

ICMS E REPETRO: QUESTÕES INICIAIS

*Maureen Ferreira, Filipe Machado Guedes, Flávia Cavalcanti
Nogueira Rodrigues e João Guilherme da Hora Vassallo**

1. Introdução; 2. Aspectos Gerais do Repetro; (a). Considerações Iniciais ; (b). Admissão Temporária; (c). Drawback; (d). Exportação Ficta; (e). Do alcance do Repetro; 3. ICMS e Repetro; (a). Da Matriz Constitucional do ICMS; 4. Dos Convênios Interestaduais do ICMS; 5. O convênio 58/99; 6. Lei Valentim; 7. Da inconstitucionalidade da Lei Valentim; 8. Convênio N° 144/2005; 9. Conclusão; 10. Referências bibliográficas; 11. Notas.

1. Introdução

A demanda por energia apresenta-se em constante ascensão no mundo, enquanto fator de produção determinante para o desenvolvimento sócio-econômico. Desde 1967, o petróleo coloca-se como a principal fonte de energia primária global. Os cerca de 84,8 milhões de barris produzidos diariamente¹, respondem por 36,9% da demanda mundial de energia. Se acrescentarmos a essa conta o gás natural (outro combustível de origem fóssil), a percentagem ultrapassa 50%².

Segundo dados disponibilizados pela British Petroleum, a América Latina possui uma reserva comprovada de aproximadamente 103,5 bilhões de barris de petróleo, o que corresponde a 10,3% do total das reservas mundiais e, dentre os quais, 11,2 bilhões de barris são representados pela reserva brasileira.³

Neste soar, tendo em vista o significativo papel desempenhado pelo Brasil no contexto do setor petrolífero mundial, urge a adoção de políticas adequadas e eficientes - sobretudo em matéria tributária - a fim de implementar os benefícios almejados e necessários ao frutífero desenvolvimento desse mercado.

Nesse contexto, insta apontar, a título de referência, como passos tomados pelo País com esteio em tais diretivas, (i) a flexibilização do monopólio promovida a partir do advento da Emenda Constitucional nº 9/95; (ii) a instituição da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) em 1997; e (iii) a criação de regime especial de tributação visando a desoneração de bens afetados ao setor, notadamente o REPETRO, do qual nos ocuparemos mais detidamente..

Insta, contudo, consignar, que algumas questões permanecem em aberto de forma a impedir referido regime de alcançar seus objetivos de desoneração fiscal. Nesse contexto, destacam-se questões atinentes à imposição do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), as quais se apresentam como objeto do presente estudo.

2. Aspectos gerais do Repetro

a. Considerações iniciais

Cumprir preceder a análise da sistemática ora posta em epígrafe, algumas considerações de cardeal relevância.

Na acrítica dicção do legislador, o Repetro consistiria em um Regime Aduaneiro Especial. No entanto, inobstante a literalidade da legislação, não é essa a natureza ontológica que nos afigura.

Isso porque, por regime aduaneiro entende-se o *“complexo de normas, regras e princípios adotados por um país para regular as relações comerciais*

entre eles e as demais nações estrangeiras”⁴, enquanto o Repetro não ostenta quaisquer regras e princípios distintivos, antes, evoca determinados “tratamentos aduaneiros”.

De forma a elucidar tal assertiva, importa transcrever o art. 411 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/02) que, dentre outros, regulamenta o Repetro:

“Art. 411: O regime aduaneiro especial de exportação e de importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de gás natural (Repetro), previstas na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, é o que permite, conforme o caso, a aplicação dos seguintes tratamentos aduaneiros:

I - exportação, com saída ficta do território aduaneiro e posterior aplicação do regime de admissão temporária, no caso de bem a que se refere o § 1º, de fabricação nacional, vendido a pessoa sediada no exterior;

II - exportação, com saída ficta do território aduaneiro, de partes e peças de reposição destinadas aos bens referidos nos §§ 1º e 2º, já admitidos no regime aduaneiro especial de admissão temporária; e

III - importação, sob o regime de drawback, na modalidade de suspensão, de matérias-primas, produtos semi-elaborados ou acabados e de partes ou peças, utilizados na fabricação dos bens referidos nos §§ 1º e 2º, e posterior comprovação do adimplemento das obrigações decorrentes da aplicação desse regime mediante a exportação referida nos incisos I ou II.”

