



Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

Identificação petição	8417/2016
Classe	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Petição	2016/8417
Hipótese	Lei ou ato normativo estadual
Identificação do processo	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5481
Numeração Única	00298903620161000000
Data	29/2/2016 14:13:48.673 GMT-3
Assunto	1-Competência Tributária(DIREITO TRIBUTÁRIO Limitações ao Poder de Tributar Competência Tributária)
Preferências	Medida Liminar
Partes	ABEP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GAS (REQUERENTE(S)-Ativo) Advogados: TIAGO CONDE TEIXEIRA(ADVOGADO(A/S)) EDUARDO MANEIRA(ADVOGADO(A/S)) DONOVAN MAZZA LESSA(ADVOGADO(A/S))

Peças	<ol style="list-style-type: none">1 - Petição inicial 1(Petição inicial)2 - Procuração e substabelecimentos 1(Procuração e substabelecimentos)3 - Procuração e substabelecimentos 2(Procuração e substabelecimentos)4 - Documentos comprobatórios 1(Documentos comprobatórios)5 - Documentos comprobatórios 2(Documentos comprobatórios)6 - Documentos comprobatórios 3(Documentos comprobatórios)7 - Documentos comprobatórios 4(Documentos comprobatórios)8 - Documentos comprobatórios 5(Documentos comprobatórios)9 - Documentos comprobatórios 6(Documentos comprobatórios)10 - Documentos comprobatórios 7(Documentos comprobatórios)11 - Documentos comprobatórios 8(Documentos comprobatórios)12 - Documentos comprobatórios 9(Documentos comprobatórios)13 - Documentos comprobatórios 10(Documentos comprobatórios)14 - Cópia do ato normativo ou lei impugnada 1(Cópia do ato normativo ou lei impugnada)
--------------	---

EXMO. SR. DR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.

ABEP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS, associação privada com sede na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Av. Almirante Barroso, nº 52, 21º andar, parte, inscrita no CNPJ sob o nº 19.844.231/0001-00, vem, por meio de seus advogados que assinam ao final (**doc. nº 01**), com fundamento no art. 102, I, “a” c/c art. 103, IX, da Constituição Federal e na Lei nº 9.868/1999, propor a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183, de 29.12.15 (publicada em 30.12.15), que institui a cobrança de ICMS sobre a extração de petróleo e gás propriamente dita (**doc. nº 02**), pelas razões que passa a expor.

1

1. DISPOSITIVOS LEGAIS QUESTIONADOS.

Os dispositivos legais ora questionados possuem o seguinte teor:

Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183/2015:

“Art. 1º - O imposto sobre 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-ICMS, incide sobre operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária.

Art. 2º - O fato gerador do imposto ocorre imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção.

Parágrafo único – Para os fins do disposto no caput, Pontos de Medição da Produção são aqueles pontos definidos no plano de

desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida à condição padrão de medição, e onde o concessionário, a cuja expensas ocorrer a extração, assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada, sujeitando-se ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes.

Art. 3º - A base de cálculo, quanto à incidência prevista nos artigos anteriores é o preço de referência do petróleo.

Parágrafo único – O preço de referência a que se refere o caput deste artigo, a ser aplicado a cada período de apuração ao petróleo produzido em cada campo durante o referido período, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior.

Art. 4º - A alíquota do imposto a que se referem os artigos anteriores é 18% (dezoito por cento).

Art. 5º - Contribuinte do imposto a que se referem os artigos anteriores é o comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, seja concessionário direto ou não.

Art. 6º - Para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, considera-se local da operação aquele em que, após a extração do petróleo, tenha ocorrido a medição a que se referem o art. 2º e seu parágrafo único.

Art. 7º - O estabelecimento que comercializar, dentre outras mercadorias, combustíveis e lubrificantes, deverá adotar inscrição e regime de escrituração específica para esta atividade.

Art. 8º - Fica revogada a Lei Estadual nº 4.117 de 27 de junho de 2003 que altera a Lei nº. 2.657 de 26 de dezembro de 1996 e dá outras providências.

Art. 9º- Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias.”

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA.

Trata-se de ação ajuizada para questionar a constitucionalidade da Lei nº 7.183/2015, editada pelo Estado do Rio de Janeiro, que, em linhas gerais, pretendeu estabelecer como fato gerador do ICMS a “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*”.

Ou seja, o Estado do Rio de Janeiro pretende fazer incidir o ICMS sobre a extração de petróleo, que deverá ser recolhido pelas concessionárias do direito de exploração dos campos petrolíferos.

A ABEP – Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás, por sua vez, é uma associação de fins não econômicos com objetivo de “*promover o desenvolvimento do segmento de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, por meio da representação de seus Associados e do referido segmento, em âmbito nacional, na defesa de interesses perante órgãos públicos e privados, em especial a Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário e Legislativo*”, nos termos do art. 2º de seu estatuto social (doc n. 01, *cit.*).

Também de acordo com seu estatuto social, “*a expressão ‘Segmento de Exploração e Produção de Petróleo de Gás Natural’ ou ‘Segmento’ abrange o investimento, a exploração, prospecção, avaliação, desenvolvimento e a produção de petróleo e gás natural, bem como seu transporte (especificamente gasodutos e oleodutos) e comercialização*”¹.

Dentre os objetivos fundamentais da Autora, encontram-se os de “*representar, manifestar e defender os interesses do Segmento e/ou das Associadas perante quaisquer entidades ou órgãos públicos ou privados, judicial e extrajudicialmente, com o objetivo principal de desenvolver o Segmento, podendo, com esse propósito, propor quaisquer remédios jurídicos (...) e pleitear tudo o que for de interesse do Segmento e/ou das Associadas, em especial ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*”².

Nesse contexto, a Autora detém inequívoca legitimidade ativa para atuar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como será demonstrado.

Segundo dados da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o Rio de Janeiro concentra a maior parte das reservas de petróleo no Brasil, conforme gráfico abaixo, extraído do *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis 2015 (doc. nº 03)*³:

¹ Art. 2º, parágrafo único do estatuto social – doc n. 01, *cit.*

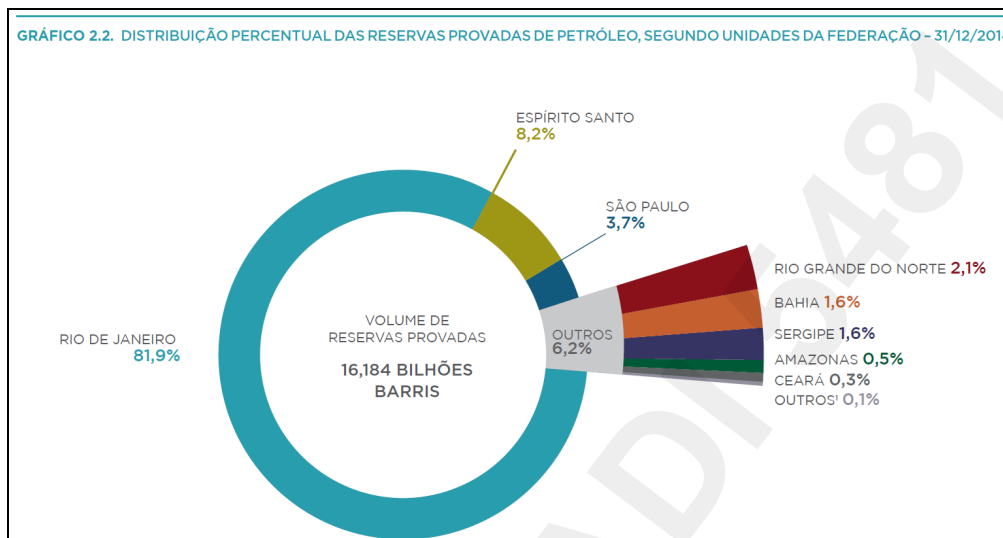
² Art. 3º, “b” único do estatuto social – doc n. 01, *cit.*

³ Disponível em <http://www.anp.gov.br/?dw=78135>, acesso em 28.01.2016.

Sócios – Partners

Sacha Calmon Navarro Coêlho | Misabel de Abreu Machado Derzi | Eduardo Maneira
Igor Mauler Santiago | Valter Lobato | Paula Derzi Botelho | André Mendes Moreira
Juliana Junqueira Coelho | Eduardo Junqueira Coelho | Andréa Bedran | Arnaldo Paiva
Mônica de Barros | Donovan Lessa | Gabriel Amarante | Guilherme Quintela | Tiago Conde
Patrícia Gaia | Frederico Breyner | Fernando Moura | Alice Gontijo | Marcos Maia

SACHA CALMON
MISABEL DERZI
CONSULTORES E ADVOGADOS



Como se vê, mais de 80% de todas as reservas de petróleo no Brasil estão no Rio de Janeiro, e segundo informações do anuário 2015 da ANP, o Estado foi responsável por 74% da produção em mar e 68,4% da produção total de petróleo em 2014 (fl. 75 – doc. nº 03, *cit.*).

Não por acaso, diante da conjugação dos fatores geográficos e de produtividade, praticamente todas as empresas produtoras e exploradoras de petróleo e gás natural estão sediadas no Estado do Rio de Janeiro, com filiais, subsidiárias e coligadas espalhadas em todo o território nacional.

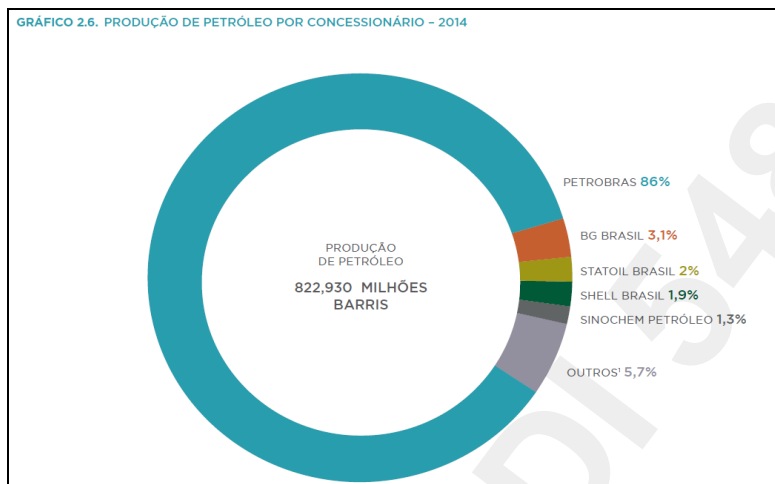
Interessante notar também que a atividade de produção de petróleo concentra-se hoje em poucos concessionários, sendo que apenas quatro grandes empresas respondem por mais de 90% da produção nacional (fl. 81 – doc. nº 03, *cit.*):

Belo Horizonte – MG
Alameda da Serra, 119,
12º e 13º andares, Vila da Serra
Cep 34.000-000. Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ
Rua Visconde de Pirajá, nº 303 –
Grupo 904/912 – Ipanema
Rio de Janeiro – RJ
Tel Fax 21 3212 .0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP
Alameda Jaú, 1742, 15º andar.
Cep 01.420-904. Jardim Paulista
Tel Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF
SHS Quadra 06 . Conjunto A . Bloco A .
Sala 601 CEP 70316.100 . Ed. Brasil
XXI . Asa Sul
Tel Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br



Estas quatro maiores empresas produtoras do país, além de outras vinte e duas, **são associadas à Autora**, conforme item 4.2 da *Ata da Assembleia Geral de Constituição* e item 3 da *Ata da 2ª Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária* (doc. nº 01, *cit.*).

A ABEP, portanto, representa expressiva parcela do setor produtivo de petróleo no País (mais de 90% da produção está nas mãos de seus associados), motivo pelo qual está legitimada à propositura da ADIN nos termos do art. 103, IX, parte final, da Constituição Federal⁴ e art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999⁵, por ser entidade classista de âmbito nacional.

Ademais, é clara a pertinência temática, pois a Lei que se pretende ver declarada inconstitucional atinge justamente a indústria do petróleo representada pela Autora.

Portanto, seja pela amplitude de sua representação, seja por suas finalidades institucionais, a Autora está perfeitamente qualificada para propor a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3. DO MÉRITO.

3.1. Da regulamentação da atividade de exploração e produção de petróleo no Brasil.

⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...) IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

⁵ “Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (...) IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

A Constituição Federal atribui à União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, bem como os recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, V e IX, da Constituição Federal)⁶.

Da mesma forma, estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, CF/88⁷).

Desde a edição da Emenda Constitucional nº 09/1995, a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, que são atividades sob o monopólio da União, puderam ser contratados com empresas estatais ou privadas, observadas as condições estabelecidas em lei (art. 177, CF/88)⁸.

⁶ “Art. 20. São bens da União: (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

⁷ “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

⁸ “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)”

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.478/1997, que dispôs sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, estabelecendo ainda os critérios para a concessão das atividades previstas no art. 177 da Constituição.

Dispõe o seu art. 26 que a concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos⁹.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 12.351/2010, que dispôs sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas¹⁰.

⁹ Caberá ao concessionário o pagamento das participações legais e contratuais sobre o resultado da produção, além dos tributos incidentes na atividade.

