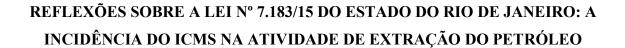
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO



MATHEUS DE FREITAS BATISTA MOITINHO ALVES

Rio de Janeiro 2018/2º SEMESTRE

MATHEUS DE FREITAS BATISTA MOITINHO ALVES

REFLEXÕES SOBRE A LEI Nº 7.183/15 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: A INCIDÊNCIA DO ICMS NA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO PETRÓLEO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Eduardo Maneira.

Rio de Janeiro 2018/2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

d474r

de Freitas Batista Moitinho Alves, Matheus REFLEXÕES SOBRE A LEI Nº 7.183/15 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: A INCIDÊNCIA DO ICMS NA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO PETRÓLEO / Matheus de Freitas Batista Moitinho Alves. -- Rio de Janeiro, 2018. 57 f.

Orientador: Eduardo Maneira. Trabalho de conclusão de curso (graduação) -Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Lei nº 7.183/2015. 2. ICMS. 3. Rio de Janeiro. 4. Petróleo e gás. 5. Constitucionalidade. I. Maneira, Eduardo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

MATHEUS DE FREITAS BATISTA MOITINHO ALVES

REFLEXÕES SOBRE A LEI Nº 7.183/15 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: A INCIDÊNCIA DO ICMS NA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO PETRÓLEO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Eduardo Maneira.

Data da Aprovação://	
Banca Examinadora:	
Orientador:	-
Membro da Banca:	-
Membro da Ranca:	-

Rio de Janeiro 2018/2º SEMESTRE

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, bem como tudo o que eu fizer de relevante em minha vida, à minha família, Rejane Tito Lívio, Pedro e Débora.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e pela família que Ele me deu.

Agradeço à minha mãe Rejane e meu pai Tito Lívio por nunca terem deixado me faltar nada, muito menos amor, bem como aos meus irmãos Débora e Pedro, que são meus amores incondicionais.

Agradeço ao meu Orientador, Professor Eduardo Maneira, pelos ensinamentos, pela orientação e, especialmente, por ter despertado em mim o interesse por lecionar quando fui seu Monitor de Direito Tributário II em 2017. Sua carreira de advogado e acadêmico são uma referência para mim.

Agradeço à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade pública e de qualidade reconhecida, que me rendeu não apenas conhecimento e lições de vida, mas também grandes amizades.

Não poderia deixar de agradecer, ainda, a todos do Vieira Rezende Advogados, especialmente pela oportunidade diária em estar em contato e aprender o Direito Tributário que tanto tenho prazer em atuar, e pelas amizades que lá eu fiz, não podendo deixar de citar o nome do amigo Caio Brandão.

RESUMO

Diante de uma crise econômica que afetou a indústria do petróleo e, por consequência, o Estado do Rio de Janeiro, este ente editou em 2015 a Lei nº 7.183/15, na qual institui a cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação ("ICMS") sobre a extração de petróleo e gás natural. No entanto, desde a edição deste diploma legal, houve uma reação da indústria do petróleo e gás, contribuintes do referido imposto, que estão buscando o judiciário para contestar a exação, sob argumentos de vícios de inconstitucionalidades e ilegalidades da norma. Dessa forma, o presente trabalho se propõe a analisar a constitucionalidade e legalidade da Lei 7.183/2015, apresentando tanto os argumentos dos contribuintes quanto os contrapontos suscitados pelo Estado para que, ao final, possa se verificar no âmbito deste estudo, qual é a tese de maior consistência jurídica.

Palavras-chaves: Lei nº 7.183/2015; ICMS; Rio de Janeiro; Petróleo e gás; Constitucionalidade.

ABSTRACT

In the face of an economic crisis that affected the oil industry and, consequently, the State of Rio de Janeiro, this entity issued in 2015 Law No. 7.183 / 15, which establishes the collection of state value-added tax on the circulation of goods, interstate and intercity transportation and communication services, "ICMS" (state excise tax) on the extraction of oil and natural gas. However, since the issuance of this law, there has been a reaction of the oil and gas industry, taxpayers of said tax, who are seeking the judiciary to challenge the tax, under arguments of unconstitutionalities and unlawfulness of the law. Thus, the present work proposes to analyze the constitutionality and legality of Law 7.183 / 2015, presenting both the arguments of the taxpayers and the counterpoints raised by the State so that, in the end, it can be verified in the scope of this study, what is the thesis of greater legal consistency.

Keywords: Law No. 7.183/15; ICMS; Rio de Janeiro; Oil and gas; Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás

ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART-Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

LC – Lei Complementar

PGR – Procuradoria Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO11
CAPÍTULO 1: HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DO PETRÓLEO NO BRASIL 17
CAPÍTULO 2: HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO FLUMINENSE SOBRE A TRIBUTAÇÃO DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO PETRÓLEO: A "NOVA" E A "ANTIGA" LEI NOEL
CAPÍTULO 3: PREMISSAS ESTABELECIDAS NA DEFESA DA
INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEI Nº 7.183/15
CAPÍTULO 4: ASPECTOS GERAIS DO ICMS
CAPÍTULO 5: DAS PRINCIPAIS INCONSTITUCIONALIDADES E ILEGALIDADES DA LEI Nº 7.183/2015
5.1 Violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal: ausência de
subsunção do fato à regra matriz de competência41
5.1.1 Violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal: ausência
de subsunção do fato à regra matriz de competência41
5.1.2 Inexistência de circulação jurídica do bem quando da extração do petróleo
5.1.3 Inexistência de mercadoria quando da extração do petróleo45
5.1.4 Jurisprudência sobre o tema
5.2 Inconstitucionalidade formal: ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição
Federal e à Lei Complementar n° 87/96
5.3 Violação ao artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da CF/8850
CAPÍTULO 6: DOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
CONCLUSÃO53
REFERÊNCIAS55

INTRODUÇÃO

No ano de 2014, a indústria do Petróleo no Brasil atravessava por uma forte crise econômica, de modo que o preço do barril diminuiu em torno de 50% (cinquenta por cento), em decorrência do excesso de oferta causado pelo aumento de produção em áreas dos Estados Unidos, assim como pela recusa dos países da Organização dos Países Exportadores de Petróleo em reduzir sua produção.

Por outro lado, sabe-se que o Estado do Rio de Janeiro possui como alicerce econômico a exploração do Petróleo ocorrida em seu território. Dessa forma, com o passar dos anos, o Estado deixou de investir em outras frentes econômicas e passou a ser dependente dos recursos provenientes da arrecadação de impostos e dos royalties provenientes desse ramo de atividade.

Ressalta-se, aqui, que o Estado do Rio de Janeiro era o maior produtor de petróleo do País em 2014 com 68,4% do total produzido, seguido do Espírito Santo e São Paulo¹.

São esses motivos (crise do setor petrolífero e dependência econômica do Estado do Rio de Janeiro em relação ao petróleo) que conjugados com a crise política e econômica da Petrobras (em decorrência da deflagração de esquemas de corrupção pela Operação Lava Jato), e com a má gestão dos recursos pela administração pública, levaram o Estado do Rio de Janeiro a uma profunda e grave crise econômica. Veja-se trecho da publicação da Agência Brasil² que noticiou o assunto:

"A queda do preço do petróleo, e consequentemente a redução dos royalties, agravaram a crise do Rio de Janeiro. Para especialistas ouvidos pela Agência Brasil, o estado criou uma dependência do dinheiro dos royalties, deixando de investir em outros setores da economia, e utilizou mal os recursos que abasteceram por anos os cofres estaduais. E agora, sem dinheiro para arcar com compromissos, o governo do Estado busca novas fontes de receita e conta com o socorro da União.

¹ CAOLI, Cristiane. RJ era o maior produtor de petróleo e gás natural do país em 2014, diz IBGE. **G1 Rio**. Rio de Janeiro, 23/06/2016. Disponível em http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/rj-era-o-maior-produtor-de-petroleo-e-gas-natural-do-pais-em-2014-diz-ibge.html. acesso em: 19/09/2018.

² BRASIL, Cristina Índio. Crise do petróleo agravou situação do Rio. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro, 02/07/2016. Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-07/crise-do-petroleo-agravou-situacao-do-riogoverno-busca-receitas-extras. Acesso em: 19/09/2018.

Mas não é só. O Estado do Rio de Janeiro também foi prejudicado por diversas mudanças na legislação do ICMS advindo de operações do setor do petróleo e gás, bem como por mudanças na forma de distribuição de Royalties.

Explique-se: de fato, é sabido que, como regra geral, o ICMS é tributado no Estado de origem, considerando-se ocorrido o fato gerador no momento da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Ocorre que, com a edição da Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi introduzida, através da Emenda Constitucional (EC) nº 33/01³, a possibilidade de se tributar o ICMS no "Estado de destino", em algumas situações específicas, dentre elas, "nas operações com lubrificantes e combustíveis derivados do petróleo⁴".

Já naquela época, muito se questionou sobre os efeitos econômicos adversos que seriam gerados, principalmente aos Estados produtores de petróleo a partir desta nova regra constitucional, e a resposta que era oferecida aos Estados que se sentiram prejudicados, dentre estes o Estado do Rio de Janeiro, era a de que estes Estados não precisariam da receita oriunda do ICMS porque já teriam direito à receita advinda dos royalties dos referidos recursos naturais.

