

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO E-NERGIA

**A LEI 11.909/11 E POLÍTICAS EXTRAFISCAIS NA INDÚSTRIA DO GÁS
NATURAL**

**Anderson Souza da Silva Lanzillo. Aron Abrahão Moreira. André Rodrigues
Fabricio.**

1 INTRODUÇÃO

A indústria do gás natural assumiu um lugar de destaque após os objetivos traçados pela Política Nacional Energética. Ela era uma indústria que crescia na sombra da indústria do petróleo. No entanto, com a importância do gás natural para diversificação da matriz energética buscou-se garantir um maior desenvolvimento do setor.

O Estado passou a buscar maiores investimentos, mais concorrência entre os agentes e possuir maior poder de direcionamento da indústria gasífera nacional. Esses objetivos para serem alcançados pelo Estado ocorrem somente por meio da intervenção no domínio econômico.

Para cumprir este objetivo, a legislação conhecida como “Lei do Petróleo” (Lei n. 9478/1997) não oferecia condições para uma intervenção estatal maior na indústria gasífera. Além de não ter previsto uma regulação específica, a legislação da Lei do Petróleo para as atividades afeitas ao setor do gás trazia um enfoque maior na autonomia privada, uma vez que tanto a construção quanto o transporte dependiam da iniciativa de investidores privados por meio de autorização administrativa.

Neste sentido, foi editada uma nova regulação: A Lei n.11.909/2009. A Lei n.11.909/2009 (Lei do Gás) insere-se no contexto de intervenção por meio da regulação com maior influência estatal. Esse diploma normativo diferenciou a regulação do gás natural da regulação do petróleo nas fases em que se apresentavam peculiaridades econômicas de um frente ao outro, mantendo, porém, a mesma regulação para a fase de exploração e produção presentes na Lei do Petróleo. Estas mudanças trazem o intuito de uma maior consolidação da indústria do gás natural por meio da eficiência regulatória.

Essa mesma indústria, no entanto, sobre a incidência de outras medidas de intervenção do Estado como os tributos. E para que haja efetivamente a consolidação da indústria do gás natural, o tributo não pode possuir apenas funções fiscais, trazendo recursos financeiros, mas também deve ter preocupação com sua função extrafiscal.

Dessa forma, analisa o presente trabalho o atual de intervenção do Estado por meio da regulação na indústria do gás natural e os tributos incidentes neste setor, traçando a política fiscal e avaliando esta política de acordo com a necessidade extrafiscal de expandir a indústria estudada.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA INDÚSTRIA GASÍFERA

A indústria do gás natural no Brasil ainda é incipiente e recente quando comparada com outros países como os Estados Unidos, onde a regulação dessa cadeia produtiva teve início do século XX e veio se aperfeiçoando em todo o seu decorrer. A produção de gás natural brasileiro teve seu início apenas na década de 60 no Estado da Bahia e ainda de forma associada com o petróleo. Essa produção associada gás natural- petróleo prevalece até os dias atuais, fato que refletiu em toda a sua regulamentação¹.

¹ CAMACHO, Fernando Tavares. **Regulação da Indústria de Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Interciência, 2005, p. 67-68.

Historicamente, a hipótese de exploração de petróleo e gás canalizado trata-se de monopólio legal, pois, a partir da Lei n.º 2.004/53, instituiu-se o monopólio da União sobre atividades petrolíferas no país, excetuando-se, somente, a distribuição. Esse monopólio foi transformado em norma constitucional pela Constituição de 1967 com alterações promovidas pela EC n.º 01/69, que em seu art. 169 previu "a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei". Até aquele momento, entretanto, não se tinha uma menção expressa ao gás natural, o qual se considerava de maneira implícita.

