



IBP1315_06

Implicações na atividade financeira dos Estados em virtude da imunidade de ICMS nas operações interestaduais de petróleo e seus derivados

Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior¹

Copyright 2006, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*, realizada no período de 11 a 14 de setembro de 2006, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*.

Resumo

A indústria do Petróleo tem um papel fundamental no desenvolvimento da atividade financeira dos Estados brasileiros. A arrecadação de tributos e as participações governamentais são sempre alvo de acirradas disputas entre os governos. Em vista disso, o presente trabalho analisa, à luz do Direito Financeiro, as implicações jurídicas geradas pela imunidade do ICMS em operações interestaduais de petróleo e seus derivados, considerando até que ponto o pacto federativo é afetado. Far-se-á uma análise do regime jurídico do ICMS nas referidas operações, passando pelos principais pontos os quais são objetos de disputas entre os Estados, além de se averiguar a função desempenhada pelas participações governamentais nesse contexto.

Abstract

The oil industry has a fundamental role in the development of the financial activity of the Brazilian states. The tax collection and the government takes are always a tough dispute among governments. That said, this paperwork analyses, according to the Financial Law juridical implications given by the ICMS immunity at inter-state operations of oil and its derivates, considering how the federative pact is affected. It will be done an analysis of the juridical system of ICMS at the mentioned operations, going through the main aspects that are causes of disputes among the states, in addition to check the function performed for the government takes at this context.

1. Introdução

A indústria do petróleo e seus derivados tem um papel fundamental na atividade financeira dos entes federativos brasileiros. Tanto a arrecadação de tributos como a de participações governamentais são alvo de acirradas disputas entre os governos.

No presente trabalho será analisada como o regime jurídico da tributação do ICMS nas operações interestaduais entre petróleo e derivados influencia no pacto federativo brasileiro.

Através de uma abordagem teórico-descritiva, observar-se-á o impacto da IPGN na atividade financeira dos Estados brasileiros; o regime jurídico do ICMS nas operações interestaduais envolvendo petróleo e derivados; em seguida, a perda de receita reclamada pelos principais Estados produtores; e por fim, os parâmetros para que os efeitos da guerra fiscal sejam sanados em vista da preservação do pacto federativo brasileiro.

2. Atividade Financeira dos Estados Brasileiros e a IPGN

A Indústria do Petróleo desempenha um papel de extrema importância na economia nacional. Não só na geração de emprego e renda, como também na expressiva participação nas Receitas Públicas dos entes federativos.

A atividade financeira desses entes consiste no conjunto de ações voltadas para obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas (Torres, 2005, p. 3).

¹ Graduando do 7º período do Curso de Direito da UFRN - Aluno-Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás - PRH-ANP/MCT nº 036

Os fins e objetivos políticos e econômicos da União, Estados e Municípios brasileiros são, e só podem ser, financiados pelos ingressos na receita pública.

Os Estados se utilizam os ingressos provenientes dos preços públicos, que como são vinculados à exploração do patrimônio público, para a promoção do desenvolvimento. Constituem como integrantes da chamada receita originária (as participações governamentais previstas no artigo 20, §1º, da Constituição Federal, são exemplos dela).

No âmbito da tributação, principal item da receita pública, o Poder Público estabelece o balanceamento entre a possibilidade de se atingir os fins almejados pela Constituição e pela política econômica e a capacidade do setor privado em arcar com tais encargos. Inclusive, vê-se nitidamente que a política tributária tem o poder de criar condições para que uma política econômica possa ou não ser viabilizada.

Levando-se em consideração a função extrafiscal dos tributos, exatamente no que se aplica ao mercado energético, o uso da tributação deve buscar soluções para os problemas de ordem social, econômica e ambiental, contribuindo para o acesso da energia às comunidades mais distantes dos grandes centros urbanos, para a diversificação da matriz energética nacional e o aproveitamento racional dos recursos naturais.

A concepção de desenvolvimento nacional trazida pela Constituição Federal de 1988 avalia o fator econômico (o crescimento econômico) apenas como um de seus elementos. O desenvolvimento nacional se realiza na utilização de fenômenos novos que tragam uma repercussão positiva dentre os seus diversos elementos.

O artigo 3º da Constituição Federal afirma que são objetivos da República Federativa do Brasil: construir de uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III) – sendo este último também um princípio norteador da atividade econômica nacional (art. 170, inciso VII).

Além disso, dentre os objetivos da Política Energética Nacional elencados pelo artigo 1º da Lei 9.478/97 (conhecida como “Lei do Petróleo”), podemos destacar: a preservação do interesse nacional (I); a promoção do desenvolvimento, ampliação do mercado e valorização dos recursos energéticos (inciso II); garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional (V); e atração dos investimentos na produção de energia (X).