Não obstante, em contraponto à resposta oferecida naquela época, atualmente se discute perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.917, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a constitucionalidade da Lei 12.734/12, que introduziu novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais devidos em razão da exploração do petróleo.

Com a crise do Estado do Rio de Janeiro instaurada pela combinação dos fatores acima expostos, dentre tantas outras medidas visando o aumento da arrecadação, o Poder Público, por meio da Lei nº 7.183/2015⁵, instituiu a cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) sobre a extração de petróleo e gás natural, elegendo como fato gerador da

³ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 33 de 11 de dezembro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm. Acesso em: 31/10/2018.

⁴ Art. 155, §4°, inciso I, da Constituição Federal.

⁵ RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.183 de 29 de dezembro de 2015. Disponível em http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/55d64b8c7af9441c83257f31005cb57 9?OpenDocument. Acesso em: 31/10/1994.

incidência do tributo a circulação do produto desde os poços de sua extração até a concessionária, nos seguintes termos:

> Art. 1° - 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. 2° - 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. 3° - 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. 4° - A alíquota do imposto a que se referem os artigos anteriores é 18% (dezoito por cento).

> Art. 5° - 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. 6° - 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. 8° - 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.

Por oportuno, vale reiterar a relação acima mencionada existente entre a crise do Estado e a instituição do tributo para aumento da arrecadação, que pode ser facilmente comprovada pela análise de uma entrevista realizada pelo Jornal Valor Econômico⁶ com o então Governador Sr. Luiz Fernando de Souza – "Pezão", em 25/01/2016:

> "Valor: O Rio deixou a indústria petrolífera de cabelo em pé com o movimento para aumentar a arrecadação no setor. Isso pode afastar as empresas do Estado?

⁶ SCHUFFNER, Cláudia et al. Não caiu a ficha das pessoas, o petróleo sumiu. Jornal Valor Econômico, Rio de Janeiro, 25/01/2016. Disponível em https://www.valor.com.br/brasil/4408068/nao-caiu-ficha-das-pessoas-o-petroleosumiu. Acesso em 02/10/2018.

<u>Pezão</u>: Falei muito com a presidente Dilma, na terça-feira, quando ela esteve com o pessoal da Shell. Falei: 'Presidenta, olha o meu lado. Com essa taxa, estou me resguardando, não está implementada. Me ajude a votar [o mérito da liminar que suspendeu os efeitos da mudança na distribuição de royalties e participações especiais do petróleo aprovada no congresso]'. Se eu tivesse conseguido fazer a operação do Rio Previdência de antecipação dos Royalties do petróleo, um 2015 sem problema algum e até com superávit. Mas o Banco do Brasil e a Caixa me cobraram 70% porque não tenho a garantia dos royalties do petróleo, porque estou [recebendo] com liminar do STF. E se a gente perde em 2016, quando está previsto votar, como eu vivo sem o royalty de uma hora para a outra se não tiver algo que me restabeleça a receita?

Valor: O que a Petrobras sugere?

<u>Pezão</u>: Liguei para o Bendine hoje [quinta-feira]. Deixei a peteca com ele. <u>Se eles não querem taxa de refino</u>, <u>Lei Noel e não querem corrigir os preços</u>, <u>me deem uma saída</u>. Me ajuda no STF a ter a garantia dos royalties do petróleo porque isso melhora a performance desses títulos, dá segurança para os bancos fazerem as <u>operações [de antecipação de receita]</u>. Ele disse que vai ver como pode me ajudar. E vou para a presidenta colocar essas coisas todas. Tem que ter uma saída, não adianta só me estrangular. Será que o tesouro não pode me dar um aval nas operações? Eu não posso é ficar aqui cortando só na Saúde. Cortei e vou ter que cortar mais ainda (...)".

Resta evidente, portanto, a relação direta que há entre a crise vivenciada pelo Estado do Rio de Janeiro e a edição da Lei 7.183/15, especialmente no trecho em que o Governador solicita ajuda para conseguir vencer o processo que tramita no STF sobre os *Royalties*, em contrapartida da não existência da Lei Noel (em referência à Lei nº 7.183/2015).

Nesse contexto, desde a instituição da Lei nº 7.183/2015, muitos contribuintes da indústria do Petróleo têm buscado o Poder Judiciário com o fim de não se submeterem à cobrança deste ICMS, sob a alegação de diversas afrontas à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional.

Diante deste cenário, o presente trabalho pretende analisar a lei instituidora do referido tributo, abordando os argumentos suscitados pelos contribuintes nas alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade, assim como os contra-pontos suscitados pelo Estado do Rio de Janeiro na defesa da exação.

15

Para isso, faz-se necessário abordar normas constitucionais e infraconstitucionais do direito tributário, bem como do direito relacionado ao Petróleo e Gás e direito administrativo, de modo que, ao final, se verifique os possíveis vícios da legislação em análise.

Nessa linha, o primeiro capítulo irá contemplar um breve histórico sobre a legislação do petróleo no Brasil, fazendo um recorte histórico que abrange desde o período imperial até os dias atuais, destacando o que há de mais importante para a compreensão do presente estudo.

A seguir, o segundo capítulo irá contemplar um breve histórico da legislação do Estado do Rio de Janeiro na tentativa de tributação da extração do petróleo, fazendo breves considerações à respeito da Lei nº 4.117/03⁷, apelidada de Lei Noel, que em muito se assemelha à Lei ora em análise, bem como far-se-á uma comparação entre ambas.

O terceiro capítulo estabelecerá algumas premissas básicas, como a natureza jurídica do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural e a forma de aquisição do petróleo e gás natural pelo concessionário, para que se compreenda, com perfeição, a tese de inconstitucionalidade da cobrança do ICMS no presente caso.

O quarto capítulo, por sua vez, tratará dos aspectos gerais do ICMS e suas principais características, sendo pormenorizados os seus elementos que juntos compõem a hipótese de incidência do tributo, quais sejam, operação mercantil, circulação jurídica do bem e mercadoria.

Já o quinto capítulo tratará das principais inconstitucionalidades e ilegalidades suscitadas pelo contribuinte contra a Lei 7.183/15, especialmente as que geram a ausência de subsunção do fato eleito pelo legislador do Estado do Rio de Janeiro como gerador do tributo, às normas constitucionais e complementares que tratam do ICMS. Além disso, no referido capítulo serão expostos precedentes que formam a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto em casos similares com o do presente estudo.

No sexto capítulo, abordar-se-á os argumentos do Fisco Estadual do Rio de Janeiro que visam combater a tese exposta no quinto capítulo.

http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/d93c4bd44857dda683256d25007cbf65?OpenDocument. Acesso em: 01/11/2018.

 $^{^7}$ RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 4.117 de 27 de junho de 2003. Disponível em

Por fim, ao se fazer um sopesamento entre as argumentações expostas, chegar-se-á na conclusão de que qual tese jurídica possui maior consistência e, por isso, deve prevalecer.

CAPÍTULO 1: HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DO PETRÓLEO NO BRASIL

A história da busca pelo petróleo no Brasil começa ainda durante o período imperial, impulsionada pelo interesse econômico que o produto despertava com as atividades de exploração desenvolvida pelos Estados Unidos da América, de modo que, atento às inovações tecnológicas desenvolvidas na Europa e EUA, ainda no reinado de D. Pedro II, foi promulgado dois decretos imperiais⁸ concedendo a particulares o direito de extração de "mineral utilizado na iluminação".

No mesmo sentido, deve-se destacar que a Constituição da 1ª República de 1891⁹, em seu artigo 72, §17, atribuiu ao proprietário do solo também a propriedade do subsolo, que incluía as minas de pedras preciosas e jazidas de petróleo, nos seguintes termos:

"Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

(...)

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade, ou utilidade publica, mediante indemnização prévia.

As minas pertencem aos proprietarios do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de industria."

De igual forma, o Código Civil de 1916¹⁰, editado sob a vigência da Constituição de 1891, regulou a matéria prevendo, de forma bastante clara, que "A propriedade do sólo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, uteis ao seu exercício"¹¹.

A leitura atenta dos dispositivos acima mencionados que atribuem aos particulares proprietários da superfície a titularidade do subsolo e todos os recursos minerais ali presentes, deixa evidente a total ausência de política governamental brasileira sobre a exploração petrolífera¹².

⁸ FERREIRA, Lier Pires. **Direito internacional, petróleo e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223.

⁹ BRASIL. Constituição (1891). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 02/10/2018.

¹⁰ BRASIL. Código Civil (1916). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 02/10/2018.

¹¹ Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919. A redação original previa o seguinte: "Art. 526. A propriedade do sobre e do sub-solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário impedir trabalhos, que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em obsta-los."

¹² PIRES, Paulo Valois. A evolução do monopólio estatal do petróleo. Tese de Mestrado em Direito, USP, p. 15.

No entanto, a permissão para que os particulares pudessem pesquisar e extrair petróleo, que durou do período imperial, com as edições dos decretos já mencionados, até o ano de 1934, não resultou em nenhuma descoberta com êxitos comerciais, notadamente pelo fato de que, nesse período, a maior parte dos empreendimentos estava voltada para a exploração de outros minerais, como o ouro, prata e diamantes, havendo, portando, um reduzido número de empreitadas de particulares com o objetivo de descobrir petróleo no subsolo brasileiro¹³.

