



**SAN
FRANCISCO
SOLAR**

consultoria jurídica
em energia fotovoltaica

Dossiê

**Cobrança indevida
de ICMS na geração própria
de energia solar GD**

- Esquema ilustrado da norma de incidência
 - Tópicos Argumentativos
 - Distinção com o Tema 986 do STJ

Abril 2024

Apresentação

Estados vêm cobrando ICMS no consumo da eletricidade gerada em sistemas próprios de energia solar, o que equivale a exigir imposto sobre o consumo de cajus colhidos do cajueiro do quintal.

Além de exigir o Imposto, há os que nem sequer reconhecem a cobrança, a exemplo do Estado do Ceará, para quem “não há cobrança de ICMS sobre a energia gerada, mas tão somente sobre a TUSD”, e com isso resiste às ordens do Poder Judiciário que determinam sua sustação.

O argumento é tentador, e pode pegar os incautos, pois a base de cálculo do ICMS na geração distribuída se resume à TUSD (Conv. Confaz 16/2015). Assim, tende-se a confundir o debate que verdadeiramente importa: a ausência de fato gerador de ICMS na GD (inocorrência de compra e venda), com outro completamente diverso: o da inclusão da TUSD na base de cálculo do Imposto.

O presente documento – intitulado “dossiê”, por constituir um agrupamento de informações sobre assunto específico – tem por finalidade justamente debelar esse estado de desinformação. Muitas vezes, a confusão conceitual contamina o próprio Poder Judiciário, para o qual são direcionados argumentos indevidamente relacionados à base de cálculo e à TUSD. Argumentos que mais confundem do que contribuem com a formação do correto convencimento do Juízo.

O dossiê priorizou o didatismo, a concisão e a clareza, deixando de lado, tanto quanto possível, os elementos mais densos de técnica jurídica, reservados à discussão judicial.

A primeira parte é composta por uma exposição ilustrada da norma de incidência do ICMS, elaborada a partir de uma adaptação livre do modelo de regra matriz de incidência desenvolvido pelo tributarista Paulo de Barros Carvalho. A ilustração foi originalmente elaborada e utilizada em processos judiciais pela San Francisco Solar consultoria jurídica, por força da necessidade de literalmente “desenhar” a explicação, para um melhor entendimento do tema.

A segunda parte é composta de quinze tópicos que, apesar de resumidos, condensam uma longa estrada de discussões sobre a matéria. Ali, entre outras considerações, são refutados os demais argumentos apresentados pelo Estado do Ceará, a exemplo da “saída da energia” como fato gerador, ou do consumo de mercadoria diversa da emprestada à rede elétrica (energia como bem fungível).

Perpassando por ambas as partes do dossiê, é apresentada a distinção entre a exigência indevida de ICMS na GD e o julgado do STJ no Tema 986, que manteve a TUSD na base de cálculo do Imposto.

A despeito da referência ao Estado do Ceará, as informações aqui apresentadas aplicam-se indistintamente aos Estados da Federação que lançam o ICMS na compensação de energia em GD.

Espero que este dossiê cumpra o papel de contribuir com o desenvolvimento da geração solar própria. Para além de importante ferramenta de transição para uma matriz energética limpa, a GD tem a forte aptidão de promover a autonomia e a liberdade do cidadão, que com ela obtém poder de escolha sobre a geração e o consumo de sua própria eletricidade.

Fortaleza, 3 de abril de 2024.

(Data desta versão, 11 de abril de 2024)

Com os melhores cumprimentos,

Everton Gurgel
 **SANFRANCISCO SOLAR**
consultoria jurídica em energia fotovoltaica

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/everton-gurgel-675a1a282/>

Site: <https://sanfranciscosolar.com.br/>

Trecho do livro Energia Solar: <http://bit.ly/livrosolar>

Trecho do livro Perigo Verde: <http://bitly.com/perigoverde>



ICMS na geração de energia solar GD

Segue exposição ilustrativa da norma de incidência tributária, demonstrando a cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada via GD.

Por Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica

Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



ANTECEDENTE: hipótese de incidência

Critério material
Fato gerador



Venda de energia
• Circulação jurídica
• Transmissão de propriedade

Obs: Outros elementos do antecedente são:

- **Critério Temporal:** saída da energia da distribuidora para o consumidor.
- **Critério Espacial:** território Ceará.



Caso ocorra o fato gerador



CONSEQUENTE: Obrigação tributária

Critério quantitativo
Base de cálculo



Preço da energia
TUSD + TE

Obs: outro elemento do consequente vem a ser o **critério pessoal, isto é, definição dos sujeitos passivo e ativo.**

A reprodução deste conteúdo é permitida, desde que mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



