superior à demanda, a relevante centralização das fontes geradoras importa esforços hercúleos para implementação de uma rede de transmissão. Ou seja, não fossem todas as questões ambientais, as externalidades positivas em termos de geração de emprego e fomentos locais, a descentralização energética e a proximidade entre geração e carga são também um recurso significativo à garantia da eficiência energética e, conseqüentemente, à independência de grandes infraestruturas de transmissão – e seus respectivos custos de implementação, manutenção e perdas.

Pois bem, para viabilizar a geração descentralizada de energia limpa através de fontes renováveis e sazonais como o Sol a União criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), permitindo que as Unidades Consumidoras munidas de Microgeração e Minigeração

<sup>14</sup> O conceito de “rampa de tomada de carga” designa a quantidade de tempo demandado pela usina para saciar a demanda elétrica, isto é, a carga. De acordo Loureiro, “as turbinas hidráulicas são as mais rápidas (suas taxas de tomada de carga são em minutos). A elas se seguem as turbinas a gás e, depois, as demais turbinas de usinas térmicas (normalmente entrando em operação em frações de hora ou em horas)”. In: LOUREIRO, 2020, p. 80.

Distribuídas injetem a energia que geram na rede de distribuição, transformando-a em espécie de bateria virtual capaz de armazenar a eletricidade produzida pelas centrais de Microgeração ou Minigeração Distribuídas nos horários de maior radiação solar:

Art. 1º, (...) XIV – Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE): sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, cedida a título de empréstimo gratuito e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes do sistema.<sup>15</sup>.

Para compreender os motivos pelos quais o ICMS não deve incidir sobre os créditos de energia compensados no âmbito do SCEE é preciso determinar a natureza jurídica do empréstimo gratuito referido no artigo 1º, inciso XIV, da Lei nº 14.300/2022.

### **AUSÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS CRÉDITOS DE ENERGIA COMPENSADOS A PARTIR DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Pois bem, os artigos 83, inciso I, e 85 do Código Civil qualificam a energia elétrica como bem móvel fungível, ou seja, bem que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade. No contexto, o empréstimo gratuito que o titular da minigeração distribuída faz em favor da rede de distribuição qualifica espécie de mútuo, isto é, empréstimo não oneroso de bem fungível:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Por outro lado, o artigo 1º, inciso XIV, da Lei nº 14.300/2022 determina que os créditos de energia restituem ao mutuário, ou seja, ao titular do sistema de minigeração distribuída, a energia elétrica injetada em empréstimo na rede de distribuição. Noutras palavras, a fungibilidade da energia elétrica impõe que os créditos de energia ativa apareçam como mera restituição da energia que o mutuário injetou na rede de distribuição. Em recente decisão judicial, o Desembargador Marce-

<sup>15</sup> BRASIL, Lei nº 14.300/2022. institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências.

**Não há, entre a injeção de energia ativa e a compensação de créditos de energia, circulação jurídica e mercantil da energia elétrica, de forma que a hipótese de incidência do ICMS não é deflagrada no gênero geração distribuída e na espécie geração compartilhada de energia elétrica.**

lo Bandeira Pereira, magistrado integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consignou em voto que:

Se a unidade consumidora produziu e emprestou energia à concessionária, embora tenha havido a circulação física, esta “energia” (e ponho entre aspas porque o consumidor passa, em verdade, a ter um crédito em quantidade de energia a ser consumida) não deixou de pertencer ao seu patrimônio jurídico.

Quando da compensação entre a energia consumida pelo estabelecimento e os créditos que a impetrante possui, o que há é a restituição daquilo que foi objeto do mútuo<sup>16</sup>.

Não há, entre a injeção de energia ativa e a compensação de créditos de energia, circulação jurídica e mercantil da energia elétrica, de forma que a hipótese de incidência do ICMS não é deflagrada no gênero geração distribuída e na espécie geração compartilhada de energia elétrica.

Importante reforçar que de acordo com o Recurso Extraordinário nº 593.824 a hipótese de incidência do ICMS é deflagrada na

a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica<sup>17</sup>.

Com alicerce na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, para que a circulação da mercadoria atraia a incidência do ICMS é preciso que haja ato de mercancia qualificado pela transferência da titularidade do bem objeto de circulação.

No caso dos créditos de energia gerados e compensados através do SCEE, convém lembrar que embora os prossumidores<sup>18</sup> gerem em

<sup>16</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70083791988. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Carpena Advogados. Relator: Marco Aurélio Heinz. Órgão: 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 22 de julho de 2020, acórdão publicado em 30 de julho de 2020.

<sup>17</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tema 176 da Repercussão Geral, Recurso Extraordinário nº 593.824. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados LTDA. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília, 27 de abril de 2020, acórdão publicado em 19 de maio de 2020.

<sup>18</sup> Titulares de unidades consumidoras que possuem sistemas de microgeração ou minigeração distribuídas conectados à rede de distribuição são chamados de prossumidores, isto é, fusão das figuras de consumidor das redes de transmissão e distribuição e gerador de energia elétrica. Em síntese, os prossumidores utilizam a rede de distribuição para armazenar a energia elétrica que geram, consumindo-a, enquanto serviço, e qualificando-a como espécie de bateria virtual (arquitetura integrante do sistema elétrico já explicada nas páginas anteriores do artigo).

conjunto na Posição “A” parte ou totalidade da eletricidade que consomem na forma de créditos de energia nas Posições “B”, “C”, “D” etc., ou seja, embora haja circulação física da energia elétrica, não há, sob qualquer ângulo de análise, circulação mercantil e jurídica da eletricidade, uma vez que os créditos de energia elétrica consumidos representam mera devolução da eletricidade que os prossumidores geraram de forma coletiva para uso próprio e individual.

