

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	

ATUALIDADES

CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
 MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
 DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA — NÃO-INCIDÊNCIA

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

1. O ICMS e a prestação de serviços de transporte. 2. Energia elétrica como mercadoria. 3. A transmissão da energia elétrica e o ICMS. 4. Conclusão.

1. O ICMS e a prestação de serviços de transporte

1. Sucedâneo do antigo ICM, o imposto contemplado no art. 155, II, da Constituição de 1988 absorveu toda a área de incidência daquele, e ainda incorporou ali na abrangência das hipóteses geradoras as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

2. Pretendendo um maior elástico dos fatos geradores, já no que toca à circulação de mercadorias, já no referente a tais serviços, acima, a Lei Fundamental vigente houve por registrar que o tributo incide “ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

3. No tocante à inserção, no corpo do tributo, daquelas prestações de serviços, o critério do contribuinte foi, assim, o de retirar da competência municipal a tributação — por meio do imposto sobre serviços, de titularidade dos entes políticos locais — sobre aqueles específicos serviços de transporte e de comunicações.

4. A opção discricionária dos Constituintes é sustentada por uma certa consistência dogmática, pois que o imposto sobre serviços e o ICM, desde suas respecti-

vas criações, na esteira da ordem jurídica pautada pela Carta de 1946, e também no quadro constitucional de 1967, sempre foram impostos de gênero igual, como observamos em estudos como o de Bernardo Ribeiro de Moraes (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 1982):

“A legislação brasileira, desde o nascimento do ISS, colocou este tributo na categoria econômica do imposto sobre a produção e a circulação. Assim estava classificado, ao lado do ICM, na Emenda Constitucional n. 18, de 1965, art. 15, e no Código Tributário Nacional, CTN, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (art. 71).

“A Constituição do Brasil de 1967 (art. 24, II), embora sem conter explicitamente a classificação dos tipos econômicos dos impostos, consagrou a mesma nomenclatura, daí por que constitui o ISS uma das modalidades de impostos sobre circulação de bens.”

5. Certo, assim, que o ICMS desde 1988 incide especificamente:

— sobre operações de circulação de mercadorias;

— sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

— sobre prestação de serviços de comunicação.

2. Energia elétrica como mercadoria

6. Aqui neste trabalho estamos particularmente voltados a refletir sobre a amplitude do alcance das hipóteses de incidência do tributo quanto à prestação dos serviços de transporte. Mais precisamente, no referente à sua cabível ou incabível invocação quando se cuida de transmissão de energia elétrica.

7. Parece incontestado, hoje, o fato de que a energia elétrica é, em rigor conceitual, para efeitos econômicos, *mercadoria*.

8. O termo "energia" vem do grego *energéia* (eficácia, ação, força) ou *ergon* (trabalho), daí o nome dessa força física tão essencial na vida contemporânea, onde se nota que, "assumindo o papel de mercadoria, a energia pode ser objeto de relações jurídicas" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, 32 pp. 120 e 124).

9. O respeitado Geraldo Ataliba, estudando o ICMS em seus traços constitutivos (in *RDT* 63/198), procura conceituar mercadoria para fins do tributo:

"A *mercadoria* está, portanto, para a 'cousa', como a espécie está para o gênero. Todas as mercadorias são necessariamente cousas: nem todas as cousas, porém, são mercadorias. Não há, como se vê, diferença de substância entre coisa e mercadoria, a diferença é de destinação (...)

"Vê-se, pois, que não é qualquer bem que pode ser, juridicamente, qualificado como mercadoria. Essa qualificação depende de dois fatores, a saber: (i) a natureza do promotor da operação que a tem por objeto e (ii) a destinação que a ela dá o seu titular: vender, mercar."