Ainda em 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, começaram a serem editadas legislações que indicavam a intervenção estatal no setor petrolífero.

Isso porque já se percebia uma tendência mundial de valorização do petróleo, notadamente pelo fato do petróleo refinado já ser considerado a principal fonte de energia para o transporte aéreo e rodoviário, o que era indispensável, portanto, à defesa militar e econômica dos países¹⁴.

Nesse contexto, em 1934 foi promulgado o Código de Minas¹⁵ que impôs ao particular o dever de manifestar a existência das minas e jazidas até então conhecidas ao poder público, no prazo de 1 (um) ano e nas condições lá determinadas. Vejamos o teor da referida legislação:

Art. 5° As jazidas conhecidas pertencem aos proprietarios do solo, onde se encontrem ou a quem for por legitimo titulo.

§ 2º Só serão consideradas conhecidas, para os effeitos este Código as jazidas que forem manifestadas ao poder publico na forma e prazo prescritos no art. 10."

Como nenhuma jazida de petróleo foi declarada de valor comercial no referido prazo de 1 (um) ano, todas as jazidas foram incorporadas ao patrimônio da União¹⁶, na forma do art. 4º do Código de Minas que previa o seguinte:

"Art. 4º. A jazida é bem immovel e tida como cousa distincta e não integrante do solo em que está encravada. Assim a propriedade da superfície abrangerá a do subsolo na forma do direito comumm, exceptuadas, porem, as substancias mineraes ou fosseis uteis á industria."

 $\frac{http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24642-10-julho-1934-526357-publicacaooriginal-\\ 79587-pe.html.\ Acesso\ 03/10/2018.$

¹³ PIRES, Paulo Valois. A evolução do monopólio estatal do petróleo. Tese de Mestrado em Direito, USP, p. 12.

¹⁴ DIAS, José Luciano de Mattos. **A questão do petróleo no Brasil, uma história da Petrobras**. CPDOC/SERINST, Fundação Getúlio Vargas-Petrobras, 1993. p.213.

^{15.}BRASIL. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Disponível em

¹⁶ RIBEIRO FILHO, José Carlos. (Coord.). **Cartilha do Direito do Petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 13.

Ou seja, o Código de Minas optou por separar a propriedade do solo da propriedade do subsolo (em se tratando de substâncias minerais ou fósseis) e passou para o domínio da União as minas e jazidas não manifestadas e não conhecidas pelos particulares.

Por outro lado, caso houvesse alguma mina ou jazida no subsolo do particular e ele tivesse reportado a sua existência à autoridade da época, seu direito de propriedade sobre aquele recurso mineral estaria garantido, segundo interpretação literal dos dispositivos acima mencionados do Código de Minas.

Logo após, com a Constituição de 1934¹⁷, o sistema de restrição à participação do setor privado na exploração do petróleo se consolidou. Nesse sentido, aquela Carta continha dois importantes dispositivos para o setor, sendo eles os artigos 118 e 119 que previam o seguinte:

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

O que se verifica a partir da leitura dos dispositivos acima são uma participação cada vez maior do governo na área do petróleo, de modo até mesmo as minas e jazidas de propriedade privada (aquelas cadastradas nos termos do §2°, do art. 5° do Código de Minas) passa a depender de autorização (concessão) da União. Esse regime de concessão passou a possibilitar à União a explorar diretamente os recursos minerais, ou autorizar que terceiros o fizessem.

Além disso, percebe-se a forte influência da visão nacionalista do então presidente Getúlio Vargas de que os estrangeiros não deveriam participar das atividades de exploração mineral no Brasil.

Nessa linha, as Constituições de 1937¹⁸, 1946¹⁹ mantiveram o mesmo sistema previsto na Constituição de 1934, com poucas alterações relevantes.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1934). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 04/10/18.

Contudo, destaca-se que a principal alteração na legislação do petróleo na época ocorreu no âmbito infraconstitucional, notadamente com a criação da Lei nº 2.004/53²⁰, que dispôs sobre a política nacional do petróleo, definiu as novas atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras. Dessa forma, já no art. 1º, a referida lei estabeleceu o seguinte:

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no Pais, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Já no Art. 2º da referida Lei, foi estabelecido que a União exerceria o monopólio por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização, e por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A e de suas subsidiárias, como órgãos de execução, nos seguintes termos:

Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

A previsão do Monopólio estatal sobre esse ramo de atividade passou a ser previsto não apenas no âmbito legal, mas também no âmbito constitucional. Nessa linha, o art. 169 da Constituição de 1967 e alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 01/69 previu que "a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei".

¹⁸ O Art. 143 da Constituição de 1937 previa que: "(...) as minas e demais riquezas do subsolo constituem propriedade distinta da propriedade do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, ainda que de propriedade provada, dependia de autorização federal".

Já o §1º do art. 143 da Constituição Federal de 1937 previa que: "(...) a autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservado ao proprietário preferência na exploração ou na participação dos lucros".

¹⁹ O Art. 152 da Constituição de 1946 previa que: "(...) as minas de demais riquezas do subsolo constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial".

Já o Art. 153 previa que (...) o aproveitamento do recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal".

²⁰ BRASIL. Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/LEIS/L2004.htm. Acesso em 07/10/2018.

Contudo, o que se verifica é que o monopólio previsto pela Carta Constitucional de 1967 abarcava tão somente a pesquisa e lavra, enquanto que a Lei 2.004/53 tratava do monopólio referente pesquisa e lavra de gases raros, refino de petróleo nacional e estrangeiro, transporte marítimo de petróleo bruto e seus derivados de origem nacional, além do transporte por meio de condutos de petróleo, derivados e gases raros.

Uma das razões para explicar essa duplicidade é que o legislador somente pretendeu instituir o monopólio constitucional sobre as atividades mais importantes da cadeia petrolífera (pesquisa e lavra), cujo regime, para ser alterado, necessitaria de Emenda Constitucional e não de uma simples lei federal²¹.

Finalmente, após um longo período de ditadura militar, foi promulgada a Constituição Federal de 1988²², que marcou o período de redemocratização do País e ampliou as restrições do regime monopolista, proibindo, por exemplo, a celebração de contratos de risco, que eram permitidos desde 1976²³.

Além disso, como visto anteriormente, o monopólio previsto na Constituição de 1967 previa apenas as atividades de lavra e pesquisa, sendo o monopólio das demais atividades previsto apenas pela Lei nº 2.004/53.

Essa mudança para a ampliação do monopólio no setor petrolífero teve grande influência pelo momento de recessão vivido pelo Brasil decorrente das crises mundiais de 1973 e 1979, bem como dos insucessos dos chamados "contratos de risco".

Nessa linha, a Constituição de 1988 estabeleceu o seguinte:

"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;

http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25/09/2018.

²¹ PIRES, Paulo Valois. A evolução do monopólio estatal do petróleo. p. 59.

²² BRASIL. Constituição (1988). Disponível em

²³ BALERONIAND, Rafael; PEDROSO, Jorge. **Pré-Sal:** Desafios e uma Proposta de Regulação. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.160.

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."

O que se percebe, portanto, é que, de fato, a Constituição de 1988 incluiu no monopólio da União as seguintes atividades: (i) pesquisa e lavra de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, que já estavam regulados pela Lei nº 2.004/53; (ii) as atividades de refino do petróleo nacional e estrangeiro, que também já estavam contempladas no art. 1º, inciso II da Lei nº 2.004/53; (iii) importação e exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades de refino, pesquisa e lavra de petróleo e gás natural; (iv) transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional e seus derivados básicos e o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, derivados e gás natural de qualquer origem (tais atividades também estavam abrangidas no art. 1º, inciso III da Lei nº 2.004/53.

Destaca-se, aqui, que com a nova Carta de 1988, a Petrobras manteve o papel de órgão executor do monopólio do petróleo, e o Conselho Nacional de Petróleo continuou responsável pela fiscalização das atividades relacionadas ao monopólio atribuído à União²⁴.

Já na década de 90, o Governo Brasileiro tinha como principal meta o combate à inflação e a desestabilização monetária, motivo pelo qual optou-se por reduzir os investimentos destinados à área de infraestrutura.

Ocorre que, na época, a Petrobras descobriu inúmeros poços de exploração, conseguindo explorar petróleo suficiente para cerca de 70% do consumo interno²⁵, suportando sozinha todos os riscos da atividade, sem, contudo, receber os investimentos governamentais necessários, de modo que foi preciso criar mecanismos legais ágeis e flexíveis para obtenção de capitais nacionais e internacionais, com o objetivo de acelerar e aumentar a produção do petróleo e gás natural, bem como aumentar a capacidade de transporte, refino e do abastecimento em geral²⁶.

²⁴ VIEIRA, Rodrigo Rodrigues Leite. **A Competência para a Instituição do ICMS na Extração do Petróleo**. Tese de mestrado: USP. p. 67.

²⁵ BARRETO, Carlos Eduardo Paes. A Saga do Petróleo Brasileiro: "A Farra do Boi". São Paulo: Nobel, 2001. p. 119.

²⁶ RIBEIRO FILHO, José Carlos. (Coord.). Cartilha do Direito do Petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 19.