¹⁰ Lei nº 12.351/2010:

“Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

II - custo em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato;

III - excedente em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43;

IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico;

V - área estratégica: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;

VI - operador: a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;

VII - contratado: a Petrobras ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção;

A partilha de produção é o regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do (i) custo em óleo, (ii) do volume da produção correspondente aos royalties devidos, (iii) bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

O contratado, nesse regime, é a Petrobras ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção.

Contudo, seja no regime de partilha da Lei nº 12.351/2010, seja no regime de concessão da Lei nº 9.478/97, o que se tem é o domínio da União sobre a jazida que será explorada comercialmente pelas empresas, a quem caberá, em regime de aquisição originária, a propriedade do óleo extraído dos campos nos termos do art. 176 da CF.

3.2. Histórico da legislação do Estado do Rio de Janeiro sobre a tributação da extração do petróleo: “Lei Noel” e “Nova Lei Noel”.

VIII - conteúdo local: proporção entre o valor dos bens produzidos e dos serviços prestados no País para execução do contrato e o valor total dos bens utilizados e dos serviços prestados para essa finalidade;

IX - individualização da produção: procedimento que visa à divisão do resultado da produção e ao aproveitamento racional dos recursos naturais da União, por meio da unificação do desenvolvimento e da produção relativos à jazida que se estenda além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção;

X - ponto de medição: local definido no plano de desenvolvimento de cada campo onde é realizada a medição volumétrica do petróleo ou do gás natural produzido, conforme regulação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP;

XI - ponto de partilha: local em que há divisão entre a União e o contratado de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos produzidos, nos termos do respectivo contrato de partilha de produção;

XII - bônus de assinatura: valor fixo devido à União pelo contratado, a ser pago no ato da celebração e nos termos do respectivo contrato de partilha de produção; e

XIII - royalties: compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal.”

Em 2003, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 4.117, conhecida como Lei Noel¹¹, através da qual buscou instituir o ICMS sobre a “extração” de petróleo, sendo que o fato gerador se materializaria no momento em que o óleo cruzasse os chamados “pontos de medição da produção”¹².

Em 09.10.2003, a Procuradoria Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.019, para questionar a validade da Lei Noel, por ferir a Constituição Federal (arts. 155, II c/c 146, III) e a Lei Complementar nº 87/96 (arts. 2º, I c/c 12).

A ADI foi distribuída ao relator Ministro Celso de Mello, que não apreciou o pedido de liminar, mas adotou o rito abreviado para julgamento da ação (art. 12 da Lei nº 9.868/99).

Colhidas as informações, tanto a Advocacia Geral da União¹³ quanto a Procuradoria Geral da República¹⁴ manifestaram-se pela inconstitucionalidade da Lei Noel (**doc. nº 05**). No entanto, a ação não chegou a ser incluída em pauta de julgamento até a presente data.

Após a publicação da citada Lei Estadual, o Poder Executivo do Rio de Janeiro editou, em 03.02.04, o Decreto nº 34.761/04, com o objetivo de regulamentar a Lei Noel. O referido Decreto não fez mais do que incluir no Regulamento de ICMS do Estado do Rio de Janeiro (Decreto nº 27.427/00) as mesmas alterações que a Lei Noel havia feito no corpo da Lei nº 2.657/96 (houve, portanto, apenas uma parametrização entre o novo texto da Lei nº 2.657/96 com o RICMS).

Contudo, no dia imediatamente posterior à edição do mencionado ato regulamentar (Decreto nº 34.761/04), o Poder Executivo

¹¹ A Lei Noel alterou a Lei nº 2.657/96, que dispõe sobre o ICMS no Rio de Janeiro.

¹² Nos termos do art. 2º, X, da Lei nº 12.351/2010, ponto de medição é o “local definido no plano de desenvolvimento de cada campo onde é realizada a medição volumétrica do petróleo ou do gás natural produzido, conforme regulação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP”.

¹³ “Com efeito, há de se reconhecer que a atividade de extração de petróleo não se qualifica como operação de circulação de mercadoria, o que torna ilegítima a cobrança do ICMS em tal hipótese, por afronta direta ao art. 155, II, da Constituição Federal”

¹⁴ “42. Desse modo, comungo do pensamento esboçado pela Advocacia Geral da União, segundo o qual na extração do petróleo não ocorre transmissão mercantil ou circulação de mercadoria necessária à configuração do fato gerador do ICMS, e exigida pelo art. 155, II, da Constituição da República, haja vista não haver disponibilidade do petróleo antes de sua lavra (CRF, art. 20, V).”

voltou atrás e suspendeu sua eficácia por tempo indeterminado, por meio do Decreto nº 34.783/04.

Como se vê, o próprio Estado do Rio de Janeiro entendeu que a Lei Noel não era autoaplicável, o que, via de consequência, inviabilizou a cobrança do ICMS sobre a extração de petróleo, já que o ato infralegal de natureza regulamentar ficou suspenso por tempo indeterminado.

Anos depois, foi criado o Projeto de Lei nº 2004/2013, que, conforme indicado em sua exposição de motivos, confessadamente pretendeu trazer de volta a Lei Noel¹⁵ (doc. nº 04).

O referido PL 2004/2013 foi aprovado pela Assembleia Legislativa e sancionado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 29.12.2015, transformando-se na Lei nº 7.183/2015, agora conhecida como Nova Lei Noel. A anterior, Lei nº 4.117/2003, foi expressamente revogada.

No entanto, apesar da revogação da Lei Noel, a Lei nº 7.183/2015 possui redação praticamente idêntica à antiga¹⁶, conforme quadro comparativo abaixo:

Lei nº 4.117/2003	Lei nº 7.183/2015
<p>Art. 1º - O art. 2º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso VI: “Art. 2º - O imposto incide sobre: VI – operação de extração de petróleo.”</p>	<p>Art. 1º - O imposto sobre 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-ICMS, incide sobre operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária.</p>
<p>Art. 2º - O art. 3º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XVII e do § 10: “Art. 3º - O fato gerador do imposto ocorre: XVII – na extração do petróleo, quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção. § 10 – Os Pontos de Medição da Produção</p>	<p>Art. 2º - O fato gerador do imposto ocorre imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção. Parágrafo único – Para os fins do disposto no caput, Pontos de Medição da Produção são aqueles pontos definidos no plano de desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a</p>

¹⁵ Consta da exposição de motivos: “Este projeto é a cópia fiel - *ipsis literis* do Projeto de Lei nº 1118/2003 apresentado pelo Deputado NOEL DE CARVALHO em 09/12/2003, tendo sido arquivado, por final de legislatura, em 12/02/2007. Devido a importância da matéria é por mim reapresentado nesta data, sendo todo e qualquer crédito a ele devido.”

¹⁶ Este é, inclusive, o entendimento de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, em parecer sobre o tema, como se verá adiante.

<p>são aqueles pontos definidos no plano de desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida à condição padrão de medição, e onde o concessionário, a cuja expensas ocorrer a extração, assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada, sujeitando-se ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes.”</p>	<p>medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida à condição padrão de medição, e onde o concessionário, a cuja expensas ocorrer a extração, assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada, sujeitando-se ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes.</p>
<p>Art. 3º - O art. 4º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XIII e do § 5º: “Art. 4º - A base de cálculo, reduzida em 90% (noventa por cento) se incidente o imposto sobre as prestações de serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros executados mediante concessão, permissão e autorização do Estado do Rio de Janeiro, inclusive os de turismo, é: XIII – No caso do inciso XVII do art. 3º, o preço de referência do petróleo. § 5º - O preço de referência a ser aplicado a cada período de apuração ao petróleo produzido em cada campo durante o referido período, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior”</p>	<p>Art. 3º - A base de cálculo, quanto à incidência prevista nos artigos anteriores é o preço de referência do petróleo. Parágrafo único – O preço de referência a que se refere o caput deste artigo, a ser aplicado a cada período de apuração ao petróleo produzido em cada campo durante o referido período, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior.</p>
<p>Art. 4º - O art. 14 da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XXI: “Art. 14 – A alíquota do imposto é: XXI – na operação de extração de petróleo: 18% (dezoito por cento)”</p>	<p>Art. 4º - A alíquota do imposto a que se referem os artigos anteriores é 18% (dezoito por cento).</p>
<p>Art. 5º - O art. 15 da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 15 – Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de</p>	<p>Art. 5º - Contribuinte do imposto a que se referem os artigos anteriores é o comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, seja concessionário direto ou não.</p>

mercadoria ou prestação de serviços descritos com o fato gerador do imposto, observado o disposto no § 2º deste artigo. § 1º - Incluem-se entre os contribuintes do imposto: I – O comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, inclusive de petróleo;”	
“Art. 30 – Para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, considera-se: I – local da operação: l) - aquele de onde o petróleo tenha sido extraído.”	Art. 6º - Para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, considera-se local da operação aquele em que, <u>após a extração do petróleo, tenha ocorrido a medição a que se referem o art. 2º e seu parágrafo único.</u>
Art. 7º - O estabelecimento que comercializar, dentre outras mercadorias, combustíveis e lubrificantes, deverá adotar inscrição e regime de escrituração específica para esta atividade. (Revogado pela Lei 6578/2013).	Art. 7º - O estabelecimento que comercializar, dentre outras mercadorias, combustíveis e lubrificantes, deverá adotar inscrição e regime de escrituração específica para esta atividade.
Art. 8º - VETADO.	Art. 8º - Fica revogada a Lei Estadual nº 4.117 de 27 de junho de 2003 que altera a Lei nº. 2.657 de 26 de dezembro de 1996 e dá outras providências.
	Art. 9º- Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias.

Como será demonstrado abaixo, apesar das ligeiras diferenças entre os dois diplomas legislativos, a Lei nº 7.183/2015 (Nova Lei Noel) padece dos mesmos vícios da Lei revogada, o que torna a cobrança do ICMS indevida, seja no regime de concessão, seja no de partilha de produção.

4. DAS VIOLAÇÕES À CARTA MAGNA E À LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96.

4.1. Aspectos gerais do ICMS.

A Constituição Federal, ao definir a competência tributária dos Estados-membros, assim se manifestou no tocante ao ICMS:

“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”.

Como se vê, a Constituição utilizou a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” para definir a hipótese de incidência *in abstracto* do ICMS, a qual deve ser sistematicamente analisada, pois é composta por três conceitos distintos, mas interligados e complementares:

- O termo “operação” representa o ato ou negócio jurídico que tem como objeto a transferência de titularidade de determinada mercadoria. O vocábulo “operação” revela que as relações que interessam são derivadas de negócios jurídicos translativos de titularidade;
- O termo “circulação”, por sua vez, representa a execução do ato ou negócio jurídico de transferência de titularidade do bem, fenômeno este que é exteriorizado pela tradição. De fato, “a circulação de mercadoria será sempre movimentação como forma de transferir o domínio, como mudança de patrimônio, como execução de um contrato translativo de titularidade da mercadoria”¹⁷;
- O termo “mercadoria”, por último, representa todo o bem móvel destinado à mercancia e inserido no ambiente de trocas denominado “Mercado”, isto é, bens oferecidos a venda ou revenda.

O ICMS somente incidirá nos casos em que se operar a saída econômica de determinada mercadoria do estabelecimento do contribuinte, assim entendida a execução de um ato ou negócio jurídico cuja finalidade seja a transferência da titularidade de um bem que, em função de sua destinação comercial, assuma natureza mercantil.

Definida a estrutura básica do imposto pela Constituição Federal (norma de competência), sobre a qual não pode dispor a legislação infraconstitucional, coube ao legislador complementar, por força do art. 146, III, “a”, da CF/88¹⁸, discriminar de forma taxativa seus fatos geradores e respectivos elementos temporais.

¹⁷ Curso de Direito Tributário Brasileiro. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 533.

¹⁸ “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”.

Assim, foi editada a Lei Complementar nº 87/96, que assumiu, em âmbito nacional, a função de lei de normas gerais do ICMS, estabelecendo os contornos básicos do imposto que devem ser observados por todos os Estados da Federação. Qualquer evento fora do rol definido pela LC nº 87/96 – o qual se encontra em sintonia com a competência outorgada pela Carta Magna – não atrairá a incidência do ICMS.

Feitas estas considerações iniciais, salta-se para o ponto central da questão.

4.2. Ofensa ao art. 155, II, da Constituição Federal.

A Lei nº 7.183/2015 definiu que o ICMS incide sobre a “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*” e que o fato gerador ocorre “*imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção*”.

Preliminarmente, é necessário analisar o sentido da expressão “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*”, adotada pela Nova Lei Noel.

A nosso ver, tal expressão em nada difere da própria extração do petróleo em si. É que, apesar de a nova lei ter sido mais perspicaz que a antiga, trazendo para o corpo do texto legal o vocábulo “circulação” (também utilizado pelo art. 155, II, da Constituição), tal medida não altera a natureza da atividade, pois a *circulação do petróleo desde o poço de extração para a empresa concessionária* não pode significar outra coisa senão a própria retirada do petróleo do subsolo pela empresa. Em outras palavras: extração do petróleo.

