PONDERAÇÕES SOBRE A DINÂMICA DO ICMS NO COMÉRCIO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

MARCELLO DE MELLO CORRÊA

I. Um breve histórico sobre o desenvolvimento do mercado de energia elétrica do Brasil; II. segmentos do setor elétrico; III. Características e princípios tangentes ao ICMS; IV. O ICMS nas operações com energia elétrica; V. O ICMS, geração de energia, MAE e ONS. VI. Conclusão.

O setor de energia elétrica, bem como os demais setores econômicos relacionados com a infra-estrutura nacional, vem sofrendo inúmeras transformações em um processo que teve origem no início da última década. Entretanto, como sabemos, nem todas as dificuldades restam superadas.

Com efeito, apesar da reestruturação desse setor e os avanços significativos em relação ao seu redimensionamento e modernização do mesmo, não se conseguiu equacionar um sistema satisfatório. Agrega-se, ainda, como conseqüência dessa reestruturação a insurgência no cenário atual de alguns questionamentos e, entre eles, destacamos os relativos à mecânica do imposto incidente sobre operações de circulação de mercadorias e serviços no setor em tela.

Como é sabido, o tributo em espécie pode ter uma alíquota de até 25% sobre o valor da mercadoria transportada mais vantagens agregadas (base de cálculo) que, *in casu*, é a energia elétrica acrescida das tarifas de transporte e demais componentes do seu preço final (para o consumidor). Assim sendo, tamanha grandeza não pode passar desapercebida ou tão pouco menosprezada, exige dos agentes desse setor ações no sentido de minorar ou anular seus efeitos, esses que, em resumo, podem ser verificados na redução da margem de lucro, encarecimento do produto e conseqüente redução das vendas.

Assim, o presente estudo tentará traçar um mapeamento da incidência do ICMS nas diversas operações envolvendo a geração e deslocamento de energia elétrica dentro da atual configuração interna do mercado de energia.

Ab initio, destacamos que o estudo não visa alcançar todas as possibilidades, ou seja, a verificação de todas as configurações hipotéticas de incidência do tributo

em apreço, pois, como veremos, o setor elétrico pode ensejar sofisticados planejamentos tributários e estratégias de venda.

Para tanto, iniciaremos estudo com uma visão panorâmica do referido mercado e, posteriormente, passaremos a investigar como a citada exação ingressa ou incide no mesmo.

I — Um breve histórico sobre o desenvolvimento do mercado de energia elétrica no Brasil

Inicialmente, a utilização da energia elétrica no Brasil, no final do século XIX, podia ser caracterizada como um serviço de interesse local constituído de pequenas usinas geradoras de energia elétrica próximas aos núcleos urbanos ou com a implantação desses próximos aos potencias hídricos suficientes para geração de dessa energia.

Dois fatores contribuíram para essa configuração: o primeiro: as limitações tecnológicas para transmissão e o segundo a reduzida necessidade da utilização desse tipo de energia pela sociedade da época.

Como conseqüência dessa dispersão do sistema elétrico brasileiro, o mesmo apresentava uma pulverização das normas jurídicas para sua utilização e desenvolvimento, assim, cada núcleo urbano tinha suas próprias regras.

Esse quadro somente foi alterado com a edição do Código de Águas de 1934, pois o Governo Federal da época iniciou um plano de ação nacional para o desenvolvimento industrial[1]. Nesse passo, a questão energética ingressou no cenário nacional em um processo chamado de Federalização[2]. Assim, as regras pertinentes ao setor elétrico começaram a ser ditadas pelo Poder Executivo Federal, em contraposição ao sistema jurídico anterior. Nesse início, o Governo Federal tentou criar um ambiente favorável ao desenvolvimento do sistema elétrico pelos capitais privados.

Contudo, esse segundo modelo histórico do sistema elétrico não funcionou, pois o Governo da época iniciou uma série de intervenções que culminou com a contenção das tarifas. Essas medidas desestimularam os capitais privados e atrasaram o desenvolvimento energético do País.

No segundo pós-Guerra mundial, o Governo Federal, priorizando o desenvolvimento industrial do Brasil, passou a controlar totalmente o setor elétrico, pois esse era essencial para o bom andamento daquele. Esse momento, que se inicia no final de 1940 e subsiste até o início de 1990, é reconhecido pelo processo de estatização do setor de infra-estrutura no Brasil.

Nesse período, o Governo Federal atuou em duas frentes, de um lado criou grandes empresas responsáveis pela geração de energia[3] e do outro incentivou os

1 Esse plano para o desenvolvimento industrial do Governo Vargas foi uma resposta à crescente crise do setor cafeeiro, altamente abatido com os efeitos da grande quebra de 1929.

2 Waltenberg, in *Direito Administrativo Econômico* p.354.

3 A primeira produtora de energia elétrica da União foi a CHESF — Cia. Hidrelétrica do São Francisco, em 1947.

Estados a criarem as suas empresas de distribuição. Esse modelo foi totalmente definido com a criação da ELETROBRAS no início de 1960. Nas palavras de Waltenberg[4]:

> *Esse grande modelo estatal surtiu efeitos expressivos, tendo dado margem ao extraordinário crescimento da capacidade instalada de geração brasileira, que, por seu turno, provocou a criação de um complexo sistema interligado de transmissão . Disso resultou a caracterização do serviço de energia elétrica como um dos serviços públicos de espectro social e democrático mais amplo do país, espraiando-se largamente, de forma tal que em quase todos os cantos do Brasil está presente à distribuição de energia elétrica.*

Entretanto, esse modelo não poderia sobreviver ao esgotamento da capacidade de autofinanciamento de Estado iniciado na década de 80, bem como a má gestão de recursos, o que é típico do setor público em geral. Dessa maneira e com o correr dos desacertos, o setor energético nacional está ainda hoje em estado crítico. Um dos motivos apontados pelos profissionais desse setor se resume no fato da geração de energia elétrica por hidrelétricas já não ser suficiente para suportar o crescimento da demanda energética. Nessa esteira, as termoelétricas surgem como a melhor opção de curto prazo para suprir essa demanda imediata de energia.

Com o intuito de reverter esse quadro, o Governo Federal busca com uma série de medidas legislativas e práticas uma reestruturação do sistema elétrico nacional, inclusive com o aporte de capitais privados, nacionais e internacionais. Porém, cabe consignar que isso somente irá ocorrer se esse Governo propiciar um ambiente estável e lucrativo para estes capitais.

O primeiro passo nesse sentido foi a implementação da privatização de empresas do setor elétrico e posteriormente uma reformulação do sistema jurídico relacionado ao mesmo. Entretanto, esse movimento de privatização do setor em apreço trouxe a necessidade de segmentá-lo em diversas atividades, nesse sentido, recorremos mais uma vez a Waltenberg[5]:

> *Dentro dessa perspectiva de ambiente privado, entendeu-se conveniente estabelecer condições de competição, para que as diversas atividades setoriais deveriam ser segmentadas, sendo que a geração e a comercialização, esta segregada da distribuição, seriam expostas à competição, enquanto a transmissão e a distribuição seriam dela preservadas. Isso determinou a adoção, dentre as diretrizes norteadoras do processo de reestruturação setorial, do postulado da competição, onde fosse possível, e da manutenção e reforço da regulação, onde fosse necessária.*

Dessa maneira, vivemos na quarta etapa histórica do desenvolvimento do setor elétrico no Brasil, a qual busca-se o ingresso de capitais privados, aumento da matriz

4 *Op. cit.* p. 356.

5 *Op. cit.* p.358.

energética, o aprimoramento tecnológico e os melhores preços para os consumidores dessa energia.

Sob esse aspecto, consignamos que os levantamentos realizados prevêem que o consumo de energia elétrica crescerá nos próximos dez anos à taxa média de 4,7% ao ano. Em razão dessa demanda, o planejamento indicativo para o setor elétrico (*Plano Decenal de Expansão 1999/2008*) projeta a necessidade de expansão da capacidade instalada de geração do País para 104.666 MW em 2008, o que representará um acréscimo de 71% ao parque gerador existente em 1998 (61.219 MW)[6]

Conquanto, faz-se claro que até 2008 o Brasil deverá praticamente dobrar a sua capacidade instalada de geração de energia elétrica, ou se experimentará uma contração da sua capacidade produtiva em virtude da carência de energia[7].

Esses fatos são oriundos de uma progressiva redução dos investimentos nos anos 80 e início dos 90, frise-se por mais um turno, o que refletiu no paulatino aumento do fator de utilização do sistema elétrico já instalado, que hoje opera próximo a seu limite de capacidade, segundo estudos do próprio BNDES. Ademais, as características do sistema elétrico brasileiro o tornam muito dependente do regime de chuvas, exigindo, portanto, a existência de reservas de acumulação de água para fazer frente às variações de consumo[8].

6 Tabela acréscimos de capacidade de geração — 1999/2008:

Sistema	Hidro MW	%	Termo MW	%	Total MW	%
S/SE/CO	20.570	71	11.071	76	31.641	73
N/NE	8.309	29	1.932	13	10.241	23
ISOLADOS	—	—	1.565	11	1.565	4
Total Brasil	**28.879**	**100**	**14.568**	**100**	**43.447**	**100**

7 Tabela consumo por região em GWH:

Região	1997	%	1998	%
Sul	42.015	15,2	43.937	15,3
Sudeste	162.232	58,7	167.056	58,1
Centro-Oeste	13.871	5,0	14.806	5,2
Nordeste	43.627	15,8	46.823	16,3
Norte	14.441	5,2	14.770	5,1
Brasil	**276.186**	**100,0**	**287.392**	**100,0**

Fonte: Boletim SIESE 1998.