Repisa-se: não há transferência da propriedade da energia elétrica via tradição (art. 1.267 do CCB), uma vez que os sujeitos que consomem a eletricidade na forma de créditos nas Posições “B”, “C”, “D” etc. são os mesmos que a geram de modo coletivo na Posição “A”. A não incidência do ICMS sobre os créditos de energia gerados e compensados a partir do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e da geração distribuída foi analisada pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 0017557-92.2020.8.21.7000) em decisão mantida pelo STJ (AREsp nº 1849197/RS, 08/06/21):

De acordo com o art. 83, inciso I, do Código Civil, consideram-se móveis para os efeitos legais “as energias que tenham valor econômico”, enquadrando-se nesta definição a energia elétrica. É o que a doutrina define como bem móvel por determinação legal.

Nesta linha de raciocínio, a energia elétrica poderia ser enquadrada no conceito de bens fungíveis, que são aqueles “móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Assim sendo, ao contrário do que sustentado pela impetrante em sua inicial, não se poderia equiparar o sistema de compensação em análise a um comodato, uma vez que esse instituto se refere ao empréstimo gratuito de coisas não fungíveis.

Trata-se, em verdade, de uma espécie de mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis. Embora os art. 586 a 592 do Código Civil nada expressem sobre isto, o contrato de mútuo é, em regra, gratuito, podendo ser oneroso se assim definido pelas partes ou se presumido pela natureza do negócio.

Definida essa questão, passa-se ao exame da matéria à luz das normas de direito tributário.

A Constituição Federal preconiza que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de

mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 155, inciso II).

A chamada circulação de mercadorias em destaque tem a ver com a circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, com a finalidade de obtenção de lucro, e a transferência de sua titularidade.

Desse modo, desimporta o deslocamento para que haja incidência do tributo, cujo fato gerador ocorre com a efetiva circulação jurídica da mercadoria (troca de propriedade).

Ocorre que a energia elétrica produzida pela unidade consumidora com minigeração, embora circule fisicamente, inclusive podendo ser vendida a terceiros pela distribuidora de energia – a energia que é produzida e emprestada à

concessionária, hipoteticamente, não é mesma que será devolvida à unidade –, ainda compõe o patrimônio jurídico do consumidor, uma vez que gera “um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida por um prazo de 60 (sessenta) meses”. (...).

O mesmo acontece em relação à energia elétrica emprestada de forma gratuita à distribuidora.

Se a unidade consumidora produziu e emprestou energia à concessionária, embora tenha havido a circulação física, esta “energia” (e ponho entre aspas porque o consumidor passa, em verdade, a ter um crédito em quantidade de energia a ser consumida) não deixou de pertencer ao seu patrimônio jurídico.

Quando da compensação entre a energia consumida pelo estabelecimento e os créditos que a impetrante possui, o que há é a restituição daquilo que foi objeto do mútuo.

Reitero: deve haver uma circulação jurídica da mercadoria para que haja tributação. Se os créditos decorrentes da energia elétrica que foi produzida pela unidade e entrou na rede da distribuidora servem para compensar aquilo que ela

consumiu, como pode se dizer que há uma venda pela concessionária ao consumidor?

O Estado, em seus memoriais, sustenta que a Resolução da ANEEL utiliza de forma atécnica a expressão “empréstimo gratuito”, e que a compensação seria “a forma como se dará o pagamento ou a liquidação da obrigação de fornecimento de energia elétrica pela distribuidora ao micro ou minigerador”.

**Fundamental colocar que é apenas sobre o referido excedente de consumo elétrico – adquirido junto à distribuidora e, portanto, exposto à relação de compra e venda e transmissão de propriedade – que o ICMS pode ser exigido de maneira legítima.**

Na verdade, se alguma atecnia houvesse, seria pela utilização da expressão “compensação”, que é definida no Código Civil como forma de extinção das obrigações – a grosso modo, adimplemento, pagamento. Entretanto, o dispositivo está assim redigido porque, a seguir, a norma estabelece que, quando do empréstimo de energia da unidade à distribuidora, aquela passa a ter um “um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida”.

Esse crédito nada mais é do que uma quantidade de energia que, em verdade, é restituída à unidade (a restituição da coisa é que põe fim ao mútuo – Art. 586, segunda parte, do Código Civil: “O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”).

Por fim, saliento que não se cogitaria, hipoteticamente, de incidência de ICMS se a mesma energia elétrica que é produzida pelo estabelecimento chegasse ao poste e retornasse imediatamente à unidade. Obviamente, se trata de algo fisicamente impossível de se constatar, porque a circulação de energia é algo dinâmico e instantâneo.

E é por isso que a Resolução trata – de forma adequada – a questão como “empréstimo gratuito” e “compensação”, pois essa é a forma mais eficiente de levar a cabo a operação, que está fora do espectro de incidência da norma tributária que define o fato gerador de ICMS.

- Ante o exposto, divirjo dos eminentes Colegas para negar provimento à apelação do Estado, reconhecendo a procedência da pretensão contida na inicial, mas por fundamento diverso do acolhido pela sentença. (...) Sentença mantida por outros fundamentos. APELAÇÃO NÃO PROVIDA, POR MAIORIA<sup>19</sup>.

Em suma, os geradores distribuídos geram parte ou totalidade da eletricidade que consomem, adquirindo da distribuidora, eventualmente, o excedente de energia elétrica que demandam, ou seja, a parcela da eletricidade que não conseguiram autogerar. Fundamental colocar que é apenas sobre o referido excedente de consumo elétrico – adquirido junto à distribuidora e, portanto, exposto à relação de compra e venda e transmissão de propriedade – que o ICMS pode ser exigido de maneira legítima.

<sup>19</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70083791988. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Carpena Advogados. Relator: Marco Aurélio Heinz. Órgão: 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 22 de julho de 2020, acórdão publicado em 30 de julho de 2020.

