

8. O relato da seqüência de atos praticados com o objetivo de re-mitir os créditos do Estado na matéria de que aqui se cuida evidencia que deixou de materializar-se o último elo, que seria a Resolução do Secretário de Fazenda, representativo do "ato específico" requerido pelo Decreto. Cumpriria, ainda, atentar para o disposto no art. 172 do Código Tributário Nacional, que condiciona a remissão a "despacho fundamentado da autoridade".

9. É quanto basta, a meu ver, para apoiar a conclusão de que não houve, no caso, a outorga da remissão.

10. Ao Estado, o Convênio ICM 19/88 concedeu mera *autorização*, que não chegou a ser exercida, como se viu. Na verdade, o Convênio não remitiu os créditos considerados, mas apenas facultou ao Estado remitir os que lhe aprouvesse, o que este não chegou a fazer, pois o Decreto n.º 11.631/88 não teve esse alcance.

11. A doutrina, com farto apoio jurisprudencial, já deixou suficientemente claro que a lei anterior, incompatível com o texto da nova Constituição, entende-se revogada por esta (cf. RONALDO POLETTI, "Controle da Constitucionalidade das Leis", Forense, 1985, p. 162).

12. Ha hipótese sob exame, o parágrafo 1.º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressamente declara ficarem revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967, significando, no caso da concessão de benefícios fiscais, que não há mais como falar em convênios para esse fim.

13. Concluo, pois, que depois de 5 de outubro de 1988 o Secretário Estadual de Fazenda perdeu competência para conceder a almejada remissão, estando caducos o Convênio ICM 19/88 e o Decreto n.º 11.631/88, por incompatibilidade com a nova Constituição.

É o que me parece,
S.M.J.

Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 1988.

Hugo Maurício Sigelmann
Procurador do Estado

VISTO.

De acordo com o Parecer n.º 10/88-HMS
Ao Gabinete Civil
Em 22 de dezembro de 1988.

José Eduardo Santos Neves
Procurador-Geral do Estado

Parecer n.º 21/89, de Arthur José Favaret Cavalcanti

1 — As disposições do Convênio ICM 66/88 e da legislação estadual que incluem, nos territórios dos Estados e Municípios litorâneos, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva. 2 — O artigo 20 da Constituição Federal trata do direito de propriedade, não autorizando concluir que os bens a que se refere estejam fora dos territórios dos Estados. 3 — Os Estados são obrigatoriamente divididos em Municípios. 4 — Com exceção das áreas do Distrito Federal e dos Territórios Federais, todas as demais porções do território nacional integram o território de algum Estado. 5 — A Constituição não adota o princípio da territorialidade como critério para dividir entre os Estados a competência tributária quanto ao ICMS. 6 — A constitucionalidade dos dispositivos em exame.

Sr. Procurador-Chefe:

1. O problema com que nos deparamos consiste em saber se conflitam com a Constituição Federal o § 8.º do artigo 27 do Convênio ICM 66/88 e o § 8.º do artigo 32 da Lei Estadual n.º 1.423/89, dispositivos esses que estabelecem, para fins de aplicação da legislação do ICMS, que a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integram o território do Estado e do Município com que confrontem.

O segundo dos dispositivos citados é uma reprodução do primeiro, que tem o seguinte teor:

“§ 8.º — Para os fins destas normas, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integram o território do Estado e do Município que lhes é confrontante.”

2. A Constituição Federal não contém regras concernentes à determinação do território nacional. Menos ainda se preocupou o constituinte com os territórios de Estados e Municípios. A Constituição se limita a listar, no artigo 20, os bens pertencentes à União, e, no artigo 26, os pertencentes aos Estados. Desnecessário dizer que o fato de o artigo 20 incluir o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva entre os bens da União, não autoriza concluir que não façam eles parte do território de qualquer dos Estados. O artigo 20 trata do direito de propriedade e não de jurisdição. Todos os bens ali mencionados, como, por exemplo, os terrenos de marinha, as terras devolutas, as terras dos índios, podem estar, e normalmente estão, dentro do território de algum Estado. O mesmo, portanto, pode

ocorrer com o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.

O que nos cumpre investigar é se isso de fato acontece.

Para avaliar a constitucionalidade dos dispositivos em exame, é preciso determinar:

1.º) quais as porções do território nacional que não constituem território de Estados Federados e verificar se o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva estão nelas compreendidas e

2.º) se há porções dos territórios dos Estados que não sejam também território de algum Município.

Inicialmente buscaremos responder à segunda dessas questões, enfrentando, em seguida, a primeira.

3. A Constituição pode dar margem a dúvidas quanto à possibilidade de existirem porções dos territórios dos Estados que não sejam território de algum Município. Essas dúvidas resultam do que dispõe o § 4.º do artigo 18:

“§ 4.º — A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.”