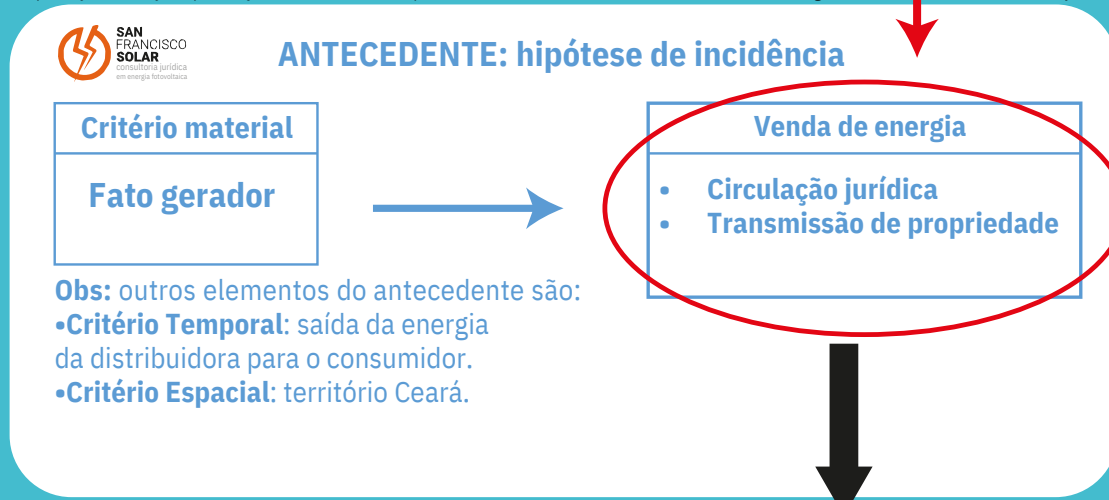
ICMS na geração de energia solar GD

Para a GD, importa é verificar se há venda de energia (circulação jurídica, ato de mercancia, onerosidade). Definitivamente não há.

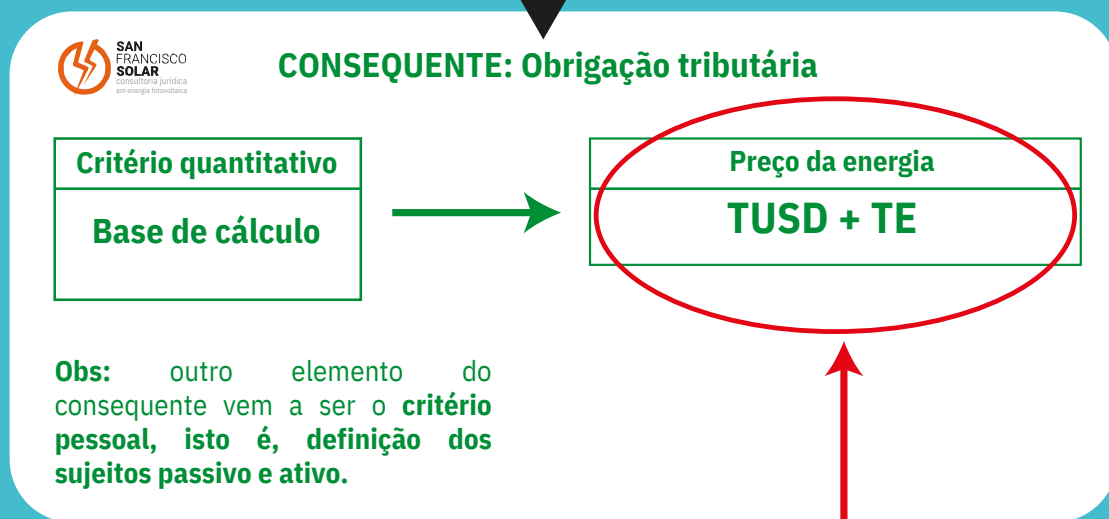
Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



Caso ocorra o fato gerador



A reprodução deste conteúdo é permitida, desde que mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica

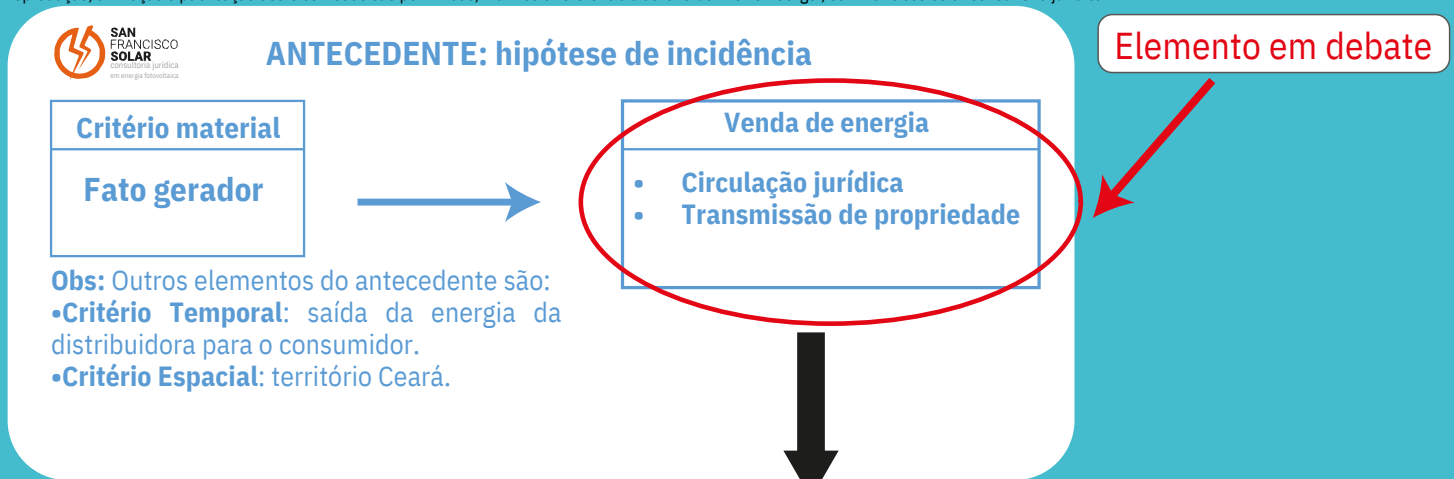
Para a GD, não importa qual a base de cálculo do **ICMS** elegida pelo Estado, se **TE + TUSD** ou apenas **TUSD**.