No que concerne ao ICMS a discussão trazida pelo artigo não guarda relação com o Convênio nº 16/2015 do Confaz e com os Convênios que o complementam. O debate tributário trazido ao dossiê está situado no campo da não incidência do ICMS sobre os créditos de energia gerados e compensados por meio do SCEE. A justificativa para que a discussão privilegie a não incidência em detrimento da isenção é objetiva e baseada em lei: a “(...) microgeração e a minigeração distribuídas caracterizam-se como produção de energia elétrica para consumo próprio<sup>20</sup>.” Noutros termos, a microgeração e a minigeração distribuídas são, por imposição legal, tipos de autoprodução de energia elétrica, de modo que a energia injetada na rede de distribuição é devolvida aos prosumidores na forma de créditos de energia. A devolução encerra o mútuo gratuito criado pela Lei nº 14.300/2022 e regulamentado pela REN. nº 482/2012 da Aneel, ou seja, a energia autogerada e consumida na forma de créditos de energia constitui fato atípico tributário do ponto de vista do ICMS.

### **A GERAÇÃO COMPARTILHADA COMO FORMA DE ACESSO AO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Embora a geração distribuída de eletricidade por meio de fontes renováveis atenua a participação de fontes fósseis e não sustentáveis na matriz elétrica brasileira, a aquisição da infraestrutura necessária para tal operação, tal como e painéis fotovoltaicos, exige certo acúmulo de recursos econômicos, encontrando-se, assim, fora do alcance da maior parte da população brasileira. A normativa originalmente proposta pela Aneel autorizava a implementação, por um dado prosumidor ou consumidor-gerador, de empreendimentos geradores de energia destinados a compensar o seu próprio consumo. Na prática, os custos associados à implementação e manutenção das unidades geradoras, bem como o volume de energia gerada pelas usinas enquadradas na modalidade de minigeração distribuída (de 1 MW a 5 MW) impunham certa barreira ao acesso de consumidores menores.

<sup>20</sup> BRASIL, Lei nº 14.300/2022. institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm). Acesso em: 30 abril. 2022.

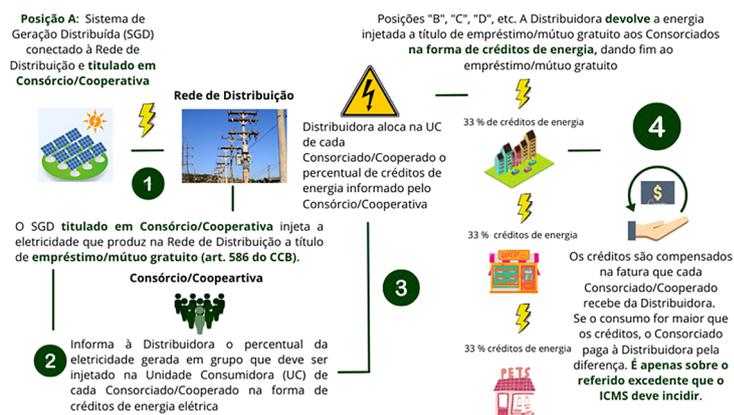
Para superar o obstáculo econômico e com o objetivo de democratizar a geração descentralizada de energia elétrica através de fontes renováveis a Aneel editou a Resolução Normativa nº 687/2015, pretendendo, por meio da geração compartilhada de energia elétrica, capilarizar a geração distribuída, ou seja, a geração de energia elétrica próxima ao local do consumo elétrico.

Por meio da geração compartilhada, pessoas físicas e jurídicas podem constituir grupos de consórcio ou associações cooperativas para titular em conjunto um ou mais sistemas de geração distribuída. As centrais de geração distribuídas tituladas em grupo permitem que os consorciados ou cooperados gerem em conjunto na posição “A” parte ou totalidade da energia que individualmente demandam em suas próprias unidades consumidoras (posições “B”, “C”, “D” etc.), cabendo ao consórcio ou à cooperativa designar a parcela da eletricidade coletivamente produzida que cabe a cada consorciado ou cooperado em dado mês de referência.

O percentual da energia autogerada em grupo é injetado na unidade consumidora de cada consorciado ou cooperado na forma de créditos de energia elétrica, permitindo que cada consorciado ou cooperado compense o consumo mensal medido pela distribuidora com os créditos de energia elétrica autogerados em consórcio ou cooperativa. Se o consumo medido pela distribuidora for maior do que a soma entre os créditos de energia injetados no mês de referência e eventuais créditos de energia acumulados em meses anteriores o consorciado ou cooperado pagará à distribuidora pela diferença efetivamente consumida, *sendo sobre o referido consumo excedente que o ICMS possui incidência legítima*<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> O presente artigo se volta à exploração da hipótese de incidência do ICMS, considerando a natureza jurídica regulatória da Geração Distribuída. Contudo, no contexto das interpretações das fazendas estaduais pela incidência do tributo (que ora se refuta), amplas foram as discussões sobre mecanismos de isenção como forma de incentivo ao modelo. É a posição destes autores que se trata de hipótese de não incidência. O tema, portanto, não se confunde com o debate acerca da isenção do referido tributo a partir do Convênio Confaz nº 16/2015. O referido convênio autoriza estados signatários a conceder isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE). O instrumento da isenção previsto no referido convênio não se confunde com a não incidência. Nos ensinamentos de Hugo de Brito Machado, “*Isenção*” é a exclusão, por lei, de parcela de hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A não incidência, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência. In: MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 32ª ed. Malheiros. São Paulo, 2011, p. 229.”

[...] o fato gerador do ICMS é a circulação econômica e jurídica da energia elétrica, evidenciando que a compensação de créditos de energia elétrica via consórcios ou cooperativas configura fato atípico incapaz de preencher a hipótese de incidência do referido tributo.



**Figura 01.** imagem elaborada pelos autores. Simbolização da geração compartilhada de energia elétrica e do Sistema de Compensação de Energia Elétrica.

É importante frisar que a energia elétrica coletivamente injetada na rede de distribuição pelo consórcio ou pela cooperativa é cedida à distribuidora de energia elétrica através de *empréstimo gratuito*, autorizando-a a utilizar a energia injetada pelo Sistema de Microgeração ou de Minigeração Distribuída titularizado de forma compartilhada para suprir a demanda elétrica de todo e qualquer consumidor que esteja radicado em sua área de outorga, concessão ou permissão.