Foi, então, apenas com a Constituição de 1988 que houve uma menção expressa às atividades ligadas à cadeia do gás natural especificamente. As principais referências encontram-se no art.177, que aponta a União como detentora do monopólio sobre a pesquisa, lavra e transporte deste bem por meio de conduto, e no art. 25, §2º, que preconiza o monopólio dos Estados no que se refere à exploração dos serviços locais de gás canalizado.

Devido a essa nova diretriz político-econômica, foram implementadas pelo governo entre os anos de 1995 e 1998 quatro importantes medidas que apontaram para uma nova etapa para a indústria do gás natural no Brasil: a) a Emenda Constitucional nº 5 (responsável pela concessão a terceiros da exploração dos serviços locais de gás canalizado); b) a Emenda Constitucional nº 9 (responsável por retirar a vedação constitucional à cessão a terceiros); c) a criação da Lei do Petróleo (responsável por criar as bases do modelo de regulação da indústria do petróleo); d) a edição do Decreto nº 2.455 (responsável pela estruturação da ANP).

A Lei n.9.478/1997 (Lei do Petróleo) passou a ser o principal diploma normativo a regulamentar a indústria de hidrocarbonetos pátria. Ela considerava a cadeia produtiva do petróleo e gás natural como comum. O regime regulatório, dessa forma, era uno. Tinha-se uma regulação unificada para o predomínio de uma produção associada, uma vez que as etapas da cadeia – exploração, produção, refino/processamento, transporte, importação e exportação eram tratadas com os mesmos instrumentos administrativos (concessão para exploração e produção, e autorização para as outras etapas mencionadas), com exceção da distribuição em razão do tratamento constitucional diferenciado já mencionado anteriormente.

A realidade dos setores de petróleo e gás, entretanto, não é a mesma. A produção associada implica apenas na similitude da fase *upstream*, que engloba as fases de pesquisa e exploração. O restante da cadeia produtiva se diverge por particularidades físico-químicas do gás natural, as quais implicam, por sua vez, em características econômicas. Dessa forma, o *midstream* e o *downstream* apresentam fortes diferenças que exigem institutos regulatórios diferentes².

A Lei do Petróleo não atentava para estas particularidades, que é principalmente a sua caracterização como indústria de infraestrutura com formatação em forma de rede. Tais características influem fortemente na fase de transporte do gás natural por meio de dutos, constituindo um típico monopólio natural, fato que, uma vez não observado pela regulamentação vigente com a Lei do Petróleo, oferecia instrumentos regulatórios que não estimulavam a concorrência, impedindo a entrada de terceiros e por conseqüência feria a livre concorrência prevista na Constituição Federal³.

² LOSS, Giovanni Ribeiro. **A Regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 66-68

³ Para o aprofundamento recomenda-se: SILVA, Anderson Souza. **Regulação do Livre Acesso no Transporte de Gás Natural à Luz da Ordem Econômica da Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito pela UFRN). Orientada por Prof. Yanko Marcus de Alencar Xavier. Natal, 2007.

O não atendimento destas particularidades impedia maior competitividade e maior aporte de investimentos no setor gasífero. Consequentemente, a indústria deste hidrocarboneto não acompanhou o ritmo de desenvolvimento da indústria petrolífera. A Política Nacional Energética, no entanto, buscando a diversificação da matriz energética brasileira, elevou o gás natural como sendo um dos seus principais carros chefes dessa diversificação energética. Nesse contexto o Governo Federal promulgou a Lei n. 11.909/2009 (Lei do Gás Natural) em busca de atender as características específicas do setor, sendo que a parte comum (exploração e produção) continua sendo regida pela Lei do Petróleo.

Essa nova lei regulamentou institutos previstos anteriormente em Resoluções da ANP⁴ como a figura dos carregadores⁵, bem como trouxe novas figuras jurídicas. Previu uma terceira regulamentação para os dutos, classificando em dutos de produção, de transferência e de transporte⁶. Instituiu o regime de concessão para a atividade de transporte como regra geral⁷, permitindo parcerias público-privadas para a expansão da malha de gasodutos. Também alterou a distribuição de competências entre ANP e o Ministério de Minas e Energias, bem como previu regulação para etapas da cadeia do gás que não encontravam tratamento no regime regulatório anterior com a de estocagem e acondicionamento⁸.