De ver está que o Repetro não pode ser considerado, propriamente, um regime aduaneiro especial. Ele se vale de regimes especiais já existentes - nomeadamente a admissão temporária e o drawback - para fazer com que os bens conexos à exploração e produção do petróleo e gás natural gozem da suspensão de tributos incidentes na importação.

Nessa esteira, com vistas à idônea delimitação e alcance do Repetro, traz-se à baila breve análise dos “tratamentos aduaneiros” que o conformam.

b. Admissão temporária

A admissão temporária consiste no regime aduaneiro especial que permite o ingresso no País, por período determinado, de bens de procedência estrangeira, com a suspensão dos tributos incidentes na importação (caso do Repetro), ou com pagamento proporcional ao tempo de permanência no país (demais casos de admissão para utilização econômica), para que esses bens sejam utilizados em consonância com o prazo e finalidades estabelecidos no ato de concessão do regime.

Nesse sentido, o regime da admissão temporária deve ser utilizado para os casos de mercadorias ou produtos que permaneçam no país por um prazo previamente determinado, tendo ou não utilização econômica, devendo, decorrido esse lapso temporal, serem reexportados nas mesmas condições em que entraram.

Cabe aqui a transcrição dos art. 306 do Regulamento Aduaneiro que dispõe acerca da conceituação do regime sob análise:

“Art. 306: O regime aduaneiro especial de admissão temporária é o que permite a importação de bens que devam permanecer no País durante prazo fixado, com suspensão total do pagamento de tributos, ou com suspensão parcial, no caso de utilização econômica, na forma e nas condições deste Capítulo.”

c. Drawback

O Drawback é o regime aduaneiro especial que permite que sejam importados com suspensão de tributos exigíveis, insumos e partes para produção de um produto que, uma vez industrializado no Brasil (leia-se: beneficiado, fabricado, complementado ou acondicionado) é posteriormente exportado.

Trata-se, portanto, de regime a ser utilizado quando um fabricante nacional necessita obter matéria prima, produto semi-elaborado ou partes ou peças no exterior, para a produção de bens que, ao final, necessitam ser exportados, senão vejamos:

“Art. 336: O regime de drawback poderá ser concedido a:
I - mercadoria importada para beneficiamento no País e posterior exportação;

II - matéria-prima, produto semi-elaborado ou acabado, uti-

lizados na fabricação de mercadoria exportada, ou a exportar;

III - peça, parte, aparelho, máquina, veículo ou equipamento exportado ou a exportar;

IV - mercadoria destinada a embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar, desde que propicie comprovadamente uma agregação de valor ao produto final; ou

V - animais destinados ao abate e posterior exportação.

§ 1º O regime poderá ainda ser concedido:

I - para matéria-prima e outros produtos que, embora não integrando o produto exportado, sejam utilizados na sua fabricação em condições que justifiquem a concessão; ou

II - para matéria-prima e outros produtos utilizados no cultivo de produtos agrícolas ou na criação de animais a serem exportados, definidos pela Câmara de Comércio Exterior.”

Insta aqui consignar relevante distinção promovida pelo ilustre Haroldo Gueiros acerca dos regimes de admissão temporária e Drawback⁵:

“Enquanto que na admissão temporária o bem ingressa no país na propriedade do exportador, no exterior (importação a título não definitivo), sendo reexportada no final do regime, no mesmo estado em que ingressou, no drawback a mercadoria importada é nacionalizada e despachada para consumo (importação a título definitivo), industrializada ou sofrendo alterações aqui no país e, posteriormente, exportada.”

d. Exportação ficta

A exportação sem saída da mercadoria do território nacional, também denominada de exportação ficta, consiste em um mecanismo criado pelo Repetro, sob a égide do princípio da isonomia, que permite que produtos brasileiros compitam em paridade com os de procedência estrangeira na medida em que passam a gozar da possibilidade de aplicação de regimes que impliquem na suspensão de tributos.