Essa necessidade de investimento privado para o desenvolvimento na exploração do petróleo e gás natural foi muito bem destacada à época por RAIUMUNDO MENDES BRITO²⁷, que destacou que:

"O Brasil possui 29 bacias sedimentares, cobrindo uma área de 5 milhões e 700 mil km2 no mar, que se encontram em diferentes estágios de exploração, desde o embrionário até o avançado. Desse conjunto, em oito bacias já foram descobertas jazidas de hidrocarbonetos (óleo e gás), nas quais estão concentrados mais de 80% dos investimentos realizados pela Petrobras em exploração. Isso confirma que a maioria delas encontra-se em estágio exploratório incipiente ou até, praticamente, desconhecido. Uma tarefa de tal porte, com a celeridade de resposta que o Brasil necessita, não pode ser executada com exclusividade pela Petrobras. (...) É preciso somar às atividades da nossa estatal o concurso de investimentos privados."

Sendo assim, a saída encontrada, de fato, foi a flexibilização do monopólio estatal sobre as atividades econômicas relativas ao petróleo e gás natural, o que foi feito por meio de uma proposta de Emenda Constitucional²⁸ enviada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo. Essa proposta acabou por se transformar na Emenda Constitucional nº 9/95.

A Emenda Constitucional nº 9/95²⁹ deu nova redação ao art. 177, §1°, e incluiu o §2° (o antigo §2° passou a ser o §3°), nos seguintes termos:

"§ 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União."

O que se percebe do referido texto constitucional é que a propriedade do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, continuam sendo de propriedade da União Federal. A novidade da Emenda Constitucional em destaque foi que ela passou a permitir que a União pudesse contratar empresas estatais ou privadas para a realização de pesquisa, lavra, refino, importação,

²⁷ BRITO, Raimundo Mendes. **Flexibilizar significa desenvolver:** A nova regulamentação da indústria do petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1997. p. 8.

²⁸ De acordo com a Exposição de Motivos nº 23, do Ministro de Minas e Energia, que acompanhou o Projeto de Lei nº 6/97, o projeto de lei "(...) constituiu um importante marco. Demonstra que, no Brasil, a indústria de petróleo atingiu a maturidade e está sendo aberta para possibilitar novos investimentos e permitir uma interação equilibrada entre o Estado e a iniciativa provada" (BRITO, Raimundo Mendes. Exposição de Motivos nº 23, do Ministro de Minas e Energia, publicada no Diário da Câmara dos Deputados, de julho de 1996).

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm. Acesso em 08/11/2018.

exportação e transporte de petróleo e gás natural, permitindo que empresas nacionais ou internacionais se apropriem dos recursos.

Em outras palavras, a Petrobras passou a concorrer em igualdade de condições com as demais petroleiras atuantes no Brasil.

Sendo assim, ao contrário do defendido por alguns, esta alteração da Constituição não deu fim ao monopólio da União, tampouco o flexibilizou, mas somente a possibilidade da União contratar outras empresas, que não a Petrobras, para a exploração e produção do petróleo.

Ou seja, o Poder público passou a ter a opção de manter a Petrobras como único *player* do setor, mantendo o sistema até então vigente, ou adotar a concorrência nessa atividade econômica, com a contratação de outras empresas estatais ou privadas.

Nesse sentido, vale destacar a posição de JOSÉ CARLOS RIBEIRO FILHO e DANIELA RIBEIRO DAVILA³⁰:

"De outra parte, considerando-se a regra hermenêutica assente e reconhecida na ciência do Direito de que os dispositivos constitucionais ou legais não contêm palavras inócuas, pode-se afirmar que a EC 9/1995, ao manter na íntegra o *caput* do artigo 177 e, no parágrafo primeiro, estabelecer que a União *poderá* contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do mencionado artigo, admitiu a coexistência dos dois sistemas: o monopólio da União, estabelecido no *caput*, e o monopólio flexibilizado, em que a União poderá contratar com terceiros a realização das atividades da indústria do petróleo, deixando ao legislador ordinário a decisão quanto a melhor forma de o Estado explorar essas atividades sujeiras ao monopólio da União.

Destarte, a flexibilização do monopólio se dá no momento em que a EC 9/1995 mantém o monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, mas possibilita a contratação de empresas estatais e privadas para a realização dessas atividades nas condições previstas em leis ordinárias."

Os referidos Autores destacam, ainda, que a referida Emenda deu ensejo para que fosse editada a Lei nº 9.478/1997, que estabeleceu o novo marco legal da indústria do petróleo no Brasil, revogando expressamente a Lei n 2.004/53 e criando o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e a Agência Nacional do Petróleo.

³⁰ RIBEIRO FILHO, José Carlos. (Coord.). **Cartilha do Direito do Petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 19.

Além disso, a referida Lei estabeleceu os critérios para a concessão das atividades previstas no art. 177 da Constituição Federal. Sendo assim, dispõe o seu artigo 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 sua extração. Veja-se a literalidade do dispositivo:

- "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.
- § 1° Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.
- § 2° A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.
- § 3° Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados."

Ato contínuo, 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 estratégicas³¹.

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;

II - 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;

VI - operador: o 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; (Redação dada pela Lei nº 13.365, de 2016)

.

³¹ Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

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 custo do 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.

Contudo, o que se percebe é que tanto no regime de concessão estabelecido pela Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), quanto pelo regime de partilha da Lei nº 12.351/2010 (Lei do Contrato de Partilha), o que se tem é o domínio da União sobre as jazidas que serão exploradas comercialmente pelas empresas, a quem caberá a propriedade do óleo extraído em regime de aquisição originária, nos termos do art. 176 da Constituição Federal. Nesse sentido, explicar-se-á detalhadamente no capítulo 3 deste trabalho a forma de aquisição do petróleo pelo concessionário.

Vale destacar que o sistema jurídico brasileiro permite a coexistência de dois regimes diferentes na mesma atividade econômica, de modo que "a lei nova que estabeleça disposições a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior, salvo se com ela for manifestamente incompatível"³²

Toda essa exposição sobre o histórico da legislação do petróleo no Brasil, desde o período imperial até os dias atuais, faz-se necessário no presente trabalho para que se compreenda

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;

VII - contratado: a Petrobras, quando for realizada a contratação direta, nos termos do art. 80, inciso I, desta Lei, ou a empresa ou o consórcio de empresas vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção; (Redação dada pela Lei nº 13.365, de 2016)

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 § 10 do art. 20 da Constituição Federal.

³² Artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

como funciona o sistema atual do monopólio da União e sobre a atividade em análise, bem como da compreensão da propriedade do produto extraído atualmente pelas empresas produtoras de petróleo, já que isso será ponto central na discussão sobre a ocorrência do fato gerador previsto pelo art. 2º da Lei nº 7.183/2015.

CAPÍTULO 2: HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO FLUMINENSE SOBRE A TRIBUTAÇÃO DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO PETRÓLEO: A "NOVA" E A "ANTIGA" LEI NOEL

Importante destacar que a pretensão do Estado do Rio de Janeiro em tributar a extração do petróleo pelo ICMS não é novidade trazida pela Lei ora em análise (Lei 7.183/2015).

Isso porque, no ano de 2003, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 4.177/03, apelidada de Lei Noel, que alterou a Lei nº 2.657/96 (que dispõe sobre o ICMS no Rio de Janeiro) na pretensão de instituir o ICMS sobre a "extração" do petróleo, sendo que o fato gerador se materializaria no momento em que o óleo cruzasse os chamados "pontos de medição da produção", de modo que, nos termos do art. 2º, inciso 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."

Em outubro de 2003, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.019, com o objetivo de questionar à Lei Noel frente aos artigos 155, inciso II e 146, inciso III da Constituição Federal, e aos artigos 2º, inciso I e 12 da Lei Complementar 87/96.

Contudo, antes mesmo que a ADI nº 3.019 pudesse ser julgada, ainda no ano de 2004, a então Governadora do Estado do Rio de Janeiro, Sra. Rosinha Garotinho, editou o Decreto 34.783/04³³, que suspendeu a eficácia da Lei Noel por tempo indeterminado.

Quase dez anos após, foi criado o projeto de Lei nº 2.004/13 que, após aprovado e sancionado pelo Governador Luiz Fernando de Souza em dezembro de 2015, transformou-se na Lei n 7.183/15, ora em análise. Essa "Nova Lei Noel", como costumeiramente chamada, revogou expressamente a Lei Noel (Lei 4.117/03).

"Art. 1.º Fica suspensa a eficácia do Decreto n.º 34.761, de 03 de fevereiro de 2004, publicado no D.O. de 04/02/04, por tempo indeterminado.

³³ RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 34.783 de 04 de fevereiro de 2004. Disponível em http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto 34 783 04022004.htm. Acesso em: 15/11/2018.

Art. 2.º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, produzindo efeitos a contar de 04 de fevereiro de 2004."

Deve-se destacar que na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2004/13 consta que:

"Este projeto é cópia fiel – *ipsis literis* - do Projeto de Lei nº 1.118/03 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."

O que se verifica mediante uma comparação entre os textos de ambas as leis, é que a Lei nº 7.183/15 possui redação praticamente idêntica à antiga, conforme se verifica através do quadro comparativo³⁴ abaixo, extraído da petição inicial da ADI nº 5.481³⁵ ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás – ABEP:

Lei nº 4.117/3003

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:

 (\dots)

VI - operação de extração do petróleo."

Art. 2° - O art. 3º da Lei nº. 2.657Controle de Leis, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XVII e do §

"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 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

Lei 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. 2° - 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.