10. E ainda Alcides Jorge Costa, mais precisamente cotejando a energia elétrica como mercadoria para fins econômicos e de tributação (*RDT* 46/162): "Aqui poder-se-ia fazer uma pergunta: por acaso energia elétrica é mercadoria? Esse problema já foi objeto de muito debate em outras épocas, porque tempo houve em que o antigo imposto de vendas e consignações, pre-

decessor do ICM, alcançava a energia elétrica. Mas me parece que a Constituição não deixa margem de dúvida, porque o inciso X diz que o imposto não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados petróleo e, inclusive, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos, dele derivados, e energia elétrica. Portanto, se o imposto não incide declaradamente sobre a energia elétrica remetida para outros Estados, é porque nas outras hipóteses incide mais ainda".

11. Em rigor jurídico, pois, não há como se descartar a energia elétrica como uma espécie — toda particular, é claro — de mercadoria.

3. A transmissão da energia elétrica e o ICMS

12. Talvez por isso a circulação econômica, mercantil, dela pudesse ser ou fosse *conceitualmente* sujeita ao mesmo ICMS, enquanto imposto sobre "as operações relativas à circulação de mercadorias". Não o é quando transborde das fronteiras de um Estado, por discricção constitucional, tanto que a Lei Maior confere a tais operações de circulação de energia elétrica a outros Estados (tal como de lubrificantes, combustíveis etc.) uma expressa imunidade quanto a esse tributo (art. 155 § 2º, X, "b").

12.1 A *ratio* do legislador maior excluído o imposto dos trâmites interestaduais se acha bem deduzida por Alcides Jorge Costa (*A Constituição Brasileira*, Ed. RT, 328-329) observando o eminente professor como a topicidade das geradoras elétricas e das refinarias, situadas em poucos Estados favoreceriam desequilibradamente estes em relação aos demais.

13. O *punctus dolens* aqui, contudo, não diz com o ICMS sobre a circulação da energia elétrica, mas deste mesmo imposto quanto aos serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, desta mesma energia.

14. As autoridades fazendárias estaduais evidentemente têm havido por adotar uma compreensão bem abrangente da incidência do ICMS nessas operações de transferência de energia elétrica.

15. Decerto por ser o Estado da Federação mais próximo ao manancial energético oriundo da Usina de Itaipu, o Paraná firmou logo posição na consulta 133/91 (envolvendo a empresa geradora e a concessionária que por assento legal transmite a energia daquela Usina ao sistema brasileiro) respondida pela Comissão Consultiva de sua Secretaria de Finanças: "(...) sofrendo, no entanto, isoladamente, o gravame do ICMS, as prestações realizadas por Furnas de serviço de transporte de energia elétrica adquirida por terceiros, diretamente à Itaipu, ou seja, quando atue ela na condição de prestadora de serviço de transporte de energia".

16. Em uma primeira aproximação, o art 155, II, da Carta, declarando como fato gerador do ICMS "a prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal" surge o indicativo de que, tal como o minério, o açúcar e o aparelho eletrodoméstico, a energia elétrica seria uma mercadoria que, ao ser transportada para além das fronteiras de um certo Município, deflagraria a incidência do ICMS.

17. É bom atentar logo, contudo, para aquele § 2º, X, "b", da mesma Carta de 1988, que, conferindo imunidades relativas ao ICMS, declara não incidir (em deslize técnico do legislador maior, pois que está ele falando, evidentemente, de imunidade, não de não-incidência, pela flagrante distinção dogmática entre os institutos) o mesmo: "b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo (...) e energia elétrica".

18. Ora, há quem pondere que o legislador maior declarou a imunidade em "operações" que destinem certas mercadorias a outros Estados, e assim estaria abortando, por meio favorecido, o nascimento da obrigação tributária apenas na faceta do ICMS

que diz com a circulação dos bens, não com a parte do mesmo que tributa os serviços de transporte destas mercadorias.

19. Contudo, é preciso perceber a peculiaridade da energia elétrica, matéria intangível, de grande volatilidade, de velocidade tão intensa que o seu parâmetro subverteu, tanto quanto a mecânica quântica, as concepções da física tradicional, no surgimento da teoria da relatividade.