A exportação ficta é, na verdade, *“uma exportação em que se reúnem todas as condições inerentes para que a mesma exista, apenas com a perma-*

nência da mesma no território nacional ou sem que a mesma saia por ocasião do despacho aduaneiro.”⁶

Assim é que com a aplicação conjunta desses três “tratamentos aduaneiros” – admissão temporária, drawback e exportação ficta - se é possível garantir ao fabricante/fornecedor nacional as mesmas prerrogativas concedidas às mercadorias e produtos provenientes do exterior, notadamente através dos seguintes mecanismos:

- (i) Caso o fornecedor/ produtor brasileiro deseje vender seus produtos à sociedade que os empregará em atividade de prospecção e produção de petróleo e gás natural, haverá uma primeira etapa de exportação, com toda a documentação pertinente, com a diferença em que o bem não sairá do país, sendo entregue à empresa (habilitada no Repetro), porquanto simultaneamente à operação de exportação ficta, o bem ingressa em admissão temporária, gozando assim, da suspensão dos tributos federais; e
- (ii) Caso o fabricante brasileiro deseje adquirir matéria prima, produto semi-elaborado ou partes ou peças no exterior para a produção de bens que, ao final do processo de industrialização, serão comercializados com sociedade que os empregará em atividade de prospecção e produção de petróleo e gás natural, há uma primeira etapa em que as partes e peças entram sob o regime do drawback, sendo, posteriormente, promovida a exportação ficta, com a entrega dos bens a pessoa habilitada pelo Repetro, e o simultâneo ingresso através do regime de admissão temporária.

e. Do alcance do Repetro

Diante do exposto e em linha com André Ferreira de Barros⁷, o Repetro pode ser conceituado como plexo de normas aduaneiras, de índole marcadamente administrativa e reflexamente tributária, conformada pelos regimes especiais de admissão temporária e de drawback, ambos na modalidade de suspensão total dos tributos federais incidentes da im-

portação, a mais do procedimento de exportação com saída ficta do país, ordinariamente aplicado pela autoridade alfandegária, que incide sobre alguns bens destinados às atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural.

Para fins do presente estudo, nos interessa o fato de que, face à vedação de isenção heterônoma (ressalva feita aos casos previstos pela própria Carta Política), não pode a União conceder isenções em relação a tributos cuja competência é constitucionalmente conferida a outros entes políticos (art. 151, III da CF), de forma que, a princípio, o Repetro só pode alcançar a suspensão de tributos federais.

Contudo, conforme já consignado, para que o conjunto de normas que conformam o Repetro possam alcançar sua finalidade última, qual seja, a desoneração das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, é imprescindível a adoção de políticas públicas adequadas e eficientes em matéria tributária, também em âmbito estadual, a fim de implementar os benefícios almejados e necessários ao frutífero desenvolvimento do setor petrolífero.

3. ICMS e Repetro

a. Da matriz constitucional do ICMS

A Constituição Federal rege a estruturação sistemática do ordenamento tributário brasileiro, irradiando as diretrizes hábeis a firmar os contornos jurídico-impositivos dos tributos mediante outorga, a cada ente político, de competência tributária.

Nesse sentido, o art. 155, II, da Magna Carta delega aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

“Art. 155: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

A fim de aferir o exato alcance da regra-matriz da incidência do ICMS é indispensável a análise mais perscrutada dos elementos que compõem seu núcleo, que corresponde às “operações relativas à circulação de mercadorias”.

“Operações”, nas lições de José Eduardo Soares de Melo⁸, configuram o verdadeiro sentido do fato juridicizado, a prática de ato jurídico como a transmissão de um direito (posse ou propriedade).