³⁴ Quadro comparativo extraído da petição inicial da ADI nº 5.481 ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás – ABEP.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.481. Requerento: ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás; Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4936204. Acesso em: 29/08.2018.

dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes."

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

"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.

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.

§ 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 praticados pelo concessionário, venda condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for major"

Art. 4° - 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)"

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

Art. 5° - O art. 15 da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte

"Art. 15 – Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de 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. 6° - O art. 30 da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido da alínea "l", no inciso I:

"Art. 30 – Para efeito de cobrança do imposto e estabelecimento definição do responsável, considera-se:

Art. 5° - 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. 6° - 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.

I – local da operação:

I) - aquele de onde o petróleo tenha sido extraído."	
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. 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.

Verifica-se, portanto, que a Nova Lei Noel possui redação muito similar da redação da antiga lei, de modo que as mudanças percebidas, conforme veremos mais a frente, foram realizadas na tentativa de superar os argumentos dos Contribuintes e da PGR suscitados e, assim, tentar "adaptar" a nova legislação às normas gerais de ICMS previstas na Constituição e na Lei complementar 87/96³⁶.

³⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/LEIS/LCP/Lcp87.htm. Acesso em 13/09/2018.

CAPÍTULO 3: PREMISSAS ESTABELECIDAS NA DEFESA DA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA LEI Nº 7.183/15

Antes de adentrar no mérito da tese de inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei 7183/15, faz-se necessário estabelecer algumas premissas básicas da relação entre o concessionário e a União Federal, como a natureza jurídica do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural e a forma de aquisição do petróleo e gás natural pelo concessionário, caso a empreitada de exploração tenha sucesso.

Sendo assim, o atual artigo 177³⁷ da Constituição Federal prevê que a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituem monopólio da União, sendo facultada a contratação de empresas privadas para a realização dessas atividades, observadas as condições estabelecidas em lei.

De forma ainda mais específica, o art. 176 da Constituição Federal determina 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".

Ao regulamentar a matéria, a Lei do Petróleo prevê a possibilidade da celebração dos contratos de concessão para o desempenho das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, nos termo do seu artigo 5º transcrito a seguir:

> Art. 5°. As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

A partir da interpretação da legislação acima tratada, conclui-se que a união possui direitos exclusivos sobre as jazidas de petróleo. No entanto, em razão do modelo de concessão adotado no Brasil para o exercício da atividade de exploração e produção de petróleo, os artigos 176 da Constituição Federal, bem como o art. 26 da lei do Petróleo, estabelecem que, em caso de êxito na exploração de petróleo, sua propriedade será conferida ao concessionário, como produto da exploração. Nessa linha, vale a transcrição do referido art. 26 da Lei do Petróleo:

³⁷ Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

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.

Destaca-se, aqui, que o termo "conferência" parece ter sido utilizado de forma técnica, delimitando a Lei do Petróleo, portanto, a modalidade de aquisição do petróleo pelo concessionário, qual seja a aquisição originária.

Isso porque, caso o legislador quisesse atribuir a modalidade de concessão derivada do petróleo, ele utilizaria o termo "transferência".

Portanto, o que se verifica é que a legislação fixou que não há transferência do petróleo da União para o concessionário, em razão da concessão. Pelo contrário, o petróleo é de propriedade do concessionário desde sua extração.

A respeito da aquisição originária, a doutrina de CÉSAR FIUZA³⁸ e de CAIO MÁRIO³⁹ DA SILVA PEREIRA, respectivamente transcritas a seguir, esclarecem que se trata de situação em que o bem é adquirido pela primeira vez, justamente por não pertencer a ninguém até aquele momento, senão vejamos:

"Do ponto de vista da coisa que se está adquirindo, será originária a aquisição quando o bem estiver sendo adquirido pela primeira vez. Se uma pessoa colhe frutos da árvore que plantou, a aquisição será originária. Nessa classe, encaixam-se não só os frutos naturais, mas também os civis (juros, salários, etc.) e industriais, os produtos (petróleo, minério, etc.). Os produtos, enquanto na natureza, podem ser inseridos, juntamente com outros exemplos, na categoria de *res nullios* coisas de ninguém."

"É no campo da aquisição originária que se implanta o assenhoramento de bens que, existindo *in natura*, passam pela primeira vez a pertencer a alguém (ocupação). É neste campo que se inscrevem os modos de aquisição nascidos do poder criador do homem ao aperfeiçoar a matéria bruta, dando-lhe forma ou transformando-a."

A respeito do tema, destaca-se a doutrina de MARCO AURÉLIO GRECO⁴⁰ que em seu parecer intitulado "ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo" analisa o caso concreto

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Editora Forense, vol. IV, 2001. p. 82.

³⁸ FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. Editora Del Rey, 2004. p. 734.

⁴⁰ GRECO, Marco Aurélio. **ICMS** – **Exigência em relação à extração do petróleo (Pareceres)**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo,nº 100, 2004. p. 138.

da forma de aquisição do petróleo pelo concessionário e entende que "neste caso, não há circulação jurídica porque a aquisição da propriedade é originária", já que o petróleo não seria um bem, originariamente, de propriedade da União, já que este bem, segundo sua visão, apenas ganharia vida partir de sua extração, configurando, portanto, hipótese de aquisição originária da propriedade⁴¹.

Ainda de acordo com a doutrina de MARCO AURÉLIO GRECO, exigir o ICMS sobre a extração do petróleo seria o mesmo que cobrar o imposto "quando bezerros nascem, a safra fosse colhida ou houvesse a ativação de bens industrializados pelo contribuinte (duas últimas hipóteses já rejeitadas pelo Supremo Tribunal Federal na Rp 1.355 e no RE 158.834)"⁴².

Vale ressaltar, ainda, que a constitucionalidade do art. 26 da Lei do Petróleo foi analisada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.273 e 3.366⁴³, oportunidade em que restou declarada a sua

http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260642. Acesso em: 12/11/2018.

⁴¹ "Ou seja, nos termos da Lei, o concessionário não se torna proprietário por força de nenhum negócio jurídico; ele se torna proprietário por força dos próprios atos materiais que realiza e que fazem com que o petróleo se torne passível de apreensão física, posso direta e, portanto, objeto de direito de propriedade. (...) O relacionamento da coisa (petróleo) com o concessionário de exploração e produção é direto, originário, unilateral, resultado da sua apropriação material por força da atividade realizada. Não há participação de um terceiro nesta relação física de apreensão pela qual "dá-se vida" ao petróleo como objeto autônomo de um direito de propriedade." (GRECO, Marco Aurélio. ICMS – Exigência em relação à extração do petróleo (Pareceres). Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo,nº 100, 2004. p. 138.)

⁴² GRECO, Marco Aurélio. **ICMS – Exigência em relação à extração do petróleo (Pareceres)**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo,nº 100, 2004. p. 129.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88].

^{6.} A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.366. Brasiílis/DF, 16 de março de 2005, Tribunal Pleno STF. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em

validade, confirmando que a propriedade do petróleo extraído sob o regime de concessão é do concessionário, por meio de aquisição originária.

Conforme esclarecido pelo Ministro Eros Grau, em seu voto nos autos das ADI's nºs 3.273 e 3.366, "é erro nefando o de confundir os recursos minerais – inclusive os do subsolo, que são bens da União – isto é, as jazidas, com o que se extrai delas", no caso o petróleo.

Sendo assim, merece destaque o fato de que o Supremo Tribunal Federal reconhece que a União tem direitos exclusivos sobre as jazidas petrolíferas, enquanto que a propriedade do petróleo, extraído dessas jazidas, é originariamente do concessionário, como previsto no artigo 26 da Lei do Petróleo e artigo 176 da Constituição Federal.

Esta tese sustentada pelo contribuinte que dá fundamento à posterior sustentação de inconstitucionalidade e ilegalidade da Nova Lei Noel passa a ganhar extrema força quando os próprios contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás natural utilizado pela Agência Nacional do Petróleo, também reconhecem expressamente a aquisição originária da propriedade do petróleo pelo concessionário.

Veja-se, a título de exemplo, a cláusula 2.7.1 da minuta de Contrato de Concessão da 15ª Rodada⁴⁴:

"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 art. 20, V e IX, da Constituição da República Federativa do Brasil e com o art. 3º da Lei nº 9.478/1997.

2.7.1. Caberá ao Concessionário tão somente a propriedade do Petróleo e do 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."

Sendo assim, conclui-se que é melhor entendimento parece ser de que o petróleo, de fato, é de propriedade do concessionário desde o momento de sua extração, não havendo transferência de propriedade desse bem desde o poço até o ponto de medição da produção, como tenta estabelecer o art. 2º da Lei nº 7.183/15 ora em análise, que dispõe que "o fato gerador do

⁴⁴ Disponível em http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round15/Edital/modelo_contrato_R15.pdf. Acesso em: 15/10/2018.

imposto ocorre imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção."

CAPÍTULO 4: ASPECTOS GERAIS DO ICMS

O ICMS é um imposto previsto no art. 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, cuja competência para instituição pertence aos Estados-membros, na forma do *caput* do dispositivo supra, senão vejamos:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

 (\ldots)

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."

A partir da leitura do dispositivo, percebe-se que o ICMS pode incidir sobre três materialidades distintas, sendo elas (i) a circulação de mercadorias; (ii) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; e (iii) prestação de serviços de comunicação.