O dispositivo acima transcrito cogita da criação, ao lado da fusão e do desmembramento, de Municípios. Poder-se-ia talvez argumentar que se todo o território dos Estados devesse obrigatoriamente estar dividido em Municípios, a criação de novos Municípios resultaria necessariamente de fusão ou desmembramento de Municípios já existentes. Assim, bastaria que a Constituição se referisse a fusão e desmembramento, sem necessidade de falar em criação. O dispositivo acima transcrito parece, assim, sugerir ser possível dar origem a novos Municípios sem fusão ou desmembramento de Municípios existentes, o que implicaria a possibilidade de existirem porções de território de Estado não ocupados por qualquer Município.

Uma tal conclusão nos parece, contudo, equivocada. Hoje não há qualquer Estado cujo território não esteja integralmente dividido em Municípios. De modo que, para tornar possível a criação de novos Municípios, sem ser por desmembramento ou fusão, seria preciso primeiro extinguir um ou mais dos atuais Municípios. A Constituição cogita de extinção de Estados pela sua conversão em território federal (art. 18, § 3.º). E quanto aos Municípios, aparentemente a sua extinção está implicitamente admitida, quando estejam eles situados em Território Fe-

deral (art. 33). O § 4.º do artigo 18 trata, porém, de Municípios em territórios de Estados. Se fosse possível a extinção de tais Municípios, essa possibilidade deveria estar contemplada no referido dispositivo, o que não acontece. E se não é possível a extinção, a criação de Municípios é um gênero a que pertencem, como únicas espécies, o desmembramento e a fusão. Em outras palavras: toda área integrante do território de algum Estado integra também o território de algum Município.

Essa conclusão é ainda corroborada por outra sorte de considerações. Há na Constituição uma regra segundo a qual é vedada a divisão do Distrito Federal em Municípios (art. 32) e outra que admite, mas não obriga, a divisão dos Territórios Federais em Municípios (art. 33, § 1.º). Essas regras pressupõem uma regra geral mais ampla, de que elas são exceções, que é a da divisão de todo o território nacional em Municípios. Com efeito, se também aos Estados fosse facultado a não divisão de seus territórios em Municípios, deveria haver uma regra estabelecendo em que condições isso seria possível. E se fosse sempre possível, não se justificaria a exceção em favor dos territórios.

A segunda das duas indagações em que se desdobra a questão proposta está pois respondida: os Estados têm o seu território integralmente dividido em Municípios, não havendo, assim, qualquer porção do território de um Estado que não seja também território de algum Município.

4. Voltemos agora a nossa atenção para a questão de saber quais as porções do território nacional que não constituem território de algum dos Estados Federados.

A Constituição a esse respeito é absolutamente clara: tais porções do território nacional são apenas as ocupadas pelo Distrito Federal (art. 32) e pelos Territórios Federais (art. 33).

Obviamente, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva não integram o Distrito Federal. Também não fazem parte de qualquer Território Federal. Logo, não é difícil concluir que integram os territórios dos Estados, cabendo apenas perquirir qual a parte que toca a cada Estado.

Evidentemente, o critério a ser utilizado para dividir entre os Estados o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental deve ser o mesmo que serviu para a sua divisão entre o Brasil e as nações vizinhas. Ou seja, integram eles o território do Estado em frente a cujo litoral se situem. Portanto, exatamente o que prescrevem o § 8.º do art. 27 do Convênio ICM 66/88 e o § 8.º do art. 23 da Lei n.º 1.423.

São, assim, perfeitamente constitucionais os dispositivos em exame, quando estabelecem que o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva integram os territórios dos Estados com que confrontem.

Já vimos que tudo aquilo que é território de um Estado é também território de algum Município. E obviamente o critério de apropriação dos referidos bens aos territórios municipais deve ser o mesmo utilizado na sua divisão entre o Brasil e as nações vizinhas e entre os Estados, ou seja, o critério da confrontação.

Os dispositivos em exame, portanto, são também compatíveis com a Constituição, ao incluírem nos territórios dos Municípios litorâneos as porções do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva com que confrontem.

Aliás, a única crítica que se poderia fazer a tais dispositivos é a de serem desnecessários. Com efeito, ainda que eles não existissem, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva integrariam os territórios dos Estados e Municípios confrontantes, que podem, assim, exercer livremente, nessas áreas, a competência tributária que lhes é conferida pela Constituição.

5. Ainda, porém, que admitíssemos para argumentar que o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental não integrassem o território de qualquer dos Estados Federados, os dispositivos em exame seriam compatíveis com a Constituição.

Há uma certa superstição jurídica em torno do princípio da territorialidade das leis, ao qual são atribuídos muitas vezes poderes mágicos. Segundo tal princípio, as leis de cada Estado soberano seriam obrigatórias apenas dentro do respectivo território. É certo que, em regra, os comportamentos admissíveis em cada território são as ações e abstenções que não tenham sido vedadas pelo Estado soberano a que pertence o território. Mesmo, porém, entre Estados soberanos a aplicação do princípio não é absoluta. A imposição por um Estado do cumprimento do seu direito fora do seu território depende apenas de sua capacidade de fazer eficazes os efeitos extraterritoriais de suas leis.

Mas se o princípio da territorialidade não é de aplicação absoluta em direito internacional, a sua relevância é ainda menor quando se trate de dividir competências tributárias entre Estados integrantes de uma Federação. A adoção ou não do princípio da territorialidade das leis tributárias converte-se, então, em matéria de livre opção do constituinte.