Frisa-se, através da geração compartilhada os consorciados ou cooperados geram eletricidade *na posição "A" para consumi-la na forma de créditos de energia elétrica nas posições "B", "C", "D" etc.*, inexistindo, em virtude da autogeração coletiva orientada ao consumo individual, circulação econômica da eletricidade. Dito de outra forma, o fato gerador do ICMS é a circulação econômica e jurídica da energia elétrica, evidenciando que a compensação de créditos de energia elétrica via consórcios ou cooperativas configura fato atípico incapaz de preencher a hipótese de incidência do referido tributo. A respeito do fato gerador do ICMS aplicado à energia elétrica, decidiu o STF no julgamento do RE 593.824/SC:

(...) circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um adquirente. A hipótese de incidência do tributo é, portanto, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao

consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica<sup>22</sup>.

Portanto, para que houvesse incidência legítima do ICMS seria preciso que o deslocamento da eletricidade entre o ponto “A” e os demais pontos fosse orientado por relação mercantil de *compra e venda*, transformando, a contar da tradição (art. 1.267 do CCB), isto é, da existência de relação mercantil e jurídica, o bem móvel energia elétrica em mercadoria tributável pelo ICMS.

No entanto, ao *gerarem* no ponto “A” parte ou totalidade da eletricidade que consomem no ponto “B”, “C”, “D” etc. os consorciados ou cooperados não realizam deslocamento mercantil e jurídico de energia elétrica, uma vez que autoproduzem de forma coletiva parcela ou totalidade da energia elétrica que individualmente demandam a cada mês. Colocando a questão de forma ainda mais exata, deve-se reconhecer que a energia gerada no Ponto “A” pertence ao sujeito que a consome na qualidade de créditos de energia elétrica nos demais pontos, isto é, posição “B”, “C”, “D” etc., inexistindo troca da propriedade da energia elétrica, ou seja, relação econômica e jurídica de compra venda capaz de atrair a incidência do ICMS nos termos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora o debate sobre a inconstitucionalidade da incidência do ICMS seja objeto de aprofundamento do tópico a seguir, é imperioso enfatizar, desde antes, que a natureza não mercantil das operações do Sistema de Geração Distribuída é aspecto basilar da própria figura proposta pela Aneel. Não seria, portanto, exagero concluir que: identificar os créditos de energia produzidos a partir da geração distribuída e compartilhada como fato gerador do ICMS equivale a dizer que a geração distribuída é atividade mercantil que implica em circulação econômica e jurídica de energia elétrica – paradoxalmente o exato oposto daquilo que prevê a Resolução Normativa e a Lei que instituíram o referido arranjo de geração de eletricidade. A esse respeito, reiteramos o conceito de *Empréstimo (Mútuo) Grátis* referenciado enquanto natureza jurídica do Sistema de Geração

<sup>22</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.824. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados LTDA. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília, 27 de abril de 2020, acórdão publicado em 19 de maio de 2020.

Compartilhada estabelecido na Lei nº 14.300/2022 e nas Resoluções Normativas nº. 482/2012 e nº 687/2015 da Aneel. A natureza não mercantil da geração distribuída é aspecto absolutamente essencial do enquadramento regulatório estipulado pelo Congresso Nacional pela Aneel, não por acaso as centrais geradoras participantes do SCEE são passíveis de desenquadramento e exclusão<sup>23</sup> do sistema de compensação caso se evidencie a prática de comercialização de energia elétrica.

### **A INCONSTITUCIONAL INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS CRÉDITOS DE ENERGIA COMPENSADOS POR INTEGRANTES DE COOPERATIVA OU CONSÓRCIO DEDICADO À GERAÇÃO COMPARTILHADA DE ENERGIA ELÉTRICA**

No que concerne à geração compartilhada os consorciados ou cooperados geram parte ou totalidade da energia elétrica que consomem através dos sistemas de geração distribuídos que titulam em consórcio ou cooperativa, consumindo da distribuidora de energia elétrica o quantum de eletricidade que porventura ultrapasse a energia elétrica alocada pelo consórcio ou pela cooperativa no mês de referência.

Pois muito bem, aos titulares de Unidade Consumidora enquadrada na Microgeração ou na Minigeração distribuída tem sido dispensado o status singular de *Prosumidor*, ou seja, fusão entre as figuras do gerador e do consumidor de energia elétrica. O Parecer emitido pela Advocacia Geral da União (AGU) junto à ANEEL auxilia na definição do termo:

Ao instalar, manter e operar o seu ativo, utilizando a energia por ele gerada, o consumidor atua como um gerador, não um gerador deten-

<sup>23</sup> O artigo 6º, § 2º, da REN. 482/2012 da Aneel determina que a adesão ao sistema de compensação de energia elétrica não se aplica aos consumidores livres ou especiais. Em regra, o consumidor de energia elétrica só pode adquirir eletricidade da distribuidora titular da área de concessão em que está situado (Consumidor Cativo e elegível para integração à Geração Distribuída). Contudo, consumidores que demandam entre 0,5 MW e 1,5 MW (Consumidores Especiais) podem adquirir energia elétrica de fontes renováveis no Ambiente de Contratação Livre. Por sua vez, consumidores que demandam quantidade de energia superior a 1,5 MW podem adquirir (comprar) energia no Ambiente de Contratação Livre de quaisquer fontes de geração elétrica. Mais informações nos artigos 15 e 16 da Lei 9.074 de 1995, no artigo 26, § 5º, da Lei 9.427 de 1996, no Módulo 1 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, editados pela Aneel e no espaço virtual da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

**A grande questão é, embora utilize a rede de distribuição e eventualmente adquira energia elétrica da Distribuidora, o Prossumidor gera energia elétrica para si, encontrando-se a referida porção de eletricidade fora de qualquer tipo de relação ou circulação mercantil, posto que gerada e consumida pelo próprio Prossumidor.**

tor de concessão, permissão ou mesmo autorização, mas um gerador singular, com características delineadas pela Resolução n° 482/2012. Na realidade, trata-se de um híbrido de consumidor e gerador, um híbrido que se tem convencido denominar de “prossumidor”<sup>24</sup>.