ICMS na geração de energia solar GD

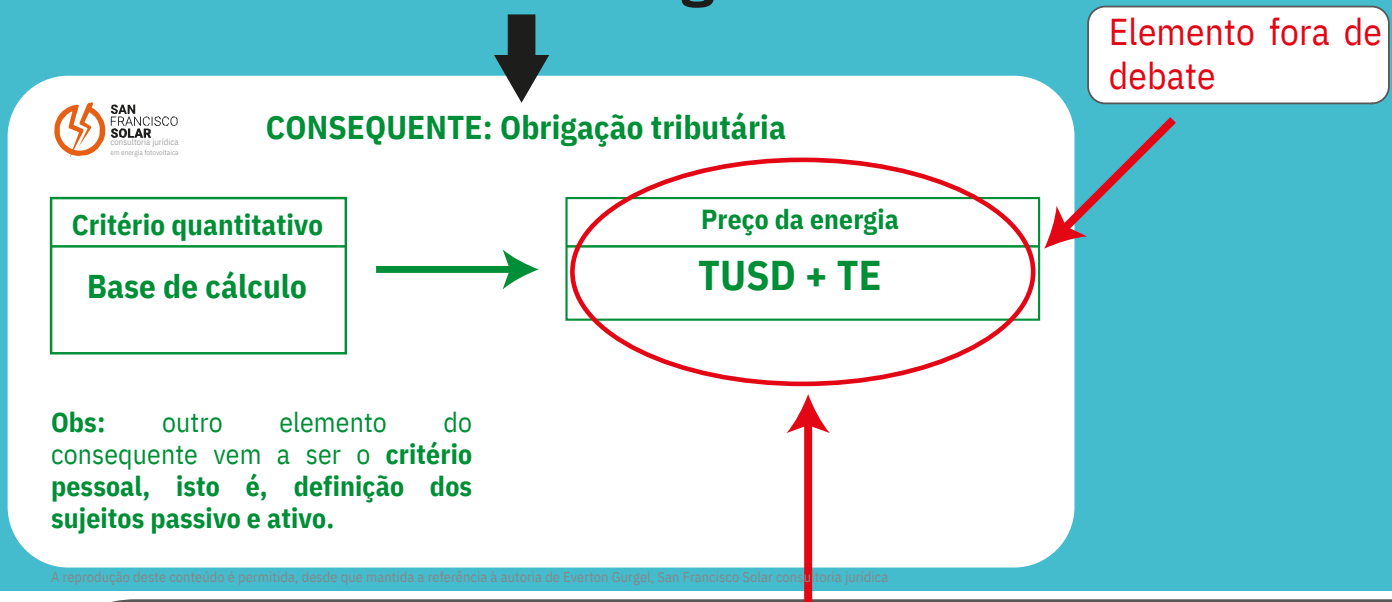
Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



Caso ocorra o fato gerador



A reprodução deste conteúdo é permitida, desde que mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica

A discussão sobre o **ICMS** na **GD** não tem relação direta com outra importante discussão sobre a inclusão da **TUSD**, juntamente com a **TE**, na base de cálculo do **ICMS**. Esta última, ou seja, a problemática da inclusão da **TUSD** na base de cálculo do **ICMS**, é assunto diverso, objeto do Tema 986, julgado em 13.03.2024, quando o STJ decidiu que a **TUSD**, juntamente com a **TE**, compõe o preço da energia para fins de base de cálculo do **ICMS**.

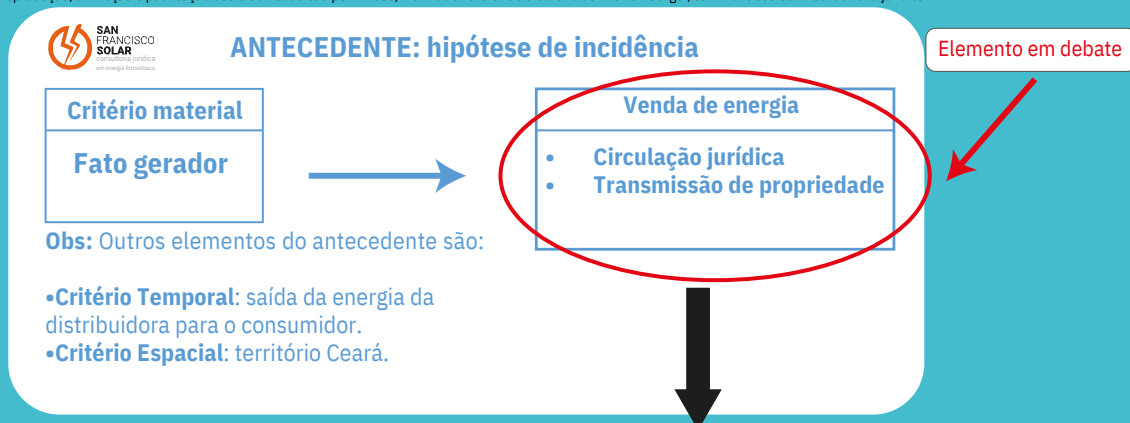
A discussão é completamente diversa do debate sobre **ICMS** na **GD**, em que buscamos o reconhecimento da ausência de fato gerador, ainda no Antecedente da norma de incidência do Imposto (quadro acima, em azul)