O problema com que nos defrontamos consiste, pois, em saber se a Constituição, ao tratar de competência impositiva dos Estados, no que respeita ao ICMS, adotou, ou não, o princípio da territorialidade, segundo o qual seria cabível a cada Unidade da Federação tributar apenas as operações ocorridas em seu território.

Essa indagação encontra resposta no inciso XII, do § 2º do art. 155, que reza:

.....
XII — cabe à lei complementar:
.....

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; (Grifamos).
.....”

Obviamente, o dispositivo acima transcrito não teria razão de ser se cada Unidade da Federação pudesse tributar apenas as operações ocorridas em seu território. O local da operação seria então o território do Estado em que ela ocorresse. A sua determinação resultaria da mera constatação geográfica, e não haveria o que fixar por lei complementar. É evidente, assim, que o propósito do constituinte foi admitir a possibilidade de um Estado exigir o imposto relativo a operações ocorridas fora do seu território, como já acontecia no regime anterior, em casos de substituição tributária.

Portanto, não estando sujeita ao princípio da territorialidade, tem a lei complementar ampla liberdade para fixar o local da operação, ou, em outras palavras, qual a Unidade da Federação com competência legislativa para tributar a operação e se constituir no sujeito ativo da obrigação tributária.

Ora, o Convênio ICM 66/88 tem força de lei complementar, consoante o § 8º do art. 34 das Disposições Constitucionais Transitórias. Poderia ele, portanto, considerar como realizadas nos Estados confrontantes as operações ocorridas no mar territorial, na plataforma continental e em zona econômica exclusiva, mesmo que tais porções do território nacional não fossem também porções dos territórios desses Estados.

6. Em síntese, pois, o § 8º do art. 27 do Convênio ICM 66/88 e o § 8º do art. 32 da Lei Estadual n.º 1.423/89, são compatíveis com a Constituição, porque:

- a) O mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva integram realmente os territórios dos Estados e Municípios com que confrontam;
- b) Mesmo que assim não fosse, subsistiria a constitucionalidade dos dispositivos em questão, pois, para fins de repartição da competência tributária em matéria de ICMS, o local em que uma operação é praticada não depende de mera constatação geográfica, mas do que tenha sido estabelecido em lei complementar, que pode dividir tal competência sem observância ao princípio da territorialidade.

Arthur José Faveret Cavalcanti
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o parecer do Procurador ARTHUR JOSÉ FAVERET CAVALCANTI.

a) Ao Centro de Estudos Jurídicos, para extrair as peças necessárias à publicação do referido parecer na Revista de Direito desta Procuradoria.

b) Extraíam-se cópias para o Gabinete Civil, a Secretaria de Estado de Fazenda e a Secretaria de Planejamento.

Após, à PG-3.

Em 03 de agosto de 1989

José Eduardo Santos Neves
Procurador-Geral do Estado

Parecer n.º 32/89, de Maria Fernanda Valverde

ROYALTIES pela exploração de petróleo: possibilidade de o Estado dar essa receita em garantia de empréstimo. A Lei Federal n.º 7453, de 27.12.85, em face da Constituição Federal: inconstitucionalidade por violação ao princípio constitucional da autonomia do Estado, com nítida invasão de competência. Lei estadual n.º 287, de 4/12/79, art. 80.

Consulta-se esta especializada quanto à possibilidade de o Estado oferecer em garantia de empréstimo os *royalties* que recebe da PETROBRÁS pela lavra de petróleo efetuada no território estadual.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 167, inciso IV, veda a vinculação de receitas de impostos a quaisquer despesas, ressalvado dessa restrição as transferências da União decorrentes da repartição do produto da arrecadação de certos impostos federais, a destinação de recursos para o ensino, e a *prestação de garantias* às operações por antecipação de receita.

Da norma constitucional se infere que a proibição de vincular receita a eventuais despesas, inclusive as decorrentes do não — cumprimento de obrigação assumida em operação de crédito, se restringe a *impostos*, com as ressalvas que a própria Constituição enumera, referidas anteriormente.

Está, assim, livre o Estado para dar em garantia receitas outras que não tenham a natureza jurídica de impostos.

Os *royalties* oriundos da lavra do petróleo têm a natureza de uma *receita originária*, porquanto é o próprio setor público que gera tal riqueza, na medida em que resulta da exploração de recursos do patrimônio do Estado.

O grande tributarista ALBERTO XAVIER, ao tratar da tributação internacional da renda, conceitua o *royalty*, tal como concebido no direito interno:

“é uma categoria de rendimentos que representa a *remuneração pelo uso, função ou exploração de determinados direitos*, diferenciando-se assim, na sistemática da legislação do imposto de renda, dos aluguéis que representam a retribuição do capital aplicado em bens corpóreos e dos juros que exprimem a contrapartida do capital financeiro”. (“Direito Tributário Internacional do Brasil”. S.P., *Resenha Tributária*, 1977, p. 282 — g. n.)

E prossegue o grande tributarista:

“No direito interno, os direitos que dão lugar à percepção