8 Usinas dos sistemas interligados com operação prevista até 2003 — MW:

Ano	Hidro	Termo	Total	%	Total Acumulado	% Acumulado
1999	2.254,2	1.389,0	3.643,2	20,8	3.643,2	20,8
2000	1.080,3	970,0	2.050,3	11,7	5.693,5	32,5
2001	2.199,9	2.835,0	5.034,9	28,7	10.728,4	61,2
2002	3.677,3	851,0	4.528,3	25,8	15.256,7	87,0
2003	1.479,2	800,0	2.279,2	13,0	17.535,9	100,0
Total	**10.690,9**	**6.845,0**	**17.535,9**	**100,0**	—	—

Por conseguinte, quando o sistema não conta com esta reserva e se depara com períodos hidrologicamente desfavoráveis, como o que vivenciamos nesse ano de 2001, fica vulnerável a qualquer variação de consumo, deixando de acompanhar as exigências de crescimento do mercado. Devemos destacar que a geração de energia elétrica no Brasil está calcada na utilização de hidroelétricas. Sobre esse tema, enfatizamos a necessidade da gestão das bacias hidrográficas por parte da Agência Nacional de Águas — ANA, de modo a garantir um suprimento equacionado de água para as geradoras hidrelétricas.

Feito essa breve análise histórica, passemos ao estudo dos segmentos desse setor.

II — Segmentos do setor elétrico

O primeiro segmento que devemos estudar é o da geração de energia, ou de produção. Este segmento é composto pelas usinas que transformam qualquer tipo de energia dispersa, no ambiente ou não, em energia elétrica. Como exemplo temos a energia hidráulica das quedas d'águas que se canalizadas e represadas podem ser transformadas, ao mover uma turbina, em energia elétrica.

Além dos potenciais hidráulicos temos as fontes térmicas, que podem ser obtidas com a queima de materiais orgânicos (carvão, gás natural, betume e outros) ou da fissão de elementos químicos (fissão nuclear de urânio). Em ambos os casos a energia térmica é utilizada para gerar vapor em alta pressão, que é destinado a uma turbina, da qual, finalmente, se obtém a energia elétrica.

Cabe destacar que o processo de geração de energia elétrica pelas térmicas (dependendo do seu modelo e combustível) pode ser agregado a outros benefícios além dessa energia. Estes surgem na forma de subprodutos do processo de geração de energia. Esse tipo de aproveitamento denomina-se *co-geração*, assim há uma otimização dessas usinas. Como exemplo temos o vapor saído das turbinas como subproduto mais comum, que ainda poderá ser utilizado em diversos processos fabris[9].

Há, ainda, as conhecidas fontes alternativas, mas como essas são insuficientemente utilizadas vamos nos abster de comentá-las.

A geração de energia elétrica se submete a três regimes: o primeiro voltado para o abastecimento do público em geral em forma de serviço público; o segundo é o do auto-produtor, ou seja aquele que produz energia para o seu próprio consumo (em regra são empresas com alta demanda de energia); e o terceiro, recentemente introduzido, o produtor independente de energia elétrica.

Esse terceiro regime é caracterizado como intermediário dos dois primeiros, pois serve tanto para o abastecimento do mercado (atendimento ao público) quanto

9 Por esse aspecto, as térmicas podem ser, dependendo da atividade industrial, uma boa fonte de economia para as empresas que, ao buscarem a auto-suficiência energética, terão, além da energia elétrica, em regra, a um custo menor, subprodutos, como o vapor industrial, propiciando, assim, a redução dos custos de sua produção e um verdadeiro ganho de competitividade.

para o autoconsumo, conforme exposto na legislação. Devemos destacar que o produtor independente sempre atua por sua conta e risco.

Quanto ao regime de exploração, temos a concessão, a autorização e a permissão, conforme as determinações dos seguintes diplomas legais: Lei 9.427/96 (cria a ANEEL e dá outras providências), Lei 8.987/95 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art.175 da CR/88), Lei 9.074/95 (estabelece normas para outorga de serviços públicos e da outras providências) e o Dec. nº 2.003/96 (que regulamenta os dispositivos pertinentes ao autoprodutor e o produtor independente). Faz-se mister dizer que há um quarto regime de exploração que poderíamos chamar de *comunicação* (vide art.176, § 4º da CR), esse ocorre quando o potencial utilizado para geração de energia é extremamente baixo, conforme definido em Lei[10].

O segundo segmento que devemos apresentar é o do transporte. Essa atividade compreende todas aquelas destinadas a levar a energia produzida nas usinas até o seu consumidor. Esse segmento se subdivide em transmissão e distribuição, onde, a grosso modo, podemos dizer que a transmissão ocorre pelo transporte da energia das usinas até os *centro de carga* e a distribuição ocorre dentro desses centros. Amílcar Guerreiro[11] explica, ainda, que os *centros de carga* são na verdade os centros de consumo (urbanos ou industriais) e que 98% do sistema brasileiro de transporte é interligado, cuja rede básica é operada pelo ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico).

Em virtude da extensão geográfica do Brasil e a localização de seus melhores potencias hidrelétricos, geralmente as fontes produtoras não estão perto dos grandes centros de consumo. Tal fato exigiu a construção de uma extensa malha interligando os referidos centros com os produtores. A produção de energia pelas térmicas, ao contrário daquelas, podem ser instaladas, em regra, bem próximas dos consumidores, possibilitando um maior número de opções de locais para as suas instalações. Enquanto as usinas hídricas exigem uma extensa malha de distribuição, as térmicas exigem um elaborado plano logístico de suprimento[12].

Desta configuração, afirma-se que no Brasil há vários sistemas elétricos que estão interligados. Atualmente, para coordenar esse grande conjunto de usinas, linhas de transmissão e centros consumidores, a Lei 9.648/98 criou o ONS. Esse operador

10 Atualmente, independe de concessão ou autorização da ANEEL a geração hídrica de energia com potencia de até 1MW e a geração térmica de energia com até 5MW.

11 Em palestra proferida aos alunos do *MBA em Direito da Economia* da Fundação Getúlio Vargas em 03.03.2001.

12 **Tabela consumo por classe** — GWH.

Classes	1997	%	1998	%
Residencial	74.071	26,8	79.353	27,6
Industrial	124.645	45,1	124.699	43,4
Comercial	38.180	13,8	41.573	14,5
Outros	39.290	14,2	41.767	14,5
Brasil	276.186	100,0	287.392	100,0

Fonte: Boletim SIESE 1998

(que é pessoa jurídica de direito privado) determina a forma de uso das usinas e das linhas de transmissão. Assim, se uma usina produz mais energia para abastecer o sistema, outra pode estar operando de modo a armazenar mais água (energia futura). Cabe ao ONS garantir a segurança e a rentabilidade das operações envolvendo energia elétrica.

A característica principal das atividades de transporte, na concepção do modelo atual, é que ela deve ser uma atividade neutra, não competitiva e não comercial (mercantil)[13]. Nesse sentido, as empresas que transportam a energia elétrica não compram, não vendem e não a geram, apenas transportam. Esta é, deste modo, uma atividade meio, cujas tarifas (tabeladas pela ANEEL) são cobradas pelo serviço de transporte da referida energia. Na lição de Pimenta Oliveira[14]:

> *A atividade de transmissão de energia elétrica será exercida mediante concessão, precedida de licitação. As instalações e equipamentos considerados integrantes da rede básica de transmissão serão disponibilizados ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, mediante contrato de prestação de serviços de transmissão, e a este estarão subordinadas as ações de coordenação e operação. As demais instalações, não integrantes da rede básica, serão disponibilizadas aos acessantes interessados, sendo que caberá à ANEEL estabelecer condições gerais de acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição, compreendendo o uso e a conexão, regulando as tarifas.*

Destacamos que essa é uma visão importante da mecânica que leva a energia elétrica até seus consumidores no que tange a tributação que iremos explorar mais adiante.

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a distribuição. Essa atividade é com a qual tomamos contato mais corriqueiramente, ou seja, é o transporte de energia até os consumidores finais, sejam eles industriais, comerciais ou residenciais. Essa atividade se caracteriza pelo rebaixamento da tensão, isso quer dizer que na maioria das vezes o consumidor (por questões técnicas) não pode receber a tensão que passa pelas linhas de transmissão. Assim, a distribuição é o serviço público de abastecimento de energia elétrica executado mediante a concessão.

Cabe destacar que, no atual modelo, o concessionário dessa atividade também pode comercializar energia (operação mercantil), desse modo, está inserida dentro de um ambiente competitivo.

Em resumo temos: se a venda de energia for realizada por pessoa diversa do distribuidor, esse cobrará a tarifa de transporte (serviço), conforme os valores fixados pela ANEEL, cabendo ao vendedor a cobrança do preço ajustado com o comprador pela energia consumida. Entretanto, se a venda de energia for realizada pelo distri-

13 Verifique o conceito de *essencial facility* do Direito antitruste norte americano, que pode ser aplicável nas relações de transporte cujos mercados são naturalmente monopolizados. Nesse sentido, consulte o texto de Ana Maria Nusdeo *in* Direito Administrativo Econômico.