ICMS na geração de energia solar GD

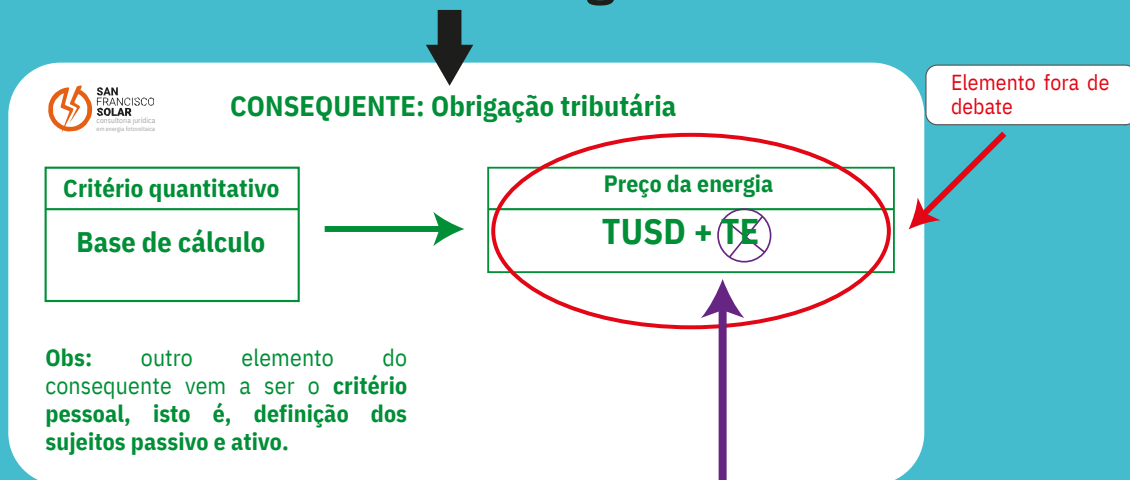
Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



Caso ocorra o fato gerador.



Pressupondo indevidamente a competência de exigir o ICMS na GD, o Estado promove a isenção parcial do Imposto (isenção na modalidade redução da base de cálculo), **excluindo a TE e mantendo apenas a TUSD na base de cálculo** do ICMS, conforme Convênio Confaz 16/2015.

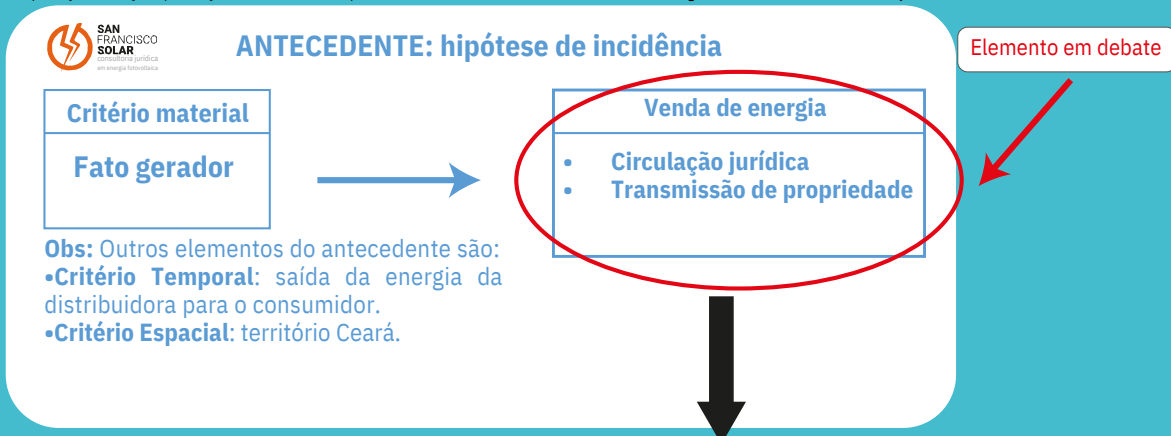
Como a base de cálculo do ICMS na GD resume-se à TUSD, dado o teor do Convênio Confaz 16/2015, tende-se a confundir o debate sobre a **ausência de fato gerador** na GD com aquele sobre **inclusão ou não da TUSD na base de cálculo do ICMS**