Diante do exposto nota-se a adequação da regulação à cadeia produtiva do gás natural visando ao desenvolvimento da indústria. No entanto, somente um marco regulatório adequado não é suficiente para impulsionar a indústria. A carga tributária deve ser adequada para permitir um retorno justo dos investimentos e de modo a atrair maiores investimentos. Nesse contexto, insere-se o tema da extrafiscalidade na indústria do gás natural, mas antes é importante traçar alguns conceitos.

3. O TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES

O tributo é uma forma de receita derivada do Estado, na qual o Ente soberano, por possuir a responsabilidade de gerir as estruturas sociais da nação, toma para si parcelas de valores dos cidadãos. Destarte, o povo por meio dos seus representantes, ao instituírem o Estado Democrático de Direito no Brasil, concede a esse mesmo Estado a possibilidade de exigir da população que o estabeleceu um recurso denominado tributo que será utilizado para realizar os objetivos que são a ele destinados. Ou seja, a tributação nada mais é do que a maneira do Estado conseguir arrecadar recursos sem que necessite monopolizar toda a atividade econômica, sendo ela o maior instrumento de sobrevivência da economia capitalista⁹.

Nesse sentido o Código Tributário Nacional - CTN define em seu art. 3 que tributo seria toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. A Constituição Federal, por sua vez, determina nos

⁴ Resolução ANP 27/2005, 28/2005 e 29/2005.

⁵ Art. 2, V, Lei n. 11909/2009.

⁶ Art. 2, XVII, XVIII, XIX; art. 43-45, Lei n. 11909/2009.

⁷ Art. 3, I, Lei n. 11909/2009.

⁸ Art. 37-42, Lei n. 11909/2009.

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 30.

artigos arts. 145, 148 e 149, que os entes federativos, na medida de sua competência¹⁰, poderão instituir impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios¹¹. Estes são os tributos que poderão ser instituídos, bem como os que poderão ser por vontade dos entes federativos delineados em seus aspectos.

No ordenamento brasileiro as características gerais de cada um destes tributos são definidas pela Constituição, Código Tributário Nacional, Leis Complementares e legislação respectiva de cada ente tributante, devendo apenas, a título de complementar a descrição geral buscada, informar a que tipo de situação cada um dos tributos se refere.

Os impostos têm sua definição fornecida pelo art. 16 do CTN, que informa que o imposto é obrigação que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, sendo, portanto, conhecido por excelência como o tributo não vinculado.

Já as taxas possuem definição constitucional prevista no art. 145, II, que determina que elas serão exigidas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição

A contribuição de melhoria, explicitada no art. 81 do CTN, será cobrada pelos entes federados, no âmbito de suas respectivas atribuições, e é instituída para fazer face ao custo de obras públicas das quais decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Diferenciando-se das contribuições de melhoria, as contribuições sociais serão instituídas em duas classificações, a saber: a) de intervenção no domínio econômico; b) de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sendo elas utilizadas como instrumento de atuação dos entes federados nas respectivas áreas.

No que tange a estrutura da indústria gasífera, não são todos os tributos constitucionalmente previstos que se aplicam na cadeia, merecendo, assim, serem analisadas, as suas incidências individualmente. Entretanto, previamente é de bom tom discorrer acerca dos pontos principais da extrafiscalidade tributária, a qual é o foco principal deste estudo.

4. EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA

O Direito tem como objetivo maior a pacificação social. O sistema tributário, como uma parte do Direito, não possui como único objetivo a justiça tributária, mas também a justiça social. Dessa forma, o direito tributário deixa de ser considerado apenas como uma fonte de recursos para o Estado e passa a ser uma influência ativa na sociedade.

