

Ricardo Lodi: Indefinição tributária gera insegurança no pré-sal

A confirmação pela Agência Nacional do Petróleo do leilão do Campo de Libra, na Bacia de Campos, para o dia 21/10, que se deu pela publicação do seu edital no último dia 03/09, parece definir os modelos regulatório e contratual da exploração e produção de petróleo e gás na área do pré-sal. Porém, um componente importantíssimo do cálculo do retorno sobre os investimentos que serão realizados ainda está em aberto. Ou, o que é pior, sequer foi discutido com profundidade pelas autoridades envolvidas e o mercado. Trata-se da tributação incidente sobre os contratos de partilha de produção, tema que ainda gera muitas indagações em função dos novos modelos contratuais aprovados.

Essas incertezas provocam ainda mais insegurança quando se sabe que as operações em questão poderão ser alvo da tributação não só pela União, que desenhou o novo modelo regulatório do setor, mas também pelos Estados e Municípios, que além de não terem participado dos foros decisórios, buscarão alternativas para a eventual perda de arrecadação dos royalties do petróleo, o que se encontra, atualmente, em acirrada discussão no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do ICMS, estão algumas dessas indefinições, especialmente devido à modificação do modelo de concessão, em que, originalmente, se fazia possível afirmar que o concessionário, de maneira incontroversa, era o proprietário do óleo extraído do solo. Nesse ponto, há o contraste com o novo modelo, em que a exploração dar-se-á necessariamente por um consórcio integrado pela Pré-Sal Petróleo S.A., pela Petrobras e pela empresa de petróleo vencedora do leilão, que pode, inclusive, vir a ser um consórcio de empresas, ou, até mesmo, a própria Petrobras.

Tais mudanças poderiam levar aqueles que consideram o fato gerador do ICMS, não à circulação econômica de mercadoria entre unidades econômicas produtoras, como temos defendido, mas à mera transferência de domínio dessa entre pessoas jurídicas diferentes, a vislumbrar, aí, a incidência do imposto na partilha da produção. Porém, vale destacar que, mesmo que adotada a tese da circulação jurídica como hipótese de incidência do tributo, não há que se defender a exigência do ICMS nas operações descritas, que sob qualquer perspectiva, não configuram circulação de mercadoria, uma vez que não ocorre transferência de domínio entre a União, proprietária da jazida, e os membros do consórcio, que adquirem originariamente o bem extraído dessa. É que o petróleo não se confunde com a jazida, da mesma forma que o fruto não se confunde com a terra que o produziu.

Desse modo, é imprescindível que se reconheça a inexistência de circulação de mercadoria na extração do petróleo, em discussão que já foi levada ao STF por ocasião da edição da Lei Noel, Lei 4.117/2003, no Estado do Rio de Janeiro.

Se a partir das regras vigentes no contrato de concessão, a propriedade do petróleo é originariamente adquirida pelo concessionário, outro não é o quadro no contrato de partilha, senão pelo detalhe de que os integrantes do consórcio, que não tem personalidade jurídica própria, adquirem a propriedade de modo indiviso até o momento da partilha, quando cada um dos consorciados terá direito ao seu quinhão. Essa realidade se apresenta não só no chamado óleo-lucro, mas também no denominado óleo-custo, o qual difere dos pagamentos por serviços ou indenizações ao esforço da empresa exploradora, constituindo, apenas, critério legal e contratual de repartição dos quinhões de produção a que cada integrante do

consórcio terá direito. Portanto, também não há circulação de mercadoria na partilha da produção.

Por outro lado, não se pode cogitar que o transporte do petróleo, que eventualmente fique a cargo de um dos consorciados, para o solo constitua fato gerador do ICMS sobre transporte intermunicipal, e, tampouco, do ISS sobre a modalidade intramunicipal, na medida em que não há autonomia dessa prestação em relação aos usuários. Em tal situação, na verdade o consórcio estaria, por meio de um de seus integrantes, prestando serviço a si mesmo, o que é irrelevante do ponto de vista tributário.

Assim como hoje acontece, os integrantes do consórcio só sofrerão a incidência do ICMS quando e se colocarem o óleo recebido em circulação no mercado. Ou, ainda, quando contratarem com terceiros o transporte interestadual ou intermunicipal do petróleo.

No plano municipal, poder-se-ia cogitar a incidência do ISS em relação ao operador do campo, que, legalmente, deve ser a Petrobras, ou, até mesmo, outra empresa ou consórcio que exerça a atividade de exploração e produção, a partir da ideia de que essas prestariam serviços à União. Tal pensamento deve ser de imediato afastado uma vez que o modelo de contrato de partilha se distingue do formato de prestação de serviços no direito comparado, e a opção do legislador brasileiro não foi por esta última modalidade de contratação. Como visto, mesmo o óleo-custo não tem a natureza de remuneração por serviços prestados, mas traduz-se em critério de divisão de resultados aferidos pela atividade comum.

Na esfera federal, as dúvidas não deveriam ser tão presentes, em função da participação que a União teve na concepção da modelagem do novo modelo regulatório. Porém, já se indaga a respeito da incidência de PIS e COFINS sobre o valor relativo ao óleo-custo, sem falar das dúvidas surgidas sobre os critérios de apuração do IR e da CSLL.

Em relação às contribuições sobre o faturamento, não há que exigi-las sobre o óleo-custo que, como vimos, não se confunde com receita, mas constitui critério de participação do resultado da atividade. Da mesma forma, quanto à tributação da renda, não tendo o consórcio personalidade jurídica própria, cada um dos seus integrantes deverá ser tributado de acordo com os resultados obtidos a partir comercialização da parcela da produção que lhe coube na partilha, não havendo que se falar em tributação da atividade do consórcio em si.

No entanto, apesar dessas ideias partirem de premissas há muito definidas na doutrina e na jurisprudência, a falta de debate e definição pelos entes estatais acerca do tema gera um clima de insegurança no setor, renunciando a possibilidade de muitas dessas questões desaguarem em discussões que não foram imaginadas por ocasião da realização dos leilões. É inevitável reconhecer que esses questionamentos só serão enfrentados com início da produção nesses campos, o que indica que o debate está apenas começando.

Date Created

13/09/2013