

## A Isenção do ICMS concedida unilateralmente pelos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro para a Geração Distribuída

*TRIBUCI, Einar Odin Rui; TOIODA, Victor Hugo Heydi. "A Isenção do ICMS concedida unilateralmente pelos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro para a Geração Distribuída". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 05 de agosto de 2020.*

### I. Benefícios fiscais de ICMS no contexto federal

Apesar do ICMS ser um imposto de competência estadual, suas regras estão dispostas a nível federal no âmbito do sistema tributário nacional. Para bem interpretar seus efeitos, devem ser analisadas as disposições trazidas na Constituição Federal, leis complementares, convênios e os respectivos regulamentos estaduais. O presente artigo se restringirá as questões relacionadas aos benefícios fiscais de ICMS para delimitar a análise que envolve seus efeitos na geração distribuída de energia elétrica, introduzida no Brasil através da Resolução Normativa nº 482/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica ("REN 482").

De acordo com a Constituição Federal, os benefícios fiscais relativos ao ICMS, tais como redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido e isenção, serão concedidos conforme disposições de lei complementar editada especificamente para essa finalidade (artigo 155, § 2º, XII, "g", da CF/1988).

Nesse contexto, a Lei Complementar nº 24/1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe que os benefícios fiscais de ICMS serão concedidos mediante celebração de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária ("CONFAZ"). Em breve resumo, para que um benefício fiscal seja considerado constitucional, deve ser aprovado pelos representantes de todos os Estados e do Distrito Federal e, uma vez acordado, o convênio celebrado deve ser internalizado pelos entes federativos através de ato legislativo próprio.

Em que pese haver norma norteadora para a concessão dos benefícios fiscais, por muito tempo se presenciou uma grande disputa dos entes federativos pela arrecadação do ICMS, configurando a conhecida "Guerra Fiscal". Isso porque, alguns entes federativos concediam deliberadamente incentivos fiscais do ICMS à revelia dos acordos celebrados no âmbito do CONFAZ e das normas federais, a fim de estimular o investimento empresarial em seus respectivos territórios.

Como consequência, os entes federativos destinatários das mercadorias, ao identificarem a concessão irregular de benefícios fiscais pelos Estados de origem e o prejuízo causado aos seus respectivos Estados com o cômputo de créditos de ICMS, resolveram, unilateralmente, "glosar o crédito" do contribuinte e exigir a diferença do imposto reduzido em razão do incentivo tributário indevidamente concedido. Assim,

instaurou-se um verdadeiro caos tributário para os contribuintes, acompanhado de inúmeros questionamentos judiciais sobre essa questão.

Em muitas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) manifestou-se no sentido de que “a outorga de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal é manifestamente inconstitucional” . Mesmo com o posicionamento do STF, até hoje a questão continua gerando discussões e insegurança jurídica para os contribuintes.

## **II. Lei Complementar 160/2017 e Convênio ICMS 190/2017**

Visando pôr fim à essa polêmica, foi publicada a Lei Complementar nº 160/2017, cuja finalidade é a de regularizar os incentivos fiscais anteriormente concedidos de forma irregular, de modo a autorizar a remissão dos créditos tributários decorrentes dos incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação e a reinstituição dos referidos benefícios fiscais outorgados à revelia das regras federais.

Como essa autorização deveria se dar por meio de convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, foi publicado o Convênio ICMS 190/2017, basicamente para dispor sobre as formas de remissão dos créditos tributários decorrentes de incentivos fiscais concedidos em desacordo com a Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições dos benefícios fiscais de ICMS.

Segundo referidas normas, para que um benefício fiscal irregular pudesse ser reinstituído, o ente federativo deveria:

- Publicar, em seu diário oficial, relação com a identificação de todos os atos normativos relativos aos benefícios fiscais concedidos; e
- Efetuar o registro e o depósito junto ao CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais concedidos.

Os procedimentos mencionados acima deveriam ter sido adotados pelos entes federativos até o dia 31 de março de 2020, caso contrário os atos concessivos dos incentivos fiscais irregulares devem ser revogados pelos respectivos Estados (artigo 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 160/2017).

Ainda, a unidade federada que observou os procedimentos e os prazos fixados pela legislação, está autorizada a conceder e a prorrogar os incentivos fiscais regularizados por força da Lei Complementar nº 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017, sendo o prazo de fruição de referidos benefícios fiscais limitados até:

- 31/12/2032, para os incentivos fiscais destinados ao fomento das atividades agropecuária e industrial, infraestrutura rodoviária, aquaviária, ferroviária, portuária, aeroportuária e de transporte urbano;
- 31/12/2025, para os incentivos fiscais destinados à manutenção ou ao incremento das atividades portuária e aeroportuária vinculadas ao comércio internacional;
- 31/12/2022, para os incentivos fiscais destinados à manutenção ou ao incremento das atividades comerciais, desde que o beneficiário seja o real remetente da mercadoria;
- 31/12/2020, para os incentivos fiscais destinados às operações e prestações interestaduais com produtos agropecuários e extrativos vegetais in natura.

De uma certa forma, as novas normas trouxeram mais segurança para os contribuintes, na medida que convalidou os incentivos fiscais anteriormente concedidos em desacordo com a legislação e revogou os benefícios fiscais que não foram regularizados a tempo pelos entes federativos. Entretanto, dúvidas sobre a aplicabilidade das referidas normas e da legalidade de determinados atos praticados pelos entes federativos continuam surgindo em alguns setores. É o que acontece, por

exemplo, com a isenção do ICMS na geração distribuída de energia elétrica que, recentemente, foi instituída pelo Estado do Rio de Janeiro.