O termo *Prossumidor* também foi utilizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) como forma de designar a singularidade jurídica do titular de Unidade Consumidora enquadrada na Microgeração ou na Minigeração Distribuídas:

A Resolução ANEEL 482, de 17 de abril de 2012, estabeleceu as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica e criou o sistema de compensação de energia elétrica (SCEE).

Com a edição do normativo, a agência definiu marco regulatório, permitindo que os “prossumidores” de pequeno porte (agentes que instalam sistema de geração elétrica distribuída, mas também consomem energia elétrica) se conectassem à rede de distribuição elétrica e que o montante de energia produzido pudesse ser compensado com o consumido, reduzindo a tarifa<sup>25</sup>.

A grande questão é, embora utilize a rede de distribuição e eventualmente adquira energia elétrica da Distribuidora, *o Prossumidor gera energia elétrica para si, encontrando-se a referida porção de eletricidade fora de qualquer tipo de relação ou circulação mercantil, posto que gerada e consumida pelo próprio Prossumidor*. Mais uma vez, o Parecer da AGU junto à Aneel oportuniza melhor compreensão:

Como introduzido anteriormente, não há na mini e microgeração distribuída da Resolução n° 482/2012 qualquer relação sistêmica. A relação estabelece-se entre a concessionária de distribuição e o consumidor ou prossumidor. Não há compra e venda de energia e a geração se faz no interesse exclusivo do consumidor. De fato, parece acertada a conclusão do Parecer n° 001/2017-PFANEEL/PGF/AGU de que a central de geração inserida em semelhante arranjo não pode ser classificada ou equiparada a uma obra de infraestrutura, pois tal caracterização não depende apenas das qualidades físicas da usina, mas também da destinação da sua energia<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Parecer n. 00338/2018/PFANEEL/PGF/AGU.

<sup>25</sup> Acórdão TCU nº 037.642/2019-7.

<sup>26</sup> Parecer n. 00338/2018/PFANEEL/PGF/AGU.

**Na medida em que não existe venda de energia elétrica no caso da eletricidade gerada pelo próprio Prossumidor, não há preenchimento da hipótese de incidência pelo fato gerador que legitima a incidência do ICMS sobre a energia elétrica.**

Na medida em que não existe venda de energia elétrica no caso da eletricidade gerada pelo próprio *Prossumidor*, não há preenchimento da hipótese de incidência pelo fato gerador que legitima a incidência do ICMS sobre a energia elétrica. Ainda no campo das instituições oficiais, o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Recife, concedeu segurança para afastar a incidência do ICMS sobre os créditos de energia compensados por sujeitos que integram cooperativas e consórcios dedicados à geração distribuída e compartilhada de energia elétrica:

Posto isso, JULGO PROCEDENTE o pedido, concedendo a segurança para: 1. Declarar a inexigibilidade do ICMS sobre a energia produzida e transferida no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica pelas consorciadas atualmente integrantes do Consórcio Impetrante e que vierem a ele aderir, em virtude de essa operação não constituir fato gerador desse tributo (artigo 155, II, e § 3º, da Constituição Federal); 2. Reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue as consorciadas atualmente integrantes do Consórcio Impetrante e que vierem a ele aderir a pagar ICMS sobre a energia produzida e autoconsumida no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica segundo a Resolução nº 482, de 17 de abril de 2012, da ANEEL, e normas que a seguirem e 3. Declarar o direito à compensação dos pagamentos indevidos, nos termos dos artigos 165 a 169 do CTN, limitado aos 05 anos anteriores à propositura da presente ação<sup>27</sup>.

A sentença foi precisa ao fundamentar quê:

Verifica-se que o ICMS incide sobre a venda de energia elétrica para distribuição ou comercialização. Não há incidência do ICMS quando o próprio consumidor gera a energia elétrica que irá consumir. Não se trata de isenção, mas de não realização da hipótese de incidência tributária (...). Apenas sobre a energia efetivamente consumida pelos usuários das distribuidoras é que incide o ICMS, sendo esta a sua base de cálculo (grifo nosso). Deve-se compensar, no caso dos consumidores, **consorciados ou não**, que geram sua própria energia, a energia que lançam na rede da distribuidora, por não realização do fato jurídico relevante para o alcance da norma tributária do ICMS.

<sup>27</sup> Processo nº 0030508-91.2020.8.17.2001 Impetrante: Consorcio Valor gás Energia Sustentável PE I Impetrado: Coordenador da Administração Tributária Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, PGE – Procuradoria Da Fazenda Estadual.

O grifo realizado sobre o trecho “*consoziados ou não*” permite que uma pequena observação seja realizada. Vamos lá, a Minigeração Distribuída realizada através da espécie geração compartilhada permite, nos termos do art. 2º, VII, da Res. 482/2012 da ANEEL,

(...) a reunião de consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, por meio de *consórcio ou cooperativa*, composta por pessoa física ou jurídica, que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras nas quais a energia excedente será compensada; (...).

É importante frisar que o Grupo de Consórcio não possui personalidade jurídica<sup>28</sup>, tornando evidente, para fins de tributação, que a energia elétrica gerada pelos Sistemas de Geração Distribuída titulados em Consórcio é gerada em nome dos próprios consorciados, atraindo a incidência da Súmula nº 166 do STJ<sup>29</sup>.

Embora seja coerente sustentar que a ausência de personalidade jurídica do consórcio impõe deslocamento da mercadoria energia elétrica para estabelecimentos comerciais do mesmo contribuinte, atraindo, portanto, a incidência da Súmula 166 do STJ, destacamos que a referida argumentação ainda é periférica, ou seja, incapaz de determinar o motivo central que impede a incidência do ICMS sobre os créditos de energia gerados por meio da geração distribuída e compensados através do Sistema de Compensação de Energia Elétrica.