¹⁰ A própria Constituição determina qual ente é competente para a criação de cada tributo, estando separada, por exemplo, a competência da União para instituição de empréstimos compulsórios ou ainda, contribuições sociais.

¹¹ Existe na doutrina um embate ferrenho acerca da natureza jurídica dos Empréstimos compulsórios, entretanto, por não ser o foco do trabalho em tela, decidimos nos filiar a corrente que institui a figura como tributo. Ademais, remetemos para maiores informações à leitura de: COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 411-412.

Esse papel regulador dos tributos é o que se denomina de extrafiscalidade, que regula as condutas humanas de uma forma dinâmica. Ou seja, os tributos, quando incidentes, passam a influenciar determinadas condutas, as quais, por sua vez, devem estar conforme a Constituição por meio dos princípios informadores do sistema jurídico nacional¹². A simples incidência de um tributo tem o condão de estimular ou desestimular determinadas condutas, sendo, então, um instrumento de implementação de políticas públicas.

A doutrina aponta dois tipos de extrafiscalidade: a) como intervenção pelo tributo; b) intervenção custeada pela extrafiscalidade. A primeira consiste na extrafiscalidade por excelência, pois a imposição ou desoneração tributária conduzem a determinada conduta, sem que ocorra uma atuação direta do Estado para a regulação. A segunda ocorre principalmente por meio das contribuições, através das espécies previstas no art.149 da CF (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, Contribuições Sociais e as Contribuições Corporativas), em que as arrecadações estão atreladas a certas finalidades¹³.

A extrafiscalidade é um meio de intervenção do Estado no domínio econômico, pois tem a capacidade estimular ou desestimular condutas. A intervenção pelo tributo trata-se de intervenção sob o domínio econômico na modalidade de indução. A intervenção custeada pela extrafiscalidade por sua vez é uma intervenção sob o domínio econômico, porém na modalidade de direção¹⁴.

A extrafiscalidade nunca estará dissociada da função fiscal do tributo, assim como o inverso também é verdadeiro. É bem verdade que em determinados tributos uma de suas funções se sobressai, mas ainda assim estará presente a outra. Dessa forma, passa-se à análise dos principais tributos incidentes na cadeia da indústria do gás natural e suas funções extrafiscais.

5. TRIBUTOS INCIDENTES NO GÁS NATURAL

Para melhor delimitação do objeto a ser analisado, é salutar a diferenciação dos tributos em diretos e indiretos na indústria gasífera, sendo esta classificação de cunho econômico.

Os tributos diretos são aqueles em que o contribuinte de direito, pessoa indicada pela norma para ser o sujeito passivo da relação tributária, arca com os custos, não os repassando a diante da cadeia produtiva. Os tributos indiretos, no entanto, são devidos pelo contribuinte de direito, mas os ônus tributários são repassados para os agentes seguintes da cadeia produtiva, sendo, portanto, suportados por pessoa diversa (contribuinte de fato)¹⁵.

Destarte, os tributos indiretos incidentes na indústria do gás natural influenciam o preço final deste hidrocarboneto. A competitividade dessa matriz energética frente a outras fontes depende da incidência dessa carga tributária. Dessa forma, a extrafiscalidade dos

¹² TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. A capacidade contributiva na tributação extrafiscal. In: DOMINGUES, José Marcos (coord). **Direito Tributário e Políticas Públicas**. São Paulo: Mp Editora, 2008, p. 83.

¹³ Idem, p 89-93.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146-148.

¹⁵ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 90.

tributos indiretos é de suma importância para o aumento da participação do gás natural no país. Passa-se a analisar os principais tributos indiretos da indústria gasífera nacional¹⁶.

5.1. IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO

Apesar do avanço da indústria do gás natural nos últimos anos, a produção interna de gás natural não é suficiente para atender a demanda nacional, devendo o país valer-se de importação. Importando gás natural, há que se falar na incidência do imposto de importação.