ICMS na geração de energia solar GD

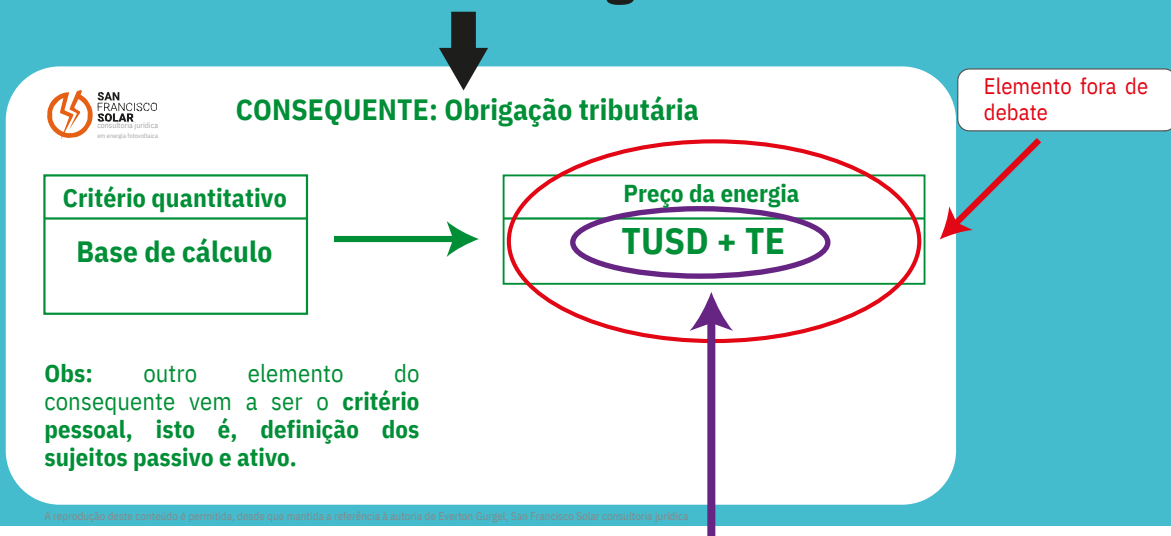
Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



Caso ocorra o fato gerador.



Por determinação do próprio Convênio Confaz 16/2015, há situações nas quais não é cabível a isenção, e, portanto, o Estado não aplica a redução da base de cálculo. **Assim, continua lançando o ICMS na GD sobre todo o valor da energia, incluindo TE e TUSD.** Exemplo disso é a compensação da energia proveniente de usinas maiores do que 1MW.

Nessa hipótese, **é cobrado o ICMS não apenas sobre a TUSD (base de cálculo TUSD), mas de modo integral, sobre o valor total da energia compensada (TE e TUSD)!** O que desvela com clareza o que verdadeiramente estamos a tratar: o Estado do Ceará cobra ICMS sobre a compensação da própria energia gerada, seja essa cobrança tendo apenas a TUSD na base de cálculo, seja com base de cálculo cheia, TE e TUSD, quando não aplicável a isenção.



ICMS na geração de energia solar GD

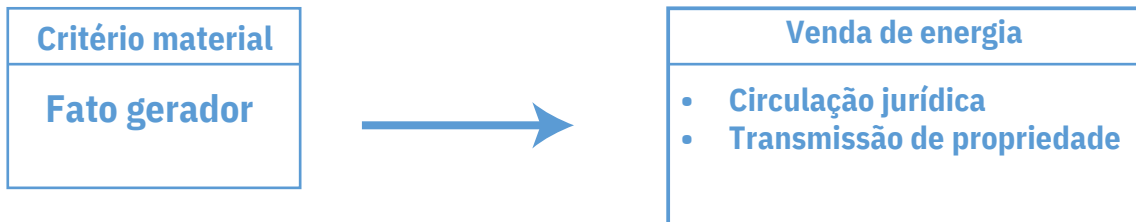
Norma de Incidência Tributária

ICMS na Energia / Inaplicabilidade à GD

A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria de Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica



ANTECEDENTE: hipótese de incidência



Obs: Outros elementos do antecedente são:

- **Critério Temporal:** Saída da energia da distribuidora para o consumidor.
- **Critério Espacial:** território Ceará.

A simples **saída** da energia da distribuidora para a unidade consumidora **não constitui fato gerador** do ICMS. A saída é, em verdade, o critério temporal da hipótese de incidência, é o momento, **o ponto no tempo definido pela legislação, em que o fato gerador ocorre, e não o fato gerador em si** (o fato gerador vem a ser a transmissão onerosa da mercadoria).

Analogamente, a saída de um bem do país não constitui fato gerador do Imposto de Exportação, mas o momento de sua ocorrência. Se despachamos, em nossas malas, roupas para utilização no exterior, não há aí fato gerador do Imposto de Exportação, embora tenha havido saída da mercadoria.

De forma análoga, o simples fato de a energia injetada no sistema eventualmente “sair” da rede de volta ao consumidor não materializa fato gerador do ICMS, pois, na hipótese, não há circulação jurídica, não há transmissão de propriedade, não há venda ou onerosidade.