14 Em Direito Administrativo Econômico, p. 348.

buidor, esse cobrará o preço do fornecimento mais a tarifa de transporte do consumidor. Essa última operação será corriqueiramente observada nas hipóteses de fornecimento de consumidor cativo. Dessa maneira, o distribuidor tanto pode se limitar a agir como transportador quanto atuar como transportador e fornecedor de energia elétrica. Essa última forma de atuação é a mais comum, em face das diversas concessionárias de serviços públicos de abastecimento de energia elétrica no país.

O terceiro segmento que se apresenta é o da comercialização da energia em tela. Essa atividade foi criada recentemente pela legislação (regulada pela Resolução nº265 de 13/08/98 da ANEEL) e é uma atividade autônoma das demais. Assim, o agente comerciante não precisa ter redes de distribuição, basta que ele utilize uma das instalações já existentes, mediante pagamento de tarifa de transporte, para poder fornecer energia a um comprador[15]. Dessa maneira, segue-se a mesma prática empregada pelo setor petrolífero no que tange ao livre acesso de terceiros às vias de transmissão[16].

A atividade em foco somente pode ser exercida mediante a autorização específica da ANEEL, cujo prazo é de 20 anos.

Nessa atividade temos que podem ser autorizados a agir como comerciantes de energia elétrica: o produtor, o importador, o exportador, o distribuidor e o comerciante estrito senso. Isto quer dizer que eles podem comprar e vender energia elétrica. Notemos que o transmissor de energia elétrica não pode realizar as referidas operações mercantis. Nas palavras de Waltenberg[17]:

> *A comercialização tem por objeto tanto o atendimento aos consumidores livres quanto a realização de negócios de compra e venda entre agentes setoriais, não envolvidos com o uso final da energia. Nessa segunda hipótese o negócio pode decorrer de uma relação obrigacional direta entre dois agentes, um vendedor e outro comprador, por meio do que a legislação setorial denomina contrato bilateral, ou ser realizado sem contrato direto entre eles, através do Mercado Atacadista de Energia Elétrica, o MAE, outra inovação recente do novo modelo setorial.*

Os últimos segmentos aos quais devemos nos ater são os referentes à exportação e importação de energia elétrica (art.26 da Lei 9427/96). Essas atividades além de caracterizarem operações mercantis são desmembramentos dos segmentos de transmissão e ou comercialização. Vale afirmar que a legislação impõe autorização federal específica.

15 Falamos em comprador com denominação genérica, devido ao fato de poder haver consumidores cativos e consumidores livres, assim, se estes têm a liberdade de pactuarem livremente as condições do fornecimento que lhes servem, aqueles outros estão assegurados pela ANEEL por se tratarem de serviços públicos.

16 Consulte o Dec. 2.003 de 1996 — sobre o livre acesso às redes de transmissão pelos agentes do setor.

17 *Op.cit.* p. 369.

Destacamos, ainda, a existência de dois tipos de fornecimento de energia elétrica, onde o primeiro pode ser denominado de *energia firme*, verificado quando a empresa geradora se compromete com certa quantidade de energia para com o sistema, enquanto o outro tipo pode ser denominado *energia não firme* ou *secundária*, que é o fornecimento do excedente da energia elétrica produzida. As operações de *energia firme* ou não são coordenadas pelo ONS, que é uma associação civil composta pelos agentes do setor: o Conselho dos Consumidores (Lei 9.648/98 regulada pelo Dec. nº 2.655/98) e o Ministério de Minas e Energia (esse com poderes especiais). Outra informação de relevo é que no mercado livre (*spot*) os preços são livremente ajustados entre os agentes e sua duração é curta, enquanto no mercado de fornecimento firme os preços são limitados por valores fixados pela ANEEL[18] (*valor normativo*) e a duração desses contratos é longa.

O ONS não compra ou revende energia, frise-se por mais um turno, que ele, ao coordenar esse setor, age como um *facilitador*, assim, busca que a energia gerada em determinado ponto do sistema chegue ao consumidor. Ainda em relação ao ONS, cabe a ele determinar quando e como as usinas produzirão energia. Nesse sentido, nos calcamos em Waltenberg[19]:

> *Atualmente, o NOS é quem determina de que forma cada usina e cada linha de transmissão, integrantes do sistema interligado, devem ser operadas. Se uma usina hidrelétrica gera mais, utiliza mais água; se outra gera menos, armazena mais água, mais combustível, para gerar em outro momento, em que a primeira usina tiver menos água. Então, há a combinação do aproveitamento de diversas usinas, de diferentes bacias, submetidas a diferentes regimes hidrológicos, que compõem todo este diferenciado sistema interligado brasileiro.*

Outro aspecto que devemos lembrar é a existência do Mercado Atacadista de Energia — MAE[20], do qual todos os agentes do setor são obrigados a participar. É por via desse acordo (MAE) que ocorrerá o processamento contábil e a liquidação das operações envolvendo a multe-citada energia, inclusive quanto às operações do mercado *spot*.

Portanto, o estudo, mesmo que breve, desses segmentos desse setor energético é primordial para estabelecermos em quais operações envolvendo energia elétrica incidirá o ICMS.

18 A título expositivo consignamos que os valores médios das tarifas (âmbito nacional) de fornecimento de energia elétrica no ano de 2000 foram as seguintes: residencial = R$ 158,00/KWh; comercial = R$ 136,00/KWh e a industrial = R$ 71,10/KWh.

19 *Op. cit.* p.364.

20 Visando o equilíbrio das condições de oferta e procura no mercado de energia elétrica foi constituído o MAE, é, assim, um acordo multilateral de mercado o qual submete todos os seus agentes a um conjunto de regras básicas.

III — Características e princípios tangentes ao ICMS

Antes de analisarmos o imposto em tela nas operações com energia elétrica, vamos nos estribar em algumas questões preliminares, de modo preparatório à referida análise.

Assim, segue a transcrição dos dispositivos constitucionais pertinentes ao presente estudo:

> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
> *(...)*
> *II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior;*
> *(...)*
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:*
> *I — será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo Estado ou pelo Distrito Federal;*
> *II — a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:*
> *a) não implicará em crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*
> *b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;*
> *(...)*
> *IX — incidirá também:*
> *a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento do destinatário da mercadoria ou do serviço;*
> *(...)*
> *X — não incidirá:*
> *(...)*
> *b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica;*
> *(...)*
> *Art.34, § 9º da ADCT. Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme local onde deva ocorrer essa operação.*

Vistos esses dispositivos, a primeira característica desse tributo ao qual vamos nos ater é o fato dele albergar diversos impostos, e entre estes o imposto incidente sobre operações mercantis de circulação de energia elétrica, que requer um tratamento diferenciado em relação aos demais.

Devemos notar que há um núcleo comum a todos eles, mas com o escopo de garantir um melhor tratamento do contribuinte em relação ao seu ônus tributário, cada um deles exige da legislação um tratamento específico, sob pena de não cumprirem com os princípios traçados na Constituição.

Esclarecemos, desde já, que a circulação que enseja o pagamento desse tributo não é a mera circulação física, mas a jurídica que importa na transferência da titularidade da mercadoria[21]. Esse posicionamento é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal[22]. Uma conseqüência desse entendimento pode ser verificada no fato que o tributo em exame não incide sobre o montante da mercadoria e sim sobre o valor da operação relativa à sua circulação. Esse é um dos motivos pelo qual o ICMS não é um imposto sobre o valor agregado, pois ele não acompanha fisicamente a mercadoria e não incide, também, sobre seus acréscimos.

O ICMS, vale destacar, não incide sobre qualquer operação de circulação de mercadorias, mas tão-somente sobre as operações mercantis[23] que conduzem essa, mediante sucessivos contratos de compra e venda mercantil, desde o produtor até o consumidor.

Dessa maneira, a compra e venda mercantil pressupõem a existência de uma mercadoria[24], ou seja, coisas postas em comércio (*res in comercium*). Nesse sentido temos o Resp. nº1373-SP da segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça cujo Acórdão da lavra do Ilmo. Min. Carlos Velloso foi publicado em 06.06.90.

Questão conexa é que atualmente a Doutrina tende a firmar o entendimento no sentido que a saída da mercadoria do estabelecimento é um elemento temporal na constituição da obrigação tributária[25], e não o fato gerador da exação em foco. Carrazza[26] traz como argumentos favoráveis a esse posicionamento as seguintes situações: o furto de mercadoria ou o deslocamento dessa para o depósito do comerciante, em ambas as situações não são exigíveis o ICMS, daí forçoso concluir que a simples saída física (da mercadoria) do estabelecimento não é suficiente para gerar a obrigação de pagar esse imposto. Geralmente o fisco se arrima na tese contrária

21 A título expositivo temos que o fato gerador do ICMS segundo Vitório Cassone é: movimentação da mercadoria sem mudança da titularidade, movimentação da mercadoria com troca da titularidade e sem movimentação da mercadoria mas com troca de titularidade. Consignamos desde já que essa não é a nossa posição, pois não é a simples circulação ou transferência da titularidade que faz surgir o fato gerador desse tributo, mas a ocorrência desses com o escopo mercantil.

