

41

**Edição do Instituto Superior Gestão
Trimestral**

Janeiro-Março 2010

Preço deste número: 25 Euros (IVA incluído)

Fundador: J. L. Saldanha Sanches †

Director: Rui Barreira

Director-Executivo: João Taborda da Gama

fiscalidade

Revista de Direito e Gestão Fiscal

Marciano Seabra de Godoi

Royalties e participações especiais relativos à exploração do petróleo

Tânia Carvalhais Pereira

Neutralidade na transmissão do património por dissolução

Elisabete Louro Martins

Renúncia à isenção de IVA nas operações imobiliárias

O REGIME DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Manuel Fernando dos Santos Serra

Deontologia e ética arbitral tributária

Isabel Marques da Silva

Recurso da decisão arbitral em matéria tributária

Guida Jorge

Articulação entre os tribunais arbitrais e tribunais tributários estaduais

Notícias Inforfisco

ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS RELATIVOS À EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO: NATUREZA JURÍDICA DAS EXAÇÕES E DIVISÃO DA SUA ARRECADAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

MARCIANO SEABRA DE GODOI^()*

Royalties e participações especiais previstos na legislação que trata das participações governamentais na exploração do petróleo não são espécies de tributo nem têm natureza indenizatória (por danos sociais ou ao meio ambiente). O legislador ordinário criou uma espécie de participação no resultado da exploração do petróleo (de cunho remuneratório), e não uma compensação financeira de cunho indenizatório. O que justifica que os Estados e Municípios produtores recebam uma fatia maior da arrecadação dessas exações é a norma constitucional que determinou que o ICMS sobre as operações interestaduais com petróleo e derivados caiba integralmente aos Estados consumidores.

Palavras-chave: Petróleo; Royalties; Natureza Jurídica; Divisão; Estados e Municípios

Royalties and special participations established by government take's brazilian legislation (petroleum exploration) are not taxes neither have the nature of indemnities for social or environment losses. Ordinary legislator has established a participation on the results of the petroleum exploration rather than a financial compensation (indemnity). What justifies that local entities in whose territory occurs the exploration receive a major part of the government take revenue is the fact that brazilian constitution rules that the sales tax upon petroleum has to be paid to consumers local entities, rather than to producers ones.

ÍNDICE:

1 — Natureza jurídica dos royalties e participações governamentais. 2 — Espécies atuais de participações governamentais na exploração de petróleo; 2.1 — Bônus de Assinatura; 2.2 — Pagamentos pela ocupação/retenção de área. 3 — Base de cálculo e alíquota dos royalties, divisão de sua arrecadação e restrições quanto à sua utilização. 4 — Cálculo das participações especiais e divisão de sua arrecadação. 5 — Modelo atual de divisão de royalties e participações especiais entre os entes territoriais. 6 — Favorecimento dos Estados e Municípios produtores na distribuição dos royalties e participações especiais como forma de compensar a perda de arrecadação do ICMS nas operações interestaduais.

^(*) Mestre (UFMG) e Doutor (Universidade Complutense de Madri) em Direito Financeiro e Tributário. Professor da PUC Minas nos cursos de graduação, mestrado e doutorado.

1 — NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS

No julgamento do Recurso Extraordinário 228.800 (DJ 16.11.2001), o Supremo Tribunal Federal decidiu acertadamente que os recursos mencionados no art. 20, § 1.º, da Constituição Federal⁽¹⁾ não têm natureza tributária e sim natureza de receitas patrimoniais ou originárias. A causa dessa cobrança remonta à propriedade da União sobre os recursos do subsolo, indicando portanto que se trata de uma receita originária, de direito financeiro, e não de um tributo, receita derivada⁽²⁾.

O Relator do RE 228.800, Ministro Sepúlveda Pertence, observou com razão que se o legislador ordinário define que o pagamento dos recursos mencionados no art. 20, § 1.º, da Constituição será feito em função do faturamento ou outra grandeza relativa à própria exploração econômica em si mesma, tem-se não uma “compensação financeira” (que envolve a noção de dano e indenização) mas sim uma “participação no resultado da exploração” de petróleo, gás natural e outros minerais. A norma constitucional prevê ambas as hipóteses (compensação e participação), cabendo ao legislador ordinário criar uma ou outra⁽³⁾.