Esse imposto, de competência da União, ocorre nas hipóteses do relacionamento do país com o exterior e possui como função mais importante a proteção da indústria nacional, uma vez que essa função está em mais evidência que a de pura arrecadação. Constata-se dessa afirmação a predominância da função extrafiscal do imposto em questão, pois a sua instituição já tem como objetivo direto a proteção da indústria nacional.

Segundo o art. 19 do CTN, o imposto em análise possui como hipótese de incidência a “entrada de produtos estrangeiros no território nacional”, devendo ser observado que essa deve ser feita como destinação final da mercadoria, não bastando a sua entrada física¹⁷.

No que se trata da aplicação desse imposto na cadeia do gás natural, deve ser destacado o caso do GASBOL, gasoduto entre o Brasil e a Bolívia, o qual teve a sua viabilidade já questionada em razão da dificuldade criada pelo incidente diplomático entre os países iniciado pela Lei dos Hidrocarbonetos boliviana, que nacionalizou todas as reservas no país. Ressaltando-se que, embora o principal meio de transporte do gás natural seja por meio de dutos, outros modais são utilizados para importação, destacando-se o gás natural liquefeito (gnl).

No ano de 2010, de acordo com dados estatísticos divulgados pela Agência Nacional do Petróleo, as importações brasileiras de gás natural aumentaram 48% frente ao período anterior, totalizando 12,6 bilhões de metros cúbicos, dos quais 77% se originaram na Bolívia. Os 33% restantes foram importados por gnl, proveniente, em sua maioria, de Trinidad e Tobago, Nigéria e Qatar¹⁸.

No tocante à extrafiscalidade do imposto sobre importação do gás natural, que é a sua principal função, destaca-se que o controle de suas alíquotas- as quais não se submetem ao princípio constitucional da anterioridade (art.150, parágrafo 1º, CF) - é de suma importância para a consolidação do setor no país¹⁹.

A proteção garantida por alíquotas justas do imposto de importação proporciona um desenvolvimento do setor e maior taxa de retorno para seus agentes. Fato indispensável para captação de maiores investimentos e aumento de produção do gás natural no país.

5.2. IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO

¹⁶ É importante lembrar o Regime Aduaneiro Especial – REPETRO também se aplica à indústria do gás natural no que tange aos bens e serviços providos a ela.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 322.

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis**. Rio de Janeiro: ANP, 2011, p 131.

¹⁹ SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p 399-400.

Da mesma maneira que o gás natural pode ser importado de fontes produtoras estrangeiras, havendo capacidade de exportação por parte da indústria nacional, haverá a incidência do imposto de exportação neste ato.

O imposto de exportação, que tem sua hipótese de incidência quando existir “saída de produtos nacionais ou nacionalizados do território nacional” nos termos do art. 23 do CTN, diferentemente do Imposto de Importação, nunca teve uma larga utilização na indústria gasífera nacional. Na América do sul não existe um mercado consumidor de gás natural maior que o brasileiro e que não se encontre perfeitamente abastecido pelas reservas nacionais. Consequentemente, o Brasil não teve a possibilidade de instalação de dutos, forma mais eficiente de transporte do gás, com destino a outros territórios, restando o problema de estudo do transporte para ser realizado por via marítima ou aérea.

Nestes termos, na atualidade, apenas pode ser levantada a hipótese altamente incomum de exportação de gás liquefeito derivado de gás natural, produto semelhante ao GLP (gás liquefeito de petróleo), que é envasado não em compactos bujões, aptos para o transporte. Todavia, continua sendo amplamente possível a aplicação do imposto, nos termos do mesmo art. 36 da lei 11.909/2009.²⁰

Vale salientar que o imposto sobre exportação é considerado como um tributo regulatório, pois visa controlar a atuação do país no comércio internacional, sendo predominante a sua função extrafiscal. O seu objetivo primordial é evitar desabastecimento no país quando os preços de certos produtos sobem no exterior, provocando a pressurização do mercado interno e o aproveitamento das mercadorias pelo mercado externo²¹.