22 Consulte a Revista Trimestral de Jurisprudência nº64, p.538.

23 Segundo a Doutrina majoritária, três são os requisitos para se considerar uma operação como mercantil, a saber: ser a operação regida pelo Direito Comercial, tenha por finalidade o lucro e tenha por objeto uma mercadoria.

24 Consulte o art.110 do CTN — conceito de mercadoria.

25 Vide arts.: 12 e seguintes da Lei Complementar nº87/96.

26 Em ICMS, p.42.

em um entendimento literal do dispositivo, contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em favor dos contribuintes[27].

Assim, considerando que, por força de dispositivo constitucional, a energia elétrica é mercadoria cuja movimentação de cunho mercantil gera a incidência do ICMC, as distinções anteriores sobre as operações do setor elétrico são relevantes ao presente estudo.

Capítulo que requer nossa igual atenção é o concernente à *base de cálculo* do ICMS. Essa base funciona como ferramenta de identificação da materialidade da hipótese de incidência do tributo. Desse modo, para Geraldo Ataliba[28] base de cálculo é:

> *A perspectiva dimensível do aspecto material da hipótese de incidência que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debeatur.*

No tangente ao setor de energia, a Lei Complementar nº87/96 não é explícita, entretanto, com a combinação de seus artigos 12, I e 13, I e seu §1º chegamos à conclusão de que a base de cálculo das operações mercantis envolvendo energia elétrica é o montante da energia fornecida mais o frete seguro e demais importâncias pagas. O legislador ao impor uma base de cálculo com um elemento genérico (*"demais importâncias pagas"*) suscitou dúvidas quanto à constitucionalidade do mesmo, ou seja, se outros encargos não enumerados no dispositivo integrariam ou não a base de cálculo desse imposto. Esse tema é muito nebuloso e foge aos objetivos do nosso estudo, por tal fato, não iremos nos ater a ele.

Quanto à alíquota do ICMS nas operações em apreço, podemos dizer que será um percentual aplicado sobre o valor total do fornecimento, fixado pela lei de cada Estado e o Distrito Federal, desde que respeitado os tetos constantes na Resolução do Senado nº22 de 19 de Maio de 1989[29]. Notamos, ainda, que alíquota incidente variará se a operação for interestadual ou local, bem como se a energia transportada será comercializada ou não, inclusive, nessa última hipótese, podendo deixar de ocorrer o fato gerador[30]. Assim, no presente momento, não iremos investigar nenhuma operação específica, uma vez que não é esse o objetivo desse tópico.

Outro ponto de relevo no estudo do ICMS para nós, se não for o maior, é a aplicação do princípio da não-cumulatividade desse imposto. Na verdade essa é a sua grande característica, pois, diante de uma cadeia de eventos geradores de obrigações tributárias, se não for garantida a compensação das quantias pagas anteriormente, sem embargo, a mercadoria oriunda dessa cadeia seria impossível de ser consumida face ao ônus fiscal que comporia seu preço final.

27 Consulte o RE nº70.538-GB de 24/03/71, Rel. Min. Thompson Flores (RTJ 58:665).

28 *In* Hipótese de Incidência Tributária, 5º edição,,Malheiros, São Paulo, 1997, p.97.

29 Consulte o art. 155, § 2º, V alíneas 'a' e 'b' da CR/88.

30 Diante das mais variadas possibilidades, ficam as operações em tela passíveis de planejamento tributário de modo a reduzir a alíquota incidente ou não gerar a obrigação tributária.

Como se sabe o ICMS é um imposto plurifásico e não-cumulativo, conforme estabelecido pelo art.155, § 1°, I da CR/88. Esse tributo somente tem um destinatário: o consumidor final do bem. É esse quem deve suportar o seu ônus e ninguém mais, assim, se em uma cadeia de transações mercantis for negado direta ou indiretamente a um ou mais elos da mesma o direito de compensar o imposto que pagou na operação anterior, essa vedação será inconstitucional, inclusive podendo gerar a inexigibilidade do tributo, como veremos adiante. Esse direito é tão fortemente assegurado que Carrazza[31] expõe a seguinte assertiva:

> *O direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública lançá-lo (salvo, é claro, por motivo de isenção ou não-incidência). Basta que as leis de ICMS tenham incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido.*

Para o mesmo autor, o emprego do vocábulo *cobrado* deve ser entendido como incidido ao interpretar a Constituição e demais legislação pertinente ao tema.

Note-se, ainda, que o direito de crédito do ICMS só existe se a saída subseqüente for tributada (art.155, § 2°, I e II da CR/88).

Ressaltamos que: a não-cumulatividade tem por escopo assegurar que a carga tributária seja distribuída pelas diversas etapas de um ciclo econômico. Desse prisma, temos que o encargo financeiro global deve ser suportado pelo consumidor final e, ainda, que a quantia efetivamente arrecadada pelo fisco não supere o montante que resulta da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da última operação de transferência naquele ciclo.

Nesse sentido, nos reportamos à lição de Greco e Zanori[32]:

> *Para o controle do atendimento da não-cumulatividade, isto é, para saber se houve violação ao princípio o modo mais simples é aplicar a regra segundo a qual o imposto total (somados todos os recolhimentos e efetuados em todas as etapas do ciclo) não pode ser maior que a multiplicação da alíquota aplicável pelo valor da última operação do ciclo econômico (ao consumidor final). Se o resultado apurado ultrapassar aquele valor, em alguma etapa do ciclo houve cumulação do imposto, isto é, foi recolhido imposto a maior que o devido.*

Todo imposto pago indevidamente, seja por que não foi devido ou por erro do contribuinte pode ser repetido. Em acréscimo argumentativo, trazemos a colação o comentário de Leonardo Massutti[33] sobre o tema:

31 *Op. cit.* p.207.

32 Em Curso de Direito Tributário, Vol. II — coordenado por Ives Gandra, p.160.

33 Em ICM-ICMS: Créditos Físicos e Financeiros, Repertório de Jurisprudência IOB n°14/97, p.336.

Note-se ainda que seria impossível manter-se na atual configuração do ICMS o critério físico do crédito, pois que a energia elétrica, tributada pelo imposto, entrada no estabelecimento do contribuinte é totalmente consumida em suas atividades, não saindo fisicamente do mesmo, porém seu custo estará incorporado na mercadoria que sairá tributada, gerando-lhe assim o direito constitucional de crédito, para atender ao princípio da não-cumulatividade.

A não-cumulatividade é obtida pelo mecanismo de compensação do que foi pago de ICMS na etapa anterior. Nesse sentido, são várias incidências seguidas de deduções até que o produto chegue ao consumidor final[34]. Assim, através de simples operações contábeis de crédito e débito se apura o montante a ser recolhido de ICMS. Dessa forma, a Carta Política encerra a cláusula da não-cumulatividade pelo critério do chamado *crédito financeiro*.

A título expositivo trazemos à baila à lição de Misabel Derzi[35]:

> A Lei fundamental somente se concilia com um só entendimento: o ICMS e o IPI não devem ser suportados pelo contribuinte (comerciante, industrial ou produtor). Se o consumidor é o único que não tem direito a crédito, correspondente ao imposto suportado em suas aquisições, então a ordem jurídica supõe que sofra repercussão (jurídica) do tributo.

Qualquer impedimento ou artifício do fisco para limitar a eficácia do princípio da não-cumulatividade, salvo aquelas hipóteses previstas na Constituição, estarão impregnadas do vício da inconstitucionalidade.

Outro tema de relevo na mecânica do ICMS é a irrelevância da origem dos créditos. Nesse diapasão, não é preciso, para que ocorra a compensação, que os créditos provenham da mesma mercadoria (ou bem) ou do mesmo serviço, basta, tão-somente, que existam créditos originados em operações anteriores. Esse aspecto reforça o entendimento de que o imposto em espeque segue o critério financeiro e não está agregado ao bem em circulação, ou até ao *lucro* da operação[36].

Como conseqüência concreta desse princípio, Carrazza[37] expõe:

> A não-cumulatividade no ICMS leva em conta as operações ou prestações realizadas num dado período de tempo (no mais das vezes, de trinta dias). Sendo os débitos superiores aos créditos, há imposto a recolher. Do contrá-

34 Harada em *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, p.50.

35 Em *ICMS: exoneração das exportações e tributação ampla das importações*, Repertório de Jurisprudência IOB nº20/97, p.501.

36 A título expositivo, cabe explicitar que o ICMS não é um imposto sobre valor agregado, vale dizer, não incide sobre a parcela acrescida (diferença obtida positiva de valor que se verifica entre duas operações) a cada operação de circulação. Seu fato gerador é a simples transação mercantil.

37 Op.cit. p.208.

rio, isto é, se os créditos forem maiores que os débitos, inexiste imposto a pagar, senão créditos a transferir para o próximo período de apuração.

Esse autor deixa claro, nesse mesmo turno, que se a legislação infraconstitucional vir a criar algum obstáculo a esse sistema de compensação imediata, essa será inconstitucional.