Analizando-se o art. 7.º da Lei 7.990/89, que alterou a redação do art. 27 da Lei 2.004/53, bem como a Lei 9.478/97, vê-se claramente que os chamados *royalties* do petróleo e gás natural e as participações especiais são “participações no resultado da exploração” dos referidos recursos, ou “participações governamentais” nos termos do art. 45 da Lei 9.478/97. Não se trata, como se verá, de compensação ou indenização, pois as exações são calculadas com base no faturamento ou no lucro da exploração do petróleo, sem qualquer relação com a quantificação de possíveis perdas ou danos gerados aos Estados e Municípios produtores⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

⁽²⁾ Defendendo que a exação prevista no art. 20, § 1.º, da Constituição tem a natureza de imposto, ver XAVIER, 1998. Defendendo o caráter de *preço público*, ver FILHO, 1998. Discordamos de ambos os autores. Em relação ao primeiro visto que o fato de a causa da cobrança remontar à exploração de um patrimônio do Poder Público afasta a natureza tributária, e em relação ao segundo visto que o preço público envolve necessariamente uma relação contratual, inexistente no caso da exação prevista no art. 20, § 1.º, da Constituição.

⁽³⁾ Distinguindo a nosso ver corretamente entre a *participação nos resultados* como “associação de benefícios” e a *compensação financeira* como pressupondo um “prejuízo decorrente da exploração”, ver FILHO, 1993, p. 154. No mesmo sentido, ver OLIVEIRA, 2008, p. 224-9.

⁽⁴⁾ Defendendo que as exações teriam natureza indenizatória, ver TORRES, 2003, p. 171. Defendendo que os *royalties* teriam natureza de “compensação financeira” e as participações especiais seriam “participação no resultado da exploração”, cobradas estas últimas de forma inconstitucional pelo legislador ordinário, ver TORRES, 1998.

2 — ESPÉCIES ATUAIS DE PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS NA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO

Segundo os termos do art. 45 da Lei 9.478/97 (incisos I a IV), as participações governamentais são quatro: bônus de assinatura, *royalties*, participações especiais e pagamentos pela retenção ou ocupação de área.

Os *royalties* já existiam antes da Lei 9.478/97, desde 1953. As demais participações governamentais foram criadas pela Lei 9.478, destacando-se pelo vulto econômico a participação especial — PE.

A participação especial (que se calcula sobre a “receita líquida” de grandes explorações de petróleo e gás) só passou a ser arrecadada a partir de 2000, nos grandes campos. O valor da PE e dos *royalties* é aproximadamente o mesmo desde 2004, atualmente girando em torno de R\$ 11 bilhões anuais cada um. Ambas as participações dobraram o seu valor de 2004 a 2008⁽⁵⁾.

Além das quatro participações governamentais mencionadas acima, a Lei 9.478 também prevê uma participação de particulares/terceiros: o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da Agência Nacional do Petróleo. Em 2008, o valor dessa participação de terceiros chegou a R\$ 110 milhões.

2.1 — Bônus de Assinatura

O bônus de assinatura tem o seu valor mínimo estabelecido no edital de licitação da área a ser explorada, e corresponde ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no ato da assinatura do contrato (art. 46 da Lei 9.478). Portanto, o bônus de assinatura representa um risco assumido pela empresa/consórcio que concorre pela concessão da exploração do campo de petróleo, pois o bônus é pago independentemente de se achar ou produzir petróleo.

O bônus constitui um dos fatores para a empresa ou o consórcio vencer a licitação. Outros fatores considerados para decidir pelo vencedor da licitação são o cronograma físico financeiro, o programa geral de trabalho, o valor dos investimentos, os prazos, e o índice de nacionalização de equipamentos e tecnologias constante das propostas.

A arrecadação dos bônus de assinatura é bem menor do que a arrecadação dos *royalties* e da participação especial. Em 2008, a arrecadação dos bônus de assinatura foi de R\$ 2,23 bilhões, enquanto a arrecadação dos *royalties* foi de aproximadamente R\$ 11 bilhões, mesmo valor da arrecadação das participações especiais.