Diante do predomínio da função extrafiscal do imposto sobre exportação, ele não se submete ao princípio constitucional da anterioridade. Assim as suas alíquotas devam estar sempre em consonância com o contexto do mercado internacional.

5.3. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Em tese, como o gás retirado de um poço não pode ser fornecido ao mercado a não ser que atenda a certos parâmetros, este gás precisa passar pela fase de processamento. Ao passar por esta fase de processamento, haveria a incidência do imposto sobre Produtos Industrializados.

O imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) possui como fato gerador “operação qualquer que modifique a natureza ou finalidade, ou aperfeiçoe um determinado produto” (Art.40, parágrafo único, CTN). A característica de produto industrializado, razão da incidência do referido imposto, é decorrente de um conceito pré-jurídico, e por isso independe de lei. Entretanto, o legislador, como ocorre com a Lei Complementar 4502/64, seguido do Decreto 7212/2007, pode determinar o que poderia ser considerado produto ou industrializado ou não para o fim de ser fato gerador do imposto.

²⁰ Art. 36. Qualquer empresa ou consórcio de empresas, desde que constituídos sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, poderão receber autorização do Ministério de Minas e Energia para exercer as atividades de importação e exportação de gás natural. Parágrafo único. O exercício das atividades de importação e exportação de gás natural observará as diretrizes estabelecidas pelo CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento do disposto no [art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991](#).

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 287-288.

O gás natural, embora tenha suas características modificadas nas unidades de processamento (UPGN) para possibilitar o transporte por meio dos dutos como dito acima, não é considerado produto industrializado para fins de incidência tributária por força de dispositivo constitucional.

O artigo 155, §3º, da Carta Maior dispõe que à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo - que seria o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - e o que trata o art. 153, I e II - Imposto sobre Exportação e sobre Importação - nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Desse dispositivo constitucional - embora não conste expressamente o gás natural - entende-se que se encontra englobado pela expressão “derivados de petróleo”. Assim, constitucionalmente é impossibilitada a aplicação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na indústria gasífera no que tange ao seu produto, em vistas que o gás natural se trata de combustível fóssil no estado gasoso.

Essa limitação ao poder de tributar presente na Constituição é a adoção de política extrafiscal pela não incidência do imposto sobre produtos industrializados na indústria do gás natural. No caso a essencialidade não foi utilizada pelo constituinte como fator para instituir uma alíquota maior ou menor, mas como fundamento para uma limitação ao poder de tributar do estado.

5.4. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

Como o gás é objeto de trocas econômicas, ele faz parte de relações contratuais que permitem a circulação enquanto produto, o que enseja a incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação está definido no art. 155, II, da Lei Maior, e é o imposto que por excelência mais gera recursos para os Estados federados, de quem é a sua competência. Tal tributo possui, portanto, predominantemente função fiscal.

Essa competência estadual do ICMS se contrapõe ao previsto na maioria de outros países em que o correspondente do ICMS é de competência federal. Assim, a consequência de se atribuir a entes menores a criação e administração de um tributo que grava toda a economia é óbvia: guerra fiscal.

O constituinte, entretanto, prevendo a guerra fiscal e buscando evitá-la, em busca da preservação do pacto federativo, estipulou os limites do ICMS, principalmente quanto ao meio de concessão de benefícios fiscais. A Lei Complementar n.85 (Lei Kandir) terminou por regulamentar o referido imposto. Ou seja, o Estado-membro instituindo o ICMS deverá seguir toda a regulamentação federal, podendo legislar apenas de modo complementar.