As únicas situações previstas na Constituição, nas quais o princípio em foco é afastado, são as elencadas no art.155, § 2°, II dessa carta, conforme transcrito acima, portanto, nos demais casos aquele princípio deve ser respeitado. Para parte da Doutrina, o citado dispositivo faculta aos Estados manterem ou não a anulação (por via de estorno) do crédito fiscal relativo às operações anteriores com incidência de ICMS, nas hipóteses de isenção ou não-incidência, mas, mesmo nessas hipóteses, não tem o condão de suprimir o princípio da não-cumulatividade. Vale dizer que essa última assertiva comporta embargos, mas não deixa de ser um posicionamento.

Conclui-se, assim, que todo imposto (ICMS) pago pelos contribuintes na entrada de mercadorias ou prestação de serviços, em seus estabelecimentos, independente das finalidades às quais se destinam, independentemente, também, do fato de que as mesmas devam sair, ou serem mantidas, ou consumidas no próprio estabelecimento, gera direito de lançamento em seus registros fiscais onde será mantido a título de crédito financeiro, que por sua vez será utilizado para compensação dos débitos nas operações mercantis. Salvo nas hipóteses de operações isentas ou sem incidência do tributo em tela, sublinhe-se por mais um turno.

Seguindo a tônica desse estudo, temos que as operações para aquisição de bens que integrarão o ativo fixo das empresas também gerarão créditos financeiros originados no ICMS recolhido, bem como as operações de compra dos insumos destinados à produção daquelas. Como conseqüência da não-cumulatividade e da irrelevância da origem do crédito. Desse modo, faz-se mister atenção aos seguintes dispositivos da Lei Complementar n°87/96:

> Art.20. Para compensação que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo de direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operação de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.
> *§1° — Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios a atividade do estabelecimento.*
> *(...)*
> *§3° — É vedado o direito de crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*
> *I — para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior.*

(...)

Art.21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I — for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II — for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto.

(...)

§ 1° — Devem ser também estornados os créditos referentes a bens do ativo permanente alienados antes de decorridos o prazo de cinco anos contado da data da sua aquisição, hipótese que o estorno será de vinte por cento por ano ou fração que faltar para completar o qüinqüênio.

(...)

§ 3° — O não creditamento ou estorno a que se referem o § 3° do art.20 e o caput deste artigo, não impedem a utilização dos mesmos créditos em operações posteriores, sujeitas ao imposto, com a mesma mercadoria.

Já se posiciona a melhor Doutrina no sentido que as restrições ao direito de crédito impostas pela Lei Complementar acima está acoimada de vícios[38]. O contribuinte deve se valer das vias judiciais para manter seu direito de crédito. Contudo, a verificação desses vícios não é o objeto desse estudo, fato pelo qual devemos seguir adiante.

Da lição daquele último autor extraímos:

> Em síntese, no chamado "ciclo de circulação" (curso da mercadoria da fonte produtora ao consumidor final), nenhum outro incidente jurídico, além da isenção ou da não-incidência, poderá restringir os efeitos do princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Segundo Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba e outros, o conteúdo da Lei Complementar reclamada pela Carta Política não pode criar qualquer restrição à fruição de direitos decorrentes do princípio da não-cumulatividade, mas somente discipliná-lo de modo a torná-lo eficaz[39].

Em prosseguimento, vale elucidar o que seja isenção (art.175, I do CTN), assim, essa é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. É importante fixar bem as diferenças entre não-incidência e isenção. A não-incidência significa que o tributo não é devido em virtude da não ocorrência do fato gerador. Já na isenção, o fato gerador do tributo existe, entretanto,

38 Entendemos viciada, também, a recente alteração da Lei Complementar n°97/96 introduzida pela Lei Complementar n°102/01.

39 Carrazza, *in op. cit.*p.228.

a lei dispensa o contribuinte de pagá-lo. Assim, isenção pode ser: redução da base de cálculo ou redução da alíquota, essa última pode chegar a ter valor igual a zero.

Portanto, concluímos que é uma garantia inexorável do contribuinte do ICMS a fruição irrestrita da não-cumulatividade, sem qualquer reservas ou condições, salvo aquelas expressas na Constituição, nos restritos termos do seu art.155, § 2°, I e II.

Feitas essas considerações preliminares sobre o tributo em estudo, passamos agora a verificar sua ação junto ao mercado de energia elétrica.

IV — O ICMS nas operações com energia elétrica

O atual ICMS sobre combustíveis, lubrificantes e energia elétrica substitui o antigo imposto único[40] (cobrado pela União) nas operações envolvendo esses itens. Talvez seja esse o fato principal para nos levar à conclusão de que o tributo em tela tenha uma mecânica antitécnica em relação ao setor elétrico, isto é, acaba por onerar o valor final da energia na maior parte dos casos, como veremos adiante.

Assim, mais uma vez nos socorremos em Carrazza[41]:

> *Com o advento da Constituição Federal de 1988, estes tributos passaram a ser de competência dos Estados e do Distrito Federal, que podem tributá-los por meio do ICMS, nada impedindo que alcancem duas, três ou todas as operações supra-enunciadas, desde que obedecido o princípio da não-cumulatividade.*

Em primeiro lugar cabe a assertiva que diz: se o ICMS não incide sobre as operações que destinem a energia elétrica para outros Estados, segue-se, a contrário senso, que incidirá nas demais operações envolvendo a mesma (art.155, § 2°, X, b e § 3° da CR/88).

Apesar das operações com energia elétrica terem sido equiparadas à operações mercantis, essas possuem peculiaridades que não podem passar desapercebidas. Entre essas peculiaridades destacamos que a energia elétrica não pode ser estocada, isso quer dizer, ela é consumida imediatamente após a sua produção.

Com efeito, segue a melhor Doutrina no sentido que as transportadoras e as distribuidoras dessa energia não podem ser equiparadas ao comerciante atacadista, pois ao contrário deste que pode estocar e, desse modo, planejar suas vendas, o comerciante de energia elétrica deve passá-la ao consumidor imediatamente após a sua produção.

Por esse prisma, vemos que as atividades de transporte e distribuição de energia são apenas facilitadoras do consumo do bem em foco. Em adição, citamos, por mais um turno, Carrazza[42]:

40 Vide art.21,VIII da antiga CR/67.

41 *Op. cit.* p.148.

42 Idem, p. 149.

> Na verdade, só havemos de falar em operação jurídica de circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida.
> (...)
> Portanto, apenas por mera ficção é que se pode entrever, na circulação de energia elétrica, duas operações distintas: uma, da fonte geradora a rede distribuidora; outra, desta ao consumidor final.

Continua o mesmo jurista explicando que as fases de produção, circulação e distribuição não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar a tributação isolada do ICMS em cada uma delas. Desse modo, considerando que apenas o consumidor final dessa energia deve ser contribuinte do citado imposto, somente há uma espécie operação passível de ser tributada: a mercantil.

Assim sendo, as atividades neutras (não mercantis) afastam a incidência do ICMS pelo simples fato de transportarem ou levarem a energia elétrica até o consumidor. A atividade de transporte é apenas o meio necessário para que a energia chegue ao consumidor. Abonando esse entendimento, temos o art.34, § 9° do ADCT, o qual determina que as empresas distribuidoras serão responsáveis pelo pagamento desse tributo desde a geração ou importação até o consumo final. Vale consignar que a transportadora, no caso, é apenas o responsável tributário e não o contribuinte de direto, pois esse é o consumidor final.

O ICMS devido, é apenas um, ou seja, só há uma incidência possível, que se origina na operação realizada entre o produtor e o consumidor, onde as fases de transmissão e distribuição são meras prestadoras do serviço de transporte, mas não comerciantes da energia gerada[43].

Contudo, mesmo se reconhecermos que cada evento, necessário ao consumo dessa energia, pode agregar valores que modificariam a base de cálculo do tributo, podemos, ainda, nos socorrer do citado dispositivo do ADCT, que determina que o imposto deve ser calculado sobre a operação final.

Por força desse dispositivo, temos que a distribuidora de energia elétrica, apesar de não fazer parte da relação jurídico-tributária, assume o papel do contribuinte de fato, nos termos do art.121, II do CTN.

É importante notar a figura do *diferimento* como meio idôneo para garantir que o recolhimento do tributo pelo distribuidor dessa energia não onere os produtores da mesma com a incapacidade de terem seus créditos de ICMS cancelados. Notemos, também, que a operação da passagem de energia do gerador para o transportador não está isenta ou imune de ICMS, quando destinada a um consumidor final, ela é, por essa via, uma *sub-operação* integrante da única operação tributável (gerador — consumidor). Conclui-se, por mais um turno, que elas não têm autonomia ou caráter mercantil capaz de gerar a obrigação tributária.

43 Observamos para fim desse estudo que o Convênio 66/88 elencou no Parágrafo Único do seu art.21, VIII os concessionários e os permissionários de serviços públicos de transporte de energia elétrica como contribuintes do ICMS, contudo, veremos que essa regra deve ser interpretada em conjunto com o art.34, § 9° do ADCT, como veremos adiante.

Devendo, assim, ser garantido pelo mecanismo do diferimento a transferência do ônus tributário para o distribuidor, pois esse ao recolher o tributo em nome do consumidor (responsabilidade) poderá abater o ônus tributário do gerador de energia ao adquirir bens e insumos para produção de energia. Isto fica claro quando atendemos o princípio da não-cumulatividade.