Em verdade, a ausência de ânimo econômico na geração compartilhada permite que o prosumidor possa autogerar energia elétrica na Unidade Consumidora “A”, Consórcio ou Cooperativa, utilizando-a, no todo ou em parte e na forma de créditos de energia, nas Unidades Consumidoras “B”, “C”, “D” etc. sem caracterizar venda ou comercialização de energia elétrica.

Vale lembrar, a hipótese de incidência do ICMS reside na “(...) operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao

<sup>28</sup> Art. 278, § 1º, da Lei 6.404/1976: “*O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.*”

<sup>29</sup> Súmula 166 do STJ: não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

consumidor final”<sup>30</sup>, qualidade que *não está* presente na geração compartilhada de energia elétrica na medida em que a Lei nº 14.300/2022 e a Aneel reservam o status de minigerador distribuído a sujeitos que autoproduzem parte ou totalidade da energia que consomem, ou seja, a sujeitos que não comercializam a energia elétrica que geram para consumo próprio:

Art. 9º Podem aderir ao SCEE os consumidores de energia, pessoas físicas ou jurídicas, e suas respectivas unidades consumidoras: (...)

Parágrafo único. Não poderão aderir ao SCEE os consumidores livres que tenham exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições estabelecidas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, ou consumidores especiais que tenham adquirido energia na forma estabelecida no § 5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Art. 11. É vedado novo enquadramento como microgeração ou minigeração distribuída das centrais geradoras que já tenham sido objeto de registro, de concessão, de permissão ou de autorização no Ambiente de Contratação Livre (ACL) ou no Ambiente de Contratação Regulada (ACR), ou tenham entrado em operação comercial para geração de energia elétrica no ACL ou no ACR ou tenham tido sua energia elétrica contabilizada no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) ou comprometida diretamente com concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, no ACR, e a concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica deve identificar esses casos perante a Aneel<sup>31</sup>.

Art. 2º Para efeitos desta Resolução, ficam adotadas as seguintes definições: (...)

§1º É vedado o enquadramento como microgeração ou minigeração distribuída das centrais geradoras que já tenham sido objeto de registro, concessão, permissão ou autorização, ou tenham entrado em operação comercial ou tenham tido sua energia elétrica contabilizada no âmbito da CCEE ou comprometida diretamente com concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, devendo a distribuidora identificar esses casos<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> ADC 49 | Órgão julgador: Tribunal Pleno | Relator(a): Min. EDSON FACHIN | Julgamento: 19/04/2021 | Publicação: 04/05/2021.

<sup>31</sup> BRASIL, 2022.

<sup>32</sup> ANEEL, 2012.

Não fosse o bastante, para garantir que os créditos de energia derivados da microgeração ou da minigeração distribuídas não derivam da comercialização de energia elétrica a Lei nº 14.300/2022 e a REN. 482/2012 da Aneel qualificaram o Sistema de Compensação de Energia Elétrica como:

(...) XIV - Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE): sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, *cedida a título de empréstimo gratuito* e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes do sistema<sup>33</sup>.

(...) sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é *cedida, por meio de empréstimo gratuito*, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa; (...)<sup>34</sup>.

Aqui é preciso certo cuidado. Para compreender os motivos pelos quais o ICMS não deve incidir sobre os créditos de energia compensados no âmbito do SCEE é preciso determinar a natureza jurídica do empréstimo gratuito referido nos dispositivos normativos supracitados.

Conforme já observado, os artigos 83, inciso I, e 85 do Código Civil qualificam a energia elétrica como bem móvel fungível, isto é, bem que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade. Portanto, o empréstimo gratuito que o titular da minigeração distribuída faz em favor da rede de distribuição qualifica espécie de mútuo, isto é, empréstimo não oneroso de bem fungível, modalidade contratual positivada no artigo 586 do Código Civil<sup>35</sup>.

De acordo o artigo 1º, inciso XIV, da Lei nº 14.300/2022, os créditos de energia *restituem* ao mutuário, ou seja, ao titular do sistema de minigeração distribuída, a energia elétrica injetada em empréstimo na rede de distribuição. Infere-se, pois, que a fungibilidade da energia elétrica determina que os créditos de energia ativa apareçam como mera restituição da energia que o mutuário injetou na rede de

<sup>33</sup> BRASIL, 2022.

<sup>34</sup> Trecho extraído do Art. 2º, III, da REN. 482/2012 da Aneel.

<sup>35</sup> Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

**Portanto, entre a injeção de energia ativa e a compensação de créditos de energia não há circulação jurídica e mercantil da energia elétrica, de forma que a hipótese de incidência do ICMS não é deflagrada no gênero geração distribuída e na espécie geração compartilhada de energia elétrica.**

distribuição, ou seja, “quando da compensação entre a energia consumida pelo estabelecimento e os créditos que a impetrante possui, o que há é a restituição daquilo que foi objeto do mútuo<sup>36</sup>.”

Portanto, entre a injeção de energia ativa e a compensação de créditos de energia não há circulação jurídica e mercantil da energia elétrica, de forma que a hipótese de incidência do ICMS não é deflagrada no gênero geração distribuída e na espécie geração compartilhada de energia elétrica. Importante recordar que de acordo com o RE 593.824 a hipótese de incidência do ICMS é deflagrada na

(...) operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica<sup>37</sup>.