E isto é reforçado pelo fato de o Projeto de Lei, que deu origem à Nova Lei Noel, expressamente confessar que a pretensão da Assembleia Legislativa foi repetir a Lei anterior, que afirmava incidir o imposto sobre a “operação de extração de petróleo” (art. 2º, VI da Lei nº 4.117/03).

Sendo este, portanto, o fato gerador instituído pela Nova Lei Noel, é necessário analisar se a “extração de petróleo”, ou, ainda, a “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*” pode ou não ser considerada como uma “*operação de circulação de mercadoria*”, de forma a atender ao art. 155, II, da Constituição Federal e ao art. 2º, I, da LC nº 87/96.

A toda evidência, a resposta é negativa.

A extração do petróleo é a atividade pela qual a empresa retira o óleo natural do subsolo, conforme preconiza o art. 26 da Lei nº 9.478/97¹⁹.

Viu-se acima que, para que haja incidência do ICMS, impõe-se a existência de um ato de natureza mercantil, de um negócio jurídico que vise transferir a titularidade da mercadoria. No caso da extração de petróleo, entretanto, estes elementos inexistem.

Em primeiro lugar, não é possível falar em operação mercantil já que o contrato de concessão firmado entre a concessionária e a União é apenas para “*as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo*”²⁰. Não se trata, portanto, de um contrato de “compra e venda” de petróleo.

De fato, ao extrair o petróleo do poço, a concessionária não “compra” o óleo da União. Na verdade, ao assim proceder, a empresa está exercendo uma atividade extrativista, por meio da qual segrega e retira da jazida o óleo que será posteriormente destinado para refino.

Outro fato que confirma a impossibilidade de se falar em natureza mercantil na operação de extração de petróleo é de que tal atividade não se sujeita aos ditames das leis comerciais, mas sim à Constituição e ao Direito Administrativo e Regulatório. A questão foi bem pontuada em parecer da lavra do Ministro Carlos Mário Velloso, juntado aos autos da ADI 3.019 (doc. nº 05), *in verbis*:

“6.20. Na hipótese de consulta, mesmo que se admitisse uma circulação do petróleo, em razão da transferência de propriedade – o que não ocorre, como já visto – ainda assim não poderia haver tributação, à falta do elemento que caracterizasse tal operação como mercantil, sujeita às leis comerciais. Ora, a aquisição da propriedade do petróleo pelo concessionário não está sujeita às leis comerciais, mas, sim, à Constituição, em primeiro lugar, conforme disposto no

¹⁹ “Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.”

²⁰ Vide art. 23 da Lei nº 9.478/97: “Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica.”

art. 176, em sua parte final e art. 177, I, §§ 1º e 2º, e, em segundo lugar, ao Direito Administrativo, o artigo 26 da Lei nº 9.478/97. Inexiste, destarte, natureza comercial nessa assunção de propriedade do petróleo pelo concessionário.”

Em segundo lugar, também não é possível falar em circulação de mercadoria quando se está diante da extração de petróleo.

É que, como já foi dito, esta hipótese é de extrativismo, através da qual, na verdade, se está diante da aquisição originária da propriedade do petróleo – o que se confirma pelo art. 176 da CF/88, que atribui ao concessionário a propriedade sobre o produto da lavra das jazidas; e pelo art. 26 da Lei nº 9.478/97, que, na mesma linha atribui igualmente a propriedade do petróleo ao concessionário²¹.

Essa é a mesma conclusão a que chega DANIEL SARMENTO, em parecer sobre o tema (**doc. nº 08**):

“Se o produto da lavra é de propriedade do concessionário (ou eventualmente do contratante, no caso do pré-sal), qual é o modo de aquisição desse direito? A resposta não é difícil: a aquisição é originária.

Segundo Orlando Gomes, a aquisição de direito é originária quando o “direito surge pela primeira vez na pessoa do adquirente”. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, originária “é uma propriedade que se adquire sem que ocorra a sua transmissão por outrem”. Como consignou Pontes de Miranda, “no suporte fático da aquisição originária, não há a figura de alguém de quem procedeu o direito. O direito é absolutamente novo. Se havia, antes, o direito de alguém, não importa, pois que não é de tal titular que vem o direito”.

*Como demonstrado no tópico anterior, há uma distinção de ordem constitucional, explicitada pelo STF na ADI 3.273/DF, entre, de um lado, o direito de propriedade da União às jazidas de petróleo (artigo 20, incisos V e IX) e seu monopólio para exploração e produção do petróleo (artigo 177, inciso I) e, de outro, o direito de propriedade sobre o resultado da lavra (artigos 176, caput, 177, § 1º), que o artigo 26 da Lei nº 9.478/97 confere aos concessionários. Essa distinção foi a base para o STF proclamar a constitucionalidade do citado artigo 26. **O direito ao produto da lavra (petróleo) apenas surge, logicamente, com a extração, no que o dispositivo legal é plenamente compatível com a realidade empírica do processo de produção do petróleo. E o direito surge tendo o***

²¹ A constitucionalidade do art. 26 da Lei nº 9.478/97 foi confirmada pelo STF no julgamento da ADI 3273, Relator Min. Carlos Britto, Relator p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102.

concessionário (ou contratante) como titular, desde o seu primeiro momento. Trata-se, portanto, de direito absolutamente novo, inconfundível com o direito de propriedade da União sobre as jazidas de petróleo, ou com o seu monopólio da atividade petrolífera.

Como ficou assentado acima, o petróleo, como coisa móvel dotada de autonomia física e funcional, surge apenas com a extração. Antes, o que se tem são hidrocarbonetos compostos presos em rochas no interior de jazidas. Com o processo de extração, surge o produto “petróleo”, que o artigo 26 da Lei nº 9.478/97 estabelece como sendo de propriedade do concessionário. Assim, a extração do petróleo corresponde a forma de aquisição originária de propriedade.”

Tanto é assim, que os contratos de concessão da ANP dizem expressamente que se trata de aquisição originária. Veja-se, a título de exemplo, a cláusula 2.7.1 da minuta de Contrato de Concessão da 13ª Rodada, realizada no final de 2015 (doc. nº 07)²²:

“Propriedade do Petróleo e/ou Gás Natural

2.7 Pertencem à União os Depósitos de Petróleo e Gás Natural existentes no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, de acordo com o artigo 20, inciso V e IX da Constituição Federal e com o artigo 3º da Lei n.º 9.478/97.

2.7.1 Caberá ao Concessionário tão somente a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e a ele conferidos no Ponto de Medição da Produção, **por meio de aquisição originária** e nos termos deste Contrato.

2.7.2 O Concessionário estará sujeito aos encargos relativos aos tributos e às participações governamentais, bem como aos demais previstos na Legislação Aplicável.”

Ora, em se tratando de aquisição *originária* pela empresa concessionária, resta lógica e juridicamente pré-excluída a possibilidade de a extração do petróleo se caracterizar como *circulação* de mercadoria.

Isso porque só é passível de *circulação* a mercadoria sobre a qual exista previamente o atributo de *propriedade*. Conseqüentemente, antes da aquisição originária (como não há propriedade), é impossível falar em *circulação*.

²² Disponível em http://www.brasil-rounds.gov.br/round_13/portugues_R13/edital.asp e em http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edital_R13/contrato_R13_BE_PosRD09122015.pdf, acesso em 18.02.2016.

Estabelecidas essas premissas, conclui-se que não é possível falar em *circulação* de mercadoria quando se está diante da extração de petróleo, ou mesmo antes de o referido bem chegar a se tornar propriedade do concessionário (o que só ocorre após sua passagem após o ponto de medição).

Em terceiro lugar, sequer se pode falar em “mercadoria” a ser objeto de circulação quando se está diante da atividade de extração do óleo.

Como visto, o conceito de mercadoria representa todo bem móvel que se submete ao comércio, isto é, todo aquele que já se encontra à disposição do mercado para venda ou revenda.

Em se tratando de bem corpóreo, a *disponibilidade* do bem pressupõe, ao menos, que já tenha havido alguma relação ou vínculo físico entre coisa e pessoa que permita seu uso, gozo ou disposição.

Por sua vez, enquanto o petróleo bruto ainda se encontra na jazida, situada no subsolo ou leito marinho, ou seja, enquanto ele ainda não foi captado ou apropriado – isto é, produzido – por alguém, não há o atributo da disponibilidade, já que nessa hipótese jamais houve vínculo físico entre coisa e pessoa²³. Neste particular, cite-se novamente o parecer proferido por DANIEL SARMENTO (doc. nº 08, *cit.*):

²³ Corroborando com a assertiva, vale citar as palavras de MARCO AURÉLIO GRECO, que leciona que a jurisprudência do STF é no sentido de que a atividade de *produção* não está abrangida na competência estadual para instituir o ICMS:

“As atividades que ‘dão vida’, ‘fazem nascer’ ou ‘fazem surgir’ a coisa a ser impulsionada correspondem a eventos que antecedem seu próprio ciclo de circulação. Portanto, estão fora do âmbito de incidência do imposto, pois este só começa a existir a partir da primeira operação que (depois da sua produção pelo próprio contribuinte) a encaminha a terceiro.

Esta constatação – de que a produção da mercadoria pelo contribuinte não está abrangida pela norma do artigo 155, II, da CF/88 – foi recentemente reafirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 158.834 (julgado em 23 de outubro de 2002).

Neste processo, discutiu-se a constitucionalidade da regra contida no inciso II do § 1º do artigo 2º do Convênio nº 66/88 que previa a incidência do ICMS também sobre a ‘...integração no ativo fixo de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento...’

Vale dizer, os Estados pretendiam tributar pelo ICMS os atos materiais pelos quais se dá vida a uma mercadoria nova, mesmo que ela não seja objeto de uma posterior transferência de titularidade (esta, sim, uma operação relativa à circulação).

Esta hipótese – segundo alguns – poderia configurar uma operação relativa à ‘circulação econômica’, pois teria surgido um novo bem que passou a integrar o patrimônio do contribuinte. Produziu-se uma mercadoria.

Porém, este dispositivo foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por corresponder à criação de uma nova hipótese de incidência fora do quadro constitucional e complementar e porque não se poderia falar em mercadoria em se tratando de bem que

“O petróleo é a principal fonte de energia do mundo moderno. Ele é composto de hidrocarbonetos líquidos naturais extraídos de rochas sedimentares, porosas e permeáveis. Os hidrocarbonetos alojam-se e ficam presos em espaços dessas formações rochosas permeáveis que, por sua vez, são cobertas por rochas impermeáveis, formando os conjuntos denominados de “depósitos de petróleo”. Devidamente identificados, esses depósitos são tidos como “jazidas de petróleo”, localizadas tanto na terra como no mar. No Brasil, a maior parte das jazidas foi encontrada em águas profundas, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

(...)

A extração em terra (onshore) é menos complexa. No mar (offshore), sobretudo em águas profundas, o grau de dificuldade é bem maior, proporcional à profundidade dos reservatórios. Na terra ou no mar, uma vez perfuradas as rochas, o petróleo jorra espontaneamente em razão da alta pressão da camada gasosa subjacente (recuperação primária). Diminuída a pressão natural, são empregadas técnicas artificiais para renovar a pressão necessária à extração (recuperação secundária).

*Os hidrocarbonetos extraídos das rochas, conduzidos das jazidas por dutos até as plataformas, vêm misturados com gás natural, água, além de eventuais restos de rochas. Antes da extração, esses hidrocarbonetos são acessórios do principal - a “jazida”. Nas plataformas, por meio de complexos processamentos de aquecimento, resfriamento e separação, esses componentes são separados – petróleo, gás, água etc. Portanto, **o petróleo apenas é individualizado com o processamento dos hidrocarbonetos compostos. Disso decorre premissa técnica fundamental deste parecer: o petróleo apenas surge como produto, destacado da jazida, separado de outros elementos como gás e água, após o processo de extração.**”*

Em outras palavras, enquanto presente na jazida, o material ali encontrado ainda não pode ser caracterizado como bem sujeito ao comércio. Portanto, o petróleo só passa a ser mercadoria após ter sido extraído do

surgiu pela primeira vez no próprio estabelecimento do contribuinte. Só poderia ser mercadoria se saísse do estabelecimento e, ainda assim, a tributação da respectiva operação dependeria do título que justificasse tal saída.

Ou seja, simples atos materiais realizados pelo próprio contribuinte que correspondam à produção do bem (ainda não mercadoria, pois não objeto de negócios jurídicos mercantis) não são alcançados pela competência tributária prevista no artigo 155, II, da CF/88. Só cabe a incidência se este bem (depois de produzido) for objeto de uma operação que implique transferência de titularidade a terceiro e, com isso, se torne mercadoria.” (GRECO, Marco Aurélio. ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 100. p. 128)

subsolo. A situação é idêntica, por exemplo, à do minério ainda não extraído da mina.