20. Pois bem. A energia elétrica, no trato comercial, na sua operação de venda a terceiros, apresenta um fenômeno particularíssimo, e todo peculiar, tanto quanto é evidente para quem se detenha no assunto: *seu fornecimento a alguém se verifica e ocorre no mesmo ato e momento de sua transmissão.*

21. Ou, colocando esse conceito em outra expressão: a operação de circulação econômica da energia elétrica *é a sua própria transmissão.*

22. O mesmo não se poderia dizer da venda do açúcar, de minério, do aparelho eletrodoméstico: fornece-se, aliena-se, possivelmente em um ponto do circuito econômico, na fábrica ou no estabelecimento comercial do vendedor, e depois se transporta a mercadoria durante algum tempo, até o local designado pelo comprador.

23. Neste passo, a declaração de imunidade contida no § 2º, X, "b" do art. 155 da Constituição seria aplicável não somente à vertente pura e economicamente "circulatória" da energia elétrica transferida, senão também, de modo conseqüente, à própria transmissão dessa energia, que se realiza simultânea e imbricadamente à circulação econômica (venda, troca etc.) daquele produto energético. Tratando-se de transmissão de energia em âmbito interestadual não existiria, então, o tributo.

24. Há mais, porém, a considerar sobre essa pretendida e, em primeira hipótese teórica, concebível incidência do ICMS sobre serviços de transmissão de energia elétrica para além das fronteiras de um Município.

25. E aí estaremos entrando de novo naquele campo todo peculiar: o conceito ôntico da energia elétrica.

26. Pois que, como um produto energético todo especial, a força elétrica tem qualidades bem diferenciadas das outras resultantes no mundo físico. A energia mecânica, as forças cinemáticas do movimento, tudo isso são fenômenos do mundo físico que perdem em complexidade frente ao caráter todo próprio da força elétrica, muito mais volátil, muito mais intangível, e ao mesmo tempo muito mais potente.

27. Basta lembrar que a energia nuclear é um derivativo específico da energia elétrica.

28. Fica, decerto, bem difícil conceber-se um real "transporte" da energia elétrica, por isso que não se compadece com o conceito de transporte a realidade de um "produto" que não é tangível, que não é mensurável em volume, em área espacial, em cubagem.

29. De uma "mercadoria", energia elétrica, que não é estocável, que não se sujeita, por seus caracteres físicos, a ser guardada em compartimentos, em armazéns, em depósitos, em *containers*, fica difícil falar no seu "transporte".

30. Ocorre a alguém perguntar se, não sendo "transportada" a produção elétrica, ficaria ela, então, necessariamente no mesmo lugar?

31. Ao, evidentemente, responder pela negativa, cabe ao estudioso explicar que um fenômeno como a geração elétrica, ele se consome a todo momento, ou pelo seu uso nas suas várias aplicações (iluminação, força motriz etc.), ou pelo seu não-uso, pois, por não se estocar, a eletricidade não utilizada ali mesmo se extingue.

32. Nesta consideração acima, toda apropriada à fenomenologia elétrica, vai-se observar que a energia produzida na Usina de Itaipu, por exemplo, ela chega, a cada mesmo momento de sua geração naquela Usina, aos centros consumidores, em São Paulo, no Rio de Janeiro, ali onde o

sistema integrado de torres e estações leva tal força elétrica.

33. É por isso que ninguém fala, a rigor, em "transporte" de energia elétrica, em "torre de transporte", mas em transmissão de energia, em "torre de transmissão".

4. Conclusão

34. Ao voltarmos os olhos ao disposto no art. 155, II, da Constituição de 1988, não podemos deixar de perceber que, falando em imposto incidente sobre a "prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal (...)", o legislador maior estaria contemplando as atividades de transferência de bens qualificados pelas cargas terrestres, marítimas e aéreas.