⁽⁵⁾ Essas informações mencionadas ao longo do artigo sobre o volume e a composição da arrecadação das participações governamentais, inclusive com as informações detalhadas da arrecadação de cada Estado e Município, estão disponíveis no sítio eletrônico da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, “www.anp.gov.br”.

2.2 — Pagamentos pela ocupação/retenção de área

Segundo o art. 51 da Lei 9.478, o edital de licitação e o contrato a ser firmado com o vencedor da licitação disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção de área, que será feito anual, com valores fixados por quilômetro quadrado da superfície do bloco.

Portanto os pagamentos pela ocupação/retenção de área são valores fixos calculados em função da área ocupada pelo campo ou bloco de exploração licitado. O valor dos pagamentos varia conforme a fase de exploração ou produção, e essas participações são destinadas pelo art. 16 da Lei 9.478 ao financiamento das despesas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis para o exercício de suas atividades.

No ano de 2008, o valor arrecadado com esses pagamentos foi de R\$ 140 milhões. Nos últimos dez anos, a arrecadação com esses pagamentos foi de aproximadamente R\$ 1 bilhão.

3 — BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DOS ROYALTIES, DIVISÃO DE SUA ARRECADAÇÃO E RESTRIÇÕES QUANTO A SUA UTILIZAÇÃO

Os *royalties* começaram a ser cobrados em 1953: 4% sobre o valor da produção de petróleo iam para os Estados e 1% sobre o valor da produção para os Municípios (somente existia a exploração terrestre). Uma lei de 1985 disciplinou os *royalties* na produção marítima: 1,5% do valor da produção para Estados, 1,5% do valor da produção para Municípios, 1% do valor da produção ao Ministério da Marinha e 1% do valor da produção para um fundo especial do qual participam todos os Estados e Municípios.

A Lei 7.990, de 1989, disciplinou novamente a matéria (em seu art. 7.º):

- Exploração em terra: 3,5% do valor da produção vão para os Estados produtores; 1% do valor da produção vai para os Municípios produtores e 0,5% vai para Municípios com instalações de embarque/desembarque de petróleo;
- Exploração marítima: 1,5% do valor da produção vai para os Estados produtores; 1,5% do valor da produção vai para os Municípios produtores; 0,5% do valor da produção vai para Municípios com instalações de embarque/desembarque; 1% do valor da produção vai para a Marinha e 0,5% do valor da produção vai para um fundo do qual participam todos os Estados e Municípios.

O art. 9.º da Lei 7.990 estabeleceu que os Estados transferirão aos Municípios 25% da parcela dos *royalties*, mediante observância dos mesmos critérios de distribuição de recursos, estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV

e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para a entrega desses recursos, contados a partir do recebimento dos recursos.

O valor dos *royalties* foi alçado de 5 a “até” 10% do valor da produção pela Lei 9.478. Os percentuais de distribuição dos primeiros 5% permaneceram os fixados pela Lei 7.990, e a distribuição do excedente a 5% foi determinada pela própria Lei 9.478 (uma forma para exploração em terra, outra forma para exploração em mar), com a novidade de destinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia 25% do valor dos *royalties*, para aplicação em programas de pesquisa e desenvolvimento na área do petróleo, com 40% desses recursos destinados às regiões norte e nordeste.

Eis os percentuais de distribuição definidos pela Lei 9.478, em sua redação atual:

“Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

I — quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

- a) cinqüenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção;
- b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção;
- c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias;

II — quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

- a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
- c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;
- d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;

- e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;
- f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.”

Quanto às regras para utilização dos *royalties*, a Lei 7.990 (*royalties* relativos aos primeiros 5% do valor da produção do petróleo/gás) veda em seu art. 8º a aplicação dos valores no pagamento de dívida (exceto a federal) e “no quadro permanente de pessoal”, e autoriza o uso do recurso para capitalização de fundos de previdência. O Decreto 1/1991 determina em seu art. 28 que os Estados e Municípios devem aplicar os *royalties* “exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico”, mas por essa regra não constar da lei, os Tribunais de Contas dos Estados (como o do Rio de Janeiro) não a consideram válida.