Neste trabalho, contudo, iremos abordar apenas a incidência do ICMS sobre as operações relativas à circulação de mercadoria, já que a materialidade elegida pela Lei nº 7.183/15 em análise é justamente a suposta "operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária."

Sendo assim, para a melhor compreensão do ICMS incidente sobre a operação de circulação de mercadoria, faz-se necessário analisar os conceitos que envolvem os termos utilizados pelo Constituinte, quais sejam: "operação", "circulação", e "mercadoria".

Nessa linha, vejamos o que diz o brilhante PAULO DE BARROS CARVALHO:

"'Operações', 'circulação' e 'mercadorias' são três elementos essenciais para a caracterização da venda de mercadorias. Tenho para mim que o vocábulo 'operações', no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios jurídicos hábeis para provocar a circulação de mercadorias. 'Circulação', por sua vez, é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, com a consequente mudança de patrimônio. Já o adjunto adnominal 'de mercadorias' indica que nem toda a circulação está abrangida no tipo proposto, mas unicamente aquelas que envolvam mercadorias.''⁴⁵

Em relação especificamente ao termo "operação", ROQUE ANTÔNIO CARRAZA aponta que:

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. p. 381.

(...) a operação relativa à circulação de mercadorias só pode ser jurídica e não meramente física, o que, evidentemente, pressupõe a transferência, de uma pessoa a outra e pelos meios adequados, da titularidade de uma mercadoria – vale dizer, dos poderes de disponibilidade sobre ela.⁴⁶

Para o professor PAULO DE BARROS CARVALHO, o termo "operações com circulação de mercadorias" tem o significado de "transferência de titularidade". Sendo assim, para ele, o ICMS é exigível quando há um negócio jurídico como "atos que promovem a transmissão de direito, *in casu*, a propriedade de mercadorias."

Em outras palavras, tem-se que 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 interessa, são derivadas de negócios jurídicos translativos de titularidade, como por exemplo a compra e venda.

Essa transferência de titularidade é o que se chama de "circulação" jurídica do bem, a qual não se confunde com circulação física ou econômica. Esse entendimento já está consolidado, sob o rito de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se o acórdão lavrado na ocasião do julgamento do RE 540.829⁴⁷:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- 1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide 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.
- 2. A alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda).
- 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.
- 4. <u>Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não </u>

⁴⁶ CARRAZA, Roque Antônio. ICMS. p. 43.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 540.829, Julgamento em 11/09/2014, DJe de 17/11/2014. Brasília. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2500614. Acesso em: 24/10/2018.

houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica.

- 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra.
- 6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, "a", da CF/88.
- 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Já o termo "mercadoria", representa todo o bem móvel destinado à mercancia e inserido no ambiente de trocas denominado "mercado", isto é, bens oferecidos a venda ou revenda, de modo que não há mercadoria quando não há intenção de habitualidade naquela venda do bem transacionado⁴⁸.

Por exemplo, quando uma pessoa jurídica vende um bem do seu ativo imobilizado, ele não o faz com habitualidade, de modo que não há qualquer operação mercantil, não devendo incidir o ICMS neste caso. Essa é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal⁴⁹.

Sendo assim, tem-se que 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.

O que se verifica, portanto, é que a Constituição Federal definiu a estrutura básica do ICMS, com o estabelecimento da regra de competência, sobre a qual não pode dispor a legislação infraconstitucional.

No entanto, nos termos do art. 146, inciso III, 'a' da Constituição, coube ao legislador complementar discriminar de forma taxativa seus fatos geradores e respectivos elementos temporais, senão vejamos:

(...)

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

[&]quot;Art. 146. Cabe à lei complementar:

⁴⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 38ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 378 e 379.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 182.721, Rel. Min. Maurício Corrêa, acórdão publicado em 26 de abril de 1996. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1597627. Acesso em: 25/10/2018.

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."

Desse modo, foi editada a Lei Complementar nº 87/96, também conhecida como Lei Kandir, que assumiu em âmbito nacional, a função de lei de normas gerais do ICMS, estabelecendo contornos básicos do imposto.

Nessa linha, passar-se-á a analisar os principais argumentos suscitados pelos contribuintes do setor petrolífero que visam combater a exigência do ICMS na extração do petróleo, nos termos da Lei nº 7.183/15 e, após, analisar-se-á os contra-argumentos do Estado do Rio de Janeiro visando a manutenção da cobrança. Por fim, ao fazer o sopesamento entre os argumentos, chegar-se-á à uma conclusão.

CAPÍTULO 5: DAS PRINCIPAIS INCONSTITUCIONALIDADES E ILEGALIDADES DA LEI Nº 7.183/2015

Como já dito no início deste trabalho, a Lei nº 7.183/2015 vem sendo objeto de grande questionamento por parte dos contribuintes da indústria de petróleo e gás que defendem a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança diante da afronta à diversas normas.

Tanto é assim que o ICMS pretendido pela referida Lei já foi questionada por diversos contribuintes por meio de mandados de segurança que objetivam o afastamento da exação, já havendo, inclusive, liminares e sentenças favoráveis aos contribuintes.

Destaca-se, ainda, que a pretensão de cobrança do ICMS sobre a exploração do petróleo também é objeto de questionamento na ADI nº 5.481 ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás – ABEP, ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a partir da análise das normas tanto da Constituição Federal quanto da legislação infraconstitucional relacionadas ao ICMS, e levando em consideração todo o exposto anteriormente, especialmente as premissas básicas estabelecidas no capítulo 3, assim como os aspectos gerais do ICMS abordados no capítulo 4, passa-se analisar os principais argumentos pelos contribuintes para que seja declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança, bem como os argumento utilizados pelo Estado do Rio de Janeiro na defesa da constitucionalidade e legalidade da Lei nº 7.183/2015.

5.1. Violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal: ausência de subsunção do fato à regra matriz de competência.

5.1.1. Inexistência de operação mercantil na extração do petróleo

Nos termos do art. 155, inciso II da CF/88 e como visto anteriormente no Capítulo 4, o ICMS incide sobre operações mercantis que envolvam circulação de mercadorias.

Sendo assim, para que se concretizem as materialidades da hipótese de incidência do ICMS faz-se necessária a presença concomitante dos três elementos já especificamente abordados, quais sejam, circulação jurídica, operação mercantil e mercadoria.

Como já visto, no que tange ao termo "operação", ele deve ser entendido como uma operação mercantil, ou seja, um negócio jurídico que envolva uma venda e compra de mercadoria. Esse requisito, contudo, na posição dos contribuintes, não está presente nos fatos que a Lei 7.183/15 pretende tributar, uma vez que não existe venda e compra do petróleo da União para o concessionário.

Compra e venda, segundo ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ⁵⁰ é instituto jurídico tipicamente previsto no direito privado, no artigo 481 do Código Civil Brasileiro⁵¹ e se caracteriza essencialmente por ser um negócio em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir em caráter definitivo a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente.

A respeito do tema, vale destacar o ensinamento de GERALDO ATALIBA⁵² que esclarece a necessidade de existência de uma operação mercantil para deflagrar a incidência do ICMS:

"O imposto é sobre operações; estas é que são 'realizadas' (art. 155, §2°, XI) pelos contribuintes. A circulação é consequência da operação. Operação é sinônimo, nesse contexto, de negócio jurídico no caso, mercantil.

(...)

Já não se discute mais a sério, entre nós, que não cabe falar em circulação onde não haja a) duas pessoas e b) uma mercadoria não passe, juridicamente, da disponibilidade de uma para outra. Sem isso, não há operação. Seja por inexistirem agentes, seja por não haver mercadorias.

Vê-se, portanto, que 'circulação tal como constitucionalmente estabelecido (art. 155, I, b), há de ser jurídica, vale dizer, aquela na qual ocorre a efetiva transmissão de direitos de disposição sobre mercadoria, de forma tal que transmitido passe a ter poderes sobre a coisa (mercadoria)."

Essas lições também permeiam o entendimento expostos nos voto dos Ministros do Supremo tribunal Federal na ocasião do julgamento do RE nº 540.829/SP⁵³, julgado sob a sistemática da repercussão geral, oportunidade em que foi afastada a incidência do ICMS sobre as

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. Editora Saraiva. p. 399

⁵¹ "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro."

⁵² ATALIBA, Geraldo. **Revista de Direito Tributário**. nº 52. p. 75 e 77

⁵³ CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS**. p. 43.

operações que não tinham cunho mercantil, ou seja, não representavam uma compra e venda. Vejase trechos dos votos dos MINISTROS MARCO AURÉLIO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI, respectivamente:

"O tributo versado é o ICMS, e o Tribunal já assentou que a circulação de mercadorias, por si só, não consubstancia o direito de o Estado cobrar esse tributo. É preciso que haja compra e venda, que a circulação seja qualificada."

"Eu também entendo que, quando se trata de contrato de *leasing*, sem opção de compra, que é o caso, não há transferência de domínio. O ICMS implica necessariamente a transferência de domínio."

Sendo assim, a partir do ensinamento acima e da hipótese de incidência do ICMS, é possível afirmar que o termo operação deve ser entendido na sua acepção de ato mercantil, pois o ICMS incide somente sobre operações mercantis.

Em outras palavras, é pressuposto da hipótese de incidência do ICMS a existência de negócio jurídico de compra e venda, que importe a transferência da propriedade do bem, o que não se verifica na hipótese de mera extração do petróleo do poço e a sua passagem por pontos de medição da produção.