35. Aquele caso acima reportado, concernente ao Estado do Paraná, é, até onde sabemos, o *leading case* sobre o assunto no País, estando ainda nas fases iniciais da discussão judicial a respeito, que se traduz em uma ação anulatória de débito fiscal ajuizada contra a Fazenda Estadual do Paraná.

36. Há certos indícios de que o STF, por exemplo, tende a prestigiar a tese do contribuinte, pela inexistência de tributação do ICMS nos serviços de transmissão de energia elétrica.

37. O acórdão de 14.6.89 do Plenário da Corte Superior, por votação unânime (RT 647/193), decidiu pela incidência do tributo em serviços de transporte marítimo prestados no exterior com base na não-compreensão desse tipo de serviço de transporte no escopo do convênio então regulador da matéria, esclarecendo o relator, Min. Néri da Silveira, que, nesse descrímen legal, "trata-se apenas de transporte internacional por via rodoviária, ferroviária e hidroviária, nada aludindo ao transporte marítimo".

38. Ora, a tese da Corte Superior é a de que somente os tipos de transporte contemplados, especificados, na legislação

complementar à Constituição se sujeitam à incidência do ICMS. A transmissão de energia elétrica, esta atípica forma de transferir a carga elétrica, não está tratada em lugar nenhum.

39. E mesmo agora, com o advento da Lei Complementar 87/96, cumprindo, enfim, com muito atraso, o ditame constitucional para os balizamentos estruturais do ICMS, o que se observa é que, mesmo falando o legislador qualificado (art. 2º, II) em “prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, *por qualquer via (...)*,” todo o contexto descritivo da lei, ao referir-se à prestação dos serviços, denota um óbvio caráter temporal/espaciais nesses transportes que ensejam a tributação.

40. Isto quer dizer que há sempre a pressuposição de um transporte entre dois pontos espaciais (duas cidades, dois Estados etc.), realizado ao longo de um certo tempo, e com momentos de começo e de fim diferenciados.

41. Veja-se: “O imposto incide também: I — sobre o serviço (...) *cuja prestação se tenha iniciado no exterior*” (art. 2º, § 1º, II).

“É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade: (...) II — seja destinatária de serviço prestado no exterior *ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior* (art. 4º, parágrafo único, II).

“O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: (...) III — tratando-se de prestação de serviço de transporte: a) *onde tenha início a prestação*” (art. 11, II, “a”).

“Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) V — *do início da prestação de serviços* de transporte

interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza” (art. 12, V).

42. A Lei Complementar é, assim, muito insistente em qualificar o serviço de transporte com o qual ela se preocupa, o qual ela submete à tributação, como uma atividade alongada no tempo, uma ação de carga que começa em uma certa hora, em um dado local, e vai terminar em outro momento, em outro local.

43. Veja-se, por exemplo, como o Regulamento do ICMS do Estado do Rio de Janeiro, ora em rigor, ao esmiuçar, como é próprio dos atos regulamentares, a documentação fiscal referente ao ICM sobre prestação de serviço de transporte (itens 476 e ss.), somente se reporta a transporte de cargas por veículos (aéreos, marítimos, terrestres), em nenhum momento se louvando em “transporte” de energia elétrica.

44. Não se há de supor que o Fisco estadual teria se esquecido de tratar da documentação tributária, que é compulsória por lei, nas transferências de energia elétrica.

45. O que se pode concluir é que inexistente a incidência do ICMS nos serviços de transmissão de energia elétrica, por não se compadecer com a idéia de transporte de mercadorias embutida no conceito do tributo, daí por que não existe o trato do documentário fiscal nas prestações de serviços de transmissão de energia.

46. A energia elétrica, por aqueles componentes conceituais acima, é, pois, inteiramente incompatível com sua transposição por meio de carretas, caminhões, aviões, helicópteros, navios, barcos etc.

47. Não era, por certo, a ela que a Constituição se referia ao modular a hipótese de incidência do ICMS na prestação de serviços de transporte.

Março de 1997