Nesse contexto, a “circulação” e a “mercadoria” são meros aspectos adjetivos da operação tributada. Prestam-se, tão só a qualificar – dentro do universo possível das operações mercantis realizáveis – aquelas que ficam sujeitas ao tributo, *ex vi* de uma eficaz qualificação legislativa. Destas, apenas poderão ser tributadas as que digam respeito à circulação atinente a uma especial categoria de bens: as mercadorias⁹.

De acordo com a melhor doutrina, o termo “circulação” diz respeito à mudança de titularidade de uma mercadoria, assim entendido como a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário.¹⁰

O vocábulo “Mercadoria”, por sua vez, designa o bem móvel sujeito à mercancia. Como bem assevera Roque Antônio Carraza: *“só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.”*¹¹

Com base nessas premissas, os bens que ingressassem no país sob o amparo do regime de admissão temporária estariam fora do âmbito de incidência do ICMS por escaparem dos contornos do seu aspecto material, nos termos acima expostos, na medida em que:

- (i) tais bens não podem ser considerados mercadoria, vez que não estão sujeitos à mercancia; e
- (ii) tampouco é verificada a circulação dos bens porquanto a propriedade dos mesmos continua com a Pessoa Jurídica situada no exterior.

Nessa esteira, a materialidade que alcança os bens sob o tratamento aduaneiro especial da admissão temporária encontra-se configurado em dispositivo outro da Constituição, notadamente o art. 155, §2º, IX, “a”, veiculado pela Emenda Constitucional nº 33/2001, *in verbis*:

“Art. 155: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.”

Note-se, assim, que o aspecto material da hipótese de incidência, nesse caso, passa a ser a importação, tratando-se, pois, de *“um verdadeiro adicional de imposto de importação, que a Lei Magna rotulou ICMS.”*²²

Também Marcelo Viana Salomão¹³, que dedicou profundo estudo a esse tema, pugna no mesmo sentido, afirmando:

“Assim como ocorreu com alguns serviços, também determinadas importações passaram a ser atingidas pelo quadro impositivo dos Estados. Vale dizer, o constituinte de 1988 outorgou competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituírem, também, um imposto sobre importações (...) Lamentavelmente, porém, designou apenas um nome para representar estas diferentes espécies tributárias, o ICMS. (...) Estamos com isso querendo dizer que hoje o nome do ICMS não corresponde apenas a um imposto que atinge operações mercantis e determinados serviços. Este nome designa também um imposto que incide sobre importações.”

Diante do exposto, com base na materialidade constante do art. 155, §2º, IX, “a”, veiculado pela Emenda Constitucional nº 33/2001, temos admitida a possibilidade da incidência do imposto, ora sob análise, nas entradas de bens importados, ainda que amparados pelo regime da admissão temporária.

Há, ainda possibilidade de incidência dos bens que entrem no país sobre o regime de Drawback, na medida que trata-se também de importação.

Por fim, verificando ainda que não há qualquer previsão nas legislações estaduais (via de regra) que autorize considerar determinadas operações de vendas para pessoas situadas no país como exportação (tal qual ocorre em âmbito federal no que tange à exportação ficta), tal transação estaria alcançada pela incidência do ICMS na medida em que encerra circulação de mercadoria (temos aí, a materialidade descrita pelo art. 155, II da CF).

Assim, uma primeira análise, levando-se em conta meramente a materialidade do tributo em comento sem qualquer interpretação sistemática face a normas outras que possam limitar ou mesmo mitigar parcialmente o âmbito de abrangência dessa materialidade, não haveria qualquer óbice para a tributação de bens acobertados pelo REPETRO. Isso porque, conforme já consignado, a materialidade do ICMS é hábil a alcançar, a princípio, qualquer uma das projeções desse “regime” – admissão temporária, Drawback e exportação ficta.

Contudo, passaremos a analisar, como não poderíamos deixar, o ordenamento em sua inteireza, de forma a verificar normas outras que também conformam a sistemática de tributação pelo ICMS de bens amparados pelo REPETRO, de forma a concluir, em definitivo, pela possibilidade ou impossibilidade de sua incidência.