Em prosseguimento, sugerimos a seguinte hipótese: em uma cadeia de eventos onde A produz energia elétrica, B a transporta e C a distribui para os consumidores. Imagine que A para gerar aquela energia teve que comprar máquinas e insumos para produzi-la e, conseqüentemente, teve que recolher o ICMS devido por essas operações. Assim, A ao passar sua produção para B (não mercantil) não obterá o direito de abater o que recolheu de ICMS. Contudo, inegavelmente, esse ônus integraria o preço. Na operação seguinte (B para C), também não se deveria o ICMS, pelo mesmo motivo da anterior e, pelos mesmos motivos, B agregará no custo do transporte realizado por ele esse ônus (de não se creditar do ICMS). Por fim, na operação de C com o consumidor final será devido, novamente, o ICMS, gerando, assim, a obrigação de pagar o tributo por aquele consumidor cujo responsável pelo recolhimento foi C. Entretanto, nessa hipótese, C não terá direito a abatimento em relação ao imposto recolhido, uma vez que na operação anterior (B — C) também não houve a tributação. Estamos, dessa maneira, forçados a concluir que esse esquema não está correto — sublinhe-se. O simples fato de se impossibilitar o abatimento do ICMS fere o princípio da não-cumulatividade. Notemos que o tributo, ao não ser descontado nas operações subseqüentes, integra o custo de sua produção e transporte e, por via indireta, a base de cálculo do ICMS devido pelo consumidor final.

Pelos motivos acima expressos, faz-se necessária a adoção da seguinte hipótese como a mais acertada no que tange as operações com energia elétrica, conforme o texto impresso na Carta Política:

Suponha-se que na mesma cadeia de eventos, o produtor A ao adquirir bens e insumos para produzir energia elétrica não recolha o ICMS devido, mas faça o *diferimento* da obrigação tributária para etapa seguinte (consumo). Nessa hipótese, o transportador B carregará a energia gerada por A e, para tanto, cobrará uma tarifa. Assim, B entregará a energia de A (preço + ICMS diferido a recolher + custo da tarifa de transporte) para C, que concluirá a venda de A para o consumidor final. Esse consumidor deverá pagar um valor composto das seguintes rubricas: preço de A + tarifa de transporte de B + tarifa de transporte de C + a diferença obtida entre o ICMS devido na operação final e o ICMS diferido (A). Por esse esquema, vemos que não há acumulação do citado imposto, pois o distribuidor ao recolher o tributo em nome do consumidor realiza o abatimento do ICMS devido pelo gerador A. Devemos ter sempre em mente que o consumidor final é o único contribuinte desse tributo, fato pelo qual, em uma cadeia de eventos, deve ser garantido aos participantes da mesma o direito à operações contábeis e financeiras suficientes para retirar-lhes o ônus desse tributo, uma vez que esse deve ser suportado exclusivamente por aquele consumidor (posicionado no final da cadeia). Lembrando que a única hipótese capaz de afastar a não-cumulatividade está presente no art.155, § 2°, II da CR/88, que será objeto de análise posterior.

Quanto à figura do diferimento, Harada[44] nos explica:

> A transferência da obrigação de pagar o imposto devido em determinada operação de saída de mercadorias para o momento da ocorrência do fato gerador seguinte será possível se acompanhada do direito de crédito pela entrada da mercadoria, isto é, pela técnica da substituição do contribuinte pelo responsável tributário. Este, no quadro do imposto não-cumulativo, deve sujeitar-se não só a obrigação de pagar o imposto que originalmente era do contribuinte, mas também a ficar com o direito de crédito que aquele contribuinte tinha.

O mesmo jurista ao comentar o efeito da isenção na mecânica desse tributo afirma[45]:

> A prevalecer o errôneo critério de estornar o crédito sempre que a saída estiver isenta de imposto, importaria em aumentar a arrecadação tributária através da isenção de efeitos invertidos e pervertidos. Quanto mais próximo do ciclo final de comercialização da mercadoria for outorgada a isenção, maior será a receita do Estado, visto que maior será o montante de crédito a estornar, incorrendo em um absurdo jurídico.

Vale observar que segundo esse jurista, o STF já decidiu que independente de haver isenção ou diferimento o direito ao crédito do ICMS subsiste[46]. O que é uma tese muito mais abrangente do que a aqui apresentada.

Continua o mesmo autor observando que antes da Constituição atual os Tribunais Superiores já haviam reconhecido o direito de diferir os créditos relativos ao ICM, fato pelo qual havendo a mesma mecânica esse direito deve ser mantido em relação ao ICMS. Em outras palavras, mesmo sem lei específica sobre esse procedimento, em atenção ao princípio da não-cumulatividade, as operações de diferimento são lícitas, posto que objetivam assegurar um direito constitucional. Em acréscimo, deve ser considerado, que a mecânica desse tributo segue o caráter financeiro. Queremos dizer: nada impede que por via de operações contábeis ocorra o diferimento do encargo tributário. Em atenção ao exposto temos:

> Não se faz necessária à celebração de convênio, pelo Estado, em torno de diferimento, tal como se sucede com a isenção (RE nº112098/SP, relator Min. Nery da Silveira — DO de 14.02.1992, p.1.167).

Dito isso, passemos a análise da única hipótese de operação que afasta o princípio da não-cumulatividade do ICMS nas operações com o bem objeto desse estudo.

44 Harada, *in op. cit.* p.52.

45 Harada em *op. cit.* p. 51.

46 Consulte RTJ números 99:661, 100:453, 101:197, 102:195 e 117:767.

Nesse sentido, temos a isenção exposta no art. 155, § 2°, II da Carta Política, ao qual se apresenta mais uma vez:

> *§ 2° O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:*
> *(...)*
> *II — a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:*
> *c) não implicará em crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*
> *d) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;*

Esse comando constitucional nos informa que em uma cadeia de eventos, com os requisitos para gerar a obrigação de recolher o ICMS, a legislação tributária pode criar hipóteses de isenção. Assim sendo, cabe ao receptor dos bens, cuja operação foi isenta daquele tributo, arcar com o montante integral desse ônus. Em outras palavras, irá assumir a posição do consumidor final.

Entretanto, a legislação estadual poderá afastar esse efeito cumulativo.

Como observamos, anteriormente, seria ingenuidade pensarmos que esse ônus (originado na anulação dos créditos do ICMS) não será repassado ao consumidor final do produto, posto que ele seria simplesmente embutido no preço e, por conseqüência, na base de cálculo do ICMS devido ao final da cadeia[47].

Em atenção ao objeto de nosso estudo, vale expor o contido no art.155, § 2°, X da CR/88:

> *X — não incidirá:*
> *(...)*
> *b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica;*

Sobre esse comando, Carrazza[48] acrescenta:

> *Há, pois, imunidade constitucional ao ICMS nas operações interestaduais de energia elétrica (art.155, § 2°, X da CF/88). Obviamente essa imunidade independe de Lei Complementar para ser fruída. Muito menos de Convênio interestadual.*

47 Nesse ponto, cabe destacar nosso entendimento de que o instituto da isenção aplicado sobre a mecânica do ICMS é, em regra, um erro, pois ao contrário do efeito de desonerar a produção, ele cria dois ou mais momentos de incidência desse tributo. Assim, basta que o Estado crie hipóteses de isenção em uma cadeia produtiva para ampliar sua arrecadação. Dessa maneira, além de se possibilitar a cumulatividade do tributo os produtos em hipótese serão duplamente onerados, pois a própria base de cálculo da operação estará ampliada pelo repasse desse ônus tributário. Esses produtos, erroneamente, isentos perdem a competitividade e tornam-se, assim, menos atrativos para o consumidor. Portanto, compete aos Estados editarem uma legislação que afaste esse efeito, sob pena de criar embaraços ao desenvolvimento econômico.

48 *Op. cit.* p.152.

Faz-se hialina a certeza de que a energia elétrica destinada a outros Estados, por estar imune da tributação em espeque, se enquadra na hipótese do art. 155, §2°, II da CR/88 e, conseqüentemente, deve observar os seus efeitos.

Desse ponto do estudo podemos sintetizar algumas conclusões, a saber:

a) O transmissor e o distribuidor de energia elétrica não compram a mesma para depois revendê-la, mas apenas prestam o serviço de carreá-la do produtor ao consumidor final. Observando, desde já, que aqueles serão contribuintes do ICMS sobre a energia elétrica que consumirem.

b) O ICMS recolhido ou a recolher originado na compra de bens ou insumos destinados à geração da energia em foco, deverão ser revertidos como créditos a serem compensados com a operação seguinte, ou seja, com a venda dessa energia. Já quanto aos bens e insumos adquiridos pelas empresas correspondentes ao segmento de transporte (transmissão e distribuição), não haverá compensação do ICMS devido nessas operações, posto que esse segmento não realiza operações mercantis, mas somente serviço não tributado pelo ICMS.

c) Apenas as operações de cunho mercantil gerarão a obrigação tributária, e conseqüente dever de recolher o respectivo ICMS, nesse sentido, cabe sublinhar as operações realizadas pelos comercializadores independentes e a compra direta por grandes consumidores.

d) A não-cumulatividade exige o diferimento do recolhimento do tributo até a operação final (consumo), momento no qual esse será devido, cabendo ao distribuidor compensar o montante devido na operação final com o montante diferido até então.

e) O diferimento deve ser automático e independente de legislação, pois visa assegurar um direito constitucional. Em adendo, segue-se que o caráter financeiro do ICMS possibilita o diferimento através de simples lançamentos contábeis. Assim, a legislação pode vir a regular a forma como ocorrerá esse diferimento, mas não coibi-lo.

f) Nas operações de venda de energia cujo consumidor se encontra em outro Estado, dever-se-á operar o estorno dos créditos do ICMS, conforme o dispositivo constitucional e legislação correspondente.

