



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. CENTRAL MINIGERADORA DE ENERGIA FOTOVOLTAICA. RESOLUÇÃO Nº 482/2012 DA ANEEL. EMPRÉSTIMO GRATUITO À CONCESSIONÁRIA. MÚTUO. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A OPERAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DA ENERGIA AO ESTABELECIMENTO, SOB FORMA DE COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA.

A Resolução nº 482/2012 da ANEEL estabeleceu a possibilidade de unidade consumidora com microgeração ou minigeração ceder, por meio de empréstimo gratuito (mútuo), parte da energia não utilizada à distribuidora local e posteriormente compensá-la com o consumo de energia elétrica ativa.

A circulação de mercadorias, fato gerador de ICMS, na forma do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, com a finalidade de obtenção de lucro, e a transferência de sua titularidade.

A operação de “restituição” da energia elétrica emprestada, que se dá por meio de compensação do crédito gerado pela unidade, não está sujeita à incidência de ICMS, por não restar configurada a circulação jurídica da mercadoria, que não deixou o patrimônio do consumidor.

Sentença mantida por outros fundamentos.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA, POR MAIORIA.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-
92.2020.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE

CARPENA ADVOGADOS ASSOCIADOS

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, negar provimento à apelação, vencidos o Relator e a Desembargadora Íris, que davam provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE), DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA E DES.^a MARILENE BONZANINI.**

Porto Alegre, 22 de julho de 2020.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ,

RELATOR.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA,

REDATOR.

RELATÓRIO

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (RELATOR)

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL apela da sentença que concedeu a ordem, na ação de segurança intentada por CARPENA ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto a isenção do ICMS incidente sobre fornecimento de energia elétrica.

Em apertada síntese, alega que o impetrante não goza da isenção pretendida, porque pretende instalar central geradora que possui capacidade superior a 1,2 MW, superando, assim, o limite estabelecido na legislação de regência, fato, aliás, que já havia sido objeto de consulta por parte do consumidor e já expressada a negativa do gozo do benefício. Reporta-se aos termos do Convênio ICMS 16/2015 e do Decreto Estadual 52.964 que



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

estabeleceu o benefício no Estado do Rio Grande do Sul, insistindo, nos termos do art. 111, do CTN, na inexistência do direito invocado pelo impetrante. Requer a reforma da sentença.

O apelado apresenta resposta, batendo-se pela correção da sentença, uma vez que a minigeradora a ser instalada na unidade consumidora contém os requisitos necessários para o benefício pretendido.

O Ministério Público manifesta-se no sentido do provimento do recurso, uma vez que a central geradora de energia solar do impetrante não atende aos requisitos previstos na legislação de regência para usufruir da isenção pretendida.

É o relatório.

VOTOS

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (RELATOR)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite interpretação extensiva da lei que outorga isenção, uma vez que tal benefício implica renúncia de receita: *"As isenções, diante da inteligência do art. 11, II, do CTN devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, pois sempre*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

implicam renúncia de receita. 'In casu', a isenção é concedida a ônibus e não a micro-ônibus, de tal sorte que não pode o intérprete, aplicador da lei estendê-la, diante da exegese literal da isenção" (AgRg no REsp 953.130/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 26.03.2008); no mesmo sentido: "A concessão de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia, reconhecer situação discriminatória de categoria não abrangidas pela regra isentiva e estender, por via transversa, benefício fiscal sem que haja previsão legal específica" (AgRg no AREsp 248.164, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.11.2012).

No caso, conforme a prova documental carreada aos autos, a minigeradora de energia elétrica de fonte solar que o impetrante pretende instalar em sua unidade consumidora possui capacidade instalada de 1,2 MW, superior àquela prevista no art. 9º, do Regulamento do ICMS, com a redação do Decreto 52.964/2015: aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração, definidas na Resolução 482/2012 da ANEEL, cuja potência instalada seja, respectivamente, menor ou igual a 75 KW e superior a 75 KW e menor ou igual a 1 MW.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Convém esclarecer que o Convênio ICMS 16/2015, que autorizou a concessão de isenção do tributo nos casos em que a energia elétrica é produzida por microgeração ou minigeração, prevê que a potência da fonte geradora deve possuir potência instalada menor ou igual a 75 KW e superior a 75 KW e menor ou igual a 1 MW, redação igual à reproduzida no art. 9º do RICMS.