Em especial, no caso dos bens incorporados naturalmente ao solo (como o minério não extraído), o próprio art. 79 do Código Civil lhes confere a natureza de bem imóvel²⁴, o que afasta um dos elementos característicos do conceito de mercadoria para o ICMS. É o mesmo caso do petróleo na jazida, enquanto ainda não tiver sido extraído do subsolo.

É bem verdade que a Constituição Federal estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade *distinta da do solo*, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (arts. 20 e 176 da Constituição Federal)²⁵. No entanto, a qualidade de ser propriedade “*distinta da do solo*” não retira do bem a qualidade de imóvel por acessão, conforme definido na lei civil.

Ademais, conforme destacado por CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO em parecer juntado à ADI nº 3.019, os “recursos minerais”, que são propriedade da União, não se confundem com o “produto da lavra”, que são propriedade do concessionário. Vale conferir as interessantes ponderações (doc. nº 05, *cit.*):

“6.6. O artigo 20 da Constituição dispõe ser propriedade da União os recursos minerais. Na mesma linha, o art. 176, que reafirma ser propriedade da União as jazidas e demais recursos minerais. Ora, recursos minerais são as substâncias minerais não lavradas, ainda das jazidas, assim consideradas nos termos do Código da Mineração, “toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico” (Decreto-lei nº 227/67, art 4º).

6.7. Mais claros, ainda, os dispositivos da Lei nº 9.478/97:

“Art. 3º Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.

²⁴ “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.”

²⁵ CF/88:

“Art. 20. São bens da União: (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I – Petróleo: todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado;

X – Reservatório ou Depósito: configuração geológica dotada de propriedades específicas, armazenadora de petróleo ou gás, associados ou não;

XI – Jazida: reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção”.

6.8. **Em se tratando de petróleo, a propriedade da União é o depósito, isto é, a configuração geológica armazenadora de petróleo ou gás, bem como a jazida, ou seja, o depósito já identificado, em condições de ser explorado, mas ainda não em estado de produção. Propriedade da União são, pois, depósitos e jazida, que formam os recursos minerais.** Quanto ao produto mineral, que é o resultado da exploração da jazida em que se converteu o depósito, a Constituição lhe dá outro tratamento.

6.9. Até a Emenda nº 9/95, a atividade de exploração, entre outras, constituía monopólio da União, sendo a ela vedado “ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural”, conforme redação original do parágrafo 1º do art. 177.

6.10. Entretanto, a Emenda nº 9/95 permitiu que as atividades antes monopolizadas, entre elas a extração de petróleo, fossem executadas por concessionários, selecionados em processo licitatório. Em consequência, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3.273, ser aplicável também ao petróleo o disposto na parte final do art. 176, que garante ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

6.11. **É a Constituição, portanto, que garante ao concessionário extrator a propriedade do petróleo por ele produzido. Veja-se que a Constituição não determina a transferência da propriedade, mas a atribui, de imediato, ao concessionário. Não existe, pois, transferência, mas aquisição originária da propriedade,** ao contrário do sustentado pelo Estado do Rio de Janeiro.

6.12. Não é demais repetir: **a União é proprietário dos recursos minerais, ou seja, das reservas minerais contidas nas jazidas. Quanto ao produto mineral, isto é, a substância mineral lavrada, a propriedade será de quem a produziu.** Esta a disciplina constitucional da matéria. Assim é com o petróleo: enquanto existente nos depósitos ou jazidas, pertence à União. Contudo, uma vez produzido, pertence ao concessionário extrator, por expressa disposição constitucional. A análise das disposições constitucionais não permite espaço para considerar como ato de transferência a assunção, pelo concessionário, da propriedade do petróleo por ele produzido.

6.13. *A União, conquanto proprietária dos recursos minerais e das jazidas, somente será proprietária do produto mineral, aí incluído o petróleo quando ela exercer diretamente as atividades de pesquisa e lavra descritas no art. 177, I, da Constituição. Ora, se ela não é proprietária do produto, não há que se falar em transferência de sua propriedade para o concessionário. Vale repetir: substância mineral não se confunde com produto mineral, que é a substância mineral lavrada, extraída da jazida.”*

É dizer: pelo tratamento constitucional da matéria, uma coisa é a jazida ou reserva mineral, que pertencem à União (art. 20 e 176, primeira parte, CF/88); coisa diversa é o petróleo, que, como produto da lavra, pertence ao concessionário (art. 176, parte final, CF/88).

E a jazida não é objeto de compra e venda entre a União e as concessionárias. Esta é licitada, cabendo ao concessionário o dever de explorá-la na tentativa de encontrar óleo apto ao comércio. Apenas após a sua extração, passagem pelo ponto de medição e posterior processamento industrial que viabilize sua comercialização é que haverá mercadoria, esta sim, apta a circular e ser vendida pelas concessionárias.

Outrossim, há de se ressaltar que há questionamentos inclusive sobre a propriedade da União sobre as jazidas, posto que, na verdade, esta teria apenas o “domínio eminente” dos recursos minerais e naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, e não exatamente um direito de propriedade nos moldes clássicos do Direito Civil²⁶. Logo, se a União não é sequer proprietária da jazida, jamais poderia

²⁶ Neste sentido, por exemplo, os ensinamentos de MARCO AURÉLIO GRECO:

“Em algumas hipóteses, configura-se uma das três categorias clássicas previstas no Código Civil (bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais) sobre os quais a União exerce as prerrogativas e poderes que emanam da disciplina civil. Esta categoria aplica-se às situações em que ela é considerada como pessoa jurídica de Direito Público Interno.

Em outras hipóteses, os bens previstos no artigo 20 não são vistos como objeto de efetiva “propriedade” de Direito Civil, mas sim como objeto do que a doutrina clássica denomina de “domínio eminente” que corresponde à manifestação de soberania diretamente exercida sobre o território e os bens que nele se encontram ou que o compõem, independentemente da existência de pessoas.

(...)

Vale dizer, sobre determinados bens a União exerce direitos equivalentes aos da propriedade, tal como regulada no Direito Civil ou nos termos da disciplina da classificação dos bens públicos. Neste caso, os direitos de que está investida estão voltados a condutas de pessoas e a norma jurídica visa a compor o conjunto formado por União, pessoas e bens de seu território.

Em relação a outros bens, o vínculo é direto entre a União e o seu território, sem a mediação das pessoas e, neste caso, as normas jurídicas que regulam estas relações

haver circulação como transmissão de propriedade na operação de extração do petróleo.

Em suma, o petróleo ainda não extraído não se caracteriza no conceito de “operações relativas à circulação de mercadorias” previsto no art. 155, II, da Constituição.

A essa conclusão – pela inconstitucionalidade da incidência de ICMS sobre a extração do petróleo – já havia chegado CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO em vigoroso parecer juntado à ADI 3.019 (doc. nº 05, *cit.*), a qual questionava a agora revogada Lei Noel.

Nesse contexto, diante do quadro trazido pela “Nova Lei Noel” (Lei nº 7.183/2015), o eminente jurista foi questionado acerca da manutenção ou não de sua opinião sobre o tema, tendo chegado às seguintes conclusões (doc. nº 09):

fazem-no em contemplação da coisa e do seu significado e não da conduta de terceiros os quais só passam a ser relevantes num segundo nível da disciplina normativa. Neste segundo caso, os poderes que a União exerce sobre tais bens envolvem a disciplina, o controle e a jurisdição e não propriamente o uso, o gozo e a disposição (como se fora propriedade clássica). Vale dizer, sobre estes bens, a União exerce poderes de regulação sobre a sua apropriação, utilização ou aplicação que podem ocorrer por ela própria ou por terceiros especialmente habilitados para tanto.

Sublinhe-se que, nestes casos, a relação jurídica que se instaura entre o bem e a União não é de propriedade no sentido clássico (civilístico), mas de soberania ou jurisdição sobre ele.

(...)

‘Que tipo de relação jurídica se instaura entre a União e o petróleo enquanto ele se encontra no subsolo? Seria verdadeira relação de propriedade, no sentido clássico?’

(...)

Note-se, também que, enquanto o petróleo permanece no subsolo e antes da atividade de pesquisa com êxito, o próprio “objeto” do direito de propriedade (na visão clássica) estaria incompleto, pois não se sabe “se” existe petróleo, “onde” ele se encontra e “em que volume” pode existir. Como falar de “propriedade” sobre algo que não se sabe se existe?

Se tanto não bastasse, é preciso recordar que um dos atributos da propriedade é a posse sobre o bem o que supõe uma atividade material que sobre ele se exerça efetiva e diretamente ou, pelo menos, supõe haver a potencialidade concreta de fazê-lo (em qualquer caso, a posse deve ser materialmente possível). Onde está a posse – como fato – nesta hipótese?

Isto tudo aponta no sentido de que a relação jurídica que existe entre a União e o petróleo não é de efetiva propriedade clássica, mas um tipo especial de relação jurídica em que, a rigor, é a Nação que, por meio da União, é titular daqueles bens. Embora não exista uma propriedade clássica, o petróleo, por força da Constituição, integra o patrimônio nacional em sentido lato e, por isso, é protegido e regulado.” (GRECO, Marco Aurélio. ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo. In: RDDT, pp. 133-135)

“1. A Lei nº 7.183/2015 é compatível com a Constituição Federal e a legislação tributária brasileira?”

A resposta é negativa. Ao estabelecer a incidência do ICMS sobre uma inexistente circulação de mercadoria – o petróleo, que nem mesmo pode, na fase que se pretende tributar, ser considerado mercadoria – a Lei nº 7.183/2015, do Estado do Rio de Janeiro, revela-se incompatível tanto com a Constituição quanto com a legislação tributária que disciplina o ICMS, a Lei Complementar nº 87/93.

É que tanto a Constituição quanto a Lei Complementar nº 87/93 exigem, para a tributação pelo ICMS, a ocorrência de um ato jurídico que promova a circulação de mercadoria, inexistente na aquisição, pelo concessionário e por expressa previsão constitucional, da propriedade do petróleo por ele extraído.

2. Quais são, se existentes, as diferenças entre a Lei nº 7.183/2015 e a Lei nº 4.117/2003?

À exceção de algumas alterações de linguagem, não se verifica nenhuma outra diferença substancial entre os dois diplomas legais, ambos instituidores de uma inconstitucional incidência do ICMS sobre a extração de petróleo.

3. Em caso positivo, como essas eventuais diferenças podem afetar a discussão jurídica envolta ao tema?

Quesito prejudicado, em razão da resposta ao quesito anterior,

4. As diferenças existentes das referidas leis, altera o entendimento esposado no Parecer de lavra emitido por V.Exa. em 14/09/2010?

Como afirmado, não existem diferenças substanciais entre os dois diplomas legais, a Lei nº 4.117, de 2003, e a Lei nº 7.183, de 2015. Ambas tratam do mesmo tema, têm o mesmo objeto. Assim, prevalece o entendimento que expressei no parecer anteriormente emitido, que se aplica, por inteiro, ao presente parecer.”
(destacamos)

Como se vê, a conclusão é evidente: a Lei nº 7.183/2015, assim como sua antecessora, padecem de total inconstitucionalidade.

4.2.1. Inconstitucionalidade, mesmo caso se entenda que o fato gerador é a “operação de circulação do óleo após a extração” e não a “extração” propriamente dita.

Já foi visto que o fato gerador da nova Lei Noel é a extração do petróleo, ainda que a lei tenha adotado a expressão “operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária”

No entanto, ainda que se entenda que tal expressão adotada pela Lei nº 7.183/15 teria significado diverso da extração (tal qual prevista na primeira Lei Noel – nº 4.117/03), a exigência do ICMS continuaria sendo inconstitucional.

Isto porque, nesse caso, a única hipótese de transferência da mercadoria, a partir do poço, imediatamente após a extração do petróleo e até o concessionário, passando pelos Pontos de Medição da Produção, seria o envio do petróleo de um ponto a outro de um mesmo estabelecimento ou de diferentes estabelecimentos de uma mesma empresa.

Afinal, não há qualquer outro estabelecimento entre o *poço de sua extração e ponto de medição*, que não o próprio estabelecimento do contribuinte. Ora, antes de ser separado da jazida, o petróleo sequer é mercadoria e está contido no subsolo. Uma vez dali retirado, o petróleo é bombeado e encaminhado para estabelecimentos das próprias concessionárias, nos quais estão situados os pontos de medição.

Logo, se houver circulação, esta ocorrerá dentro dos estabelecimentos das próprias concessionárias. Em tese, o óleo já extraído só sai do estabelecimento das concessionárias quando é vendido para terceiros (refinarias, fábricas de lubrificantes, etc.). Antes disto, qualquer eventual circulação a que seja submetido ocorrerá dentro da própria pessoa jurídica das concessionárias.

Esse entendimento é corroborado também pelo parecer de DANIEL SARMENTO, que analisa detalhadamente a regulamentação do tema (doc. nº 08, *cit.*):

“Ainda no âmbito do processo de produção, o petróleo deve passar pelos “pontos de medição de produção” a fim de que seja realizada a mensuração do volume produzido. A medição, que serve de marco temporal para a aquisição do petróleo pelo concessionário, visa ao controle da produção para efeito de cômputo das “participações governamentais”, a serem repassadas pelos produtores, na forma estabelecida na Seção VI do Capítulo V da Lei nº 9.478/97. A obrigatoriedade da medição foi regulamentada pelo Decreto nº 2.705/98, tendo os “pontos de medição de produção” sido definidos no inciso IV do artigo 3º.

