



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1018481-79.2021.8.11.0000 – CAPITAL

REQUERENTE: PARTIDO VERDE – DIRETÓRIO ESTADUAL DE MATO GROSSO

REQUERIDO: ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo *Partido Verde (PV) – Diretório Estadual de Mato Grosso, representado por seu Presidente, Sr. José Roberto Stopa*, visando à interpretação conforme do art. 2º, I, §1º, III e §4º e do art. 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei estadual nº 7.098/98, a fim de excluir a incidência do ICMS sobre o excedente de eletricidade compensado (energia solar), prevista na Resolução Normativa ANEEL nº 482, de 17 de abril de 2012, por ser incompatível com os arts. 150, I; 153, I, “b”; 153, §2º, VIII, “b”; 154 e 263, XVII, da Constituição Estadual.

Na petição inicial, o requerente sustenta que os dispositivos legais impugnados *“tem levado, dentro do Estado de Mato Grosso, a Fazenda Estadual e a Concessionária do Serviço Público de Distribuição de Energia a interpretar, de forma inconstitucional, que o ICMS incide também sobre a energia produzida no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (microgeração e minigeração de energia distribuída – energia solar) regido pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012”*.

Explica, neste contexto, que *“pela referida Resolução Normativa é estabelecido determinado sistema de compensação, no qual o consumo a ser faturado é a diferença entre a energia injetada na rede e a energia consumida, sendo que o excedente, não compensado dentro de um mês, será utilizado para compensar o consumo do período subsequente. Logo, havendo excedente de energia produzida, a mesma será injetada no sistema, a qual retornará, posteriormente, aos*



micro e mini geradores (na forma de créditos), haja vista a impossibilidade de se estocar energia”.

Acentua, no ponto, que “Com a instalação de painéis fotovoltaicos, pelo sistema de micro e minigeração distribuída, o objetivo é apenas o autoconsumo, ou seja, o sistema não visa à comercialização de eletricidade, haja vista inexistir lucro com a transferência do excedente. Em outras palavras, inexistente relação de mercancia ou operação de compra e venda entre o consumidor e a distribuidora, visto se tratar de um empréstimo a título gratuito”, mais aproximado do contrato de mútuo, como se extrai dos arts. 2º, III e 6º, §1º, da Resolução ANEEL nº 482/2012 e do parecer da Procuradoria Federal junto à ANEEL (Parecer nº 0108/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

Afirma, nessa linha, que “diante da sistemática criada pela Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012 não há que se falar na efetiva circulação de mercadoria nestes tipos de operações envolvendo a micro ou minigeração distribuída, sucedendo apenas o empréstimo de coisa fungível que, segundo o texto constitucional e a legislação tributária, não constitui fato gerador do ICMS (...)”, configurando-se a hipótese de não incidência.

Conclui, então, que é inconstitucional “a interpretação no sentido de se exigir o ICMS sobre o uso do sistema de distribuição de energia ou aproveitamento da energia de acordo com o sistema de compensação de energia elétrica, no âmbito da mini e microgeração (energia solar)” e que “nos termos da Resolução Normativa n. 482/2012 quando determinada unidade consumidora utiliza eletricidade da distribuidora, não está comprando eletricidade (mas sim emprestando a título gratuito), ou seja, não há operação mercantil de circulação de mercadoria e, desta forma, não há que se falar em incidência do ICMS, portanto, se fazendo necessária a atuação da jurisdição constitucional estadual por meio da técnica da interpretação conforme, visando excluir no Estado de Mato Grosso a interpretação que permite tal cobrança tributária inconstitucional em plena afronta ao art. 150,



inciso I; art. 153, inciso I, alínea b; art. 153, parágrafo 2º, inciso VIII, alínea b; art. 154, e art. 263, XVII, todos da CE/MT”.

Enfatiza, na sequência, a necessidade de se aplicar a técnica da interpretação conforme, *“pois a norma estadual apresenta vários significados, nem todos compatíveis com as balizas constitucionais”*, de modo que, no caso em exame, *“a única interpretação dos art. 2º e 3º da Lei Ordinária Estadual 7.098/98 que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que exclua a incidência do ICMS sobre o excedente de eletricidade compensado de acordo com a Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012”*, visto que *“No caso da compensação de energia elétrica nos termos da Resolução Normativa ANEEL n. 482/2012, não há operação mercantil e muito menos transferência de titularidade da mercadoria energia elétrica, portanto, não há operação de circulação de mercadoria (...)”*.