Também, fácil se constata que todos os mecanismos tributários utilizados na indústria do Petróleo devem buscar atingir tais objetivos, já que previstos pela Constituição e pela legislação federais, fundamentam as políticas públicas – inclusive as tributárias – do setor.

E em se tratando dos Estados brasileiros, o ICMS constitui-se como fonte principal de sustentação. Vê-se, principalmente nos Estados produtores e consumidores de petróleo, como essa dependência é acentuada.

Logo, as regras que definem a incidência do ICMS em operações envolvendo o petróleo e seus derivados (já que são produtos de relevante importância para economia nacional e geradores de riquezas) precisam estar balizadas de maneira que se obtenha recursos suficientes para suportar as despesas necessárias para se atingir os objetivos já discriminados, respeitando o pacto federativo e não estimulando uma disputa acirrada entre os interesses políticos dos Estados produtores e consumidores que agredam o desenvolvimento nacional.

3. Regime Jurídico do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados

A Constituição Federal em seu artigo 155, §2º, X, b prevê que o ICMS (Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) não incidirá sobre operações que destinem petróleo a outros Estados, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica.

Trata-se da imunidade em relação ao ICMS sobre petróleo e seus derivados (e energia elétrica) quando forem objetos de operações comerciais entre os Estados.

Na verdade, a interpretação da regra imunizante significa a transferência da incidência do ICMS do Estado de origem para o de destino, transformando a natureza da regra de não competência tributária, em relação à operação interestadual, para uma regra de atribuição de competência tributária: o Estado de destino cobrará o imposto na(s) etapa(s) subsequente(s) de circulação, após o ingresso da mercadoria em seu território (Silva, 2005, p. 130; Maia e Santos, 2006, p. 49).

O Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela interpretação oficial do texto constitucional, acerca da justificativa da existência dessa norma, já se pronunciou da seguinte forma: “Salta à vista, com efeito, que objetiva ela eliminar, como fonte geradora de ICMS, os poços de petróleo e as refinarias instaladas em poucos Estados, na medida em que exclui da incidência do tributo as operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas, prevenindo o agravamento das desigualdades regionais, um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da CF). Prestigiou o constituinte, nesse passo, os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores. (...) O dispositivo constitucional transcrito não discrimina entre operação interestadual destinada a contribuinte do ICMS e operação interestadual destinada a consumidor. É patente, entretanto, que não se está, no caso, diante de imunidade propriamente dita, mas de genuína hipótese de não-incidência do tributo – como aliás, se acha expresso no inc. X do §2º do art. 155 da CF –, restrita ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos descritos no dispositivo sob enfoque, desde a

produção até o consumo. Não beneficia, portanto, o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final. Do contrário, estaria consagrado tratamento desigual entre consumidores, segundo adquirissem eles os produtos de que necessitam, no próprio Estado, ou no Estado vizinho, o que não teria justificativa” (Voto condutor proferido pelo Min. Ilmar Galvão quando do julgamento, pelo STF, do RE 198.088-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, 17/05/00).

Entretanto, ao arrepio da imunidade estabelecida pela Constituição e posteriormente com o referendo dado pelo STF, o advento da Lei Complementar nº 87, de 13 de dezembro de 1996, fez com que tal regra perdesse o seu caráter absoluto.

Segundo a redação de seu artigo 3º, inciso III: o imposto não incide sobre operações interestaduais relativas à energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização.

Mais, no artigo 2º, § 1º, da mesma lei: “Art. 2º. (...) §1º O imposto incide também sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente”.

E: “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização”.

Ou seja, nas situações em que não forem destinados ao consumidor final e quando destinados à industrialização ou à comercialização, prevalece a regra imunizante. O legislador traçou limitação ao preceito constitucional, “determinando que a imunidade, no caso das operações interestaduais em que o petróleo e derivados não se destina à comercialização ou à industrialização, não tem o condão de desonerar a cadeia econômica. Afinal, nesse caso, a entrada dessas mercadorias no Estado do destinatário constitui fato gerador do ICMS (art. 12, XII, da Lei Kandir), cujo pagamento fica a cargo do adquirente (art. 4º, parágrafo único, IV), que não é senão o consumidor final” (Maia e Santos, 2005, p. 49).

4. A Perda de Receita por Parte dos Estados Produtores

Importante se faz destacar que a interpretação das regras de incidência deve sempre se pautar em cima do contido no campo do Direito Constitucional e se levando em consideração toda a dimensão política nela relacionada.

De fato, as duas principais razões para que a tributação das operações interestaduais envolvendo petróleo e derivados fosse afastada pelo constituinte. A primeira diz respeito à circunstância de que o combustível é insumo que tem repercussão imediata nos custos comerciais e industriais, que são circulados com bastante velocidade por toda a sociedade. A segunda está ligada à questão da “receita tributária dos Estados mais pobres da Federação que seriam meros receptores do petróleo e seus derivados e da energia elétrica, gerando abismal disparidade de arrecadação” (Coelho, 1995, p. 33-34).