Na indústria do gás natural, esse imposto concorre para o aumento exponencial dos valores cobrados do produto no final da cadeia, uma vez que a produção de gás natural é em regra concentrada, e o transporte por meio de dutos com destinação diversa exige a passagem por extensões territoriais pertencentes a outros entes federados. Afora a existência de agentes

distintos na fase de transporte por dutos, o transportador e o carregador, podendo ensejar a incidência do ICMS por prestação de serviço interestadual ou intermunicipal, quando previsto na lei estadual, e a incidência do ICMS por circulação de mercadorias²².

Ademais, existem discussões acerca da titularidade da cobrança do imposto, pois, segundo o art. 2º, §1º, III, da Lei Kandir, está determinado que é o estado onde se encontra o adquirente da mercadoria que será competente para instituir o tributo, criando a indisposição dos estados produtores que não tem direito a cobrança do mesmo²³.

A utilização da extrafiscalidade do ICMS na indústria do gás natural pode ocorrer principalmente por meio das isenções, as quais podem ser conceituadas como o benefício tributário que opera no âmbito do exercício da competência, ou seja, ele retira uma parcela da hipótese de incidência da lei por meio de outra lei de tributação. Em síntese, é a dispensa do tributo que não chega a existir no plano da concreção jurídica²⁴.

A Constituição e a Lei Complementar n.87 de 1996 (Lei Kandir) determinam que a concessão de isenções para este imposto deva ser decidida em um consenso entre os Estados-membros através do Conselho Nacional Fazendária (CONFAZ), de modo a preservar o federalismo nacional perpetrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A concessão deverá ser concedida de forma unânime por todos os Estados-membros representados no CONFAZ.

Outro ponto importante a ser lembrado é a possibilidade de incidência monofásica instituída pela Emenda Constitucional nº 33, que acrescentou a alínea h ao inciso XII do art.155 da Constituição²⁵. No entanto, esse instituto para ser aplicado depende de uma lei complementar que o regule, a qual ainda não foi editada.

5.5. CONTRIBUIÇÕES

As contribuições são as típicas intervenções custeadas pela tributação. Elas são recursos arrecadados pela União²⁶, art. 149 da Constituição, que tem como objetivo ser investidos em atuações nas respectivas áreas. Em outras palavras, trata-se de um tributo vinculado. Essa forma tributária tem se tornado bastante usual no Brasil, uma vez que as receitas arrecadadas pela União, não são passíveis de repartição com os demais entes federativos. Assim, o poder federal central mantém sob a sua vigilância e fiscalização os investimentos decorrentes desta receita.

²² YV, Maytta Andrade Santos; MENDONÇA, Fabiano André de Souza **A Tributação do Icms na Cadeia do Gás Natural**. Disponível em: <www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0301_05.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.

²³ Sobre o tema indica-se a leitura do inteiro teor da decisão da ADIN nº3019, que trata da lei 4117/03 – a Lei Noel – do Rio de Janeiro.

²⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.242.

²⁵ 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; § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: XII - cabe à lei complementar: h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

²⁶ Com exceção da contribuição para custeio dos serviços de iluminação pública, de competência dos Municípios e Distrito Federal (art.149-A, CF).

No que tange à indústria do gás natural as contribuições que possuem maior peso e importância são: a) CIDE Combustível; b) PIS – Programa de Integração Social; c) a contribuição para financiamento da seguridade social (Confins).

A CIDE combustível é disciplinada pela Lei n. 10.336/2001 que determina como fato gerador a importação e a comercialização de gás natural (art.1 c/c art.3). Os recursos provenientes de sua arrecadação serão investidos em pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e financiamento de programas de infraestrutura de transportes (art.1, § 1º).