A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos para a sua concessão, os tributos a que se aplica, e, sendo o caso, o prazo de sua duração (art. 176 do CTN).

Evidente, portanto, que o impetrante não preenche os requisitos para fruição do benefício da isenção pretendida na peça inicial.

Ausente o direito invocado.

Dou provimento ao apelo, para denegar a ordem.

Custas pelo impetrante.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA

Acompanho o eminente relator no caso concreto.

Cuida-se de apelação interposta por ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra sentença que, nos autos do Mandado de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Segurança impetrado por CARPENA ADVOGADOS ASSOCIADOS, concedeu a segurança, nos termos do dispositivo:

3. Em face do exposto, confirmando a liminar deferida, CONCEDO A SEGURANÇA postulada, determinando que a isenção prevista no art. 9º, CXCVIII, Livro I, do RICMS, observe os limites de potência instalada previstos na Resolução Normativa ANNEE n. 482/12, de modo a assegurar que a energia compensada pela minigeradora de potência instalada de 1,2 MW, que a impetrante pretende instalar em sua sede, não sofra a incidência de ICMS.

Custas pelo impetrado, em razão do princípio da causalidade. Sem honorários, de acordo com as Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Em suas razões o Estado refere que a Central geradora da impetrante, com potência instalada de 1,2 MW, enquadra-se no conceito de minigeração, na forma do artigo 2º, II, da Resolução ANEEL nº 482/2012. Contudo, o referido enquadramento não ocasiona a isenção do ICMS prevista no art. 9º, CXCVIII, do Livro I, do Regulamento do ICMS, inexistindo ilegalidade na limitação imposta pela legislação estadual no sentido de isentar de ICMS somente para as unidades geradoras cuja potência instalada seja igual ou inferior a 1 MW. Defende que o ICMS insere-se na competência privativa de cada Estado da Federação, requerendo, em suma, o provimento do apelo para denegar a segurança.

A apelada ofertou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença, ou, alternativamente seja assegurado que a energia compensada pela minigeradora de potência instalada de 1,2 MW, que a impetrante pretende instalar em sua sede, não sofra incidência de ICMS.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

O Ministério Público, neste grau de jurisdição, opinou pelo provimento do apelo.

Pois bem.

Na inicial do Mandado de Segurança a impetrante postulou:

(...)

e) No mérito, seja concedida a segurança, confirmando a liminar, nos termos da fundamentação, para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante para declarar a inexigibilidade do ICMS nas saídas internas de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à unidade consumidora (Impetrante), na qualidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica, estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, determinando expressamente que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer atos de cobrança ou penalidades contra a Impetrante em decorrência do não-recolhimento do tributo, tais como a negativa de expedição de Cadastro de Inadimplentes e outros, e o consequente ajuizamento de executivo fiscal para cobrança do ICMS;

f) Alternativamente, caso não seja concedida a segurança nos termos da letra “e” do pedido, requer seja concedida a segurança, para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante à isenção nas saídas internas de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

unidade consumidora (Impetrante), na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de energia Elétrica, estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, especificamente em razão da instalação da central minigeradora de energia elétrica com potência instalada de 1,2 MW.

A sentença de origem concedeu a ordem por entender, com base na redação literal do art. 111 do Código Tributário Nacional, que dispõe acerca da regra de isenção, que a Nota 2 extrapola seu caráter regulamentar ao estabelecer limites de potência instalada de microgeração e minigeração. Ou seja, o juízo singular salientou que a isenção atinja as unidades de microgeração e minigeração definidas na Resolução ANEEL n. 482/12 (e-fls. 170-171).

