

ICMS sobre a extração de petróleo e a nota fiscal divina

Dias atrás, quando comentamos com nosso sócio Jorge Alex Athias, responsável pela área de direito ambiental do escritório, que o Estado do Rio de Janeiro havia instituído a cobrança de ICMS tendo por fato gerador a operação de extração de petróleo, o comentário bem-humorado foi: *E quem emitirá a Nota Fiscal? Deus?*

Essa frase lembrou-me o Samba da Benção, de Vinícius de Moraes, o qual só acreditaria que existisse mais de uma vida se fosse provado “*com certidão passada em cartório do céu, e assinado em baixo: Deus. E com firma reconhecida!*” Desculpem os leitores, mas a situação é realmente tragicômica.

Brincadeiras à parte, o assunto é muito sério e possui enormes implicações econômicas, envolvendo não apenas a cobrança de ICMS sobre a área de extração de petróleo, objeto inicial da legislação carioca, mas envolvendo todas as operações relativas à atividade primária da economia. Caso validada esta norma, nada impediria que fosse criada uma incidência de ICMS entre a jazida de minério e sua atividade extrativa. Ou na colheita da soja. Pensem só na imagem: uma colheitadeira, daquelas toda automatizada, que ceifa de um lado e joga o produto debulhado no outro, entre estas duas fases, no meio daquela máquina, surge um aparelho de Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para arrecadar o ICMS. A pergunta nem é “onde iremos parar?”, mas “onde chegamos?”

Nos últimos momentos de 2015 o Estado do Rio de Janeiro surpreendeu com a publicação de duas leis tributárias diretamente voltadas à atividade petrolífera. São elas (i) a Lei 7.183, que pretende fazer incidir o ICMS sobre “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*”^[1] — de maneira que os movimentos do petróleo extraído, inclusive sua só extração, tornam-se fatos geradores do tributo; e (ii) a Lei 7.182, que cria a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização Ambiental das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Produção de Petróleo e Gás (TFPG), que se pretende uma Taxa para remunerar a atividade estatal de fiscalizar a atividade petrolífera quanto ao cumprimento da legislação ambiental.

Ambas as normas se revelam juridicamente precárias. Queremos, ainda que sinteticamente, apresentar os principais pontos que assim indicam. Concentremo-nos no ICMS, deixando a Taxa para outro artigo.

Para ir direto ao ponto: o ICMS incide sobre a *operação de circulação* de mercadorias. E na extração do petróleo, e suas movimentações posteriores antes da alienação, não há circulação — ao menos não circulação *jurídica*. Como bem aponta Carrazza, “[o ICMS] *deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que (...) acarrete a circulação da mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade (...) só pode ser exigido quando comerciante, industrial ou produtor pratica um negócio jurídico que transfere a titularidade de uma mercadoria*”, de maneira que “*não se pode considerar ocorrido o fato imponible do ICMS*”^[2] “*em momento anterior à ocorrência da operação mercantil*”. Por isso mesmo a Súmula 166 do STJ há muito afirma não incidir o tributo na transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

É o que ocorre na extração mineral e petrolífera. Não há uma operação de circulação jurídica que autorize a exigência do ICMS. Embora as *jazidas* de petróleo sejam da União, os *barris* só existirão após extraídos. Não se pode falar que há uma “transmissão do domínio dos barris”.

Como destaca Floriano de Azevedo Marques Neto, “o bem público (jazida) não é alienado ao particular, mas apenas objeto de um direito de exploração que implica na outorga de um uso privativo”, o que “não afeta a propriedade da União sobre os bens imóveis não extraídos”[\[3\]](#).

O particular, portanto, explora a jazida e obtém, originariamente, o domínio do barril de petróleo — por isso mesmo a legislação (9.478/1997) fala em *produção* de petróleo (extração de uma jazida), e não em “compra”, “aquisição” ou algo similar. Vale lembrar mesmo que o art. 176, em relação aos minérios, trata da “propriedade do produto da lavra”, ao passo em que os “recursos minerais” (jazidas) são de propriedade da União. Será *mercadoria* (e não mais *recurso mineral*) apenas após extraído, produzido.

É relevantíssima a ressalva de Marco Aurélio Greco: ao permitir que o particular explore a jazida, o Estado brasileiro não lhe está transferindo nada. Se ele, ao final, é proprietário daquele barril de petróleo, não o foi por conta de uma operação mercantil negocial; foi, sim, por sua própria exploração, esta que foi permitida pelo Estado brasileiro[\[4\]](#).

E mesmo que assim não fosse, criar uma incidência para o ICMS seria aceitar que a União *vende* petróleo ao particular, o que notadamente não é verdadeiro. Petróleo não é, para a nação, um bem do comércio. As jazidas estão intrinsecamente ligadas ao interesse nacional, à segurança energética. Não é de se deixar passar em branco o relevantíssimo papel que o domínio sobre os recursos minerais exerce sobre a noção de soberania. O controle sobre as fontes de energia é fundamental ao livre desenvolvimento das nações, evitando dependência tecnológica, impulsionando a produção interna, e atuando também na saúde macroeconômica do país[\[5\]](#). Assim é que a vinculação dos recursos minerais com a soberania já foi reiteradamente afirmada, com destaque para a Resolução da ONU 1.803/1962 e para a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, de 1974.

Daí que, observada a carga de interesse público e soberania relacionadas à atividade de produção de petróleo, cabe afastar completamente a hipótese de se tratar de uma *operação mercantil*, passando a visualizá-la, antes, como uma atividade de caráter público – afinal, para que possa haver a lavra/extração, é necessária expressa, especial e específica autorização do poder público. Não sendo *operação mercantil*, não há ICMS.