Na regulamentação dessa incidência se está limitando o poder tributante dos Estados baseando-se na idéia de Justiça, correspondendo aos seus princípios de redistribuição de rendas e do desenvolvimento econômico (Torres, 2005, p. 377).

Todavia, os Estados produtores argumentam que o tratamento diferenciado torna-se injustificável, visto que acabam perdendo uma quantidade considerável de receita.

O Sr. Wagner Vítter, Secretário do Estado do Rio de Janeiro de Energia, Indústria Naval e Petróleo, ressalta que seu Estado perde R\$ 8 bilhões com o pagamento de ICMS no destino e que o que Estado arrecada com as participações governamentais são muito insuficientes comparando-se com o que se perde (Siqueira, 2006, p. 19)

Ele também afirmou em entrevista ao Globo On-line que, de quase R\$ 1 bilhão que será arrecadado com a produção da plataforma P-50 – de 180 mil barris por dia –, apenas R\$ 463,510 milhões ficarão com o Estado e Municípios do Rio de Janeiro. O cálculo, feito pelo governo do Estado, levou em conta as mesmas simulações de preço do petróleo e do dólar usadas pela Universidade Cândido Mendes, a qual realizou pesquisas em março de 2006 com essa mesma plataforma, fazendo projeções que ela proporcionará cerca de R\$ 1 bilhão em royalties aos cofres públicos do Estado do Rio. Segundo o próprio Secretário: “O que ganhamos com royalties é ‘fichinha’ perto do que perdemos de ICMS. Arrecadaríamos 3,7 vezes mais com o ICMS do que com os royalties. Em dez anos, teremos uma perda de R\$ 17 bilhões” (Rangel, 2006).

Em contrapartida, os principais Estados consumidores argumentam que os suntuosos valores adquiridos através das participações governamentais compensariam a receita perdida.

Um outro argumento interessante, ainda por parte desses últimos Estados, seria uma analogia com aquilo que acontece com a energia elétrica e o Estado do Paraná: caso o ICMS relativo à energia elétrica fosse todo destinado ao Estado do Paraná (responsável por parcela significativa da produção de energia hidroelétrica no país), conseqüentemente haveria uma super-arrecadação por parte desse Estado, incidindo em grandes desníveis sócio-econômicos em relação aos Estados mais pobres, acarretando em uma significativa mudança nos fluxos migratórios nacionais, dentre outros problemas.

5. Guerra Fiscal e Preservação do Pacto Federativo

A busca de uma solução para essa problemática passa principalmente pela necessidade de preservação do pacto federativo brasileiro. A sustentabilidade das finanças públicas deve andar conjunta com o desenvolvimento do setor energético nacional. Assim, longe de uma disputa meramente “arrecadatória”, a política financeira deve orientar os ingressos de recursos públicos a fim de que o desenvolvimento nacional ocorra da maneira mais equilibrada possível.

No modelo do federalismo cooperativo, as funções da União, Estados e Municípios completam-se reciprocamente, formando uma unidade de ação em prol do “Estado Global” (Zippelius, 1997, p. 512).

Muitas vezes, como também é o caso em questão, o planejamento e diretrizes gerais são estabelecidos pelo poder central, deixando aos Estados membros as respectivas densificação e completude. Cria-se uma obrigação ao entendimento, um dever de se harmonizarem interesses conflitantes e de, até se necessário, celebrarem compromissos. Havendo, então a necessidade de serem criados âmbitos de decisão e responsabilidade, claramente delimitados e transparentes (Zippelius, 1997, p. 512-513).

Por isso que Catão (2005) entende que toda nova incidência em matéria de ICMS deve ser regulada por uma lei nacional (art. 155, §2º, XII, da Constituição Federal), em vista de se evitar conflito de competências entre os Estados.

A incidência fiscal é matéria de suma importância em relação aos impostos, principalmente do ICMS, pois é quando se trata da captação de uma parcela da riqueza gerada por atividades econômicas. Como já observado, o Estado se financia primordialmente através dos tributos, oriundos da propriedade privada dos meios de produção, através da realização de negócios jurídicos de natureza privada.

Destaque-se aí o papel desempenhado pelo famigerado CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), composto pelos Secretários estaduais de Tributação. Que apesar de todas as críticas com relação à edição dos seus “Convênios” tenta preservar o pacto federativo e diminuir os efeitos nocivos da Guerra Fiscal.

A problemática debatida no presente trabalho apresenta uma abordagem própria do Direito Financeiro e do Direito Constitucional, considerando-se não só as receitas derivadas (tributos), como também as receitas originárias. Uma análise da relação Fisco-contribuinte apenas observa uma pequena parcela de todo esse complexo fenômeno.