Quanto aos 5% excedentes (parcela criada pela Lei 9.478 e não regulada pela Lei 7.990), não há qualquer vedação ou imposição para a utilização dos recursos.

Quanto aos *royalties* que se destinam à União (Ministério da Marinha — “para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção” e Ministério da Ciência e Tecnologia — para “financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias”), a Lei 9.478 determina — de maneira preocupante — em seu art. 45 que:

“§ 2º As receitas provenientes das participações governamentais definidas no *caput*, alocadas para órgãos da administração pública federal, de acordo com o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.

§ 3º O superávit financeiro dos órgãos da administração pública federal referidos no parágrafo anterior, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.”

O texto legal parece ter sido moldado pensando-se especificamente na utilização dos recursos dos *royalties* e participações especiais para aumentar os superávits primários (economia para pagamento dos juros da dívida pública) do governo federal, que começaram a existir justamente no período em que a Lei 9.478 entrou em vigor.

Dos recursos de *royalties* repassados ao Ministério da Ciência e Tecnologia, 80% são “contingenciados” e transferidos para o Tesouro Nacional para fins de produção de superávit primário⁽⁶⁾. Ou seja, não são aplicados nas destinações previstas em lei.

Nos últimos 10 anos, foram arrecadados aproximadamente R\$ 50 bilhões a título de *royalties*, sendo que a arrecadação subiu significativamente nos últimos anos pelo aumento no preço do petróleo e pelo aumento de 100% da alíquota promovido pela Lei 9.478/97 (de 5 para 10%), que também aumentou substancialmente a participação da União na partilha dos *royalties*. Esse aumento se destinou a produzir superávits primários e não a cobrir ou indenizar gastos da União com o setor do petróleo.

4 — CÁLCULO DAS PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS E DIVISÃO DE SUA ARRECADAÇÃO

As participações especiais foram concebidas para ser cobradas somente em relação a explorações com “grande volume de produção”, ou com “grande rentabilidade”, conforme o art. 50 da Lei 9.478/97. As participações especiais foram instituídas pela Lei 9.478/97 tomando como precedentes históricos o *Windfall Profit Tax*, criado nos EUA em 1980 após a crise do Petróleo de 1979 e sua violenta subida dos preços, e o *Petroleum Revenue Tax*, criado na Inglaterra em 1975 após violenta subida dos preços do petróleo, o que aumentou em muito a rentabilidade dos campos de produção⁽⁷⁾.

Uma diferença marcante da participação especial em relação aos *royalties* é que a PE não é cobrada sobre o faturamento bruto da exploração, como no caso dos *royalties*. No caso da participação especial, sua base de cálculo é “a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor” (art. 50, § 1º).

Portanto, a PE é um percentual sobre o “resultado” do campo (“receita bruta menos *royalties*, investimentos na exploração, custos operacionais, depreciação e tributos”), com seu valor muito dependente dos preços internacionais do petróleo, do câmbio e da produção do campo. Além disso, o pagamento da PE é trimestral, enquanto o pagamento do *royalty* é mensal.

Nos termos da regulamentação que o Decreto 2.705/2001 deu à cobrança das participações especiais (arts. 21 a 27), as alíquotas da PE são de 10 a 40%, por faixas (nos moldes da tabela do imposto de renda da pessoa física) variando conforme o volume de produção, com tabelas distintas levando em conta o tempo de produção em cada campo (1 a 4 anos ou mais) e o local da produção ser *a) terras, lagos, rios, ilhas, b) águas rasas ou c) águas profundas*.

⁽⁶⁾ Vide reportagem publicada em <http://www.emdianews.com.br/noticias/petroleo96da-arrecadação-com-royalties-fica-no-caixa-da-uniao-4294.asp>, acesso em 24.08.2008.

⁽⁷⁾ Ver GUTMAN, 2007, p. 54-64.

A divisão dos recursos da PE é a seguinte (art. 50, § 2º, da Lei 9.478):

“§ 2º Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção:

I — 40% (quarenta por cento) ao Ministério de Minas e Energia, sendo 70% (setenta por cento) para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incisos II e III do art. 8º desta Lei, e pelo MME, 15% (quinze por cento) para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% (quinze por cento) para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional;

II — dez por cento ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, destinados ao desenvolvimento de estudos e projetos relacionados com a preservação do meio ambiente e recuperação de danos ambientais causados pelas atividades da indústria do petróleo;

III — quarenta por cento para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção;

IV — dez por cento para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção.”