Os detalhes técnicos desses instrumentos são, atualmente, estabelecidos na Portaria Conjunta ANP/INMETRO nº 1/2013. De acordo com o item 7.1.3 da Portaria, “os pontos de medição fiscal a serem submetidos para aprovação da ANP devem estar localizados imediatamente após as instalações de separação utilizadas para especificar o BSW,²⁷ estabilizar o petróleo e garantir a remoção de

²⁷ BSW (*Basic Sediments and Water*) é uma indicação da contaminação existente no óleo, considerada a mistura com sedimentos básicos e água. É a fração de água produzida, comparada com a produção total. É indicativo da estabilização do petróleo, que não pode conter mais de 1% de água e sedimentos.

líquidos na corrente de gás natural”. Já o item 7.1.4 da mencionada Portaria determina que “os pontos de medição fiscal de petróleo devem estar localizados antes de instalações de estocagem e transporte, tais como tanques de navio e dutos de transporte”.

Essas normas técnicas revelam que os pontos de medição devem ser instalados logo após os instrumentos que processam o petróleo, separando o óleo, gás, água e sedimentos básicos, e antes do deslocamento do petróleo para armazenamento ou transporte para refino. Ou seja: ainda que outras medições venham a ocorrer posteriormente, em razão da complexidade dos processamentos de separação e de estocagem/transporte, a primeira medição ocorre sempre dentro da unidade produtora. No caso da extração do petróleo em mar, os pontos de medição são instalados nas próprias plataformas marítimas produtoras. Esta é uma premissa muito relevante: a medição faz parte do processo de produção de petróleo, devendo os “pontos de medição de produção” ser localizados dentro da própria unidade produtora/extratora do concessionário.

Uma vez estabilizado e quantificado, o petróleo segue, por meio de dutos, para terminais do produtor ou navios petroleiros e, então, é destinado às diferentes unidades de refino, o que marca o início da circulação comercial do produto. Com o refino, são produzidos os derivados de petróleo, de verdadeira utilidade para o consumo.”

Ocorre que a cobrança de ICMS é vedada mesmo nessa hipótese, tendo em vista que a incidência desse imposto depende de um negócio jurídico translativo da propriedade, o que, por lógica, não pode ocorrer dentro do âmbito de uma mesma pessoa jurídica. Tanto é assim, que, desde muito tempo, tem-se assentado, em doutrina²⁸ e jurisprudência, que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conforme disposto na Súmula 166 do STJ²⁹.

²⁸ Neste sentido, os ensinamentos de ROQUE ANTONIO CARRAZA (ICMS. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 53-54):

“Do exposto, é fácil concluirmos que o nascimento do dever de recolher ICMS encontra-se indissociavelmente ligado à concomitância dos seguintes pressupostos: a) a realização de operações (negócios jurídicos) mercantis; b) a circulação jurídica (transmissão da posse ou da propriedade); e c) a existência de mercadoria enquanto objeto.

Por isso mesmo, entendemos que a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, configura simples transporte e, por isso mesmo, é intributável por meio de ICMS. De fato, nela não há transmissão de mercadoria e, por via de consequência, circulação jurídica. Só haverá circulação jurídica, quando uma operação for realizada entre duas pessoas distintas.”

²⁹ “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (Súmula 166/STJ, Primeira Seção, julgado em 14/08/1996, DJ 23/08/1996.)

Também este Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firme no sentido de que inexistente fato gerador do imposto no caso de circulação de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte³⁰, como bem apontado, mais uma vez, por DANIEL SARMENTO (doc. nº 08, cit.):

“Com efeito, a extração corresponde, nos termos do inciso XVI do artigo 6º da Lei nº 9.478/97, à fase de “produção ou lavra do petróleo”, não havendo então qualquer circulação jurídica do bem. Na passagem pelos “pontos de medição” (aspecto temporal do fato gerador), obrigatoriamente instalados na própria base territorial de produção, o petróleo é quantificado e identificado, o que é etapa do próprio processo de produção. Trata-se, para usar a expressão do Ministro Rafael Mayer, de mero “ato interno” do processo produtivo. Neste estágio, o petróleo sequer pode ser considerado mercadoria, pois ainda “não se submete à mercancia” (Min. Dias Toffoli). Por tudo isso, não há suporte fático que permitia a incidência do ICMS, sem afronta à Constituição: não há circulação jurídica nem econômica, e inexistente tampouco mercadoria.

*Nada obstante, caso se entenda que o fato gerador não é a extração do petróleo, mas o seu deslocamento “desde os poços de extração até a concessionária”, também assim não restaria configurado qualquer fato gerador do ICMS. **Com o deslocamento do petróleo entre a base territorial de produção (plataformas marítimas) e os terminais do produtor ou navios petroleiros (armazenamento), não ocorre qualquer mudança de titularidade do produto. Dá-se tão somente o deslocamento físico do petróleo ou mera transferência entre unidades do concessionário, o que o STF, como visto, tem assentado não configurar fato gerador do ICMS, ante a ausência de circulação de mercadoria.***

27

³⁰ Vale conferir, a título de exemplo, a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. ARE 748.371 (REL. MIN. GILMAR MENDES - TEMA 660). ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE. FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que localizados em unidades distintas da Federação, não constitui fato gerador do ICMS. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 746349 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, processo eletrônico DJe-191 DIVULG 30-09-2014 PUBLIC 01-10-2014)

O deslocamento físico aos terminais ocorre porque, a partir destes, viabiliza-se futura distribuição do petróleo para as unidades de refino. Apenas quando se der essa última – a saída para as refinarias –, ter-se-á o início do ciclo econômico do petróleo. Antes disso, há apenas o deslocamento físico do bem entre bases territoriais (plataformas marítimas e terminais) que integram a mesma unidade econômica do produtor. Inexiste, portanto, qualquer transferência de propriedade do bem. Não há, para usar a expressão do Ministro Marco Aurélio, “operação qualificada por circulação de mercadoria”.

A passagem dos poços de extração até os “pontos de medição” em direção aos terminais corresponde ao que o Ministro Rafael Mayer qualificou como meros “atos físicos ou materiais do processo produtivo”. Nessa etapa, o petróleo ainda não pode sequer ser considerado mercadoria. Apenas com a saída dos terminais para a refinaria ocorrerá o primeiro momento de encaminhamento do petróleo para consumo. Será o marco da transformação do petróleo-produto em petróleo-mercadoria. Só então, se poderá falar em mudança de titularidade e início do ciclo econômico em direção ao consumo.”

Seja como for, repita-se, a Autora entende que esta questão sequer se coloca, pois o fato gerador previsto na nova Lei Noel (Lei nº 7.183/15) não é diferente da antiga (Lei nº 4.117/03), qual seja, a extração do petróleo.

4.3. Ofensa aos arts. 146, III, a e 155, § 2º, XII, da Constituição Federal e à Lei Complementar nº 87/96.

28

A Constituição Federal estabeleceu caber à lei complementar o papel de definir as normas gerais de direito tributário, conforme dicção do art. 146, III, abaixo transcrito:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Em relação ao ICMS, a Constituição é ainda mais analítica quanto ao papel da lei complementar, conforme disposto no art. 155, § 2º, XII.

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

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;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

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; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (Vide Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a íntegro, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”

Como se vê, dentre os diversos papéis da lei complementar, encontram-se os de: (i) definir o fato gerador do ICMS; (ii) definir seus contribuintes; (iii) dispor sobre substituição tributária; (iv) disciplinar o regime de compensação do imposto; e (v) 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.

No caso do ICMS, tal papel foi realizado pela Lei Complementar nº 87/1996, a chamada Lei Kandir, que assumiu, em âmbito nacional, a função de lei de normas gerais do ICMS, estabelecendo as diretrizes básicas do imposto que devem ser seguidas por todos os Estados da Federação.

Segundo o referido diploma, os fatos geradores do ICMS são os seguintes:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos

dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.”

Qualquer evento fora do rol definido pela LC nº 87/96 – o qual se encontra em sintonia com a competência outorgada no art. 155, II da Carta Magna – não atrai a incidência do ICMS.

E, como se nota, não há nessa lista qualquer menção ao fato gerador “*operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*” ou mesmo “*extração*” do petróleo, exatamente por não darem início à cadeia de circulação econômica do petróleo.

A LC 87/96 também não prevê a extração como marco temporal do fato gerador do ICMS. Confira-se:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável;

IX - do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;

X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

XI – da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.”

Resta claro que, ao estabelecer as normas gerais sobre o ICMS, o legislador complementar não previu o fato gerador previsto pela Nova Lei Noel

Portanto, mesmo que, por absurdo, não se tivesse como violado o art. 155, II da Constituição Federal, ainda assim o caso seria de violação direta aos arts. 146, III, “a” e 155, § 2º, XII, “b”, da Constituição, bem como aos arts. 2º, 12 e 6º a 8º da Lei Complementar nº 87/1996, que, ao exercer o papel de lei complementar do ICMS, não previu o fato gerador e a hipótese de substituição tributária inseridas na Lei nº 7.183/2015.

Por fim, registre-se que, mesmo que a Lei Complementar viesse a prever a extração de petróleo como fato gerador do ICMS, a inconstitucionalidade continuaria a existir, não por ofensa ao art. 146, III, “a” c/c 155, §2º, XII, “b”, mas sim ao art. 155, II, como já foi demonstrado anteriormente. Afinal, como bem destacou Carlos Veloso em parecer oferecido sobre o tema, apenas Emenda Constitucional poderia validamente incluir a extração como fato gerador do ICMS, já que, no texto constitucional hoje vigente, os limites da competência por ele outorgado não alcançam a atividade extrativista prevista na Lei Fluminense³¹. Fora a hipótese da Emenda Constitucional,

³¹ Mais uma vez, cabem as palavras de Carlos Mário Velloso em parecer juntado à ADIn que questiona a Lei Noel, em tudo aplicáveis à presente análise:

“6.21. Por fim, tendo em linha de conta os limites inscritos na Constituição para a incidência do ICMS, nem mesmo lei complementar poderia instituir, como hipótese de incidência desse tributo, a produção do petróleo, porque continuaria inexistente operação mercantil de circulação de mercadoria, que integra perfil constitucional do imposto. É dizer, somente emenda constitucional poderia dispor a respeito para permitir que lei complementar contemplasse a extração do petróleo como fato gerador ou hipótese de incidência do ICMS.

(...)

7.2.1. No entanto, como considero que não existe, na aquisição, pelo concessionário, da propriedade do petróleo por ele produzido, circulação de mercadoria de natureza mercantil passível de tributação pelo ICMS, nem mesmo lei complementar poderia dar guarida à pretensão, pois também a lei complementar está submetida aos limites de tributação postos na Constituição. Apenas emenda constitucional, que alterasse o perfil do imposto, poderia

A manifestação do Legislador Fluminense, por si própria confirma o que acima se aduziu. A toda evidência, fosse a extração de petróleo situação fática cabível à conceituação de “circulação de mercadoria” não careceria o Estado do Rio de Janeiro de qualquer manifestação legislativa, bastando-se a ativação da administração tributária para que, nos termos do artigo 142 do CTN, procedesse ao lançamento da obrigação tributária correspondente. A inovação jurídica, veiculada através da Lei 7.183/2015, sinaliza a insuficiência semântica da Lei Complementar 87/96 para inserir na esfera de incidência do imposto a circunstância fática denominada extração de Petróleo. Olvida-se, portanto, de que tais extensões semânticas, para além dos conteúdos postulados na Lei Complementar, não são autorizados pela Constituição Federal, pois materialmente violadores do Princípio da Legalidade.

Frente ao exposto, não há dúvidas de que a Nova Lei Noel fere a Constituição Federal (arts. 155, II c/c 146, III) e a Lei Complementar nº 87/96 (arts. 2º, I c/c 12), razão pela qual é material e formalmente inválida.

4.4. Violação ao art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

Já foi visto que a extração do petróleo não representa operação mercantil (não há venda do óleo, mas sim aquisição originária decorrente da exploração da lavra) e que tampouco há na atividade mercadoria apta a circulação (o óleo na jazida ainda não é mercadoria, que surge apenas após a extração).

Entretanto, fato é que a Nova Lei Noel procurou estabelecer tal hipótese como fato gerador do ICMS, como que criando, por ficção, uma operação de circulação do óleo entre a União (proprietária das jazidas, conforme arts. 20 e 176 da CF) e as concessionárias.