Ao final, após citar julgados e decisões judiciais em defesa da tese deduzida, o requerente, ressaltando a presença dos requisitos legais necessários, pleiteia a concessão de medida cautelar, *“para que a jurisdição constitucional estadual realize a interpretação dos art. 2º e 3º da Lei Ordinária Estadual n. 7.098/98 conforme a Constituição Estadual, declarando INCONSTITUCIONAL a interpretação de incidência de ICMS na hipótese de utilização do sistema de distribuição da energia ou utilização da energia injetada para fins de compensação de energia fotovoltaica conforme preceituado pela Resolução Normativa n. 482/2012 da ANEEL. DETERMINANDO, até o final da presente ação, que no Estado de Mato Grosso tanto o Fisco Estadual como a Concessionária do Serviço Público de Distribuição de Energia excluam da hipótese de incidência do ICMS a geração de energia fotovoltaica no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (geração distribuída) regida pela Resolução Normativa n. 482/2012;”*. No mérito, roga pela procedência da ação rescisória, nos mesmos moldes da cautelar requerida. (Id 105457458)

Notificada nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, a Assembleia Legislativa limitou-se a encaminhar cópia do processo legislativo que



culminou na edição da Lei estadual nº 7.098/98 (Ids 107866480, 107866496 e 107866497).

O Estado de Mato Grosso, por sua vez, apresentou manifestação defendendo a constitucionalidade dos dispositivos impugnados e a improcedência da ação direta, argumentando que “o ICMS incide no fornecimento de energia, **nele incluídos os serviços de distribuição, transmissão, ou seja, todo o custo necessário para a colocação da energia elétrica disponível para utilização na unidade consumidora**” e que a isenção prevista no Convênio ICMS 16/2015, “se aplica à geração da energia elétrica **compensada**, ou seja, aquela produzida e injetada na rede e que, por meio de geração de créditos, será objeto de posterior compensação. Por conseguinte, a tributação incidente sobre os custos relativos ao uso dos sistemas de distribuição e transmissão, bem como a outros encargos inerentes à distribuição da energia elétrica, **estão em consonância com a legislação em vigor**. (...)”. (Id 107917994) Grifos originais.

Cumprindo o disposto no §1º do art. 172 do Regimento Interno deste Sodalício, submeto ao egrégio plenário o pedido de medida cautelar formulado pelo requerente desta ação direta de inconstitucionalidade.

É o relatório do essencial.

Cuiabá, data da assinatura digital.

(assinado eletronicamente)

Desembargadora **Maria Aparecida Ribeiro**

Relatora

VOTO

Egrégio Plenário:

A concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade é uma exceção à regra segundo a qual os atos normativos são presumidamente constitucionais e, portanto, depende da demonstração dos requisitos



relativos à relevância do fundamento em que se assenta o pedido (*fumus boni iuris*) e ao receio de dano difícil ou de incerta reparação caso a pretensão venha a ser atendida só por ocasião do exame do mérito (*periculum in mora*).

No caso sob exame, o requerente visa à realização de interpretação conforme a Constituição Estadual do art. 2º, I, §1º, III e §4º e do art. 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei estadual nº 7.098/98, que consolida as normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Referidos dispositivos legais disciplinam o fato gerador do ICMS, nos seguintes moldes, *verbis*:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização e decorrente de operações interestaduais;

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, no que pertine à energia elétrica, o imposto incide inclusive sobre a produção, extração, geração, transmissão, transporte, distribuição, fornecimento ou qualquer outra forma de intervenção onerosa, ocorrida até a sua destinação ao consumo final.

“Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:



I - da saída da mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Nova redação dada pela Lei 7.364/00)

(...)

§ 8º No que pertine à energia elétrica, considera-se também ocorrido o fato gerador: (Acrescentado pela Lei 7.364/00)

I - na hipótese do inciso I do caput, no momento em que ocorrer a produção, extração, geração, transmissão, transporte, distribuição, fornecimento ou qualquer outra forma de intervenção onerosa, ocorrida até a sua destinação ao consumo final;

II - na hipótese do inciso XII do caput, no momento da entrada no território mato-grossense da energia elétrica produzida, extraída, gerada, transmitida, transportada, distribuída, fornecida ou que tiver sofrido qualquer intervenção onerosa no território mato-grossense, quando não destinada à comercialização ou à industrialização. (...)"