### **III. Isenção de ICMS na Geração Distribuída nos termos do Convênio ICMS 16/2015**

Dentro do contexto legislativo exposto acima, os Estados e o Distrito Federal, a fim de incentivar o desenvolvimento dos projetos de geração distribuída de energia elétrica, decidiram outorgar incentivo fiscal e, no âmbito do CONFAZ, foi publicado o Convênio ICMS 16/2015 para conceder a isenção do ICMS nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica dentro do sistema de compensação.

O Convênio ICMS 16/2015 está integralmente baseado na REN 482 e prevê a isenção do ICMS para a geração distribuída, na modalidade autoconsumo, com potência instalada de até 1 MW.

Nesse ponto, reside a grande polêmica do Convênio ICMS 16/2015. Embora o intuito da referida norma tenha sido positivo, fato é que trouxe mais incertezas do que segurança para os contribuintes do setor. Ao reproduzir o texto normativo original da REN 482 ao invés de apenas referenciá-la, o Convênio ICMS 16/2015 não abrange, em teoria, as alterações promovidas no texto original da norma regulatória, de modo que a isenção do ICMS não se aplica para usinas com potência instalada de até 5MW e para as modalidades de geração compartilhada e empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras.

Da forma como foi publicado, o Convênio ICMS 16/2015 não traz em si nenhuma ilegalidade formal e material. Há, contudo, uma necessidade de adequação da redação da norma tributária com as novas regras da REN 482 que foram introduzidas pelas Resolução 517 de 2012, Resolução 687 de 2015 e Resolução 786 de 2017, todos publicadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

### **IV. A Isenção de ICMS concedida pelo Estado de Minas Gerais na Geração Distribuída**

O Estado de Minas Gerais, focado em fomentar os investimentos de projetos fotovoltaicos para a geração distribuída de energia elétrica, antes da promulgação da Lei Complementar nº 160/2017, editou a Lei Estadual nº 22.549/2017, desrespeitando as disposições da Lei Complementar nº 24/1975 do próprio Convênio ICMS 16/2015, para conceder isenção de ICMS para usinas geradoras de energia elétrica solar fotovoltaica com potência instalada de até 5 MW e para as modalidades de geração compartilhada e empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras.

Com o advento da Lei Complementar nº 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017, o Estado de Minas Gerais regularizou o benefício concedido ao promover o registro e o depósito do ato concessivo da isenção do ICMS junto ao CONFAZ (Certificado de Registro e Depósito – SE/CONFAZ nº 50/2018) dentro do prazo estipulado.

Desse modo, tendo sido observados os procedimentos previstos pela legislação para regularização do referido benefício fiscal, a isenção do ICMS concedida tanto para usinas com potência instalada superiores a 1MW e inferiores a 5MW, os empreendimentos que figurem nas modalidades de geração compartilhada e empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras seguem válidas no território de Minas Gerais.

Esse cenário certamente contribuiu para que o Estado de Minas Gerais concentrasse nos últimos anos grande número de investimentos de projetos fotovoltaicos de geração distribuída de energia elétrica, que já ultrapassam a marca dos 600MW.

## **V. Adesão do Estado do Rio de Janeiro à Isenção de ICMS na Geração Distribuída concedida nos moldes do Estado de Minas Gerais**

No dia 30 de junho de 2020, o Estado do Rio de Janeiro, publicou a Lei Estadual nº 8.922/2020, para conceder a isenção de ICMS na geração distribuída para usinas com potência instalada de até 5 MW, nos mesmos termos do incentivo concedido pelo Estado de Minas Gerais.

Conclui-se, inicialmente, que essa concessão é possível, pois de acordo com o artigo 3º, § 8º, da Lei Complementar 160/2017 e com a Cláusula Décima Terceira do Convênio ICMS 190/2017, “as unidades federadas poderão aderir às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais concedidos ou prorrogados por outra unidade federada da mesma região”.

Portanto, tendo em vista que o Estado de Minas Gerais pertence à mesma região do Estado do Rio de Janeiro, no caso, a Região Sudeste, a adesão à isenção do ICMS nos termos acima é possível. Entretanto, assim como nos demais casos, o ente federativo aderente deve observar os prazos e os procedimentos de regularização do benefício fiscal concedido em desacordo com a legislação.

Nesse sentido, tendo em vista que a edição da Lei nº 8.922/2020 foi posterior ao prazo para registro e depósito dos atos concessivos dos incentivos fiscais junto ao CONFAZ (findado em 31/03/2020), a convalidação do benefício fiscal carioca depende de autorização do CONFAZ, mediante aprovação da maioria simples dos entes federativos (§ 1º da Cláusula 13º do Convênio ICMS 190/2017).

Até o momento essa autorização não foi concedida e a isenção publicada pelo Estado do Rio de Janeiro está suspensa, de modo que não é aconselhável que tal benefício seja imediatamente aplicado pelos contribuintes.

Caso o benefício fiscal concedido não seja aprovado pelo CONFAZ, este estará em desacordo com as regras constitucionais e não deverá ser aplicado, cabendo sua revogação pelo Estado do Rio de Janeiro.

Se, apenas por hipótese, o Estado do Rio de Janeiro mantenha a concessão do incentivo fiscal indevidamente, estará sujeito às restrições previstas na lei de responsabilidade fiscal, como a possibilidade de não receber recursos, nem obter garantias de outros entes federativos, bem como a impossibilidade de contratar operações de crédito (artigo 23, § 3, da Lei Complementar 101/2003). Essas penalidades podem impactar no controle dos gastos públicos e no orçamento do Estado, de modo que poderão também ser aplicadas sanções às autoridades governamentais do Estado do Rio de Janeiro.

**Einar Odin Rui Tribuci e Victor Hugo Heydi Toioda são sócio e advogado do Tribuci Advogados**