Ocorre que, mesmo que tal operação de circulação de mercadoria fosse existente, o ICMS continuaria sendo inexigível, pois a propriedade do petróleo estaria sendo transferida da União (a quem cabe a propriedade das jazidas) para as concessionárias. Em outras palavras, quem estaria a “vender” o petróleo seria a União Federal.

autorizar à lei complementar estabelecer que a extração – leia-se produção – do petróleo fosse fato gerador do ICMS. Só dessa forma, teria o Estado do Rio de Janeiro amparo constitucional e legal para concretizar sua pretensão. Por ora, os limites impostos ao exercício de sua competência tributária não permitem seja considerada constitucional a Lei Estadual n 4.117/2003.”

De fato, contribuinte do ICMS, conforme estabelecido na LC nº 87/96, é quem dá a saída onerosa (venda) à mercadoria, e não quem a recebe (compra). Assim, como a Nova Lei Noel (assim como a antiga) busca estabelecer uma operação de circulação de mercadoria a partir da extração do óleo, esta operação necessariamente teria que ser feita do proprietário do petróleo (União) para o adquirente (concessionário).

Logo, se algum imposto fosse devido nesta operação, o sujeito passivo da exação seria a União Federal, que teria praticado o fato gerador do ICMS (operação onerosa de circulação de mercadoria). No entanto, esta operação – mesmo que considerada válida e existente – jamais poderia ser tributada, por força da imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a” da CF/88³², a qual o STF já declarou ser aplicável inclusive para os casos de ICMS³³.

E nem se alegue que o imposto seria devido por ter a lei atribuído ao “adquirente” do petróleo a condição de responsável pelo pagamento do imposto, numa espécie de substituição tributária regressiva (o adquirente da mercadoria – concessionária - recolhendo o ICMS devido pelo transmitente – União Federal). Afinal, a simples alteração do responsável pelo recolhimento do tributo, por meio da substituição tributária, jamais poderia implicar exigência de tributo decorrente de operação considerada imune pela Constituição Federal³⁴.

É que na substituição tributária regressiva (“para trás”) ou progressiva (“para frente”), o contribuinte-substituído é quem realiza o fato gerador, enquanto o responsável-substituto recolhe o tributo segundo e de acordo com o regime jurídico do contribuinte-substituído. Se o substituído é isento ou imune, inexistente tributo a ser recolhido pelo substituto. Sobre o assunto escreve Misabel Derzi:

“... o regime jurídico do substituto e da quantificação de seu dever é o regime jurídico do substituído.

³² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”

³³ “ICMS – A imunidade do ente imune impede a exigência do ICMS sobre a saída de mercadorias que promove. “O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 210.251 – Edv/SP, fixou entendimento segundo o qual as entidades de assistência social são imunes em relação ao ICMS incidente sobre a comercialização de bens por ela produzido, nos termos do art. 150, IV, c da Constituição” (STF, Pleno, RE 86175-ED-EDv, Rel. Min. Ellen Gracie, ago/2006)

³⁴ Registre-se ainda que esta substituição tributária também não poderia ser admitida pois fere o art. 155, § 2º, XII, “b”, da CF/88.

Ao eleger expressão tão genérica – o responsável tributário – o Código Tributário Nacional, no art. 128, não distingue as modalidades diversificadas possíveis de sujeição passiva, transferência, sucessão, substituição. Estabelece apenas os princípios a serem observados, na eleição do responsável tributário (de qualquer espécie) e isso sim é de suma relevância. São eles:

1. plena aplicação dos princípios tributários em geral como legalidade expressa, irretroatividade, anterioridade e capacidade econômica à responsabilidade tributária;

2. legalidade expressa e exclusiva, cabendo à pessoa competente para legislar sobre determinado tributo dispor sobre sujeição passiva e responsabilidade, mediante lei. Os casos admitidos pelo CTN não são exaustivos, podendo o legislador ordinário criar novas hipóteses. Graças à necessidade de lei expressa e exclusiva, são inoponíveis à Fazenda Pública quaisquer acordos ou convenções entre particulares (arts. 121 e 123 do CTN);

3. a continuidade da relação jurídica, embora haja alteração subjetiva na dívida, se impõe. A norma secundária somente altera o pólo passivo da norma básica ou matriz, sem qualquer novação. Dá-se cessão legalmente imposta de dívida (não de crédito), razão pela qual o regime jurídico a ser cumprido é o mesmo do contribuinte, quer tenha sido ele mantido ou não na relação tributária;

*4. **prevalência do regime jurídico do contribuinte (e do substituído).** Como o responsável tributário não realiza o fato descrito na hipótese da norma básica..... os deveres do contribuinte e do responsável serão enformados segundo os critérios e aspectos da norma básica. O regime jurídico é o regime jurídico do contribuinte de modo que a imunidade e a isenção; a incidência; os critérios de quantificação do dever – base de cálculo e alíquota –; as causas extintivas ou excludentes do crédito e os benefícios fiscais em geral são definidos de acordo com o regime jurídico do contribuinte;*

5. Vinculação indireta do responsável ao fato gerador. A exigência de vinculação do responsável se faz em obediência ao princípio da capacidade econômica, a fim de que, por meio de retenção – como ocorre no Imposto de Renda recolhido pela fonte pagadora – ou reembolso, possa o responsável se ressarcir do tributo pago.³⁵

Ora, sendo a União imune ao ICMS, inexistiria fato gerador. Mais do que isso, inexistente competência do Estado para tributá-la, como reiteradamente tem definido o STF.

Essa é também a opinião de RICARDO LODI RIBEIRO, em parecer sobre o tema (**doc. nº 10**):

³⁵ Cf. Misabel Derzi. Atualização à obra de Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro. 11ª. Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 736-737.

“Como vimos ao longo deste estudo, a tese que confere suporte à pretensão do Estado do Rio de Janeiro de tributar a extração do petróleo parte do pressuposto de que haveria uma transferência de domínio entre a União, proprietária das jazidas, e o concessionário que, por meio de uma aquisição derivada, adquiriria os hidrocarbonetos do ente federal, o que ensejaria a circulação de mercadorias, a partir da ideia de que esta se traduziria da transmissão da propriedade do bem. Porém, **mesmo que esta tese estivesse correta, o que, como se viu, não procede, não haveria qualquer tributação na operação em função da imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, CF, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrarem tributos uns dos outros.**

(...)

Assim, ainda que, por amor ao debate, houvesse uma transferência de domínio entre União e a concessionária, por ocasião da extração do petróleo, e esta atividade, em tese, se inserisse no campo da norma de incidência do ICMS, não ocorreria o fato gerador pelo bloqueio da sua eficácia em relação ao caso concreto por força da aplicação da regra imunizante do art. 150, VI, a, CF. É que, **ainda que a Lei nº 7.183/15 tenha escolhido como sujeito passivo a empresa produtora, e não a União, é esta que, de acordo com a tese estatal, estaria transferindo a propriedade do hidrocarboneto para aquela, sendo, portanto, imune à operação, pois se o dispositivo imunizante afasta a ocorrência do fato gerador, é inócuo o deslocamento da sujeição passiva para terceiro por substituição tributária, como implicitamente foi efetivado pelo artigo 5º da norma em estudo.**

Por esse motivo também, sendo imune a suposta “circulação de mercadoria” entre a União e a concessionária, é inconstitucional da exigência do ICMS na extração de petróleo.” (grifamos)

Em conclusão, ainda que se entenda que a extração do petróleo é fato gerador do ICMS, este fato gerador seria praticado pela União Federal, que estaria a vender o óleo para as concessionárias, já que é a proprietária das jazidas e dos poços. Entretanto, se assim for, a operação será imune nos termos do art. 150, VI, “a” da CF/88.

4.5. Incompatibilidade da base de cálculo com o fato gerador.

Outro problema da Lei nº 7.183/2015 refere-se à base de cálculo do imposto eleita pelo legislador, que, adiante-se, é incompatível com o fato gerador previsto.

O art. 3º da Lei nº 7.183/2015 dispõe que a base de cálculo do ICMS é o “*preço de referência do petróleo*”, assim entendido como a “*média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior*”.

Ocorre que o fato gerador do imposto – “*circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*” –, ocorreria “*imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção*”, isto é, assim que o concessionário “*assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada*” (arts. 1º e 2º da Lei nº 7.183/2015).

Como se vê, para o fato gerador ocorrido na “*aquisição da propriedade*” do óleo (momento 1), a lei estabelece uma base de cálculo referente à venda desse óleo pela concessionária (momento 2), em total descasamento entre as etapas da cadeia produtiva. Em outras palavras, a lei adota, como base de cálculo do imposto, o valor da operação seguinte àquela que se pretende tributar.

A base de cálculo apresenta três funções: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma jurídico-tributária, como reconhece à unanimidade a doutrina justrIBUTÁRIA brasileira.

De fato, a hipótese de incidência do tributo descreve seu aspecto material, isto é, o ato ou fato ou conjunto de fatos que levam ao nascimento da obrigação tributária³⁶. Já a base de cálculo é a “*perspectiva dimensível do aspecto da hipótese de incidência, que a lei qualifica, com a finalidade de fixar o critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do quantum debeatur*”³⁷. Em outras palavras: a base de cálculo é o aspecto quantitativo da hipótese de incidência, de modo a permitir a apuração do crédito tributário decorrente da prática do fato imponiblel.

³⁶ “*Aspecto material é a imagem abstrata de um fato jurídico: propriedade imobiliária, patrimônio, renda, produção, consumo de bens, prestação de serviços, ou uma atuação pública (como o estado realizar obra, produzir um serviço, conceder uma licença, uma autorização, uma dispensa, etc.)*” ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pg. 107.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pg. 108.

De se notar, portanto, a estreita ligação entre o fato gerador (ou hipótese de incidência, como prefere Ataliba) e a base de cálculo, devendo esta última ser o espelho do primeiro. É que a base de cálculo deve guardar relação direta com o fato gerador, para que seja confirmada a hipótese de incidência. De fato, se a lei descreve como hipótese de incidência o auferimento de renda, não poderá a base de cálculo considerar o valor de um bem imóvel para fins de apuração do montante devido³⁸. Do contrário, estar-se-á diante de um imposto sobre o patrimônio, e não sobre a renda. Daí as críticas feitas por PAULO DE BARROS CARVALHO ao art. 4º do CTN³⁹ que, ingenuamente, diz o professor, estabelece que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação tributária. Na verdade, apenas da análise conjunta do fato gerador e da base de cálculo é que se pode encontrar a “intimidade estrutural da figura tributária”⁴⁰

Na hipótese, a base de cálculo trazida pela Lei nº 7.183/2015 (preço de referência, que é tomado a partir dos valores da venda do petróleo pelas concessionárias) não tem qualquer correlação com a extração do petróleo em si, momento anterior a sua efetiva comercialização. Ou seja, a grandeza escolhida infirma o critério material eleito pelo legislador estadual no fato gerador (aquisição da propriedade), por não guardar coerência temporal entre os eventos do fato gerador em questão.

³⁸ “Efetivamente, fica evidente a posição central da base imponible – relativamente à hipótese de incidência – pela circunstância de ser impossível que um tributo, sem se desnaturar, tenha por base imponible uma grandeza que não seja ínsita na sua materialidade de hipótese de incidência. Efetivamente, não é possível que um imposto sobre o patrimônio tenha por base imponible a renda do seu titular. Tal situação – essencialmente teratológica – configuraria um imposto sobre a renda e não sobre o patrimônio.” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pg. 111).

³⁹ “Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.”

⁴⁰ “faz-se mister analisarmos a hipótese de incidência e a base de cálculo para que possamos ingressar na intimidade estrutural da figura tributária, não bastando, para tanto, a singela verificação do fato gerador, como ingenuamente supôs o legislador do nosso Código Tributário ... Por certo, a tomada a sentença (CTN, art. 4º) como verdadeira, não encontraríamos método para diferenciar impostos de impostos e desses de taxas, entregando-nos, imbeles, aos desacertos assíduos do político. (...) no direito brasileiro, o tipo tributário se acha integrado pela associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo. O binômio, adequadamente identificado, com revelar a natureza própria do tributo que investigamos, tem a excelsa virtude de nos proteger da linguagem imprecisa do legislador.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 28/29).

Como se vê, a Lei nº 7.183/2015 adota por base de cálculo do ICMS um conceito diverso do “valor da operação” descrito no art. 13, I, da LC nº 87/96. Com isso viola frontalmente os arts. 155, §2º, XII, “i”, e 146, III, “a”, da CF/88, que reservam à lei complementar a definição da base de cálculo dos tributos.

Para a correta adequação da base de cálculo ao fato gerador eleito, o legislador estadual deveria eleger uma grandeza econômica referente à própria etapa da cadeia à qual se relaciona o pretense fato gerador “extração” (ou, nos termos da lei, circulação do poço até a empresa concessionária). Contudo, não há grandeza econômica no petróleo antes da sua retirada do subsolo (o máximo que pode haver é uma estimativa do tamanho do poço), de modo que a base de cálculo seria de impossível ou incerta avaliação.

Em suma, o que se quer demonstrar é que a base de cálculo eleita pelo legislador estadual na Lei nº 7.183/2015 é totalmente incompatível com o fato gerador nela previsto, o que perfaz mais um motivo para tornar insubsistente a cobrança do ICMS sobre a extração do petróleo.

