

ICMS na geração distribuída: Gênese de uma tributação indevida

MARSHALL, Otávio; TRIBUCI, Einar. "ICMS na geração distribuída: Gênese de uma tributação indevida". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 31 de Julho de 2019.

No setor de energia, especificamente no de geração distribuída ("GD"), regulado pela Resolução Normativa 482/2012 ("RN 482"), são notórias as consequências agudas de um sistema tributário assistemático, que tem como sua marca o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS"). Existem distintas interpretações para a mesma norma que trata da suposta isenção do ICMS em GD – o Convênio ICMS 16/2015. Todas com vícios elementares, permitidos por excessos no poder precário de tributar o setor empresarial. O presente artigo não tem como objetivo exclusivo discutir tributação, mas sim segurança jurídica no Brasil.

Convém rememorar passos importantes na construção da situação, a partir de fatos documentados e acessíveis à sociedade.

Em outubro de 2012, quase seis meses após a publicação da RN 482, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica ("ABRADEE") questionou a Agência Nacional de Energia Elétrica ("ANEEL") acerca da natureza jurídica da transação decorrente da compensação de energia. Havia a dúvida se entre Distribuidora e o prosumidor ocorreria a compra e venda daquela energia. A mesma dúvida existiu por parte do GT-13 (Grupo de Trabalho 13 – Energia Elétrica) da Comissão Técnica Permanente ("COTEPE") do Conselho Nacional de Política Fazendária ("CONFAZ"), já que uma operação de mercancia de energia, atrairia a incidência do ICMS.

A ANEEL, ciente da relevância da questão, abriu uma audiência pública (AP 100/2012) para esclarecer a natureza jurídica da operação de forma transparente. Coletou argumentos fundamentados, que foram debatidos e disponibilizados a todos os cidadãos e entes públicos, como o CONFAZ e as Secretarias da Fazenda dos Estados. Por fim, a RN 482, em dezembro de 2012, acabou por introduzir o conceito de "empréstimo gratuito" para a energia do Sistema de Compensação de Energia Elétrica ("SCEE"). A esse conceito, a norma setorial somaria a proibição da venda ou a cessão da energia a terceiros que não o próprio produtor, afastando qualquer suspeita de que se trataria de uma operação mercantil típica. E aqui está o núcleo do mal-entendido que tantos problemas causa no mercado de GD.

O CONFAZ, no entanto, levou de 2012 a 2015 para editar um Convênio, com o fim de isentar o ICMS na GD – o famoso 16/2015. Ocorre que, diante dos ritos pouco transparentes do Conselho e do extenso lapso temporal para publicar a referida norma, o Convênio reproduziu um texto específico da RN 482 de 2012, na época o inciso III do artigo 2º, com redação dada pela Resolução Normativa 517/2012.

O resultado é uma regra de isenção natimorta, pois desconsidera os aperfeiçoamentos do SCEE, que de forma alguma alteraram o conceito basilar de GD, como um sistema que permite o consumidor usufruir de sua própria energia produzida. Através de uma interpretação rasa e literal, poder-se-ia dizer que tais aperfeiçoamentos, a exemplo da Geração Compartilhada, não estão contemplados pela isenção. Mas é ingênuo, ou no mínimo parcial, acreditar que as palavras no

mundo jurídico são simplesmente para serem constatadas diante de uma verdade preexistente. Enquanto existirem legisladores, a interpretação jurídica é ferramenta indispensável a qualquer sociedade subordinada a um sistema jurídico. E é justamente por meio desta ferramenta, que afirmamos, na geração compartilhada, o gerador e o usuário da energia tratam-se da mesma pessoa, pois esta é a essência da norma criada pela ANEEL, ao introduzir a GD no Brasil.

E é por isso que toda vez que empreendedores e usuários se depararem com a cobrança de ICMS na geração compartilhada ou sobre um componente tarifário autoproduzido e compensado (como sobre a TUSD kWh), esse ato deve ser combatido, inclusive por via judicial, pois não há por que discutir a interpretação a ser dada ao Convênio 16/2015 sobre a quais portes de projetos de GD ou usuários a isenção do ICMS tem seu alcance, quando nem sequer há fato gerador em ditas operações, por não haver a transferência jurídica da energia. E esse é o entendimento dos Tribunais Superiores quando não há transferência jurídica do bem, de jurisprudência assentada, inclusive sumulada.

Essa questão jurídica vem a causar um mal econômico e social de grandes dimensões. Abaixo dados de junho de 2019:

– No Brasil todo, 1.196 prossumidores estão pagando ICMS sobre toda a energia autoproduzida, só porque escolheram a Geração Compartilhada como processo mais racional para a GD;

– Nacionalmente, inúmeros projetos desprezam a eficiência técnica decorrente da integração da geração em usinas maiores do que 1 MW, para evitar questionamentos das autoridades fiscais, um fato absurdo em um país onde sobram ineficiências energéticas a serem mitigadas com a GD;

– Nos Estados do RS, SP e RJ, 40.542 prossumidores estão pagando ICMS sobre a TUSD kWh;

– Em MG, 6.388 prossumidores estão pagando ICMS sobre toda a energia autoproduzida só porque a fonte da energia é hídrica ou térmica.

A consequência subjacente dessa história é que a sensação de insegurança jurídica se alastra entre potenciais interessados em gerar sua própria energia renovável pelo método mais moderno no sistema elétrico mundial – a GD, travando o desenvolvimento do país num segmento que gera empregos e renda em progressão vertiginosa em momento de escassez econômica.

Otávio Marshall é sócio e diretor da Renobrax Energias Renováveis e bacharel em Direito pela PUCRS, com especialização em mercado de capitais pela APIMEC-UFRGS.

Einar Tribuci é sócio-fundador da Tribuci Advogados e bacharel em Direito pela Universidade São Judas Tadeu, especializado em direito tributário pela PUCSP