4. Dos convênios interestaduais do ICMS

Criado pela reforma tributária que instituiu o imposto não cumulativo, o instituto do Convênio Interestadual do ICMS perdura até hoje para a concessão e a revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, ressaltando-se, todavia, que se trata de matéria controversa dentro do ramo do Direito Financeiro.

A competência outorgada pela Constituição aos Estados para instituírem impostos, sobretudo àquele relativo à circulação de mercadoria (na medida em que se afeta diretamente o fluxo comercial) gera, por vezes, distorções por força das diferentes políticas tributárias adotadas por cada um dos estados, porquanto esses gozam de autonomia. Nesse con-

texto, surge a guerra fiscal, que se mostra extremamente nociva para a economia, não só dos estados individualmente considerados, mas também para o país como um todo, uma vez que a carga tributária é hábil a influenciar de forma decisiva a alocação de bens e capitais.

De forma a criar uma ambiente idôneo a um setor comercial produtivo e saudável é que a própria Constituição prevê instrumento idôneo à harmonizar a autonomia dos Estados e políticas fiscais consistentes. Tal mecanismo corresponde exatamente aos Convênios, previsto no art. 155, §2º, XII, g, da Carta Magna:

“Art. 155: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

2.º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII – cabe à Lei Complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

A regulação da produção de referido instrumento é veiculado pela Lei Complementar nº 24 de 1975. De acordo com referido diploma legal, os Convênios ICMS serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados Federados e do Distrito Federal, podendo as reuniões serem realizados por representantes da maioria dos entes federativos. A aprovação dos convênios deve ser unânime¹⁴. Nota-se que dentro de 10 dias do fim da reunião do Confaz, a decisão nela adotada será publicada no Diário Oficial da União e dentro de 15 dias dessa publicação, o poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados.

Conforme extraído do dispositivo supra transcrito, a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS depende de veiculação pelo procedimento acima consignado, ou seja, é indispensável prévia deliberação dos Estados através de Convênio a fim de evitar a já suscitada guerra fiscal. Ressalte-se que a revogação dos benefícios introduzidos por tal instrumento dependerão da aprovação de, pelo menos, quatro quintos dos

representantes dos entes federados presentes na reunião do CONFAZ, nos termos do art. 2º, §2 da Lei Complementar nº 24 de 1975. É salutar reafirmar que as isenções concedidas por convênios só podem ser revogadas por outro convênio, já que no ato de conceder o benefício se esgota a autorização coletiva. Os convênios interestaduais concessivos de isenção de ICMS não se confundem com outros convênios que se tornam normas complementares das leis estaduais, como bem prevê o artigo 100, IV, do Código Tributário Nacional:

“Artigo 100: São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

Nesse sentido, é importante acrescentar que as isenções de ICMS não são concedidas unilateralmente, pelos próprios entes tributantes, mas sim, através dos referidos convênios, que devem ser celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. Assim, entendemos que os convênios de ICMS surgem não em decorrência da soma das vontades dos Estados-membros e do Distrito Federal, mas ao revés, pela vontade da República Federativa do Brasil, respeitando-se o princípio constitucional federativo.

5. O convênio 58/99

O Convênio nº 58 (“Convênio 58/1999”), celebrado em 22.10.1999, pelos Estados e pelo Distrito Federal, em reunião no Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”), previa a concessão de isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (“ICMS”) no desembaraço aduaneiro de bens sujeitos ao Regime Aduaneiro de Admissão Temporária, quando não houvesse cobrança dos impostos federais, senão vejamos:

“Cláusula Primeira: Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importado sob o amparo do Regime Especial Aduaneiro de Admissão Temporária previsto na legislação federal específica.”

Adicionalmente, o mencionado Convênio autorizou, ainda, os Estados a cobrarem o ICMS proporcionalmente, nos casos em que a União adotasse a mesma regra em relação aos impostos federais, *in verbis*:

“Cláusula Segunda: Em relação à mercadoria ou bem importado sob o amparo de regime Especial Aduaneiro de Admissão Temporária, quando houver cobrança proporcional, pela União, dos impostos federais, poderão as unidades federadas reduzir a base de cálculo do ICMS, de tal forma que a carga tributária seja equivalente àquela cobrança proporcional.”