Para melhor esclarecimento acerca da matéria fática, entendo oportuno a transcrição de parte da fundamentação da sentença, que bem delimitou a pretensão do impetrante:

A partir da análise dos documentos carreados aos autos, embora sem formação na área de engenharia elétrica, é possível concluir que, na verdade, a empresa pretende instalar em sua sede um sistema de captação de energia solar.

No entanto, a energia solar que é captada pela central minigeradora não é consumida diretamente pela empresa (unidade consumidora), mas, sim, injetada na rede de distribuição,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

gerando créditos que serão utilizados para abater o consumo de energia elétrica dessa mesma unidade consumidora. Ou seja, ainda que tenha instalado o painel de captação solar, injetando energia no sistema de distribuição, a energia elétrica consumida pela empresa será, em realidade, aquela fornecida pela concessionária através da rede de distribuição, e, por isso, lógico, pretende o Fisco cobrar imposto sobre o fornecimento de energia elétrica da concessionária para a unidade consumidora.

Com efeito, pretende a parte impetrante a instalação de central geradora de energia solar com capacidade instalada de 1,2 MW, que, por sua vez, se enquadra na definição de minigeração, nos termos do art. 2º da Resolução 482/2012 da ANEEL, *in verbis*:

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

(...)

II – minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 KW e menor ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fonte renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras;

Evidente o enquadramento da parte impetrante como minigeração distribuída, residindo a controvérsia na possível isenção do ICMS.

Dispõe o art. 9º do RICMS:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Art. 9º - São isentas do imposto as seguintes operações com mercadorias:

(...)

CXCVIII - saída interna de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL nº 482, de 17/04/12. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)

NOTA 01 - Ver benefício do não estorno do crédito fiscal, art. 35, IV, "a". (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03 /16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157 /15.)

NOTA 02 - O benefício previsto neste inciso:
(Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)

a) aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração, definidas na referida resolução, cuja potência instalada seja, respectivamente, menor ou igual a 75 kW e superior a 75 kW e menor ou igual a 1 MW; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 5055) do Decreto 54.657, de 02/06/19. (DOE 03/06/16) - Efeitos a partir de 03/06/16 - Conv. ICMS 18/18.)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

b) não se aplica ao custo de disponibilidade, à energia reativa, à demanda de potência, aos encargos de conexão ou uso do sistema de distribuição e a quaisquer outros valores cobrados pela distribuidora. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)

NOTA 03 - Deverão ser observadas, ainda, as instruções baixadas pela Receita Estadual. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)”

Nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional, a norma ao tratar de isenção de receita exige interpretação literal e restritiva, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Portanto, a parte impetrante não se enquadra na exigência normativa para obtenção da compensação de energia elétrica produzida por microgeração ou minigeração, que prevê potência instalada, respectivamente, menor ou igual a 75 KW e superior a 75 KW e menor ou igual a 1MW.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

De igual sorte, a parte impetrante não faz *jus* a isenção de ICMS para central geradora de energia elétrica que pretende instalar com potência instalada de 1,2MW.

O Convênio do ICMS 16/2015 autoriza a isenção do tributo em casos em que a energia elétrica é produzida por microgeração ou minigeração com potência instalada menor ou igual a 75 KW e superior a 75 KW e menor ou igual a 1MW, nos termos do § 1º da Cláusula Primeira:

Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora no mesmo mês, em meses anteriores ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica, estabelecido pela Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012.

§ 1º O benefício previsto no caput:

Nova redação dada ao inciso I do § 1º da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 18/18, efeitos a partir de 01.06.18.

I - aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração definidas na referida resolução, cuja potência instalada seja, respectivamente,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

menor ou igual a 75 kW e superior a 75 kW e menor ou igual a 1 MW; (grifei)

II - não se aplica ao custo de disponibilidade, à energia reativa, à demanda de potência, aos encargos de conexão ou uso do sistema de distribuição, e a quaisquer outros valores cobrados pela distribuidora.

Nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, as deliberações acerca das isenções, incentivos e benefícios fiscais deverão ser concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal mediante lei complementar.

Com efeito, a Lei Complementar nº 24/75 estabelece em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei

Parágrafo único – O disposto neste artigo também se aplica:

I – à redução da base de cálculo;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III – à concessão de créditos presumidos;

IV – à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus.

