

Preço dos combustíveis e o ICMS: A base de cálculo e o desvirtuamento do tributo (1)

Marcel Alcades (2)
Pâmela Gottardini (3)
Pâmela Ramagnoli (4)

A propósito da prorrogação do congelamento do ICMS sobre combustíveis, decidido por unanimidade pelo Confaz, em 27 de janeiro de 2022, cumpre uma reflexão sobre o uso do tributo, sua função e importância na formação do preço e a inserção das recentes condutas tomadas pelos poderes executivos estadual e federal e pelo poder legislativo no sistema do direito tributário brasileiro.

Visando dar alguma uniformidade sobre o imposto estadual sobre combustíveis, os Estados, por meio do Confaz, editaram o Convênio nº 110/2007. A despeito de inúmeras possibilidades de análise das normas ali contidas, vamos nos restringir em relação ao valor do ICMS a ser recolhido na venda desses produtos.

O ICMS é devido por substituição tributária, sendo que sua base de cálculo se baseia no Preço Médio ao Consumidor Final (PMPF), o qual é estabelecido baseado no preço médio cobrado na bomba de combustível nos últimos 15 dias — o que foi estabelecido de comum acordo entre os Estados. Sobre essa base de cálculo incidirá a alíquota estabelecida por cada Estado e o Distrito Federal.

Em meio à alta dos preços dos combustíveis, os Estados definiram, em novembro de 2021, o congelamento do PMPF, que teria como prazo final o dia 31 de janeiro de 2022, tendo os governadores decidido pela extensão até 31 de março de 2022.

Recentemente, os governadores até chegaram a sinalizar que manteriam o congelamento limitado ao prazo original, contudo, no último dia 27, o Confaz aprovou, por unanimidade, a prorrogação desse congelamento. Também no âmbito federal, há expectativa de que o governo venha a aplicar medidas tributárias frente ao cenário de alta de preço no setor.

Do exposto, surge uma pergunta automaticamente: pode o montante do ICMS ser calculado conforme critérios que não correspondem efetivamente à grandeza econômica perseguida pelo tributo, qual seja, o valor de venda?

Mas não é só: os Estados estabelecem alíquota que não refletem a essencialidade do produto. A título exemplificativo, hoje temos alíquota de 34% sobre combustíveis no Rio de Janeiro, ao passo que em São Paulo a alíquota do ICMS incidente sobre esses produtos é 25%.

Ora, de um lado, há uma imensa discussão sobre a importância do produto ao desenvolvimento do país. De outro, há, por aqueles que se dizem preocupados com o aumento dos preços, o estabelecimento de alíquotas desconsiderando essa importância.

Em relação à importância do produto, tivemos recentemente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) vedando alíquotas majoradas de ICMS (acima de 17%) sobre energia elétrica e telecomunicações, em virtude da essencialidade dessas mercadorias e serviços. Tal decisão pode impactar diretamente o setor de combustíveis, já que esse, sem dúvidas, pode também ser considerado como essencial à luz do princípio da seletividade que rege o ICMS.

O cenário ainda é composto pela tramitação no Congresso de diversos projetos de lei voltados a modificar o tratamento tributário conferido aos combustíveis. Entre eles, vale destacar:

– Projeto de Lei Complementar nº 11/2020, já aprovado pela Câmara dos Deputados e pendente de apreciação pelo Senado Federal. Entre outras medidas, estabelece que o ICMS será devido em valor fixo por litro de combustível, sendo que o seu valor máximo corresponde à aplicação da alíquota definida pelo Estado (vigente em 31 de dezembro do ano anterior) sobre a média de preços praticados nos últimos dois anos.

– PLP 16/2021, acrescido ao PLP 11/2020, define que o ICMS devido ao Estado de destino, com incidência uma única vez, seja mediante a aplicação de alíquota única para cada produto para todo o país definidas pelo Confaz. Tal alíquota poderia ser alterada durante o ano desde que respeitada a noventena.

Há ainda outros projetos de lei em tramitação no Senado, desvinculados do PLP 11/2020, cujo intuito é reduzir os preços dos combustíveis. É o caso do PL 1472/2021, que estabelece diretrizes para política de preços de combustíveis, além de criar um fundo de estabilização de preços e um imposto de exportação incidente sobre petróleo bruto.

Diante disso, nos parece que a essencialidade do produto tão disseminada pelos agentes políticos envolvidos deve estar refletida no quanto de ICMS a ser pago e na uniformidade desse tratamento em território nacional. Mais do que isso, a essencialidade do tributo demanda regras claras a fim de estabelecer o mínimo de segurança aos envolvidos, uma vez que, caso fôssemos falar de toda a complexidade operacional para se calcular o tributo desses produtos, um estudo dessa extensão não serviria nem para começo de conversa. Nesse sentido, o conteúdo do PLP 16/2021 é o que mais se adequa a essas diretrizes, desde que as alíquotas sejam definidas de forma coerente.

Diante do contexto atual, o foco e energia devem se concentrar em estabelecer uma tributação de acordo com a essencialidade do produto e que busque refletir a grandeza econômica perseguida pelo ICMS, qual seja o valor de venda.

A perseguição de alternativas que não se baseiam nesses pilares para garantir a arrecadação é assunto de outra esfera que não a tributária, sendo que qualquer medida que defina a incidência de tributos com esse intuito será questionável.

(1) Artigo publicado no Estadão. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/preco-dos-combustiveis-e-o-icms-a-base-de-calculo-e-o-desvirtuamento-do-tributo/>. Acesso em 09 de fevereiro de 2022.

(2) *Marcel Alcades é sócio do Mattos Filho.*

(3) *Pâmela Gottardini é sócia do Mattos Filho.*

(4) *Pâmela Ramagnoli é advogada do Mattos Filho.*