Assim sendo, as importações realizadas sob a Admissão Temporária concedida ao amparo do Regime Aduaneiro Especial de Exportação e de Importação de Bens Destinados às Atividades de Pesquisa e de Lavra das Jazidas de Petróleo e de Gás Natural (“REPETRO”) gozariam de isenção de ICMS, uma vez que o REPETRO prevê a suspensão total dos tributos federais.

Contudo, o Convênio 58/1999 suscita grande confusão, uma vez que parte da doutrina entende que o mesmo não se encontra mais em vigor. Tal entendimento decorria inicialmente por conta do Convênio 04/2001, que pretendia excluir da abrangência do Convênio 58/1999 uma série de materiais relacionados à Indústria do Petróleo que gozavam de isenção de impostos federais proporcionais. Ressalta-se, entretanto, que tal Convênio 04/2001 não se encontra em vigor, uma vez que foi rejeitado pelo Ato Declaratório nº 2/01.

Todavia, no Estado do Rio de Janeiro, tal questionamento permanece em voga, em razão da chamada Lei Valentim, que se passa agora a analisar.

6. Lei Valentim

Em 17 de junho de 2002, foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro a Lei Estadual nº 3.851, conhecida como “Lei Valentim”. Essa lei estabeleceu que, a partir de 30 de junho de 2003, o ICMS voltaria a incidir na importação, seja sob Admissão Temporária ou não, de bens a serem utilizados na produção de petróleo no litoral do Estado do Rio de Janeiro:

“Art. 1º- Incidirá ICMS na alíquota de 18% (dezoito por cento), na operação de admissão temporária e de importação de bens e prestação de serviços, que se iniciem no exterior, admitidos diretamente e através de portos fluminenses, e também operação, prestação e transferência interestadual das admissões temporárias e importações de bens por portos de outros Estados e que venham a ser aplicados nas instalações que venham a realizar as fases de produção de petróleo no litoral do Estado do Rio de Janeiro.”

Assim, em última análise, estabelece previsão diametralmente oposta às determinações consignadas pelo Convênio 58/1999, firmado entre Estados e a União Federal.

O que deve ficar claro, é que de acordo com o Convênio 58/1999, da mesma forma que União isentava os bens empregados na atividade de prospecção e produção de petróleo e gás natural do pagamento de tributos federais, os Estados signatários deveriam abrir mão da cobrança de ICMS sobre os mesmos.

No entanto, no Estado do Rio de Janeiro, após a criação da lei Valentim, tal acordo vinha sendo manifestamente descumprido, permitindo-se ao Estado tributar o ICMS sobre os referidos bens.

7. Da inconstitucionalidade da Lei Valentim

Diante de todo exposto, a única conclusão possível a que se pode chegar é, que a Lei Valentim é inconstitucional, face à existência de todo um procedimento relativo à vigência e aprovação dos Convênios Interestaduais do ICMS.

Tanto o artigo 155, § 2º, inciso II, alínea ‘g’, da Constituição Federal, quanto a Lei Complementar nº 24 de 7.1.1975 a qual dispõe sobre os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, estabelecem que quaisquer benefícios ou incentivos fiscais relativos ao ICMS, dentre os quais encontram-se a isenção e a redução da base de cálculo de que trata o Convênio 58/1999, só podem ser concedidos ou revogados por convênios firmados naquele Conselho.