V – às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Portanto, a concessão de isenções ou reduções da base de cálculo deve observar o Convênio do ICMS nº 16/15.

Somado a isso, tratando-se de tributo estadual, descabe à União e suas autarquias dispor acerca de benefício fiscal, e, mesmo que admitido, o seria por lei complementar e não por resolução interna da ANEEL, sobe pena de afronta ao art. 146 da Constituição Federal.

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente relator no sentido de prover ao apelo do Estado do Rio Grande do Sul, visto que a parte impetrante não se enquadra nas hipóteses normativas para compensação de energia elétrica produzida por microgeração ou minigeração e de isenção tributária para central geradora de energia elétrica.

É como voto.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (REDATOR)

Peço vênia aos eminentes Colegas para divergir.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Inicialmente, em relação à pretensão de isenção do tributo, entendo que as especificidades da unidade consumidora pertencente à impetrante não se amoldariam à regra de isenção contida no art. 9º, inciso CXCVIII, do Livro I do RICMS¹.

Isso porque, conforme Nota 02, "a", do dispositivo, o benefício "*aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração, definidas na referida resolução, cuja potência instalada seja, respectivamente, menor ou*

¹ **Art. 9º** - São isentas do imposto as seguintes operações com mercadorias:

(...)

CXCVIII - saída interna de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL nº 482, de 17/04/12. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)

NOTA 01 - Ver benefício do não estorno do crédito fiscal, art. 35, IV, "a". (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03 /16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157 /15.)

NOTA 02 - O benefício previsto neste inciso: (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4682) do Decreto 52.964, de 30/03/16. (DOE 31/03/16) - Efeitos a partir de 01/06/16. Conv. ICMS 16 e 157/15.)

a) aplica-se somente à compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração, definidas na referida resolução, cuja potência instalada seja, respectivamente, menor ou igual a 75 kW e superior a 75 kW e menor ou igual a 1 MW; (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 5055) do Decreto 54.657, de 02/06/19. (DOE 03/06/16) - Efeitos a partir de 03/06/16 - Conv. ICMS 18/18.)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

*igual a 75 kW e superior a 75 kW e **menor ou igual a 1 MW***, enquanto a unidade em discussão possui potência instalada de 1,2 MW.

Os eminentes Colegas bem elucidaram essa questão em seus votos, aos quais faço remissão para evitar tautologia.

Mesmo assim, estou em confirmar as conclusões da sentença, mas por fundamento diverso, qual seja o da não incidência do imposto sobre as operações em voga.

Com efeito, há duas teses formuladas pela parte impetrante nos autos: uma de isenção de ICMS e outra de não-incidência do imposto sobre as operações em questão.

Transcrevo trecho dos pedidos contidos na petição inicial:

"e) No mérito, seja concedida a segurança, confirmando a liminar, nos termos da fundamentação, para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante para declarar a inexigibilidade do ICMS nas saídas internas de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à unidade consumidora (Impetrante), na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica, estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, determinando expressamente que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer atos de cobrança ou penalidades contra a Impetrante em decorrência do não-recolhimento do tributo, tais como a negativa de expedição de Certidão de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Regularidade Fiscal, a inscrição em Dívida Ativa, a inscrição no Cadastro de Inadimplentes e outros, e o consequente ajuizamento de executivo fiscal para cobrança do ICMS;

f) Alternativamente, caso não seja concedida a segurança nos termos da letra "e" do pedido, requer seja concedida a segurança, para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante à isenção nas saídas internas de energia elétrica realizada por empresa distribuidora com destino à unidade consumidora (Impetrante), na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora ou em outra unidade consumidora do mesmo titular, no mesmo mês ou em meses anteriores, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica, estabelecido pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, especificamente em razão da instalação da central minigeradora de energia elétrica com potência instalada de 1,2 MW;"

Em sentença, porque acolhida a segunda tese (de que a isenção do tributo deveria alcançar a unidade consumidora que produz energia elétrica por minigeração com potência instalada de até 5 MW), não se analisou a questão relativa à não-incidência do imposto, o que era, obviamente, desnecessário.