Em outras palavras, para que a circulação da mercadoria atraia a incidência do ICMS é preciso que haja ato de mercancia qualificado pela transferência da titularidade do bem objeto de circulação. No caso da geração distribuída e compartilhada de energia elétrica, os prosumidores geram coletivamente na Posição “A” parte ou totalidade da eletricidade que consomem na forma de créditos de energia nas Posições “B”, “C”, “D” etc., ou seja, embora haja circulação física da energia elétrica, não há, sob qualquer ângulo de análise, circulação mercantil e jurídica da eletricidade, uma vez que os créditos de energia elétrica consumidos representam mera devolução da eletricidade que os consorciados ou cooperados geraram para uso próprio, pondo, a partir do consumo dos créditos via compensação, fim ao mútuo gratuito de bem fungível. Frisa-se: não há transferência da propriedade da energia elétrica via tradição (art. 1.267 do CCB), uma vez que os sujeitos que consomem a eletricidade na forma de créditos nas Posições “B”, “C”, “D” etc. são os mesmos que a geram em consórcio ou cooperativa na Posição “A”.

É preciso reconhecer que os créditos de energia compensados pelos consorciados ou cooperados representam mera devolução da

<sup>36</sup> 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (decisão mantida no STJ | AREsp nº 1849197/RS, 08/06/21).

<sup>37</sup> Tema 176 da Repercussão Geral | RE 593824 / SANTA CATARINA | RECURSO EXTRAORDINÁRIO | Relator(a): Min. EDSON FACHIN | Julgamento: 27/04/2020 | Publicação: 19/05/2020 | Órgão julgador: Tribunal Pleno.

energia elétrica que os próprios consorciados ou cooperados emprestaram à rede de distribuição, inexistindo margem jurídica para incidência legítima do ICMS sobre os créditos de energia autogerados e compensados por integrantes de cooperativas e consórcios dedicados à geração distribuída e compartilhada de energia elétrica. Em verdade, vale esclarecer que a criação dos referidos créditos de energia elétrica é mera ficção para viabilizar a apuração de um sistema de autoconsumo de um bem fungível. Isto é, não importa dizer que o elétron se movimenta de um ponto a outro para deflagrar a cobrança do ICMS, uma vez que tal movimentação gera a energia elétrica que compõem um sistema de compensação no qual o gerador é também consumidor e, frise-se, se beneficia exclusiva e precisamente da quantidade de energia elétrica que gerou.

De acordo com a Nota Técnica nº 0017/2015, emitida pela Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição (SRD) da Aneel, “a relação jurídica entre o consumidor com geração distribuída e a distribuidora não se caracteriza como uma comercialização de energia elétrica, mas como mútuo (empréstimo gratuito) de energia elétrica (...)”.

Para fins de exposição do argumento, recorre-se à citação direta da Nota Técnica nº 0017/2015:

19. Em 11/10/2012, a ANEEL participou da reunião do Comitê Técnico GT 13 do CONFAZ, na qual os representantes das Secretarias de Fazenda de diversos Estados manifestaram o entendimento de que a atividade de compensação de energia elétrica descrita na REN 482/2012 seria uma operação de compra e venda, e, como tal, ensejaria a aplicação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, tendo em vista que a Resolução não definia a natureza jurídica da operação. 20. Dessa forma, com amparo no Parecer nº 0108, de 28/02/2012, da Procuradoria Federal da ANEEL, a Agência revisou a REN nº 482/2012 de forma a esclarecer que a relação jurídica entre o consumidor com geração distribuída e a distribuidora não se caracteriza como uma comercialização de energia elétrica, mas como mútuo (empréstimo gratuito) de energia elétrica. 23. Apesar de não ser competência da Agência, a visão da ANEEL é que a tributação deveria incidir apenas na diferença, se positiva, entre os valores finais de consumo e energia excedente injetada (geração) (...) <sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Nota Técnica nº 0017/2015-SRD/ANEEL, Processo nº 48500.004924/2010-51, emitida em 13 de abril de 2015.

Conclusão: o gênero minigeração distribuída e a espécie minigeração compartilhada foram juridicamente criados como formas não comerciais de geração de energia elétrica, de modo que o reconhecimento estatal da condição de minigerador distribuído retira totalmente o caráter econômico da atividade desempenhada de forma coletiva por grupo de consórcio ou cooperativa, impedindo, pois, a incidência do ICMS sobre a parcela de eletricidade autoproduzida em consórcio e consumida por cada um dos consorciados na forma de créditos de energia.

Vai-se além. Por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49 o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a hipótese de incidência do ICMS é

(...) a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica<sup>39</sup>.

Tem-se, de acordo com o STF, duas condições na hipótese de incidência do ICMS que *não são* preenchidas no caso da tributação dos créditos de energia gerados por meio da geração distribuída e compartilhada de energia elétrica:

- (a) operação praticada por comerciante: os consorciados geram de forma coletiva na Posição “A” parte ou totalidade da eletricidade que consomem nas Posições “B”, “C”, “D” etc. No caso da geração compartilhada, portanto, não há geração de energia com ânimo comercial, mas, sim, autogeração para consumo próprio;
- (b) circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final: conforme colocado, os consorciados geram na Posição “A” parte ou totalidade da energia que consomem nas Posições “B”, “C”, “D”, de modo que (1) a eletricidade autogerada para consumo próprio não constitui relação de compra e venda de energia, impedindo que o ICMS incida sobre a eletricidade autogerada em consórcio e consumida por cada um dos consorciados na forma de créditos de energia; e (2) não há transferência da propriedade da energia elétrica via tradição (art. 1.267 do CCB),

<sup>39</sup> ADC 49 | Órgão julgador: Tribunal Pleno | Relator(a): Min. EDSON FACHIN | Julgamento: 19/04/2021 | Publicação: 04/05/2021.

uma vez que os sujeitos que consomem a eletricidade nas Posições “B”, “C”, “D” etc. são os mesmos que a geram em consórcio na Posição “A”.

Para além da abordagem objetiva do princípio da legalidade, segundo a qual se demonstra a ausência de fundamento jurídico para incidência do ICMS sobre créditos de energia oriundos dos sistemas de Geração Distribuída, não se pode ignorar o papel da tributação como ferramenta de intervenção econômica. Isto é, a normativa tributária deve ser examinada também em seu caráter extrafiscal<sup>40</sup>, segundo o qual pode cumprir o objetivo de estimular ou desestimular certa atividade econômica. Ora, ainda que superado o debate sobre a hipótese de incidência do tributo, permaneceria a necessidade de questionar, sob a perspectiva da dimensão extrafiscal da norma, a sua aplicação no sentido de desestimular atividade econômica cujo paradigma de existência se baseia no reconhecimento do Estado, por meio da Lei Federal nº 14.300/2022 e do agente regulador (Aneel), na necessidade de fomentar a descarbonização da matriz elétrica e a concreção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos termos do artigo 225 da Constituição Federal.