Em síntese: não há operação de circulação de mercadoria porque não há *operação*, não há *circulação* e não há *mercadoria*. Não pode haver incidência do ICMS. Assim como não incide o imposto quando o sujeito retira o fruto da natureza, nem quando pesca o peixe, nem quando obtém a madeira cortando a árvore. Já imaginaram? Se ainda houvessem laranjeiras, no *bairro de laranjeiras* na cidade do Rio de Janeiro, o Estado poderia criar uma incidência de ICMS de cada fruta que fosse retirada da árvore. O mesmo vale para outros locais, igualmente belíssimos, como a *cidade das mangueiras*, Belém do Pará. Aqui em São Paulo não há pé de frutas nas calçadas... pior para o Alckmin, que não pode criar essa incidência.

Cabem ainda três breves observações:

Primeira. A exação trazida pela Lei 7.183 reprisa o que já se havia tentado fazer através da chamada “Lei Noel”, Lei 4.117/2003 (apresentada pelo deputado estadual Noel de Carvalho) que previa a incidência do ICMS sobre “operação de extração de petróleo”, sendo fato gerador a “extração do petróleo, quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção”, e tendo por base de cálculo “o preço de referência do petróleo”. O tema gerou diversos debates, preponderando claramente a noção de que tal tributação seria inconstitucional. A matéria foi levada ao STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.019, que ainda espera julgamento. Há Parecer da Procuradoria-Geral da República pela procedência da ação; assim como parecer do ministro aposentado do STF Carlos Mário da Silva Velloso, no mesmo sentido. Em síntese: o que o Estado do Rio de Janeiro está tentando fazer é o mesmo que era feito anteriormente acerca de *guerra fiscal*. Revogava-se a lei e estava extinta a ADIn. Porém o STF mudou seu entendimento acerca desse *jeitinho jurídico* de fazer as coisas, e deve julgar, no mérito, tanto a ADI 3.019, quanto esta nova Lei, contrafação daquela *sub judice*.

Segunda. Sustenta-se que a incidência de ICMS sobre a exploração de petróleo foi explicitamente debatida na Assembleia Constituinte. Mais: que a própria razão de ser dos royalties (que beneficiam em grande parte o Estado onde está localizada a jazida, seja em seu território direto, seja na projeção estabelecida pelas “linhas geodésicas ortogonais que se estendem ao mar) se daria interfederativamente como uma compensação. Então, a inclusão do §1º do artigo 20 na CF/88 seria justificada pela decisão política de cobrança de ICMS sobre petróleo (e seus derivados) no Estado de destino — e não no Estado de origem (CF, artigos 155, § 2º, X, b). Tal posição foi defendida, especialmente pelo então ministro do STF Nelson Jobim, em pelo menos duas oportunidades: quando do julgamento do MS 24.312;[\[6\]](#) e no julgamento do RE 198.088[\[7\]](#). De fato, análise das atas do processo constituinte demonstra que ocorreu um “acordo político” no sentido exposto por Jobim[\[8\]](#).

Não se quer aqui sustentar que uma interpretação de cunho tão somente histórico deva preponderar ou se sobrepor a outros métodos hermenêuticos. Longe disso — de fato não acreditamos que assim seja[\[9\]](#). Mas, em se tratando de elemento presente neste debate, deve ser considerado — afinal, diz-se que a Lei 7.183 estaria a corrigir “resultados danosos” trazidos pela exigência do tributo no destino[\[10\]](#).

Terceira. Vale considerar que a alteração proposta pela Lei, tributando o movimento da jazida até o particular explorador, teria sérios impactos na partilha do ICMS entre Municípios (quota-parte; divisão pelo critério do Valor Adicionado Fiscal – VAF). No presente, os municípios onde se dá a exploração são desproporcionalmente beneficiados por este critério, já que se considera que a “mercadoria” entrou no estabelecimento do particular pelo valor zero, então “agregando” todo o seu preço (diferente do município que sedia uma fábrica, por exemplo, já que seus insumos entram pelo valor de compra, daí que o “agregado” é o valor de venda menos o de compra). Com sensível alteração nas expectativas fiscais dos Municípios, este aspecto do tema deve ser enfrentado.

Enfim, deixemos Deus fora disso. Ele já tem problema demais para resolver. Minério e petróleo só dão uma safra, e no local por Ele estabelecido. Não será demais exigir que Ele ainda emita nota fiscal para quem extrai ou explora petróleo?

[1] Estranhamente a consulta da íntegra do texto da Lei no sítio da ALERJ não traz seu artigo 1º:
<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/55d64b8c7af9441c83257>

[2] CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 42-47.

[3] BERCOVICI, Gilberto. Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais. São Paulo: Quartier Latin, 2011. P. 290.

[4] GRECO, Marco Aurélio. Revista Dialética de Direito Tributário nº 100. P. 138.

[5] BERCOVICI, Gilberto. Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais. São Paulo: Quartier Latin, 2011. P. 234. “A soberania energética é um componente essencial da soberania econômica nacional, pois abrange um setor chave da economia do país. O Estado deve tomar decisões autônomas sobre a produção e destino dos seus recursos energéticos, planejando o seu desenvolvimento e evitando a dependência tecnológica e de fatores externos para a produção de energia.”

[6] MS 24312, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19.02.2003, DJ 19.12.2003.

[7] RE 198088, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 17.05.2000, DJ 05.09.2003.

[8] SCAFF, Fernando Facury. Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 135-148.

[9] Essas observações foram melhor desenvolvidas por Fernando Facury Scaff: trabalhando com os cânones da doutrina nacional sobre hermenêutica jurídica, identifica, nas decisões do Supremo Tribunal Federal que acataram as intervenções de Nelson Jobim, a adoção da “criticada e vetusta sistemática da mens legislatoris”. Em: Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 162,

[10] http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=51518

Date Created

15/01/2016