Feita essa recapitulação passemos a ponderação sobre o papel do ONS e do MAE no tangente ao ICMS e às usinas geradoras de energia.

V — O ICMS, geração de energia, MAE e ONS

No início desse estudo observamos que cabe ao ONS a *gestão* do mercado de energia elétrica e que o MAE é um acordo multilateral que rege esse comércio. Assim, esses dois têm por finalidade o dever de garantir aos agentes do setor energético uma situação equilibrada, pois esta é fundamental para a evolução do setor elétrico brasileiro com a utilização de capitais privados (nacionais e estrangeiros).

O problema que trazemos à baila está, nitidamente, vinculado à mecânica do tributo em exame e se origina no mercado dos contratos de longo prazo, ao considerar

que esses devem seguir uma orientação de preço editada pela ANEEL. Essa orientação é o que normalmente conhecemos como *valor normativo — VN* em relação à energia produzida[49]. Dessa maneira, preferiu a agência em tela diferenciar esse *valor* para cada tipo de usina geradora de energia, ou seja, há um VN para geração hidrelétrica, para geração a gás natural, a carvão e etc.

Ocorre que o implemento dessa política de *tax cap* para os preços da energia nos contratos de longo prazo exige dos produtores a otimização de suas margens de lucro, caso contrário não poderão repassar seus custos aos consumidores, visto que há um limite imposto pelo VN.

Outra questão prejudicial ao aproveitamento dos créditos, originados nas operações tributadas com o ICMS, está presente no fato de que, atualmente, o produtor de energia elétrica abastece um sistema (ou sistemas interligados), onde, normalmente, o consumo ocorre fora do Estado em que essa energia é produzida. Configura, desse modo, hipótese de não incidência daquele tributo e, via de regra, gera a anulação dos créditos financeiros compensáveis.

Desse modo, a viabilidade econômica das usinas geradoras de energia pode passar por um aproveitamento dos créditos do ICMS originados na compra de bens e insumos, para o abatimento nas operações de venda dessa energia. Destacamos, ainda, as usinas térmicas, que ao adquirirem insumos para geração de energia, que podem chegar a corresponder em até 50%, segundo a mídia especializada, do seu custo operacional. Essas devem considerar a mecânica do ICMS para compor o seu planejamento financeiro e, conseqüentemente, o preço de venda da energia por elas gerada. A título ilustrativo desse problema, trazemos a seguinte notícia veiculada pela Gazeta Mercantil[50]:

> *Outro elemento considerado de pressão — e que está provocando protestos no mercado — é o Valor Normativo (VN) de US$ 36,85 para o MWh (megawatt/hora) produzido pelas térmicas, divulgado na semana passada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). O indicador corresponde ao custo máximo da eletricidade que a distribuidora, cliente natural dessas usinas, pode repassar às tarifas. Mas está sendo considerado, por investidores e bancos, insuficiente para cobrir os custos totais*

Vale lembrar, que normalmente, quando há uma situação onde o crédito do ICMS deva ser anulado, aquele que efetuou essa anulação irá, automaticamente,

49 Em Fevereiro de 2001 a ANEEL divulgou novos limites de repasse que os distribuidores poderão embutir nas tarifas com relação ao valor da energia que adquirem das geradoras — o chamado valor normativo (VN). No setor de energia competitiva (hidrelétricas, termelétricas e usinas de gás natural)o VN passa de R$ 57,20/MWh para R$ 72,35/MWh, e no segmento de carvão natural, de R$ 61,80/MWh para R$ 38,13/MWh. Nos demais setores, houve reajustes menores: PHC, R$ 79,29/MWh, biomassa/resíduos, R$ 89,86, energia eólica, R$ 112,21/MWh e energia solar, R$ 264,12/MWh.

50 Edição de 8 de Fevereiro de 2001.

embuti-lo no seu preço de venda, de modo a não prejudicar a sua margem de lucro e segurança financeira. Entretanto, esse *modus operandi* está limitado pelo VN no mercado de energia elétrica de longo prazo.

Estimam os técnicos dessa área que apenas as térmicas voltadas para co-geração ou que estejam integradas diretamente a processos industriais estejam realmente viabilizadas. A contrário senso, a geração de energia elétrica pelas usinas térmicas voltadas, exclusivamente, para o abastecimento da rede elétrica nacional resta prejudicado.

Assim, quando a geração dessa energia depender da aquisição grandes quantidades de insumo (gás[51], carvão e etc.) gerando, desse modo, a obrigação do recolhimento do tributo pertinente, o fato de se impossibilitar a posterior compensação financeira fará surgir um ônus, de tal ordem, que originará uma discrepância entre o VN e o custo real dessa energia. A distância entre o VN e o custo da geração de energia inviabilizará a sua geração e desestimulará os investimentos no setor.

Com efeito, esse problema pode ser agravado se ocorrer a seguinte situação: por um motivo qualquer, determinada usina não conseguirá gerar energia suficiente para honrar suas obrigações contratuais de longo prazo. Nessa hipótese, com o fito de evitar o conflito, recorre ao mercado de curto prazo. Ocorre, que esse mercado não está sujeito ao limite imposto pelo VN, ou seja, aquela usina irá comprar energia elétrica a um preço livremente ajustado, ou seja, esse poderá impossibilitar a manutenção da sua viabilidade econômica, gerando, dessa maneira, prejuízos[52] para aquele produtor.

Daí que, para nós, cabe ao ONS e ao MAE, na qualidade de gestores e liquidantes das operações desse mercado, garantir o diferimento do ICMS nas operações intraestaduais, pois não são isentas. Outro mecanismo, que pensamos ser possível, se refere à manutenção de uma média entre o fornecimento intraestadual e interestadual, de modo a reduzir o ônus do produtor em relação à absorção do ICMS não compensável, em outras palavras, o ONS e o MAE, deverão, na medida do possível, priorizar as operações de transmissão e distribuição da energia gerada dentro do próprio Estado, em detrimento do suprimento de sistemas interestaduais. Sabemos que isso não é simples, mas deve ser tentado.

51 No que tange à aquisição do gás natural pelas termoelétricas, destacamos que esse custo pode ser reduzido pela adoção da compra direta desse insumo do produtor, pois a Lei do petróleo (art.58 da 9.478/97) garante o acesso aos dutos de terceiros para o transporte do mesmo por qualquer interessado. Dessa maneira, o grande consumidor pode adquirir o GN sem ter que comprá-lo dos distribuidores estaduais. Assim, o gerador de energia pagará à proprietária do conduto apenas a tarifa de transporte. Pode, ainda, se valer do benefício da imunidade tributária para as vendas interestaduais, de modo a adquirir o GN sem o ônus do ICMS (art.155, § 2°, X da CR/88).

52 Recentemente a mídia vem destacando a crise energética na Califórnia (EUA), pois essa se originou na diferença de preços praticados no atacado e o limite da tarifa praticada na distribuição, sendo essa insuficiente para garantir o pagamento dos produtores. Sobre esse assunto, consulte os seguintes web sites: www.gazetamercantil.com.br, www.bndes.gov.br e www.cbie.com.br.

VI — Conclusão

O ICMS é um tributo que incide nas operações mercantis intraestaduais, quando se tratar de circulação da energia elétrica, e a sua incidência gera o direito de compensá-lo com o montante devido na operação posterior, em atenção ao princípio da não-cumulatividade.

Outro aspecto relevante desse tributo é o seu caráter contábil-financeiro, ou seja, os lançamentos contábeis de desconto do tributo independem do negócio que os originou. Por esse prisma, todos os bens e insumos que entrarem no estabelecimento do industrial ou do comerciante, salvo se isentos ou não tributados, ensejarão créditos a serem descontados com o tributo incidente na saída de suas mercadorias.

Como efeito daquele caráter, nada impede o seu diferimento. Nesse sentido, a Doutrina expõe essa operação independe de supedâneo legal e já foi garantida pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao ICM da Carta Política anterior.