4.6. Violação ao art. 152 da Constituição.

Não menos importante é o fato de que, ao instituir a cobrança de ICMS sobre o petróleo produzido no Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 7.183/2015 acaba gerando um aumento de 25% no valor desse produto⁴¹, o que torna o petróleo fluminense o mais caro do país.

Consequentemente, a “Nova Lei Noel” viola frontalmente o art. 152 da Constituição Federal, que veda aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua

⁴¹ Vale conferir o exemplo abaixo:

Preço exemplificativo da mercadoria (sem tributos)	ICMS (18%)	FECPP (2%)	Tributação (“gross up” – cálculo do tributo “por dentro”*)	Total (base de cálculo + tributação)	Incremento da Operação (tributação / base de cálculo)
R\$ 80,00	R\$ 18,00	R\$ 2,00	R\$ 20,00	R\$ 100	25%

*Considerando que o art. 13, §1º, I, da LC nº 87/96 dispõe que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, o valor total da tributação deve considerar o montante de 20% (18% de ICMS + 2% de FECPP) a incidir sobre o preço da mercadoria acrescido dessa tributação (20% x (R\$ 80 + R\$ 20)) = R\$ 20, conforme exemplo acima. Logo, para um preço de mercadoria em R\$ 80 e tributação de R\$ 20, o custo efetivo seria de ¼ (um quarto, R\$ 20/R\$ 80), ou seja, 25%.

procedência – já que o Estado do Rio de Janeiro é o único a fazer incidir ICMS na origem.

E não é só: como o texto constitucional determina que o ICMS caberá ao Estado em que ocorrer o consumo (art. 155, § 4º, I, CF/88), a nova hipótese de incidência trazida pela Lei nº 7.183/2015 configura uma verdadeira burla ao Sistema Tributário Nacional, uma vez que desvirtua a destinação que a Constituição atribuiu aos valores do ICMS incidente sobre a comercialização do petróleo⁴².

4.7. Da incompetência territorial do Estado para instituir e cobrar ICMS sobre as atividades em alto mar.

Além das questões acima, cabe ainda destacar que a competência tributária para a instituição e cobrança do ICMS (e de qualquer outro tributo estadual) deve ser exercida no âmbito do território do respectivo Estado-membro, o qual não abrange e nem se confunde com plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.

Quanto a essa constatação, é de se notar que o art. 20, §1º, da CF/88 expressamente exclui do território brasileiro o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, *in verbis*:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”
 (grifamos)

40

O citado dispositivo, como se vê, prescreve que aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, fica assegurada uma compensação financeira pela exploração de recursos hídricos e minerais que ocorram:

⁴² Vale lembrar que, ao julgar o RE 198.088/SP, o STF esclareceu que a não incidência do ICMS, no Estado de origem, sobre operações interestaduais com produtos derivados do petróleo (art. 155, § 2º, X, “b”, da CF/88) teve por único objetivo deslocar a incidência do imposto para o Estado onde o produto fosse consumido, pois essa é a lógica da repartição constitucional de receitas. Isso evita que os Estados com maior produção de petróleo concentrem a riqueza gerada pela incidência desse imposto.

- (a) Nos respectivos territórios; e
- (b) Fora de seus respectivos territórios (ou seja, no mar territorial, plataforma continental ou zona econômica exclusiva).

Está mais do que claro, portanto, que o território dos entes estaduais está adstrito às fronteiras terrestres, não incorporando o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.

Dúvidas poderiam surgir quanto ao mar territorial (situado até 12 milhas náuticas da costa), na medida em que o próprio art. 20 da CF/88, em seu inciso VI, determina que tal faixa de mar representa um bem da União Federal. Assim, poder-se-ia argumentar que sendo a União composta de Estados e Municípios, acabariam as 12 milhas náuticas por integrar o território destes últimos.

Mas tais dúvidas não pairam sobre a plataforma continental e a zona econômica exclusiva. Isso porque, diferentemente do que ocorre com o mar territorial, o art. 20, inciso V, da CF/88 disse ser bem da União não a plataforma continental e a zona econômica exclusiva como um todo, **mas apenas os recursos naturais ali existentes.**

Veja-se:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial”.

No mesmo sentido, encontra-se a Lei Federal nº 8.617/93, que reconhece que cabe ao Estado brasileiro apenas **o direito de soberania para fins de exploração e gestão dos recursos naturais** existentes na faixa de mar compreendida entre 12 e 200 milhas náuticas:

“Art. 6º A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial.

Art. 7º Na zona econômica exclusiva, o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não-

vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos.

(...)

Art. 12. O Brasil exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental, para efeitos de exploração dos recursos naturais.

Parágrafo único. Os recursos naturais a que se refere o caput são os recursos minerais e outros não-vivos do leito do mar e subsolo, bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, àquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo, ou que só podem mover-se em constante contato físico com esse leito ou subsolo.” (grifamos)

Registre-se que a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.617/93 não fizeram nada além de reconhecer uma realidade que já havia sido posta pela Convenção de Montego Bay de 1982.

Por meio do referido acordo, cerca de 160 países integrantes da ONU atribuíram às nações costeiras, sobre a faixa de mar compreendida entre 12 e 200 milhas náuticas do litoral, o direito de exploração dos recursos naturais, em detrimento dos demais países. Frise-se: **apenas** a prerrogativa de explorar os recursos naturais.

Ora, se a plataforma continental e a zona econômica exclusiva integrassem de fato o território dos países costeiros, não teriam esses unicamente competência para explorar os seus recursos naturais. Poderiam, por exemplo, impor uma série de restrições à navegação, inclusive na utilização do espaço aéreo.

Mas não é isso que ocorre. O Estado brasileiro exerce uma soberania limitada sobre plataforma continental e a zona econômica exclusiva. E só tem essas prerrogativas porque foram reconhecidas na Convenção de Montego Bay (através dos arts. 55, 56, 76 e 77⁴³, internalizados pelo Decreto-Legislativo nº 05/87). Não fosse a existência de acordo internacional sobre a plataforma continental, qualquer nação poderia explorar o petróleo ali localizado, sem precisar sequer do consentimento do Brasil.

Logo, considerando que (a) o Estado brasileiro, por força da Convenção de Montego Bay, tem competência **apenas** para explorar os

⁴³ Os dispositivos da Convenção de Montego Bay, por conta da sua extensão, foram transcritos ao final dos presentes embargos de declaração.

recursos minerais na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, e (b) que essa competência foi atribuída pela Carta de 1988 à União Federal, como se pode admitir que um ente estadual edite norma de cunho tributário onerando uma operação que está, para o ordenamento jurídico nacional e internacional, ocorrendo em alto mar?

Como se sabe, por força do art. 102 do CTN⁴⁴, a legislação estadual restringe-se aos limites do seu território, de modo que, não sendo a plataforma continental e a zona econômica exclusiva território brasileiro, jamais poderia o Estado do Rio de Janeiro pretender gravar atividades que estejam sendo ali exercidas.

E, caso por absurdo se considerem tais faixas de mar como partes do território nacional, então seriam, indiscutivelmente, **território federal**, por decorrência lógica do art. 20, V, da CF/88. Tal constatação também tem o condão de afastar a cobrança do ICMS, haja vista que, em território federal, a competência tributária é da própria União, nos termos do art. 147 da Carta Magna⁴⁵.

4.8. Ofensa ao art. 146, I, da Constituição Federal.

Por fim, mesmo que se pudesse considerar que as plataformas de exploração de petróleo estão estabelecidas em territórios estaduais, ainda assim não seria possível a cobrança do imposto, diante da inexistência de lei complementar dispendo sobre conflitos de competência, nos termos do art. 146, I, da CF/88.

De fato, caso se reconheça que é devido o ICMS sobre a extração de petróleo em alto mar, uma questão de vital importância se coloca: para qual Estado o ICMS deverá ser recolhido?

Não há resposta para tal indagação, visto que, tratando-se de territórios abstratos, sem demarcações físicas, vários Estados costeiros poderão pleitear o ICMS da extração de petróleo em alto mar. Com efeito, não há nenhum diploma legal que estabeleça como delimitar as fronteiras

⁴⁴ “Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União”.

⁴⁵ “Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.”

dos Estados sobre o mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva.

É por isso que o inc. I do art. 146 da CF/88 impõe, nessas situações de incerteza, a edição de lei complementar para fins de solucionar conflitos de competência.

Refuta-se, desde já, qualquer tentativa de aplicação das linhas ortogonais e paralelas definidas pelo IBGE para fins de distribuição dos royalties de petróleo (nos termos da Lei Federal nº 7.525/86 e Decreto nº 93.189/86) como base para delimitação dos territórios estaduais.

A uma porque se trata de uma lei ordinária federal, padecendo de um vício formal para dirimir qualquer conflito de competência. A duas porque o diploma legal é expresso no sentido de que as linhas ortogonais e paralelas do IBGE tiveram como única finalidade a repartição dos *royalties*, e não a definição do território de cada Estado-Membro para fins do exercício da competência tributária.

Logo, a situação é de flagrante violação ao art. 146, I da CF/88, pois o caso demandaria a edição de Lei Complementar para dirimir conflito positivo de competências.

Em todo caso, essa é uma discussão vã, pelo simples fato de inexistir, como visto acima, território estadual ou bem econômico estadual no subsolo oceânico, na plataforma continental e no mar territorial, locais onde impera a União Federal.

Vale conferir o seguinte precedente do STF, em que ficou consignada a impossibilidade dos Estados exigirem o ICMS sobre o serviço de navegação aérea enquanto não for editada lei complementar sobre o tema, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ICMS E SUA INSTITUIÇÃO. ARTS. 150, II; 155, § 2º, VII 'A', E INCISO VIII, CF. CONCEITOS DE PASSAGEIRO E DE DESTINATÁRIO DO SERVIÇO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS. INAPLICABILIDADE DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS. OMISSÃO QUANTO A ELEMENTOS NECESSÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO ICMS SOBRE NAVEGAÇÃO AÉREA. OPERAÇÕES DE TRÁFEGO AÉREO INTERNACIONAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS NACIONAIS. QUANTO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS, VALEM OS ACORDOS INTERNACIONAIS

- RECIPROCIDADE. VIAGENS NACIONAL OU INTERNACIONAL - DIFERENÇA DE TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE NORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 151, CF É O DAS RELAÇÕES DAS ENTIDADES FEDERADAS ENTRE SI. NÃO TEM POR OBJETO A UNIÃO QUANDO ESTA SE APRESENTA NA ORDEM EXTERNA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO, DE PASSAGEIROS - INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ICMS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS PELAS EMPRESAS AÉREAS NACIONAIS, ENQUANTO PERSISTIREM OS CONVÊNIOS DE ISENÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS. AÇÃO JULGADA, PARCIALMENTE PROCEDENTE.” (ADI 1600, Rel.Min. SYDNEY SANCHES, Rel.p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 26.11.01, grifamos)

Apesar de se tratar de hipótese distinta, o racional adotado no julgado desta Corte acima transcrito é em todo aplicável ao caso dos autos: na ausência de Lei Complementar que disponha sobre conflito de competência, não é possível a exigência do ICMS quando houver dúvidas sobre o sujeito ativo da exação.

5. DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.

Como visto, o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 7.183/15, pretende efetuar a cobrança de ICMS a sobre as pretensas operações de “*circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária*”.

Contudo, tal cobrança é manifestamente inconstitucional, de modo que a referida lei estadual deve ser suspensa *in totum* – de plano e com urgência – o que se justifica pela necessidade de garantir os efeitos da decisão final a ser tomada pelo Plenário desta Corte, a qual, certamente, acolherá as razões aqui deduzidas.

O *fumus boni iuris* foi amplamente demonstrado nos tópicos anteriores, e se verifica, em suma, diante da flagrante incompatibilidade dos dispositivos da Lei estadual nº 7.183/15 em face de diversos dispositivos da Constituição Federal e também da legislação complementar.

Já o *periculum in mora* decorre, em suma, do fato de que a tributação da operação de extração de petróleo pelo ICMS, **que passará a ocorrer no final de março/16**, indubitavelmente impactará todo o regime concessões e partilhas, especialmente se considerarmos que (i) a maior parte das empresas produtoras de petróleo estão situadas no Estado do Rio

de Janeiro, (como demonstrado por levantamento feito pela própria ANP – doc. nº 03, *cit.*); **(ii)** a quase totalidade da produção de petróleo no país provém desse Estado; e **(iii)** a nova e inédita incidência de ICMS implicará a oneração excessiva da operação, aumentando consideravelmente os custos de produção – caso entre em vigor a Nova Lei Noel, sobre o preço de venda será adicionado um novo custo de: (a) 18% a título de ICMS; (b) 2% a título de FECP⁴⁶; resultando (c) uma alíquota efetiva de 25% (“gross up”).

Nesse contexto, a Lei nº 7.183/15 causa grande inquietação no setor industrial representado pela Autora, estando os seus associados ameaçados de verem a produção de petróleo tornar-se economicamente inviável, em especial em tempos nos quais o preço do barril atinge uma das piores desvalorizações da história (**doc. nº 06**).