Segundo o requerente, a única interpretação dos referidos dispositivos legais que pode ser considerada compatível com os arts. 150, I; 153, I, "b"; 153, §2º, VIII, "b"; 154 e 263, XVII, da Constituição Estadual é aquela que exclui a incidência do ICMS sobre o excedente de eletricidade compensada previsto na Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012, pois "*ao consumir eletricidade da distribuidora como compensação pela energia elétrica outrora disponibilizada, o micro ou minigerador (energia solar), na verdade, está obtendo a restituição de um bem seu que foi cedido à concessionária (de modo gratuito), não se podendo falar, então, em circulação de mercadoria*".



Pois bem, em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade, tenho como presentes os requisitos legais necessários à concessão da medida cautelar ora pleiteada, pois, em princípio, a interpretação que possibilita a incidência do ICMS no âmbito do sistema de compensação de energia elétrica previsto na Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 aparenta ser incompatível com a intenção do legislador constitucional ao instituir os arts. 150, I; 153, I, “b”; 153, §2º, VIII, “b”; 154 e 263, XVII, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que assim preconizam, *verbis*:

“Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

“Art. 153 Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

(...)

b) 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;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso I, "b", atenderá ao seguinte:

VIII - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica;”

“Art. 154 O Estado e os Municípios não poderão instituir outro tributo incidente sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis



líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país, além dos impostos previstos nos artigos 153, I, "b" e 155, III, desta Constituição”.

“Art. 263 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos Municípios e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Estado: Código Estadual do Meio Ambiente – Lei Complementar nº 36, de 21 de novembro de 1995: (Renumerado de § único para § 1º pela E.C. 104/2022)

(...)

XVII - estimular a pesquisa, o desenvolvimento e a utilização de fontes de energia alternativas, não poluentes, bem como de tecnologias, poupadoras de energia”.

Explico-me:

Diante da necessidade de estimular a produção de energia limpa e renovável, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL criou, por meio da edição da Resolução Normativa nº 482, 17 de abril de 2012, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, que autorizou as pessoas físicas e jurídicas a instalarem sistemas de geração de eletricidade fotovoltaico para consumo próprio – chamados de micro e minigeração distribuída, conforme a potência instalada – e possibilitou que o excedente da energia elétrica produzida para autoconsumo fosse injetado na rede pública e compensado posteriormente, em um período de até sessenta meses, quando o micro ou minigerador precisasse consumir energia elétrica da distribuidora (quando a produção própria fosse inferior ao consumo).

Referida resolução previu, também, que a disponibilização da energia solar excedente à concessionária ou distribuidora local será realizada a título



de empréstimo gratuito, de sorte que ela será devolvida quando o micro ou minigerador necessitar utilizar a energia elétrica emprestada, por não ter produzido o necessário para o seu consumo.

A propósito, veja-se os termos da referida Resolução sobre a questão, *verbis*:

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

I - microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW 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 687, de 24.11.2015.)

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 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; (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)*

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; (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

II – integrante de empreendimento de múltiplas unidades consumidoras; (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

III – caracterizada como geração compartilhada; (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

IV – caracterizada como autoconsumo remoto. (Incluído pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

§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. (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015)”. Grifei.

Sendo assim, pelo sistema criado pela Resolução ANEEL nº 482/2012, quando a unidade consumidora com micro ou minigeração produzir energia solar em excesso, injetará o excedente na rede da distribuidora local, ficando, assim, com créditos a serem utilizados em até sessenta meses. Necessitando utilizá-los, por ter produzido em quantidade inferior ao seu consumo, haverá o retorno da energia elétrica então emprestada em forma de créditos energéticos, cujo faturamento pela concessionária consistirá na diferença entre a energia excedente injetada na rede e a energia efetivamente utilizada pela unidade consumidora, nos seguintes moldes:

“Art. 7º. No faturamento de unidade consumidora integrante do sistema de compensação de energia elétrica devem ser observados os seguintes procedimentos: (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

I – (...)



III – para o caso de unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída a que se refere o inciso II do art. 6º, o faturamento deve considerar a energia consumida, deduzidos o percentual de energia excedente alocado a essa unidade consumidora e eventual crédito de energia acumulado em ciclos de faturamentos anteriores, por posto tarifário, quando for o caso, sobre os quais deverão incidir todas as componentes da tarifa em R\$/MWh; (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24/11/2015.)”. Destaquei.