A Lei Complementar nº 24 de 1975 discrimina como os Convênios tem sua validade e como esses podem ser revogados. Entretanto, a

lei estadual 3.851/2002 não obedece nenhum desses requisitos, devendo continuar obediente ao Convênio 58/1999. Isso ocorre porque, conforme já consignado em diversas decisões do STF¹⁵, os Convênios são impositivos e não autorizativos, obrigando a todos os Estados a concederem a isenção nele constante. Isso fica claro na ementa do Recurso Extraordinário 100.386:

ICMS. Revogação de isenção concedida por convenio. Esta Corte, a partir do julgamento, pelo Plenário, do RE 96.545, firmou jurisprudência no sentido de que isenção de ICM concedida por convenio não é revogável por Decreto, não se admitindo a distinção entre convenio autorizativo e convenio impositivo. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Os Estados só se eximem de conceder uma isenção constante em um convênio vigente se cumprirem o ritual previsto na Lei Complementar 24 de 1975, qual seja decisão do Poder Legislativo de quatro quintos dos Estados da Federação no sentido de anular o Convênio.

Neste sentido, enquanto o Convênio 58/1999 estiver em vigor, e ficou claramente demonstrado que ele está, a Lei Valentim não pode estabelecer a incidência de ICMS nas operações de importação e de admissão temporária.

Dessa forma, o Estado do Rio de Janeiro não poderia cobrar ICMS nas importações de determinados equipamentos, revogando o benefício que fora acertado com os demais integrantes da Federação por ocasião da assinatura do Convênio 58/1999.

Importa consignar que, em 09.05.2005, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 22/2004, a inconstitucionalidade da Lei Valentim com base nos argumentos supracitados

Nos casos de arguição de inconstitucionalidade, o artigo 102, §2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça estabelece que cópia do acórdão deverá ser encaminhada à Assembléia Legislativa para que suspenda a execução da lei estadual declarada inconstitucional, conforme determina o artigo 99, inciso XVI da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

8. Convênio nº 144/2005

Ainda quanto à questão da vigência do Convênio 58/1999, é importante observar que, em 21 de dezembro de 2005, foi publicado no Diário Oficial da União o Convênio nº 144, de 16 de dezembro de 2005 (“Convênio 144/2005”), celebrado no âmbito do CONFAZ.

O referido convênio autorizava os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Norte a revogarem o disposto no Convênio 58/1999, relativamente aos bens a serem aplicados na produção, refino ou processamento de petróleo ou gás natural, como abaixo pode-se perceber:

“Cláusula Primeira: Ficam os Estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte autorizados a revogar os benefícios previstos no Convênio ICMS 58/1999, de 22 de outubro de 1999, relativamente aos bens a serem aplicados na produção, refino ou processamento de petróleo ou gás natural.”

Deve-se observar, no entanto, que a cláusula segunda do Convênio 144/2005 estabelece que a revogação dos benefícios do Convênio 58/1999 não seria aplicável aos bens utilizados na fase de exploração de petróleo e gás natural que ingressassem no território nacional para realização de serviços temporários no País por um prazo de permanência inferior a 24 meses:

“Cláusula Segunda: Ficam excluídos da cláusula primeira os bens utilizados na fase de exploração de petróleo gás natural que ingressem no território nacional para realizar serviços temporários no País por um prazo de permanência inferior a 24 meses.”

Dessa forma os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Norte poderiam subtrair, de um ponto de vista constitucional, os benefícios decorrentes do Convênio 58/1999.

No entanto, em decorrência do Ato Declaratório nº 2 do CONFAZ de 06 de janeiro de 2006, o Convênio 144/2005 foi rejeitado, em razão de manifestações contrárias à sua ratificação pelos Poderes Executivos dos Estados do Acre (Decreto nº 13.631, de 02.01.06), do Amapá (Decreto nº 0009, de 02.01.06), da Bahia (Decreto nº 9.749, de 02.01.06), do Ceará (Decreto nº 28.080, de 05.01.06), do Espírito Santo (Decreto nº 1605-R, de 28.12.05), do Mato Grosso do Sul (Decreto nº 12.013, de

27.12.05), de Pernambuco (Decreto nº 28.790, de 30.12.05) e do Piauí (Decreto nº 12.051, de 28.12.05).