ICMS na geração de energia solar GD Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

Tópicos Argumentativos¹

1. Inexistência de fato gerador na GD
2. Estado alega não cobrar ICMS na GD
3. TUSD é base de cálculo e não fato gerador
4. Serviço não é fato gerador de ICMS
5. Pagamento pelo uso da rede
6. Para a ANEEL e para a Procuradoria Federal, não há fato gerador
7. Consulta Pública provocada pelo CONFAZ definiu a natureza de empréstimos gratuito
8. Debate diverso do Tema 986
9. Tese adotada no Tema 986 reforça os argumentos contra a cobrança de ICMS na GD
- 9-A. TUSD e TE são componentes de uma mesma realidade: o preço da energia
10. Decisão no Tema 986 não tratou de fato gerador
11. Entre Dar e Tomar: a isenção parcial do ICMS na GD
12. Convênio Confaz gera confusão conceitual
- 12-A. Não se debate isenção de TUSD, o caso é de não incidência
13. Usinas de 1MW: desmontado o argumento do “ICMS sobre a TUSD e não sobre energia compensada”
14. Saída da energia é o momento do fato gerador, e não o fato gerador em si
15. Tal qual imposto sobre os cajus do quintal

1. Inexistência de fato gerador na GD

Inexiste fato gerador de ICMS na energia compensada via GD, pois não há compra e venda da energia (não ocorre circulação jurídica de mercadoria, ato de mercancia ou transmissão onerosa de propriedade, mas sim empréstimo gratuito, como definido na legislação).

2. Estado alega não cobrar ICMS na GD

É incorreta a afirmativa do Estado do Ceará, segundo o qual “não vem cobrando ICMS sobre a compensação de energia em GD, mas apenas sobre a TUSD” (seria correta a assertiva caso afirmasse que “cobra ICMS sobre a energia compensada, tendo por base de cálculo apenas a TUSD, excluindo a TE”). Dita alegação do Estado tem consequências

¹ Por Everton Gurgel, San Francisco Solar consultoria jurídica (SfS), abril de 2024. A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria.



ICMS na geração de energia solar GD Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

relevantes, sobretudo por que, com base nela, vem se negando cumprir ordens judiciais para a exclusão do ICMS na compensação de energia em GD.

3. TUSD é base de cálculo e não fato gerador

TUSD é tão somente a base de cálculo do ICMS indevidamente cobrado na GD, ou seja, juntamente com a alíquota, é o elemento quantitativo do tributo. Antes de definir qual a base de cálculo do Imposto na GD, é preciso verificar se houve compra e venda, isto é, transmissão onerosa de propriedade. Em outras palavras, antes de verificar se a base de cálculo é composta pela TUSD e pela TE, ou apenas por uma destas, é preciso verificar se o Imposto é devido.

4. Serviço não é fato gerador de ICMS

Fazendo um esforço para seguir a linha de argumentação do Estado – para quem o ICMS não incide sobre a operação com energia, mas sobre a TUSD –, teríamos de deslocar a TUSD para o fato gerador. Assim, estaríamos diante de um inconcebível ICMS sobre prestação de um serviço, é dizer, sobre a disponibilização do uso do sistema de distribuição. Ocorre que o ICMS só se aplica ao caso de circulação de mercadoria, não havendo nem como meramente se cogitar de ICMS sobre serviços, à exceção unicamente dos serviços de transportes e telecomunicações. Tudo isso parece óbvio, mas ainda assim é preciso dizer, a fim de deixar claro que a legislação não prevê “ICMS sobre a TUSD”. Prevê, isso sim, ICMS sobre a compra e venda de eletricidade, cuja base de cálculo é o valor da energia, o qual, por sua vez, inclui todas as componentes, TE e TUSD, e, no caso da GD, apenas a TUSD, por força do Convênio Confaz 16/2015.

5. Pagamento pelo uso da rede

Estes tópicos argumentativos não visam discutir se a GD deve arcar com o uso do sistema de distribuição, mas sim se há a cobrança indevida de um tributo, o ICMS, na compensação de energia gerada. O pagamento pelo uso da rede é outro tema (por sinal, é um ótimo tema de debate no segmento da GD), mas sem qualquer relação direta com a questão aqui tratada. Se exigido, deve ocorrer via encargo ou preço público regulado pela ANEEL e, em hipótese nenhuma, via imposto.

6. Para a ANEEL e para a Procuradoria Federal, não há fato gerador

A ANEEL, por meio da Nota Técnica nº 0017/2015–SRD/ANEEL, afirma que “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”. A Procuradoria Federal junto à ANEEL, seguindo a mesma linha,



ICMS na geração de energia solar GD Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

diz que “a relação jurídica entre a o consumidor com geração distribuída e a distribuidora não se caracteriza como uma comercialização de energia” (Parecer nº 0108/2012). Apesar de manifestações não vinculantes, já que a competência tributária do ICMS toca aos Estados, demonstram a correção da linha argumentativa aqui adotada.

7. Consulta Pública provocada pelo CONFAZ definiu a natureza de empréstimos gratuito

À época da publicação da REN 482/2012, as próprias Autoridades Fazendárias provocaram a ANEEL a esclarecer a natureza jurídica da injeção de energia elétrica na rede. A Agência então abriu consulta pública com a participação do CONFAZ e das Secretarias da Fazenda dos Estados, mediante a qual concluiu pela natureza de empréstimo gratuito da operação. O entendimento fruto da consulta pública culminou na edição da REN 517/2012, que modificou artigos da REN 482/2012, a fim de deixar expressa a natureza de empréstimo gratuito da operação. Conceito que veio de ser corroborado pelo Lei nº 14.300/2022.