De fato, o preço do barril de petróleo baixou mais de 70% desde 2014, quando chegou a ser negociado a US\$ 115,00, estando atualmente cotado em aproximadamente US\$ 33,00. Tal cenário vem causando piora considerável na situação econômica das empresas do setor, o que já foi reconhecido inclusive pelo próprio Conselho Nacional de Política Energética, ao editar a Resolução nº 01/2016 nos seguintes termos (**doc. nº 11**):

“O Presidente do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE (...) considerando que:

o atual cenário mundial vem produzindo fortes impactos no mercado de petróleo e gás natural, com preços que dificultam a viabilização econômica dos investimentos;

novos investimentos na indústria petrolífera requerem regras estáveis e prazo de vigência que permitam o planejamento de longo prazo, assegurando a manutenção dessas regras ao longo do período de realização dos investimentos e de sua remuneração; e

o segmento de óleo e gás tem grande relevância para a cadeia produtiva nacional, com forte impacto sobre a capacidade de crescimento do País, resolve.” (grifamos)

Nesse contexto, o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) elaborou estudo conclusivo sobre a matéria, confirmando a **inviabilidade econômica dos projetos de exploração e produção de petróleo no Estado do Rio de Janeiro no cenário atual**

⁴⁶ Fundo Estadual de Combate à Pobreza e as Desigualdades Sociais.

(barril a menos de US\$35,00) se considerada a nova tributação trazida pela Lei nº 7.183/15 (bem como pela Lei nº 7.182/15)⁴⁷.

Por sua vez, considerando o novo ônus fiscal (representado tanto pela Lei nº 7.182/15, quanto pela Lei nº 7.183/15), o chamado *break even* (ponto ou preço de equilíbrio onde o total das receitas é igual ao total das despesas para a exploração e produção) só é atingido no momento em que o barril atinge o preço de US\$80,00, conforme gráfico abaixo:

Preço do Petróleo	Break-Even	
	s/ tributos	c/ tributos
\$35	⊖	⊖
\$50	⊕	⊖
\$80	⊕	⊕

⊖ A depender do tipo de reservatório e regime fiscal
 ⊖ Projetos Inviáveis (TIR < 10%)
 ⊕ Projetos apresentam viabilidade (TIR ≥ 10%)

Ocorre que a maioria dos especialistas do setor não projeta preços acima de US\$ 80/barril antes do ano de 2020. Ou seja: o quadro é de crise deveras grave e sem perspectiva de melhora num futuro próximo, visto que a exploração de petróleo com um barril a US\$ 30,00 já gera prejuízos às empresas, o que não deixa dúvidas de que o novo ônus implicará um desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

47

Logo, a nova tributação do setor petrolífero instituída pelo Estado do Rio de Janeiro inviabilizará, por um longo período, não só a expansão, como a própria manutenção das atividades das empresas do setor⁴⁸, gerando efeitos deletérios à abalada economia nacional e, conseqüentemente, afetando a geração e manutenção de inúmeros postos de trabalho.

⁴⁷ A Lei nº 7.182/2015 instituiu a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG), equivalente a 3,0023 para cada barril de petróleo ou unidade equivalente de gás natural extraído no Rio.

⁴⁸ A esse respeito, vale lembrar que o concessionário, ao participar dos leilões da ANP, planeja com complexidade a economicidade do projeto. Nesse contexto, os contratos de concessão da ANP e a legislação que regulamenta a matéria devem conferir ao futuro concessionário a segurança necessária para habilitar-se nesse tipo de empreendimento de alto risco.

E não apenas o setor privado sai perdendo, pois a nova tributação do petróleo no Estado do Rio de Janeiro tem o potencial de afetar até mesmo o equilíbrio do pacto federativo.

De fato, o estudo elaborado pelo IBP demonstra que os efeitos são deletérios aos demais entes da federação tanto no regime de concessão, quanto no regime de partilha (considerando os impactos da Lei nº 7.182/15 e da Lei nº 7.183/15 - doc. nº 10, *cit.*):

Impacto dos novos tributos
 Variação com relação ao caso sem tributos (US\$ Milhões)²

	Preço do barril	Concessão					Partilha			
		Company Take	Gov. Take ¹		Total	TIR	Company Take	Gov. Take ¹	Total	TIR
			PE	IR						
TFPG	\$35	-1.518 (-4%)	-1.084 (-7%)	-782 (-7%)	-3.384	-	-2.522 (-15%)	-861 (-36%)	-3.384	-
	\$50	-1.518 (-3%)	-1.084 (-3%)	-782 (-4%)	-3.384	+	-2.522 (-5%)	-1.150 (-8%)	-3.384	+
ICMS	\$35	-19.263 (-55%)	-12.669 (-80%)	-8.832 (-81%)	-40.764	-	-38.402 (-222%)	-2.364 (-100%)	-40.766	-
	\$50	-24.507 (-43%)	-17.496 (-55%)	-12.625 (-57%)	-54.628	-	-40.689 (-100%)	-13.940 (-100%)	-54.629	-
ICMS + TFPG	\$35	-21.147 (-61%)	-13.581 (-85%)	-9.421 (-86%)	-44.151	-	-41.787 (-242%)	-2.364 (-3%)	-44.151	-
	\$50	-26.026 (-46%)	-18.580 (-59%)	-13.407 (-60%)	-58.014	-	-44.055 (-108%)	-13.959 (-14%)	-58.014	-

- Projetos Inviáveis (TIR < 10%)
+ Projetos apresentam viabilidade (TIR ≥ 10%)

TIR – Taxa Interna de Retorno; PE – Participação Especial; IR – Imposto de Renda.
¹Government take referente a outros impostos e participações
²Valores não descontados no tempo.

O gráfico acima deixa claro que haverá inviabilidade econômica nos projetos de exploração e produção com o incremento na carga tributária gerada pelo ICMS instituído pela Lei nº 7.183/15 especialmente num cenário em o preço do barril está no patamar de US\$ 30,00.

Em todo caso, como se vê, a instituição desse novo tributo afeta negativamente a arrecadação de outros impostos e participações governamentais⁴⁹, a exemplo das participações especiais (cuja receita é

⁴⁹ Lei nº 9.478/97:

“Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

destinada ao Governo Federal) e do imposto de renda (de competência da União), devido à redução da renda disponível das companhias, sobre a qual essas cobranças incidem.

Ademais, a instituição dessa nova exação pelo Estado do Rio de Janeiro (juntamente a taxa de polícia – TFPG - prevista na Lei nº 7.182/15, que obriga as empresas do setor a recolherem R\$ 3,0023 por cada barril de petróleo ou unidade equivalente de gás extraído) refletirá um aumento no custo dos produtos comercializados, o que causa efeitos inflacionários imediatos (o preço na bomba de combustível deverá sofrer um acréscimo de 25%, segundo estudo do IBP), dada a dependência dessa fonte energética para a produção e economia nacional.

Enfim, pela clareza e importância, vale transcrever as conclusões do supramencionado estudo (doc. nº 10, cit.):

“Em suma, os novos tributos aprovados pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro com o intuito de elevar a arrecadação do estado, gerará um efeito inverso, reduzindo a arrecadação da União, Estados e Municípios, por vários motivos:

1. Inviabilização de projetos e perda de competitividade do estado do RJ.

*Não realização de novos projetos e interrupção daqueles em curso implica na **redução do volume de produção e, consequentemente, da arrecadação futura governamental (Royalties e Participação Especial), bem como desemprego e redução da atividade econômica do estado e da arrecadação com outros tributos**, sem citar os efeitos indiretos sobre a renda.*

*Com a elevação da carga tributária, os **investimentos** potenciais no desenvolvimento de reservas no estado **serão desviados a outras áreas geológicas, seja no país seja no mundo.***

*A elevação drástica de custos na etapa de produção dará incentivos a paralisação da produção no estado e **elevação das importações de petróleo** e derivados para o mercado interno, como estratégia comercial.*

2. Conflito federativo.

II - royalties;

III - participação especial;

IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

§ 1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

§ 2º As receitas provenientes das participações governamentais definidas no caput, alocadas para órgãos da administração pública federal, de acordo com o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.

§ 3º O superávit financeiro dos órgãos da administração pública federal referidos no parágrafo anterior, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.”

Belo Horizonte – MG
Alameda da Serra, 119,
12º e 13º andares, Vila da Serra
Cep 34.000-000. Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ
Rua Visconde de Pirajá, nº 303 –
Grupo 904/912 – Ipanema
Rio de Janeiro – RJ
Tel Fax 21 3212.0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo –SP
Alameda Jaú, 1742, 15º andar.
Cep 01.420-904. Jardim Paulista
Tel Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF
SHS Quadra 06 . Conjunto A . Bloco A .
Sala 601 CEP 70316.100 . Ed. Brasil
XXI . Asa Sul
Tel Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

Redução da arrecadação com outros tributos devido ao incremento do custo das empresas, afetando diretamente a base de cálculo sobre a qual incidem essas cobranças (receita disponível).

3. Possibilidade de repasse do custo adicional para o preço dos combustíveis vendidos no País (**efeito inflacionário**).

Dado que os tributos são encarados como custos diretos para as empresas, o repasse para derivados pode ser uma saída para recuperar a receita perdida. Para uma recomposição completa destes custos prevê-se uma elevação média de mais de 25% nos preços dos derivados ao consumidor final.” (grifamos)

Em suma, o aumento da carga tributária no setor de petróleo terá como consequência a redução de investimentos nessa atividade, diminuição ainda maior da arrecadação de royalties e participações especiais, e a redução de emprego e renda no país, com impactos no curto, médio e longo prazo.

Consequentemente, a instituição de uma nova hipótese de incidência do ICMS sobre o petróleo pode representar, sem exagero: o fim da já abalada indústria do petróleo no Brasil (por óbvio, o incremento do custo na produção do petróleo brasileiro levará a um aumento na importação desse produto e de seus derivados); o colapso no abastecimento do mercado; e o agravamento da crise econômica que a nação enfrenta.

Diante do exposto, com fundamento na aplicação conjugada do art. 102, I, “p” da Constituição Federal⁵⁰, do art. 10, §3º, da Lei nº 9.868/99⁵¹ e do art. 21, V, do Regimento Interno do STF⁵², a Autora requer a este Exmo. Ministro Relator, a quem for distribuída a presente ação, a urgente concessão de medida cautelar para suspender, liminarmente, a eficácia das disposições contidas na totalidade dos artigos da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183, de 29 de dezembro de 2015.

⁵⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

⁵¹ “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciarse no prazo de cinco dias. (...) § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”

⁵² “Art. 21. São atribuições do Relator: (...) IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma”.

6. DOS PEDIDOS FINAIS.

Diante do exposto, a Autora requer:

- a) o deferimento liminar do pedido de medida cautelar, nos termos deduzidos no tópico anterior;
- b) em seguida, sejam colhidas informações do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Assembleia Legislativa do respectivo Estado, órgão e autoridade das quais emanou a lei impugnada, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.868/99;
- c) a posterior abertura de vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.868/99;
- d) ao final, que sejam julgados integralmente procedentes os pedidos, para declarar, em definitivo e com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade total da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183, de 29 de dezembro de 2015.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 29 de fevereiro de 2016.



SACHA CALMON NAVARRO COELHO MISABEL A. MACHADO DERZI
OAB/DF nº 20.118



OAB/DF 20.114



EDUARDO MANEIRA
OAB/RJ nº 112.792-A



IGOR MAULER SANTIAGO
OAB/RJ nº 112.791-A

DONOVAN MAZZA LESSA
OAB/RJ nº 121.282

MARCOS MAIA
OAB/RJ nº 146.276

Sócios – Partners

Sacha Calmon Navarro Coêlho | Misabel de Abreu Machado Derzi | Eduardo Maneira
Igor Mauler Santiago | Valter Lobato | Paula Derzi Botelho | André Mendes Moreira
Juliana Junqueira Coelho | Eduardo Junqueira Coelho | Andréa Bedran | Arnaldo Paiva
Mônica de Barros | Donovan Lessa | Gabriel Amarante | Guilherme Quintela | Tiago Conde
Patrícia Gaia | Frederico Breyner | Fernando Moura | Alice Gontijo | Marcos Maia

SACHA CALMON
MISABEL DERZI
CONSULTORES E ADVOGADOS

T. L.T.
TIAGO CONDE TEIXEIRA
OAB/DF nº 24.259

CAROLINA SCHÄFFER F. JORGE
OAB/SP nº 306.594

Belo Horizonte – MG
Alameda da Serra, 119,
12º e 13º andares, Vila da Serra
Cep 34.000-000. Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ
Rua Visconde de Pirajá, nº 303 –
Grupo 904/912 – Ipanema
Rio de Janeiro – RJ
Tel Fax 21 3212 .0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo –SP
Alameda Jaú, 1742, 15º andar.
Cep 01.420-904. Jardim Paulista
Tel Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF
SHS Quadra 06 . Conjunto A . Bloco A .
Sala 601 CEP 70316.100 . Ed. Brasil
XXI . Asa Sul
Tel Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br