À vista da regulamentação do sistema de compensação de energia elétrica no âmbito da micro e minigeração distribuída pela Resolução ANEEL nº 482/2012, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, tratando da questão tributária, celebrou, em 05 de maio de 2013, o Convênio nº 06, prevendo que o ICMS incidiria sobre toda a energia elétrica consumida, independentemente de parte dela decorrer de compensação pelo fornecimento anterior à distribuidora.

Essa previsão, contudo, foi alterada em 2015, quando o CONFAZ celebrou outro convênio, numerado como 16, autorizando os Estados e o Distrito Federal a **concederem isenção de ICMS sobre a energia elétrica fornecida a título de compensação à distribuidora**, nos seguintes moldes, veja-se:

“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:

I - 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;

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”.

O Estado de Mato Grosso, então, por força do Convênio nº 16/2015, editou o Decreto nº 382/2015, que acrescentou o art. 130-A ao Capítulo XXV do Anexo IV do RICMS/MT, prevendo a isenção apenas da compensação de energia elétrica produzida por microgeração e minigeração definidas na Resolução ANEEL nº 482/2012 e que este benefício “*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”.*

Conclui-se, portanto, que os referidos diplomas normativos afastaram a possibilidade de se cobrar o ICMS sobre o sistema de compensação da energia elétrica gerada por microgeração e minigeração definida na Resolução ANEEL nº 482/2012, porém, tratando a questão como isenção tributária e estabelecendo que este benefício não abrangeria o custo de distribuição da energia elétrica (dentre outras despesas e serviços), mas apenas sobre a energia excedente que, injetada na rede em momento anterior, fosse devolvida posteriormente ao produtor e consumidor final.

A despeito, entretanto, da necessidade de maior aprofundamento sobre a matéria no momento processual adequado, dada a sua complexidade, a questão parece situar-se no âmbito da não-incidência e não da isenção do ICMS.



Como se sabe, o ICMS é o tributo estadual que incide sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

No que tange à circulação de mercadorias, para que haja o nascimento da obrigação tributária e o dever de recolher o ICMS não basta a mera movimentação física do bem, devendo haver, necessariamente, a sua movimentação jurídica, que ocorre quando há transferência de titularidade da mercadoria, e, portanto, quando se realiza ato de mercancia, com a finalidade de obtenção de lucro.

Esse entendimento, vale dizer, é o que vem sendo extraído, de forma pacífica até, dos dispositivos que tratam da incidência do ICMS na Constituição Federal e Estadual, tendo sido editado, inclusive, a Súmula 166 pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, por não haver circulação jurídica, *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Pois bem. **No caso da energia elétrica produzida pela unidade consumidora com micro ou minigeração, embora haja circulação física da mercadoria quando a produção excedente (que não pode ser estocada) é injetada na rede da distribuidora local, nada indica que haja circulação jurídica propriamente dita.** Isso porque a energia elétrica injetada não deixa o patrimônio jurídico do produtor/consumidor: ela é meramente emprestada, a título gratuito, à distribuidora, gerando um crédito que pode ser utilizado em até sessenta meses por meio do sistema de compensação previsto na Resolução ANEEL nº 482/2012.

Em outras palavras, por ocasião da compensação entre a energia consumida efetivamente pela unidade consumidora com micro ou minigeração e os créditos que esta possui em razão do excedente injetado na rede de distribuição, haverá mera restituição daquilo que foi emprestado e não ato de mercancia e, conseqüentemente, circulação jurídica de mercadorias.

Bem por isso a jurisprudência pátria, inclusive deste Tribunal de Justiça, vem entendendo que em se tratando de energia solar gerada pelo micro e