As participações governamentais existem como uma remuneração que atenda à manutenção, o aperfeiçoamento e a extensão dos serviços relacionados à indústria – inclusive devendo se levar em conta justa retribuição do patrimônio público explorado e a recuperação ambiental determinada pelo princípio do poluidor-pagador, próprio do Direito Ambiental (Oliveira, 2005, p. 503).

Já os impostos existem como recursos para a satisfação das necessidades públicas, de maneira a não atender finalidades vinculadas. Entretanto, a forma como a arrecadação dos impostos ocorre provoca consequências na economia e na vida política dos entes federativos que tanto pode impulsionar, como travar o desenvolvimento do país.

Daí, a necessidade de uma discussão sobre mecanismos que assegurem receitas suficientes para o desenvolvimento da atividade nos Estados produtores, assim como uma justa redistribuição dos recursos auferidos com todos os Estados da Federação.

Um redimensionamento, no entanto, do regime do ICMS nas operações interestaduais envolvendo petróleo e derivados precisa ser realizado no âmbito constitucional, visto de se tratar de uma imunidade estabelecida na própria Constituição Federal. Não só sob uma perspectiva exclusivamente arrecadatória, mas de construção de uma eficiente indústria energética brasileira, servindo como um dos pilares do desenvolvimento sustentável. Como se tem demonstrado na prática, “soluções mágicas e contrárias à boa técnica jurídica e institucional tendem a obter reflexo diverso do esperado” (Catão, 2005, p. 542).

6. Considerações Finais

O enfrentamento da problemática das distorções geradas pelo atual regime de incidência do ICMS nas operações interestaduais de petróleo e derivados deve levar em consideração a atividade financeira dos entes federativos de uma maneira geral, utilizando-se do Direito Financeiro e do Direito Constitucional, não se restringindo a simples análise da relação Fisco-contribuinte, a qual abrange uma parcela pequena do fenômeno em questão.

Há a necessidade de um redimensionamento do regime do ICMS, de maneira que assegurem receitas suficientes para o desenvolvimento da atividade da indústria nos Estados produtores, assim como redistribua os recursos auferidos de maneira justa com todos os Estados da Federação. As medidas celebradas por convênios e tomadas por decisões judiciais são de caráter paliativo. Necessita-se uma medida que seja tomada dentro do campo constitucional.

As políticas tributárias do setor do petróleo, seus derivados e gás natural devem buscar soluções norteadas pelos objetivos e princípios da ordem econômica e da política energética nacionais, em vista do desenvolvimento sustentável. Torna-se aviltante a maneira como essa questão vem sendo tratada, sendo promulgadas leis que contrariam a mínima noção da imunidade estabelecida pelo texto constitucional, criando tributos com interesses meramente arrecadatórios e com o fim de burlar os preceitos constitucionais (IPVA para plataforma, incidência de ICMS na

extração de petróleo etc.), sem o menor zelo por políticas tributárias razoáveis (princípio da razoabilidade) e que primem pela eficiência do setor.

Sendo assim, necessita-se urgentemente de um entendimento por parte dos entes federativos brasileiros, a fim de que se preserve o pacto federativo nacional, harmonizando os interesses conflitantes e acabando com os efeitos danosos da Guerra Fiscal.

7. Referências

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03. In: Rosado, Marilda (Org). *Estudos e Pareceres – Petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. A questão da imunidade tributária das operações relativas à circulação interestadual de petróleo e outros derivados. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Carlos Roberto de Miranda; CASTRO, Adilson Gurgel de. *Curso de Direito Tributário*. 7 ed. Natal: 2005.
- GOMES, Carlos Roberto de Miranda. *Manual de Direito Financeiro e Finanças*. 3. ed. Natal: 2006.
- MAIA, Américo Nobre de Mariz; SANTOS, Rafael César Coelho dos. O ICMS nas operações interestaduais com o gás liquefeito de petróleo derivado de gás natural. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos tributários do direito do petróleo – natureza jurídica das participações governamentais – government take. In: Rosado, Marilda (Org). *Estudos e Pareceres – Petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da Jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado / ESMAFE, 2006.
- RANGEL, Juliana. Victor: Rio deixa de ganhar R\$ 1,7 bi com ICMS da P-50. *Globo On Line*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/petroleo/materias/2006/03/30/246634716.asp>>. Acesso em: 4 jul. 2006.
- SIQUEIRA, Cláudia. Gripe Malcurada: Benefício do Repetro é novamente ameaçado por pleitos dos governos do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Norte em relação ao ICMS. *Revista Brasil Energia*. n. 306. Rio de Janeiro: Editora Brasil Energia, 2006.
- SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.