Dessa maneira, como não ocorreu a ratificação nacional do Convênio 144/2005 pelos Estados da Federação, e a discussão acima disposta torna-se obsoleta, permanecendo o Convênio 58/1999 em vigor na sua totalidade, não sendo permitida aos Estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte a cobrança do ICMS sobre bens a serem aplicados na produção, refino ou processamento de petróleo ou gás natural.

9. Conclusão

Diante de todo o exposto, em face de patente inconstitucionalidade da Lei Valentim e a não revogação do Convênio nº 58/99 pelo Convênio 04/01 no que tange especificamente aos bens utilizados na fase de exploração de petróleo e gás natural que ingressem no território nacional para realizar serviços temporários no País por um prazo de permanência inferior a 24 meses, não se é possível admitir a incidência do ICMS nesses casos.

Assim, os bens que ingressem no país sob amparo do REPETRO, acobertados pelo regime de Admissão Temporária não devem sofrer a incidência do ICMS.

* **Maureen Ferreira** - Professor do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP/MCT nº 33

* **Filipe Machado Guedes** - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ e ex-bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP/MCT nº 33

* **Flávia Cavalcanti Nogueira Rodrigues** - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ e ex-bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP/MCT nº 33

* **João Guilherme da Hora Vassallo** - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ e ex-bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP/MCT nº 33

10. Referências bibliográficas

- BRIGAGÃO, Gustavo e PERLINGEIRO, Rubem Tadeu C., *A Inconstitucionalidade da cobrança do ICMS na Importação Amparada pelo Regime de Admissão Temporária Prevista na lei Estadual (RJ) nº 3.851, de 12.06.2002*, <http://www.ulhoacanto.com.br/produto/download/Artigo%20Dial%C3%A9tica%20LEI%20%203851%20final.pdf>, data 04 de setembro de 2006 às 11:40hs.
- CARRAZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 20a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 17a edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DE SANTI, Eurico Marcos Diniz, *Curso de Especialização em Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito, *Aspectos Fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997.
- MATTOS, Aroldo Gomes, *ICMS Comentários à Legislação ancional*. São Paulo: Dialética, 2006.
- MELO, José Eduardo Soares, *ICMS Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 2004.
- ROCHA, Paulo César Alves, *ICMS e REPETRO*, 1ª edição, São Paulo: Ed. Aduaneiras
- TORRES, Heleno Taveira, *Tributação no Setor de Petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

11. Notas

- 1 Informação baseada no “Oil Market Report 2006” da *International Energy Agency* (IEA) disponível em www.iea.org
- 2 IEA/2005, Fonte: Instituto de Eletrônica e Energia da Universidade de São Paulo –USP (www.iee.usp.br).
- 3 Informação baseada no “Statitinal Review of World Energy 2005” do *British Petroleum*, disponível em www.bp.com
- 4 De Plácido Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 18ª Ed.
- 5 Haroldo Gueiros Bernardes, *Admissão temporária*, Aduaneiras, 1999.
- 6 Paulo César Alves Rocha, *ICMS e Repetro*, Aduaneiras, 2004.
- 7 André Ferreira de Barros, *Aspectos Jurídicos do Repetro*, Vol. I, Lúmen Júris, 2003.
- 8 ICMS - Teoria e Prática, José Eduardo Soares de Melo, *Dielética*, 7ª Ed., São Paulo, 2004.
- 9 Geraldo Ataliba, *ICMS . Incorporação de Ativo – Empresa que loca*, oferece em leasing seus Produtos- Descabimento do ICMS, *Revista de Direito Tributário* nº 52, Abril-Junho/1990
- 10 Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, *Núcleo da Definição Constitucional do ICM*, *Revista de Direito Tributário* nº 25, Out-Dez/1983.
- 11 Roque Antônio Carraza, *ICMS*, Malheiros, 7ª Ed., 2001.
- 12 Roque Antônio Carraza, *Ob. Cit.*
- 13 Marcelo Viana Salomão, *ICMS na Importação- Coleção temas Jurídicos*, Atlas, 2001.

14 Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, Renovar, 2006

15 STF, Recursos Extraordinários 96.545, 99.735, 99.176 e 99.064