A mesma lei definiu a alíquota da CIDE em R\$250,00 por toneladas para o gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural e de nafta (art.5). Enquanto a alíquota para gasolina e suas concorrentes e para o diesel foi recentemente alterada pelo Decreto 7591/2011, que passa a vigorar a partir de 30 de junho de 2012, reduzindo às R\$ 91,00 (noventa e um reais) por metro cúbico e R\$ 47,00 (quarenta e sete reais) por metro cúbico, respectivamente. O gás natural mais uma vez deixado de lado.

O PIS/COFINS, por sua vez, é regido pela Lei n 9.718/98, a qual determina a alíquota em 10,2% e 47,4% incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gás liquefeito de petróleo - GLP derivado de petróleo e de gás natural (art.4, III). Enquanto, sobre a receita bruta decorrente da venda de gasolinas e suas concorrentes, exceto gasolina de aviação, a alíquota é de 5,08% (cinco inteiros e oito centésimos por cento) e 23,44% (vinte inteiros e quarenta e quatro centésimos por cento), respectivamente.

6. CONCLUSÃO

As medidas de regulação e intervenção do Estado no domínio econômico devem ser implementadas de modo sistemático e harmonioso, sob pena de seus objetivos serão fracassados pelas suas incongruências.

O Estado, nos últimos anos, vem buscando a diversificação da matriz energética brasileira na tentativa de diminuir a dependência predominante do petróleo e seus derivados. O gás natural foi elevado como a grande solução pela Política Nacional Energética. Dessa forma, a regulação unificada do petróleo-gás, que abrangia toda a cadeia produtiva independentemente das particularidades inerentes ao gás, foi modificada pela Lei 11.909/2009. Esse diploma normativo visou adequar as normas incidentes no setor a suas particularidades.

Essa adequação norma regulatória com o setor regulado é primordial para o ganho de eficiência e transparência das atividades desenvolvidas. Assim, a Lei do Gás buscando o desenvolvimento da indústria gasífera nacional trouxe novos institutos de investimentos, a possibilidade de maiores atuações privadas, como a construção de gasodutos privados, maiores níveis de concorrência, regras mais claras e um maior controle estatal.

A extrafiscalidade tributária, entretanto, que é outro meio de regulação por indução da economia não foi modificada para o setor. A nova regulação modificou toda a estrutura contratual do transporte do gás natural por meio de dutos e a legislação tributária permanece a mesma.

No tocante às contribuições, por exemplo, na indústria gasífera nacional continua a incidir as maiores alíquotas quando comparadas com suas matrizes energéticas concorrentes. Até mesmo as últimas alterações realizadas pelo Decreto 7591/2011 deixou inalteradas as referente ao gás liquefeito derivado do petróleo e do gás natural. O ICMS, por sua vez, continua com sua forte incidência e inclusive persistindo o problema referente à dualidade de incidência na fase de transporte pela dualidade contratual presente. Fato que poderia ser resolvido pela regulamentação da incidência monofásica, a qual ainda não ocorreu.

Conclui-se, então, a ocorrência de uma disparidade entre a regulação por meio da direção e entre a regulação por meio da indução através da extrafiscalidade na indústria do gás natural no Brasil. Os objetivos desejados dependem de uma harmonia entre as duas regulações para que sejam alcançados através de crescimento econômico e de crescimento social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e B combustíveis**. Rio de Janeiro: Anp, 2011.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMACHO, Fernando Tavares. **Regulação da Indústria de Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Interciência, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOSS, Giovani Ribeiro. **A Regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

SILVA, Anderson Souza. **Regulação do Livre Acesso no Transporte de Gás Natural à Luz da Ordem Econômica da Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito pela UFRN). Orientada por Prof. Yanko Marcius de Alencar Xavier. Natal, 2007.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos . A capacidade contributiva na tributação extrafiscal. In: DOMINGUES, José Marcos (coord.). **Direito Tributário e Políticas Públicas**. São Paulo: Mp Editora, 2008.

YYV, Maytta Andrade Santos; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **A Tributação do Icms na Cadeia do Gás Natural**. Disponível em:
<www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0301_05.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2011.