minigerador, é incabível a incidência de ICMS tanto sobre o excedente injetado na rede de distribuição local como pelo uso do sistema de distribuição da concessionária, faturado pela TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), uma vez que na operação realizada não ocorre a circulação jurídica do bem (comercialização de energia solar), mas mero empréstimo gratuito, a afastar a ocorrência do fato gerador do citado tributo.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado da 2ª Câmara de Direito Público e Coletivo deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A COBRANÇA DE ICMS SOBRE TUST E TUSD – **SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO ÂMBITO DA MINI E MICROGERAÇÃO DE ENERGIA (ENERGIA SOLAR)** – IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO – ALEGADA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO NO MOMENTO DA DESTINAÇÃO AO CONSUMO FINAL DA ENERGIA, INDEPENDENTEMENTE DA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE MERCANCIA – RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 482/2012 – **NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE TUSD REFERENTE AO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA SOLAR – INEXISTÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA** – DIFERENCIAÇÃO QUANTO AO TEMA 986 DO STJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. **Não deve incidir ICMS sobre TUSD referente ao sistema de compensação de energia solar, pois trata-se de operação em que não houve a comercialização de energia, não ocorrendo o fato gerador do tributo estadual.** O Tema 986 do Superior Tribunal de Justiça discute a “inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”, contudo, o referido tema não discute a incidência da TUSD dos consumidores que produzem a própria energia*



elétrica a partir de placas solares. Outrossim, a Lei Complementar Estadual N° 696, de 06 de julho de 2021, prevê a isenção do ICMS sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica”. (N.U 1008843-22.2021.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PÚBLICO, ALEXANDRE ELIAS FILHO, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 31/08/2021, Publicado no DJE 13/09/2021) Destaquei.

O mesmo entendimento, outrossim, pode ser encontrado, por exemplo, nos seguintes arestos: RAI 1022086-33.2021.8.11.0000 (Des. Mario Roberto Kono De Oliveira), RAI 1021862-95.2021.8.11.0000 e 1022627-66.2021.8.11.0000 (Des. Márcio Vidal).

Por certo, não se desconhece que, ao tratar da base de cálculo do ICMS, o art. 6º da Lei nº 7.098/98, no seu §8º, estabelece que *“Nas hipóteses dos incisos I e XII do caput do art. 3º, no que se refere à energia elétrica, e do §8º do mesmo dispositivo, a base de cálculo do imposto é o valor cobrado do consumidor final, pelo produtor, extrator, gerador, transmissor, transportador, distribuidor, fornecedor e/ou demais intervenientes no fornecimento de energia elétrica, inclusive importâncias cobradas ou debitadas a título de produção, extração, geração, transmissão, transporte, distribuição, fornecimento, ou qualquer outra forma de intervenção ocorrida até a última operação”*. Destaquei.

Contudo, não se pode olvidar que não se está tratando, na hipótese em exame, da forma convencional de produção e consumo de energia elétrica, em que a unidade consumidora adquire (compra) a mercadoria da concessionária, situação abarcada pelo referido dispositivo legal. Na espécie, o produtor da energia elétrica é a própria unidade consumidora, não havendo, aparentemente, circulação jurídica de mercadorias hábil a possibilitar que o uso do sistema de distribuição (em relação ao qual já é pago uma taxa mínima à concessionária) integre a base de cálculo para exigência do ICMS.



Assim, ao menos em princípio, vislumbra-se a probabilidade do direito invocado na petição inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade (*fumus boni iuris*) e a necessidade de realizar-se uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 2º, I, §1º, III e §4º e 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei nº 7.098/98, cuja redação, pela sua generalidade, propicia a interpretação de que é possível exigir o ICMS mesmo no âmbito do sistema de compensação de energia solar, conquanto tudo indique que sobre o excedente da energia produzida para autoconsumo e o uso da rede da concessionária por ocasião da sua devolução à unidade consumidora não haja circulação jurídica de mercadoria, não se configurando, portanto, o fato gerador do tributo em questão.

Igualmente se visualiza, por ora, a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação em caso de manutenção da interpretação literal dos dispositivos questionados até que seja exarado o provimento jurisdicional de mérito na ação direta de inconstitucionalidade (*periculum in mora*).

Decerto que os dispositivos legais impugnados estão em vigor no ordenamento estadual, ao menos na redação sob exame, desde os idos de 2000, quando houve a primeira alteração da Lei 7.098/98 pela Lei nº 7.364, o que afastaria, em princípio, o *periculum in mora*, pois, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ajuizamento tardio da ação direta de inconstitucionalidade, quando decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, não autoriza o reconhecimento de situação de urgência.

Contudo, o caso dos autos possui peculiaridades que conduzem à existência de perigo de lesão grave ou de difícil reparação que não pode aguardar o julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade, pois à época da promulgação da Lei nº 7.098/90 não existia, ainda, a problemática envolvendo a tributação da energia solar produzida e injetada na rede de distribuição, sendo esta uma questão recente e resultante da necessidade premente de desenvolvimento econômico e social sustentável, com a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente.