Portanto, a União fica com 50% da arrecadação da participação especial, que só em 2008 arrecadou R\$ 11 bilhões e nos últimos 9 anos arrecadou aproximadamente R\$ 50 bilhões. O valor que fica com a União segundo a lei deveria ser aplicado pelo Ministério do Meio Ambiente e pelo Ministério das Minas e Energia em determinados estudos, mas os valores repassados para esses ministérios simplesmente não são gastos, havendo o “contingenciamento” (de 98% dos valores repassados ao Ministério de Minas e Energia e de 99% dos valores repassados ao Ministério do Meio Ambiente) para fins de produção de superávit primário e pagamento de juros da dívida pública. Já pensando nessa realidade, que desde o início era a realidade querida pelo governo federal com a cobrança da PE, o artigo 45 da Lei 9.478 definiu que:

“§ 2º As receitas provenientes das participações governamentais definidas no *caput*, alocadas para órgãos da administração pública federal, de acordo com o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.

§ 3º O superávit financeiro dos órgãos da administração pública federal referidos no parágrafo anterior, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.”

5 — MODELO ATUAL DE DIVISÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS ENTRE OS ENTES TERRITORIAIS

Por um lado, o sistema atual conformado pela Lei 9.478 não prevê regras vinculantes para Estados e Municípios quanto ao uso dos recursos da participação especial e dos 5% adicionais dos *royalties*. Valores altíssimos são gastos sem qualquer preocupação de médio e longo prazos.

Quanto aos vultosos recursos da União, multiplicados após o advento da Lei 9.478, estes na verdade se prestam tão só a fazer superávit primário. A própria Lei 9.478 foi feita pensando nisso, como deixam claro os parágrafos 2º e 3º do seu artigo 45.

Por outro lado, o modelo atual gera excesso de arrecadação para Estados e Municípios produtores, principalmente o Estado do Rio de Janeiro e seus Municípios. O modelo atual privilegia de uma maneira desproporcional e abusiva principalmente o Estado do Rio de Janeiro, que em 2008 abocanhou 67% do total do valor dos *royalties* destinado aos Estados e Municípios. Há distorções gritantes entre os próprios Estados e Municípios produtores. Em 2008, somente o Município fluminense de Campos recebeu R\$ 560 milhões de *royalties*, o mesmo que receberam, juntos, três dos quatro maiores Estados produtores de petróleo do Brasil: Espírito Santo, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Já quanto às participações especiais, Campos recebeu em 2008 mais do que o triplo do que receberam Espírito Santo, Rio Grande do Norte e Sergipe juntos.

Os Estados e Municípios que se beneficiam dessas distorções defendem seus direitos alegando que o valor das participações se destina a “indenizar” as perdas que a exploração do petróleo e gás natural geram para seus territórios e populações.

Os *royalties*, tal como foram criados pelo legislador, são devidos tomando por critério o faturamento ou o valor da produção dos campos e blocos, não tendo sido adotado qualquer critério destinado a medir as perdas e danos sociais ou ambientais. Portanto tem-se uma participação no resultado da exploração e não uma “compensação financeira”, ambas as figuras mencionadas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal (vide RE 228.800, já citado). Na participação especial a natureza de participação no resultado da exploração é mais gritante: a exação incide sobre o resultado (“lucro bruto”) dos grandes campos de exploração, por isso o Rio de Janeiro (onde se localizam os campos com essas características) recebe 95% da participação especial total que vai para Estados e Municípios. Seria muito estranho que os danos ao Rio de Janeiro fossem 30 ou 40 vezes superiores aos danos a todos os outros Estados e Municípios produtores. Na verdade, tal como previstos na legislação atual, os *royalties* e a participação especial não se destinam a indenizar danos dos entes federativos e sim promover participação-apropriação do produto e do lucro de explorações petrolíferas: como as explorações mais rentáveis e colossais estão no Rio de Janeiro, este Estado e seus Municípios ficam com a quase totalidade da participação especial.