A magistrada, inclusive, consignou em sua decisão que a análise da primeira tese "*provavelmente apontaria para a não ocorrência do fato gerador do ICMS*".

Com a interposição da apelação, devolve-se ao Tribunal toda a matéria suscitada na origem, razão pela qual se faz necessário o exame da pretensão contida no item "e" dos pedidos vertidos na exordial.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

E, neste ponto, prospera a irrisignação da parte impetrante.

Compreende-se da narrativa da apelada que ela pretende a instalação em sua sede de uma central minigeradora de energia fotovoltaica solar de 1,2 MW para suprir o consumo do estabelecimento.

Como bem resumiu a magistrada *a quo*, "*a energia solar que é captada pela central minigeradora não é consumida diretamente pela empresa (unidade consumidora), mas, sim, injetada na rede de distribuição, gerando créditos que serão utilizados para abater o consumo de energia elétrica dessa mesma unidade consumidora. Ou seja, ainda que tenha instalado o painel de captação solar, injetando energia no sistema de distribuição, a energia elétrica consumida pela empresa será, em realidade, aquela fornecida pela concessionária através da rede de distribuição, e por isso, lógico, pretende o Fisco cobrar imposto sobre o fornecimento de energia da concessionária para a unidade consumidora.*"

Esse tipo de operação foi regulamentado pela Resolução nº 482/2012 da ANEEL, a qual "*estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica*". Prevê referida normativa:

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

(...)

II - minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; (Redação dada pela REN ANEEL 786, de 17.10.2017)

*III - sistema de compensação de energia elétrica: 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**;*

Art. 6º Podem aderir ao sistema de compensação de energia elétrica os consumidores responsáveis por unidade consumidora: (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

I – com microgeração ou minigeração distribuída;

(...)

§ 1º Para fins de compensação, a energia ativa injetada no sistema de distribuição pela unidade consumidora será cedida **a título de empréstimo gratuito para a distribuidora**, passando a unidade consumidora a ter **um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida por um prazo de 60 (sessenta) meses**.

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



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

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).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

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*".

E um exemplo tomado de outro tributo é capaz de melhor esclarecer a questão.

Suponhamos a realização de um mútuo de dinheiro, em que "B" toma o empréstimo de R\$ 10.000,00 de "A" no ano de 2019, sem juros.

O indivíduo "A", no exercício de 2020, terá de realizar a sua declaração de imposto de renda do ano-calendário 2019 informando na ficha "*Bens e direitos*", Código "*51 - Crédito decorrente de empréstimo*", o valor do empréstimo.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

O indivíduo "B", por sua vez, declarará o empréstimo na ficha "*Dívidas e Ônus Reais*", com o código "*14 – Pessoas físicas*".

Isso para que nem "B" tenha de pagar imposto de renda sobre os valores tomados, nem incida o tributo quando da restituição, pois o montante nunca deixou de pertencer ao patrimônio de "A". Não houve um acréscimo a justificar a tributação.

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 atécnic a expressão "*empréstimo gratuito*", e que a compensação seria "*a*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

forma como se dará o pagamento ou a liquidação da obrigação de fornecimento de energia elétrica pela distribuidora ao micro ou minigerador".

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.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

- Ante o exposto, dirijo 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.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE)

Vênia para subscrever o douto e exauriente voto do Eminente Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, nada tendo a acrescentar.

DES.^a MARILENE BONZANINI

Com a mais respeitosa vênia ao eminente Relator, também acompanho o voto do douto Desembargador Marcelo em sua integralidade, nada mais tendo a acrescentar.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MBP

Nº 70083791988 (Nº CNJ: 0017557-92.2020.8.21.7000)

2020/Cível

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - Presidente - Apelação Cível nº

70083791988, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, NEGARAM

PROVIMENTO À APELAÇÃO, VENCIDOS O RELATOR E A DESEMBARGADORA

IRIS, QUE DAVAM PROVIMENTO AO RECURSO."