Destaca-se, aqui, que, conforme visto no capítulo 3, o objeto contratual entre a União e o concessionário se traduz na prestação de um serviço público, realizado sob a égide de um contrato administrativo de concessão, em que o foco é o desempenho da atividade contratada, fugindo, portanto, do escopo contratual, a realização de atividade mercantil com o produto da exploração.

Sendo assim, os contribuintes entendem ser ilegal e inconstitucional a proposta da Lei nº 7.183/15, de tributar o ICMS a mera extração de petróleo e sua passagem pelos pontos de medição, sendo necessária uma operação mercantil (compra e venda) para tal.

5.1.2. Inexistência de circulação jurídica do bem quando da extração do petróleo

Por sua vez, "circulação" representa o negócio jurídico de transferência da titularidade do bem, fenômeno esse exteriorizado pela tradição da coisa.

A Lei nº 7.183/15, se afastando da criticada Lei Noel, buscou, por meio da redação de seus dispositivos, legais, conferir a ideia de existência do conceito de circulação na operação, de

modo que prevê em seu artigo 1º a incidência do ICMS sobre "operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária".

Por sua vez, o artigo 2º prevê que "o fato gerador do imposto ocorre imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção".

Não obstante a tentativa de adequar a Nova Lei Noel às regras basilares do ICMS, o que se verifica é que o fato gerador eleito pelo legislador do Estado do Rio de Janeiro se trata de uma mera circulação física do bem que vai do subsolo ou no leito marinho até o ponto de medição, o que de forma alguma representa uma circulação jurídica.

Isso porque conforme visto detalhadamente no capítulo 3, o concessionário é o primeiro e único dono do petróleo extraído, por meio de aquisição originária prevista no art. 26 da Lei do Petróleo e nas minutas de contrato firmados entre a ANP e concessionários.

Em outras palavras, não há transferência do petróleo da União para o concessionário (não há circulação jurídica do bem), como pretende a Lei 7.183/15, de modo que não se configura o fato gerador do ICMS.

Ora, uma vez que não há transferência de propriedade, o ICMS não pode incidir, haja visto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 166⁵⁴ com o entendimento de que a mera circulação física de uma mercadoria não configura o fato gerador do ICMS, nos seguintes termos: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Sendo assim, o ponto principal da questão é que independentemente do que venha a dispor o Estado do Rio de Janeiro por meio de lei ordinária, não incide o ICMS na mera circulação física do petróleo por ocasião de sua extração e passagem pelos pontos de medição da produção, tendo em vista a ausência de transferência de titularidade desse bem e, consequentemente, a não configuração do fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar nº

.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 166. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf. Acesso em: 28/09/2018.

87/96, bem como o entendimento pacífico de não incidência do ICMS sobre deslocamento do bem entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

5.1.3. Inexistência de mercadoria quando da extração do petróleo

Como visto no subitem anterior, não há que se falar em circulação de mercadoria, uma vez que a aquisição do petróleo pela concessionária se dá de forma originária.

Por sua vez, o petróleo extraído do subsolo ou do leito marinho, no momento dessa extração, que é a hipótese de incidência eleita pela Lei 7.183/15, não satisfaz também o conceito de "mercadoria", o que também é suficiente para afastar a incidência do ICMS.

Isso porque, uma vez demonstrada a ausência de operação mercantil, como comprovado no tópico 5.1.1, não há que se falar, por consequência, de mercadoria. Corrobora este entendimento, o fato do objeto contratual entre a União e o concessionário ter natureza de prestação de um serviço público, realizado sob a égide de um contrato administrativo de concessão, não havendo que se falar em atividade mercantil e mercadoria.

Neste sentido, a natureza mercantil de um bem não advém de suas propriedades intrínsecas, mas sim de sua destinação, conforme se verifica da brilhante lição de PAULO DE BARROS CARVALHO corroborada por ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁵⁵:

"Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente o bem móvel corpóreo (bem material) que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.

- (...) Daí que a existência de uma mercadoria não está na natureza do bem móvel, mas na sua destinação. Se o bem móvel for objeto de comércio vale dizer, se ele se destinar à venda a outro comerciante ou ao consumidor final -, então, sim, ele é juridicamente uma mercadoria.
- (...) Enfim, nada é mercadoria 'pela própria natureza das coisas'. De fato, como aguisadamente observa Paulo de Barros Carvalho, a natureza mercantil de um bem não defluiu de suas propriedades intrínsecas, mas de sua destinação específica."

⁵⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 16^a edição. Ed. Malheiros. 2012. p. 48 e 49.

Sendo assim, poder-se-ia até sustentar que existe a probabilidade do petróleo ser objeto de atividade mercantil nas atividades subsequentes à exploração, mas, neste caso, estar-se-ia antevendo uma operação que, por diversos motivos, pode vir a não se concretizar.

Além do fato da relação jurídica entre a União e o concessionário não ser de natureza mercantil, uma análise realizada sobre o próprio bem ainda na jazida, ou seja, antes da exploração, permite se chegar à conclusão de inexistência de mercadoria. Neste sentido é o entendimento de DANIEL SARMENTO que em parecer sobre o tema asseverou o seguinte:

"Os hidrocarbonetos extraídos das rochas, conduzidos das jazidas por dutos até as plataformas, vêm misturados com gás natural, água, além de eventuais restos de rocha. 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."

O que se verifica, portanto, é que o material encontrado na jazida ainda não pode ser caracterizado como bem sujeito ao comércio.

Ademais, tem-se que, mesmo imediatamente após a extração do petróleo, este bem ainda não poderia ser classificado como mercadoria, já que não pode ser comercializado nesse estado bruto, tendo que passar por diversas etapas de separação da água, gás natural e restos de rocha. Desse modo, há um processo de produção chamado de pré-processamento que possui a função exclusiva de transformar o hidrocarboneto extraído em produto comercializável / mercadoria. Antes desse processo, não pode se considerar que há uma mercadoria e, portanto, afasta qualquer hipótese de incidência do ICMS.

Ficou demonstrado, portanto, nos capítulos 5.1 a 5.3 que para que ocorra a hipótese de incidência do ICMS é necessária a presença concomitante de três elementos distintos, interligados e complementares, quais sejam: operação mercantil (compra e venda), a circulação jurídica de um bem, com a correspondente transferência de sua propriedade e a mercadoria, assim entendida como aquele bem destinado ao comércio.

Sendo assim, através de uma cautelosa análise se verifica que não há que se falar em operação mercantil, tendo em vista a natureza da relação entre União Federal e o concessionário ser

de direito administrativo, representada no contrato de concessão de atividade econômica da União, em que o concessionário adquire a propriedade originária do petróleo no momento de sua extração.

Pela mesma razão (propriedade originária do concessionário), não há que se falar também em circulação jurídica do bem desde o momento de sua extração até a passagem pelos pontos de medição, pela ausência de transferência da propriedade.

Por fim, tem-se que o petróleo bruto, quanto está no subsolo, não é um bem inserido no comércio com a finalidade de ser objeto de mercancia. Neste sentido, o ato de extrair não caracteriza a transferência de mercadoria, ou transferência do domínio sobre a mercadoria, por inexiste mercadoria no estágio anterior a extração. Como se não bastasse, mesmo após a sua extração, o petróleo ainda não está pronto para ser comercializado (é necessário a etapa do préprocessamento), de modo que não pode ser considerado mercadoria.

Tais argumentos se configuram, portanto, as principais razões de mérito dos contribuintes pela inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei nº 7.183/15.

5.1.4. Jurisprudência sobre o tema

Uma breve análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores acaba por reforçar a tese defendida pelos contribuintes de que para a incidência do ICMS sobre uma operação, deve haver a circulação jurídica da propriedade.

Nessa linha, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os Recursos Especiais nºs 44.563-9/SP⁵⁶ e 46.920-1/SP⁵⁷, adotou o entendimento relevante que merece destaque pela semelhança com o caso concreto.

Naquela oportunidade se pretendia a exigência do ICMS sobre a cana-de açúcar pertencente ao responsável pelo seu plantio em propriedades de terceiros, em virtude do contrato de parceria agrícola.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 44.563-9/SP, Min. Hélio Mosimann, julgado em 29/03/1995.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº 46.920-1/SP, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 29/03/1995.

A semelhança com o caso ora em análise decorre da exploração das jazidas cujos direitos exclusivos pertencem à União, por intermédio de contrato de concessão, com o objetivo de extração do petróleo. Ou seja, também há uma espécie de contrato de parceria (contrato de concessão), na qual as concessionárias são responsáveis pela exploração de petróleo em propriedade de terceiros (no caso, as jazidas cujos direitos exclusivos são da União).

No caso da cana de açúcar, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, em virtude do contrato de parceria, parcela da produção da cana-de-açúcar produzida pertencia originalmente ao parceiro responsável pelo plantio e colheita da cana, não havendo a transferência de propriedade desta parcela, de forma que seria inconstitucional a incidência do ICMS no momento da colheita da cana-de-açúcar, como pretendido pelo Fisco Estadual.

Estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, portanto, acabam por corroborar a tese dos contribuintes, já que, no caso em estudo, as concessionárias também adquirem originalmente a propriedade do petróleo extraído, não havendo que se falar em transferência de propriedade e, consequentemente em incidência do ICMS.