Feita essa breve recapitulação, podemos concluir que:

a) As usinas hidrelétricas, por fornecerem, geralmente, energia a consumidores que estão fora do Estado onde se localizam, não poderão se creditar do ICMS nessas operações. Contudo, vale lembrar que essas usinas não apresentam um grande montante de ICMS, pois a energia elétrica delas é gerada a partir de potenciais hidrelétricos.

b) Já as usinas térmicas, podem ser, geralmente, instaladas nas proximidades dos seus centros de carga, queremos dizer, essas irão ou poderão fornecer energia elétrica dentro do Estado que estão localizadas, escapando, assim, da imunidade objetiva constitucional. Praticando essas operações de fornecimento intraestadual, as mesmas poderão se valer do diferimento para compensar o ICMS devido por ocasião da entrada de insumos e bens em seu estabelecimento.

c) As demais espécies de usinas deverão se valer, conforme o caso, da mecânica exposta acima.

d) Quanto ao setor de transmissão da energia elétrica por ser neutro, ou seja, não comercial[53], não poderá se creditar do tributo em exame, devendo, desse modo, estornar seus créditos.

e) No que tange à distribuição dessa energia, a reestruturação do setor elétrico possibilitou a esse segmento agir tanto como simples facilitador do fornecimento quanto comerciante da energia. Sobre esse contexto, segue a síntese de Waltenberg[54]:

> Se a venda for feita por outro fornecedor a concessionária de distribuição só cobra os valores correspondentes ao uso da conexão às suas instalações físicas, sendo que os preços de uso fixados pela ANEEL, cabendo ao fornecedor a cobrança da energia, pelo preço que houver acordado com o consumidor. Se a venda para o consumidor livre for feita pela própria

53 Consulte Waltenberg, *in op. cit.* p.365.

54 Idem, p.367.

concessionária de distribuição esta cobrará, além da conexão e uso, conforme tarifas reguladas ANEEL, também o preço da energia livremente negociado. Em caso de consumidor cativo a venda[55] sempre é feita pela concessionária de distribuição, sendo aplicadas tarifas reguladas e fixadas pela ANEEL.

Por conseguinte, a distribuidora poderá descontar o seu crédito do ICMS quando efetuar operações de venda de energia elétrica.

f) Outro elemento introduzido no setor elétrico é o comerciante autônomo[56] dessa energia. Sendo uma atividade sujeita ao regime competitivo e, conseqüentemente, praticante de operações mercantis de compra e venda, esses agentes deverão descontar o ICMS, salvo quando a energia elétrica for destinada a ente federativo diverso do local onde ocorreu a compra ou a produção. Desde já expressamos que essa energia é livremente comercializada por esses agentes.

g) Em seqüência, temos o importador de energia elétrica. Esse agente, ao desenvolver a atividade de importador, poderá inclusive construir linhas próprias de transmissão, voltadas à interconexão internacional. Cabe destacar que essa atividade ainda é incipiente, mas com a recente crise na produção de energia no Brasil, ela tende a se expandir. Note-se, também, que ao importar a energia de outro País, essa será tributada pelo o ICMS do local de sua entrada no território nacional, daí que quando esse for revendê-la, deverá realizar a multe-citada compensação do ICMS.

h) Já quanto às atividades do agente exportador temos algumas hipóteses básicas que devemos enfrentar ao considerarmos que a energia elétrica destinada ao exterior não é tributada pelo ICMS[57]. A primeira delas é quando a aquisição da energia não é tributada pelo referido imposto, assim, a posterior remessa daquela para o exterior não ensejará maiores ônus para o exportador. Entretanto, na hipótese desse agente adquirir energia tributada pelo ICMS, a imunidade da operação seguinte (exportação) lhe gerará o encargo de suportá-lo, dado que deverá estornar o mesmo. Destacamos que essa atividade é, atualmente, um caso raro de intercâmbio internacional, como bem assevera Waltenberg[58].

Por simples exposição, verificamos que nas hipóteses de geração de energia elétrica para autoconsumo[59], o ICMS gerado na entrada de bens e insumos destinados à geração daquela poderão ser compensados com o imposto a recolher nas operações de venda da empresa, em atenção ao caráter financeiro desse tributo. Por cautela,

55 Observamos, que nesse ponto ousamos discordar desse jurista, pois não consideramos essa operação como venda, mas, conforme exposto, a simples conexão do produtor —vendedor com o consumidor-comprador.

56 Consulte a Lei 9.648/98.

57 Vide o art.155, §2°, X, *a* da CR/88.

58 *Op. cit.* pp.370 e 371. Destacando que para esse autor, as atividades de exportação e importação não são autônomas, mas desmembramentos das atividades de transmissão e comercialização de energia.

59 O autoconsumo ocorre quando a geração de energia elétrica não está desassociada da produção fabril, ou seja, não constitui atividade autônoma, embora a legislação atual permita a venda de excedentes.

lembramos que o trânsito dessa energia da fonte produtora até as instalações fabris não configura operação mercantil e, portanto, não gera a obrigação tributária.

Outra questão envolvendo a geração de energia ocorre quando essa é gerada por uma Subsidiária Integral[60], ou seja, se a energia gerada por essa para abastecer o parque fabril da sociedade que a constituiu pode ser considerado autoconsumo, uma vez que essa apenas tem aquela como acionista. A questão é complexa e demandaria o nosso ingresso no Direito Societário, escapando, assim, de nosso objetivo[61]. Ainda sob esse enfoque, destacam-se as hipóteses de: Consórcios, Sociedade de Propósito Específico — SPE (*Special Purpose Company*, do Direito Americano) e a *Joint Venture*. Por fim temos que em cada caso se exigirá uma análise dessas figuras societárias e acordos com relação aos seus constituintes, no que tange à caracterização da ocorrência de autoconsumo.

Com efeito, a mecânica do ICMS no setor elétrico exige dos seus agentes um esforço, no sentido de planejamento de suas operações, para afastar o ônus imposto por esse tributo, conforme determina a Constituição. A não-cumulatividade é o princípio informativo de maior relevo na mecânica do ICMS, é a sua característica principal e, em virtude disso, somente pode ser elidida segundo os comandos constitucionais e nenhum outro, digo: legislação complementar federal ou legislação estadual. Essas legislações somente poderão juridicamente repercutir no que concerne à proteção desse princípio e não o limitando, deve, portanto, trazer normas de organização contábil, operacionais e as demais necessárias para a ação do fisco e a defesa do contribuinte contra a cumulatividade do mesmo[62].

Por esse ângulo, qualquer medida administrativa ou legislativa em contrário deve ser espancada pelo Poder Judiciário.

A questão energética nacional exige, para o seu franco desenvolvimento, a clareza de regras e a estabilidade das mesmas. Se o Brasil pretende avançar economicamente deve, portanto, cuidar da questão energética com zelo, sob pena de ter sua produção obstada pela carência de energia elétrica, ou ainda criar gravames em suas contas externas pela importação de energia. Em todo caso, confiamos em um futuro promissor para esse setor, pois este já apresenta uma dinâmica bem ativa e é alvo de investimentos substanciais do capital privado, tanto interno quanto externo.

Esperamos, portanto, ter alcançado nesse estudo os objetivos propostos e, desse modo, traçado um panorama útil sobre a mecânica do ICMS no setor elétrico, cujo escopo é aclarar a visão daqueles que se incumbirão de traçar estratégias corporativas ou comerciais nesse setor. Por isso, para aqueles que buscam a melhor gestão dessas estratégias, desconsiderar os efeitos do imposto examinado redundará em ineficiência.

60 Vide art. 251 da Lei 6.404/76.

61 Sobre esse tipo de Sociedade Mercantil, consulte Tavares Borba em *Direito Societário*, p.475. Quanto a outros temas correlatos, consulte esse jurista nas páginas 57 a 59, 103 a 119, 311 a 323, 443 a 445 e 469 a 481.

62 Sobre esse tema, consulte Carrazza *in Curso de Direito Constitucional Tributário*, pp. 592 a 600.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio — *Curso de Direito Administrativo,* Malheiros, São Paulo, 1998.

_____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro — *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário,* Saraiva, São Paulo, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares — *Direito Societário,* Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

CARRAZZA, Antônio Roque — *Curso de Direito Constitucional Tributário,* Malheiros, São Paulo, 1999.

_____. *ICMS,* Malheiros, São Paulo, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos — *Manual de Direito Administrativo,* Lúmen Iures, Rio de Janeiro, 1999.

DE MATTOS, Roberto Gomes — *Agências Reguladoras e suas Características.* Revista de Direito Administrativo — *RDA,* editada pela Renovar e Fundação Getúlio Vargas — FGV, Rio de Janeiro nº218, 1999.

HARADA, Kiyoshi — *Sistema Tributário na Constituição de 1988,* Saraiva, São Paulo, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador) — *Curso de Direito Tributário,* Volumes I e II, Sejup, São Paulo, 1993.

PAES, P. R. Tavares — *Comentários ao Código Tributário Nacional,* Lejus, São Paulo, 1998.

REQUIÃO, Rubens — *Curso de Direito Comercial,* volumes I e II, Saraiva, São Paulo, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela — *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações,* Lúmen Iures, Rio de Janeiro — 2000.

_____. *Agências Reguladoras.* Revista de Direito Administrativo — *RDA,* editada pela Renovar e Fundação Getúlio Vargas — FGV, Rio de Janeiro nº216, 1998.

_____. *Monopólios e Concentrações Econômicas no Setor Público.* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, números 52, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador) — *Direito Administrativo Econômico,* Malheiros, São Paulo — 2000.

TÁCITO, Caio. *A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa.* Revista de Direito Administrativo — *RDA,* editada pela Renovar e Fundação Getúlio Vargas — FGV, nº215, 1998.

INFORME INFRA-ESTRUTURA, publicado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES, números 09, 21, 29, 33, 37, 41, 45.

REVISTA BRASIL ENERGIA, nº239 de Outubro de 2000 — edição especial sobre o desenvolvimento do mercado de gás na América Latina.

POSITION PAPER. A Regulamentação do Transporte na Indústria do Gás Natural — Centro Brasileiro de Infra-Estrutura (disponível no site www.cbie.com.br), Rio de Janeiro — 2000.