## CONCLUSÕES

O gênero minigeração distribuída e a espécie minigeração compartilhada foram juridicamente criados como formas *não comerciais* de geração de energia elétrica, de forma que o reconhecimento estatal da condição de minigerador distribuído retira totalmente o caráter econômico da atividade desempenhada em grupo pela cooperativa ou consórcio dedicado à geração compartilhada de energia elétrica, impedindo, pois, que o ICMS incida sobre a parcela de eletricidade

<sup>40</sup> A experiência jurídica nos mostra, porém, que vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de extrafiscalidade. In: CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 287. Para uma discussão mais aprofundada a respeito da intervenção do Estado sobre o domínio econômico via indução, utilizando, inclusive, a extrafiscalidade dos tributos, consultar COUTINHO, Diogo.; SCHAPIRO, Mario Gomes. “Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal”. In: José Augusto Fontoura, José Maria Arruda Andrade, Alexandra Mery Hansen Matsuo. (Org.). Direito: Teoria e Experiência- Homenagem a Eros Roberto Grau. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 1, p. 581-619.

**É patente, pois, que a energia elétrica gerada por meio da Microgeração e da Minigeração Distribuídas não preenche a hipótese de incidência do ICMS, exigindo que as unidades federadas corrijam a forma de tributação atinente às atividades desenvolvidas a partir da Lei nº 14.300/2022 e das Resoluções Normativas nº 482/2012 e nº 687/2015 da Aneel.**

autoproduzida e compensada por cada integrante da cooperativa ou do consórcio.

É patente, pois, que a energia elétrica gerada por meio da Microgeração e da Minigeração Distribuídas não preenche a hipótese de incidência do ICMS, exigindo que as unidades federadas corrijam a forma de tributação atinente às atividades desenvolvidas a partir da Lei nº 14.300/2022 e das Resoluções Normativas nº 482/2012 e nº 687/2015 da Aneel.

O evidente conflito entre a interpretação regulatória federal e o tratamento fiscal despendido pelas secretarias das fazendas estaduais no que diz respeito à natureza jurídica dos créditos de energia derivados do SCEE determina que a matéria seja urgentemente superada pelos tribunais ou pelas próprias administrações tributárias estaduais. Não apenas o tratamento fiscal dispensado pelos estados ignora o conceito essencial sobre o qual se instituiu o modelo regulatório da geração distribuída, como ataca o cerne do seu propósito: fomentar a diversificação e a descentralização da matriz elétrica brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 287.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. “Economia política e direito econômico: do desenvolvimentismo aos desafios da retomada do ativismo estatal”. In: José Augusto Fontoura, José Maria Arruda Andrade, Alexandra Mery Hansen Matsuo. (Org.). *Direito: Teoria e Experiência - Homenagem a Eros Roberto Grau*. 1. ed.São Paulo: Malheiros, 2013, v. 1, p. 581-619.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. v. 1. 391p.
- LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Instituições de direito da energia elétrica*. Volume I: propedêutica e fundamentos. 1 ed. London: Laccademia, 2020.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 32ª ed. Malheiros. São Paulo 2011.

OLIVEIRA, Adilson e SALOMÃO, Luiz Alfredo. *Setor Elétrico Brasileiro, Estado e Mercado*. Rio de Janeiro: Synergia, 2017. 188p

SILVA, Felipe Montiel da. “O inviável recurso ao desenvolvimentismo: colonialidade e setor parapetrolífero no Brasil”. In: Lavrapalavra. 2021. Disponível em: <https://lavrapalavra.com/2021/01/18/o-inviavel-recurso-ao-desenvolvimentismo-colonialidade-e-setor-parapetrolifero-no-brasil/>. Acesso em: 06 mar. 2021.

### **Normas jurídicas, decisões judiciais e pareceres**

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Agência Nacional de Energia Elétrica, Brasília. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Nota Técnica nº 0017/2015- SRD/ANEEL, Processo nº 48500.004924/2010-51, Brasília, 13 de abril de 2015. Disponível em: aqui. Acesso: 30 dez. 2021.

BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Parecer n. 00338/2018/PFANEEL/PGF/AGII. Processo nº 48500004330201716, Brasília, 05 de setembro de 2018. Disponível em: aqui. Acesso: 30 dez. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm). Acesso em: 30 dez. 2021

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL, Lei nº 14.300/2022. institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Intimado: Presidente da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin.

Órgão: Tribunal Pleno. Brasília, 19 de abril de 2021, acórdão publicado em 04 de maio de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.824. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Madri Comércio de Compensados e Laminados LTDA. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília, 27 de abril de 2020, acórdão publicado em 19 de maio de 2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação 037.642/2019-7. Representante: Ministério Público da União (TCU). Relatoria: Ana Arraes. Brasília, 18 nov. 2020. Disponível em: aqui: Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança nº 0030508-91.2020.8.17.2001. Impetrante: Consorcio Valor gás Energia Sustentável PE I. Impetrado: Coordenador da Administração Tributária Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco. Órgão: 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital. Magistrado: Haroldo Carneiro Leão. Recife, 20 jan. 2021. Disponível em: aqui. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70083791988. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Carpena Advogados. Relator: Marco Aurélio Heinz. Órgão: 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 22 de julho de 2020, acórdão publicado em 30 de julho de 2020.

## QUALIFICAÇÃO

*Felipe Montiel da Silva* é mestre em direito pelo programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade La Salle e advogado.

*Ana Himmelstein Capelhuchnik* é mestranda pelo programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e advogada.