8. Debate diverso do Tema 986

O presente debate sobre ICMS na GD não tem relação direta com outra importante discussão relacionada à inclusão ou não da TUSD, juntamente com a TE, na base de cálculo do ICMS. Esta última, ou seja, a problemática da inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS, é assunto diverso, objeto do Tema 986, julgado em 13.03.2024, quando o STJ decidiu que a TUSD compõe o preço da energia para fins de definição da base de cálculo do ICMS.

9. Tese adotada no Tema 986 reforça os argumentos contra a cobrança de ICMS na GD

O acolhimento pelo STJ da tese da Fazenda Pública no Tema 986 – ou seja, a inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS (com o que concordamos, vale dizer) – em nada muda a sorte da presente discussão sobre a ausência de fato gerador do ICMS na GD, pois ali se tratava da base de cálculo; aqui, de fato gerador. Concordamos que o valor da energia é composto pela TE e também pela TUSD. Na GD, no entanto, por inexistir fato gerador, dada a ausência de compra e venda, é irrelevante apurar-se o valor do bem para fins de ICMS.

Pode-se mesmo dizer que a orientação firmada no Tema 986 reforça, em boa medida, o argumento contra a cobrança do ICMS na GD. Afinal, conforme a tese da Fazenda



ICMS na geração de energia solar GD

Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

Pública ali acolhida, TUSD e TE são indivisíveis para fins de incidência do Imposto, representando ambas o preço da energia, isto é, o valor final da operação tributável. Sendo assim, a consideração do valor da energia como uma realidade única, englobando TE e TUSD, tal como assentado pelo STJ no Tema 986, enfraquece o argumento do Estado para a GD, segundo o qual não haveria lançamento de ICMS nas hipóteses em que a base de cálculo na GD esteja limitada à TUSD.

9-A. TUSD e TE são componentes de uma mesma realidade: o preço da energia

TE não significa “preço da energia para o consumidor”, mas sim “componente do preço da energia ao consumidor mais diretamente afeta à geração da energia”. Como tantas vezes reiterado pela Fazenda Pública e agora ratificado pelo STJ no Tema 986, TUSD e TE são componentes do preço da energia, juntas formam o valor da energia para todos os fins, inclusive e sobretudo para fins tributários. Agora o Estado gira 180º em seu entendimento, para segmentar as componentes, na tentativa de justificar o ICMS na GD.

Assim, não se sustenta a alegativa do Estado, para quem a exclusão da TE da base de cálculo do ICMS significa não haver ICMS sobre a compensação da energia gerada. A utilização da terminologia TE (tarifa de energia) para a componente do preço da energia pode de fato confundir, dando a impressão de que a energia vendida ao consumidor é denominada TE. Não é. Como dito, TE é apenas a “componente do preço da energia ao consumidor afeta à geração da energia”. A divisão entre as componentes TUSD e TE é tão somente uma necessidade prática do processo de definição de preço no setor elétrico, segmento em que o valor do bem é definido pelo Poder Público. A mesma divisão não ocorre na venda de gasolina, por exemplo, porque não há igual fixação de preço final ao consumidor, não obstante, do mesmo modo, uma parcela do preço do combustível corresponda ao frete e a outros encargos de transporte. Note que, quando ocorre por exemplo aumento de preço da energia, o respectivo percentual se aplica ao valor total, TE e TUSD, porque ambas, em conjunto, constituem o preço da eletricidade, algo em torno de um real o quilowatt hora.

Perceba ademais que a divisão entre TE e TUSD não significa uma compartimentalização estanque entre custo de rede e de geração, pois a TE também inclui subcomponentes afetas ao uso da rede elétrica, assim como a TUSD inclui subcomponentes afetas ao custo de geração da energia. Como estabelecido no Procedimentos de Regulação Tarifária (PRORET/ANEEL), entre as subcomponentes da TE encontram-se custos de transmissão da energia de Itaipu, encargos de serviços do



ICMS na geração de energia solar GD

Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

sistema (ESS) e perdas. Todas essas subcomponentes, e outras mais, embora alocadas na componente TE, não correspondem propriamente ao custo de geração da energia. A TUSD, por sua vez, possui algumas de suas subcomponentes sem qualquer relação com o uso da rede, a exemplo do encargo Proinfra, pesquisa e desenvolvimento, taxa de fiscalização e receitas irrecuperáveis.

10. Decisão no Tema 986 não tratou de fato gerador

No Tema 986, o STJ decidiu pela manutenção da TUSD na base de cálculo do ICMS, sem nada mencionar ou debater sobre a ocorrência de fato gerador do Imposto. No julgamento, o STJ não proferiu qualquer palavra sobre fato gerador do ICMS em operações com energia em geral, e muito menos sobre fato gerador na compensação de energia na GD.

11. Entre Dar e Tomar: a isenção parcial do ICMS na GD

Pressupondo indevidamente a competência de exigir o ICMS na GD, o Estado promove a isenção parcial do Imposto (isenção na modalidade redução da base de cálculo), excluindo a TE e mantendo apenas a TUSD na base de cálculo do ICMS, conforme Convênio Confaz 16/2015. Assim, dá com uma mão o que não tem e toma com a outra o que não lhe é devido. Dá com uma mão a isenção, reduzindo a base de cálculo da energia gerada. Ao fazer isso, dá o que não têm, pois, para conceder a isenção, teria antes de poder exigir o Imposto, e definitivamente não pode. O Estado toma com a outra mão o que não lhe é devido, ao estabelecer que a isenção concedida é apenas parcial, não recaindo sobre o valor da parcela TE da energia gerada.