6 — FAVORECIMENTO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS PRODUTORES NA DISTRIBUIÇÃO DOS ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS COMO FORMA DE COMPENSAR A PERDA DE ARRECADAÇÃO DO ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu art. 155, § 2º, X, “b” que o ICMS não incidiria “sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

A formulação literal da norma indicava que se tratava pura e simplesmente de um caso de imunidade, mas o STF interpretou o dispositivo no sentido de que se tratava não de imunidade pura e simples e sim de uma regra segundo a qual a arrecadação do ICMS nas operações interestaduais com petróleo, derivados e energia elétrica ficaria toda ela com os Estados consumidores (ver RE 198.088, julgado em 17.05.2000, mas com acórdão publicado somente em 05.09.2003).

Prevaleceu o ponto de vista do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Ilmar Galvão, que argumentaram que o imposto único federal incidente sobre as operações com petróleo e energia elétrica, existente na Carta de 1967-69, deixou de existir com a Constituição de 1988, mas em compensação se criou a exação prevista no art. 20, § 1º, da Constituição, que carrearia substanciais recursos aos Estados produtores de energia elétrica, petróleo e derivados. Como essa exação já atende aos interesses dos Estados produtores (que ficam com sua maior fatia), o constituinte teria, no art. 155, § 2º, X, b, da Constituição, simplesmente determinado que, nas operações interestaduais com petróleo, combustíveis e energia elétrica, toda a tributação compete ao Estado de destino. Essa interpretação, ainda que preterível de um ponto de vista de *fidelidade ao texto*, era a única que, segundo as palavras do Ministro Jobim, se encaixava no “contexto geral ou no funcionamento do tributo”. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, era a única interpretação “coerente com o sistema”.

Com efeito, o regime padrão de divisão do ICMS em operações interestaduais é o previsto pela própria Constituição no art. 155, § 2º, incisos IV a VIII e, tal como interpretada pelo STF, a norma do art. 155, § 2º, IX, “b”, de fato representa um regime específico que representa perdas para os Estados produtores, perdas que acabam se comunicando aos Municípios produtores, visto que os Municípios recebem 25% da arrecadação do ICMS, e essa distribuição é feita principalmente com base no valor adicionado nas operações realizadas nos territórios dos Municípios (vide art. 158, § único, da Constituição).

Portanto, o que justifica que os Estados e Municípios produtores recebam uma fatia maior dos recursos dos *royalties* e participações especiais sobre a exploração do petróleo não é a necessidade de resarcir esses entes pelos prejuízos advindos da exploração do petróleo, visto que essas exações não são calculadas sobre qualquer elemento quantificador de prejuízos ou danos ambientais ou sociais, além do fato de que seria muito estranho vincular somente a determinados Estados os riscos ambientais ligados à exploração de petróleo em águas marítimas.

O que justifica que os Estados e Municípios produtores recebam uma fatia maior da arrecadação dessas exações é a norma constitucional (art. 155, § 2º, X, “b”) que determinou que o ICMS sobre as operações interestaduais com petróleo e derivados caiba integralmente aos Estados consumidores. Mesmo com essa justificativa, há de se levar em conta que a partir da Lei 9.478/97, o aumento de 100% da alíquota dos *royalties* e a criação da rentabilíssima participação especial fizeram com que o volume dessas exações aumentasse exponencialmente, sendo urgente a realização de estudos econômicos e estatísticos a fim de verificar se as perdas dos Estados produtores com o ICMS não estão eventualmente sendo muito mais do que compensada com a arrecadação da exação prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.

REFERÊNCIAS

- FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. *Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais*, in ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário — 2.º Volume*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 29-37.
- FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUTMAN, José. *Tributação e outras obrigações na indústria do petróleo*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 2.ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- TORRES, Héleno Taveira. *A Compensação Financeira Devida Pela Utilização de Recursos Hídricos, Exploração de Recursos Minerais ou Produção de Petróleo, Xisto Betuminoso e Gás Natural (art. 20, § 1º, CF) — sua Natureza Jurídica*, in ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário — 2.º Volume*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 119-146.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 10.ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- XAVIER, Alberto. *Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais*, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 29/fev.1998, p. 10-25.