Assim, a manter-se a interpretação atualmente emprestada aos dispositivos da Lei nº 7.098/98, além do desestímulo aos investimentos para exploração da energia solar, em prejuízo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, persistirá a obrigação de recolhimento do ICMS no âmbito do sistema de compensação de energia elétrica, cujo desatendimento certamente importará na suspensão do fornecimento e outras penalidades legais às unidades consumidoras produtoras. Não se olvide, ademais, a notória dificuldade de repetição do indébito pelo Fisco em caso de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, o qual, em contrapartida, possui à sua disposição vários instrumentos processuais hábeis a reaver o tributo na hipótese de improcedência.

Por outro lado, também não se visualiza, *a priori*, a possibilidade de *periculum in mora* inverso, visto que o Estado de Mato Grosso, por meio da Lei Complementar estadual nº 696/2021, concedeu isenção de ICMS nas operações do Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482/2012-ANEEL até 31/12/2027, nos seguintes moldes:

“Art. 1º Fica alterado o caput do art. 37 da Lei Complementar nº 631, de 31 de julho de 2019, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 37. Ficam isentas do ICMS, até 31 de dezembro de 2027, as operações de circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482/2012-ANEEL.”

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação. Assembleia Legislativa do Estado, em Cuiabá, 06 de julho de 2021”.

Destarte, por todos os motivos acima alinhavados, entendo que estão presentes os pressupostos legais necessários à concessão da medida cautelar,



pelo menos até que o mérito da ação direta de inconstitucionalidade seja submetido ao colegiado competente deste Sodalício.

Por fim, esclareça-se que não é desconhecido o fato de que o Superior Tribunal de Justiça ter afetado os REsp n. 1692023/MT, REsp n. 16999851/TO e REsp n. 1163020/RS ao rito dos recursos repetitivos, submetendo a julgamento a questão relativa à “inclusão da *Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST)* e *Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD)* na base de cálculo do ICMS” (Tema 986) e determinando a suspensão nacional dos processos que discutam essa matéria. Porém, o caso dos autos não se amolda ao referido Tema, o qual não abrange a discussão quanto à incidência do ICMS sobre a TUSD no âmbito do sistema de compensação de mini e microgeração de energia fotovoltaica, regulamentado pela Resolução ANEEL nº 482/2012.

Posto isso, DEFIRO a medida cautelar pleiteada pelo Partido Verde – Diretório Estadual, em razão da presença concomitante de ambos os requisitos legais necessários, para, realizando interpretação conforme a Constituição dos arts. 2º, I, §1º, III e §4º e 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei nº 7.098/98, excluir a interpretação que possibilita a incidência do ICMS no âmbito do sistema de compensação de energia solar e do uso da rede de distribuição local, nos moldes da Resolução ANEEL nº 482/2012.

Por oportuno, determino a notificação da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para ciência desta decisão e prestar as informações que julgar necessárias, no prazo de 10 (dez) dias, nos moldes do art. 172, *caput*, do RITJ/MT.

Concomitantemente, em cumprimento ao que preceitua o §2º do art. 125 da Constituição do Estado de Mato Grosso, cite-se o Procurador-Geral do Estado para, caso queira, formular a defesa do texto legislativo impugnado, no prazo de 10 (dez) dias.



Após, colha-se, em igual tempo, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR – LEI ESTADUAL Nº 7.098/98 – INCIDÊNCIA DE ICMS NO ÂMBITO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA REGULAMENTADO PELA RESOLUÇÃO ANEEL Nº 482/2012 – EXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO QUE POSSIBILITA A TRIBUTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA DE MERCADORIAS – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – REALIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. Para a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é imprescindível a presença cumulativa dos requisitos atinentes à relevância da fundamentação em que se assenta o pedido e ao receio de dano difícil ou incerta reparação, caso a pretensão venha a ser atendida somente por ocasião do exame do mérito da demanda.

2. Em sede de cognição sumária, marcada pela precariedade, revela-se incompatível com os ditames da Constituição Estadual a interpretação dos arts. 2º, I, §1º, III e §4º e 3º, I e XII, e §8º, I e II, da Lei nº 7.098/98 que possibilite a tributação, por ICMS, do sistema de compensação de energia solar e do uso da rede de distribuição local, ante a ausência de circulação jurídica de mercadorias e, conseqüentemente, da ocorrência de fato gerador do referido imposto.