12. Convênio Confaz gera confusão conceitual

Como a base de cálculo do ICMS na GD resume-se à TUSD, dado o teor do Convênio Confaz 16/2015, tende-se a confundir o debate sobre a ausência de fato gerador na GD com aquele sobre inclusão ou não da TUSD na base de cálculo do ICMS na energia, tema sem relação direta com a GD, como visto anteriormente.

12-A. Não se debate isenção de TUSD, o caso é de não incidência

O presente debate tão pouco se refere à extensão à TUSD dos efeitos do Convênio Confaz 16/2015. Não se postula isenção da TUSD ou de qualquer outra parcela do custo com operação de energia. Igualmente por isso não tem relevância aqui o argumento apresentado pelo Estado no sentido de que a isenção se aplica restritivamente, não recaindo sobre a TUSD. O caso não é de isenção ou de falta de isenção, é de ausência de fato gerador, isto é, de não incidência.



ICMS na geração de energia solar GD

Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

13. Usinas de 1MW: desmontado o argumento do “ICMS sobre a TUSD e não sobre energia compensada”

Por determinação do próprio Convênio Confaz 16/2015, há situações nas quais não é cabível a isenção, e, portanto, o Estado não aplica a redução da base de cálculo. Assim, continua lançando o ICMS na GD sobre todo o valor da energia, incluindo TE e TUSD. Exemplo disso é a compensação da energia proveniente de usinas maiores do que 1MW. Nessa hipótese, é cobrado o ICMS não apenas sobre o valor da TUSD (base de cálculo TUSD), mas de modo integral, sobre o valor total da energia compensada (TE e TUSD)! O que desvela com clareza o que verdadeiramente estamos a tratar: o Estado do Ceará cobra ICMS sobre a compensação da própria energia gerada, seja essa cobrança com a base de cálculo reduzida à TUSD, seja com a base de cálculo cheia, TE e TUSD, quando não aplicável a isenção.

14. Saída da energia é o momento do fato gerador, e não o fato gerador em si

O Estado vale-se ainda de outro argumento para manter a exigência do ICMS da GD. Segundo a Fazenda Pública, a simples saída da energia da concessionária para a unidade consumidora configuraria hipótese de incidência do ICMS, e, por isso, o retorno ao consumidor da energia por ele produzida constituiria fato gerador do Imposto, pelo mero fato de a energia sair do sistema da concessionária de volta para a unidade consumidora.

(Importa lembrar que a energia é um bem fungível, de sorte que a caracterização do empréstimo, ou mútuo, independe de a restituição envolver os mesmos elétrons injetados na rede pelo sistema fotovoltaico. Novamente algo um tanto óbvio, mas que é preciso ser dito, como contraponto a argumentos já apresentados pelo Poder Público.)

Vejam, a saída é, em verdade, o critério temporal da hipótese de incidência, é o momento, o ponto no tempo definido pela legislação em que o fato gerador ocorre, e não o fato gerador em si (este vem a ser a transmissão onerosa da mercadoria). Analogamente, a simples saída de um bem do país não constitui fato gerador do Imposto de Exportação, mas sim o momento de sua ocorrência. Se, por exemplo, despachamos em nossas malas roupas para utilização no exterior, não há aí fato gerador do Imposto de Exportação, embora tenha havido saída da mercadoria.



ICMS na geração de energia solar GD

Cobrança indevida de ICMS no consumo da própria energia gerada

(A reprodução, utilização e publicação deste conteúdo são permitidas, mantida a referência à autoria)

De forma análoga, o simples fato de a energia injetada na rede eventualmente “sair” da rede de volta ao consumidor não materializa fato gerador do ICMS, pois, na hipótese, não há circulação jurídica, não há venda ou onerosidade, assim como não há quando despachamos roupas em nossas bagagens para uso pessoal no exterior.

15. Tal qual imposto sobre os cajuos do quintal

Cobrar ICMS na GD equivale a exigir imposto sobre o consumo de cajuos colhidos do cajueiro do quintal. À diferença de que a energia, por ser de difícil armazenamento, é injetada na rede elétrica para posterior consumo. Podemos até cogitar do pagamento de um preço público (encargo não tributário) pelo uso da rede elétrica. Para seguir com a mesma analogia, podemos igualmente cogitar da disponibilização pelo Poder Público de um sistema de armazenamento de frutas, no qual os cajuos colhidos sejam estocados e entregues para posterior consumo do dono. Em um caso assim, também não seria inconstitucional a cobrança do preço público (sem natureza tributária, repito) pelo uso da hipotética rede de armazenamento e distribuição de frutas. O que é inconcebível é cobrar ICMS, espécie tributária com campo de incidência determinado, na retomada dos cajuos ou na retomada da energia emprestada à rede.

Bendito seja o mesmo sol de outras terras | Que faz meus irmãos todos os homens |
Porque todos os homens | Um momento no dia, o olham como eu | E nesse puro momento |
Regressam lacrimosamente | Ao homem verdadeiro e primitivo

Fernando Pessoa