Destaca-se, ainda, um precedente agora do Supremo Tribunal Federal⁵⁸ mais uma vez envolvendo a cana-de-açúcar, onde este Tribunal entendeu não haver circulação jurídica na saída do bem do estabelecimento agrícola para o estabelecimento industrial de uma mesma empresa. Isso porque, apesar da circulação meramente física entre dois estabelecimentos distintos, entendeu-se que haveria uma única unidade produtiva, uma única personalidade jurídica, não se verificando, portanto, circulação jurídica do bem apta a ensejar a incidência do ICMS nessa operação.

Ao analisar a movimentação do petróleo desde o momento de sua extração até os pontos de medição da produção, verifica-se, assim, como no caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, também se constata uma mera circulação física do bem, de modo que a propriedade do bem, durante toda a circulação pertenceu à apenas uma pessoa, qual seja, a empresa concessionária.

Relator(a): Min. OSCAR CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1987, DJ 10/04/1987.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REPRESENTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 9. DO DECRETO N. 11222, DE 5/02/1986, DO ESTADO DA PARAIBA. AO DECLARAR ESTABELECIMENTO AUTONOMO PARA AUTORIZAR A INCIDENCIA DO ICM ESTABELECIMENTOS - ENGENHOS, SITIOS E DEMAIS DIVISÕES FUNDIARIAS - DA MESMA USINA - UNIDADE ECONÔMICA - CONTRARIOU O ARTIGO 23, II, DA CF, POIS TAXA O SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO DE INSUMOS DESTINADOS A COMPOSIÇÃO DO PRODUTO FINAL DA MESMA EMPRESA. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. Rp 1355,

Nessa linha e como já exposto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou o entendimento de que a mera circulação física de uma mercadoria não constitui fato gerador do ICMS⁵⁹.

5.2 Inconstitucionalidade formal: ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição Federal e à Lei Complementar nº 87/96

No Capítulo referente aos aspectos gerais do ICMS (Capítulo 4), viu-se que a CF/88, em seu art. 146, estabeleceu caber à legislação complementar definir as normas gerais de direito tributário, de forma que seja definido, dentre outras coisas, o fato gerador do tributo, sua base de cálculo e seus contribuintes.

Em cumprimento aos referidos dispositivos, a LC 87/96 prevê em seu art. 2º os fatos geradores do ICMS, nos seguintes termos:

"Art. 2° 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.
- § 1° O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

- 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."

⁵⁹ Súmula 166 do STJ: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Qualquer evento fora do rol definido pela LC nº 87/96 – o qual se encontra em sintonia com a competência outorgada no art. 155, inciso II da CF/88 – não é apta a atrair a incidência do ICMS⁶⁰.

Nessa linha, basta uma simples leitura do referido art. 2º da LC 87/96 para que se verifique que não há qualquer menção ao fato gerador eleito pelo legislador ordinário do Estado do Rio de Janeiro, qual seja, "operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária".

Em outras palavras, verifica-se que, ao estabelecer as normas gerais sobre o ICMS, o legislador complementar não previu o fato previsto pela Nova Lei Noel, sendo este, portanto, mais um argumento levantado pela indústria do petróleo e gás para não se submeter à cobrança.

A seguir, veremos que, de igual forma, segundo a interpretação da LC 87/96 sobre os contribuintes do ICMS, no presente caso, o contribuinte seria a União Federal, sendo que, por ser competência de lei complementar, não caberia ao legislador ordinário do Rio de Janeiro fazer previsão de modo diverso. No próximo capítulo, a questão será abordada de forma detalhada.

5.3. Violação ao artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da CF/88.

A Lei nº 7.183/15, em seu art. 5º, elegeu como contribuinte do imposto "o comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, seja concessionário direito ou não", previsão esta que, conforme visto anteriormente, acaba por violar o previsto no artigo 155, §2º, inciso XII, da Constituição Federal que determina que cabe à Lei Complementar definir os contribuintes do ICMS, não sendo cabível, dessa forma, tal previsão por meio de lei ordinária.

A LC 87/96 trás, de forma regular, a previsão dos contribuintes do ICMS, definindo, em seu art. 4º, como contribuinte, "qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria". Em outras palavras, é contribuinte do ICMS aquele que promover a circulação do bem.

⁶⁰ HARADA. Kiyoshi. **ICMS Doutrina e Prática**. 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2018, p. 85 e 86.

Desse modo, na hipótese ora em análise, caso no momento da extração do petróleo houvesse a transferência de sua propriedade da União para o extrator, o que seria admitido na tes dos contribuintes apenas por argumentação, a sujeição passiva do ICMS recairia sobre a União, na qualidade de "transmitente" da "mercadoria" petróleo.

É certo que, em algumas exceções, a Lei Kandir autoriza que o contribuinte seja o adquirente da mercadoria. Essas hipóteses estão previstas nos quatro incisos do parágrafo único do art. 4º. Vejamos:

"Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III – adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados;

IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização."

O que se verifica, portanto, é que a operação que se pretende tributar por meio da Lei nº 7.183/15 não está representada em nenhuma das exceções acima, de modo que o contribuinte do ICMS, no presente caso, seria a União Federal.

Ocorre que, como visto, a Constituição Federal não permite que os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) exijam tributos uns dos outros. Este instituto é conhecido como "imunidade recíproca", e está prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal, o qual o Supremo Tribunal Federal já declarou ser aplicável também aos casos envolvendo o ICMS.

São esses, portanto, os principais argumentos que são favoráveis aos contribuintes e que merecem maior destaque na sustentação de inconstitucionalidade da Lei 7.182/15.

Passa-se a analisar, agora, os contrapontos arguidos pelo Estado do Rio de Janeiro na defesa da cobrança.

CAPÍTULO 6: DOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Por sua vez, o Estado de Janeiro defende a regularidade da Lei 7.183 alegando, inicialmente, que, no momento da extração do petróleo, haveria uma transferência de titularidade entre a União Federal e a concessionária apta a atrair a incidência do ICMS.

Isso porque, no seu entender, a aquisição da propriedade do petróleo pelo concessionário, ao contrário da tese sustentada pelos contribuintes, não se daria de forma originária. Para sustentar tal alegação, o Ente Estadual sustenta que não há dúvidas de que a propriedade do petróleo pelo concessionário advém de um contrato de concessão, o que seria suficiente para demonstrar a relação existente entre concessionário e União Federal e que, por consequência, desqualificaria a possibilidade de aquisição originária.

Quanto aos demais pontos suscitados pelo contribuinte, como a ausência de operação mercantil e mercadoria, bem como imunidade recíproca da União, o Estado do Rio de Janeiro apresenta o único argumento de que a Lei Kandir não diz que o contribuinte do ICMS é apenas o "vendedor".

CONCLUSÃO

Através da introdução deste trabalho, percebe-se que no ano de 2015 o Estado do Rio de Janeiro vinha passando por grande recessão econômica causada, especialmente, pela mudança na legislação referente aos *royalties* e pela crise do próprio setor petrolífero.

Sendo assim, na busca de receita que pudesse fazer frente às despesas públicas, o Estado do Rio de Janeiro, dentre outras medidas, editou a Lei nº 7.183, instituindo o ICMS sobre a atividade de extração do petróleo. Viu-se que a cobrança deste imposto está sendo contestada pelos contribuintes sob argumentos de inconstitucionalidades e ilegalidades.

Dessa forma, o presente estudo buscou trazer percepções históricas sobre a legislação do petróleo no Brasil e estabelecer premissas de outros ramos do direito, como o Direito Administrativo, para a melhor compreensão da atividade petrolífera e, enfim, trazer à baila as teses defendidas pelos contribuintes e pelo Fisco Estadual.

No entanto, com a exposição e o confronto entre os argumentos, percebe-se que a tese defendida pelos contribuintes da indústria do petróleo e gás possui densa robustez e merece prevalecer frente à tese encabeçada pelo Estado do Rio de Janeiro para a manutenção da cobrança.

Nesse sentido, verifica-se que quanto à discussão sobre a aquisição originária ou não do petróleo extraído do concessionário, o ponto que parece fundamental para a resolução do problema é a previsão expressa na minuta de contrato de concessão da ANP que prevê, sem deixar margem para dúvidas, que a referida aquisição ocorre de forma originária.

Já quanto ao argumento suscitado pelo Estado de que a Lei Kandir não prevê que o contribuinte do ICMS é apenas o "vendedor", ele se mostra insuficiente para enfrentar todas as linhas de argumentações que favorecem os contribuintes, especialmente porque não consegue demonstrar que os contribuintes eleitos pela Lei nº 7.183/15, estão previstos naquela Lei Complementar, eivando, portanto, a norma em verdadeira inconstitucionalidade.

Com efeito, considerando o exposto no presente estudo, a perspectiva é que o Supremo Tribunal Federal, caso julgue o mérito da ADI nº 5.481, declare a inconstitucionalidade da

legislação fluminense, uma vez que viola frontalmente as normas gerais do ICMS estabelecidas na CF/88 e na Lei Kandir.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Revista de Direito Tributário. nº 52.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

ÁVILA, Márcio. Curso De Direito Tributário. 1. ed., Rio de Janeiro: Gato Sabido, 2011

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BALERONIAND, Rafael; PEDROSO, Jorge. **Pré-Sal:** Desafios e uma Proposta de Regulação. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARRETO, Carlos Eduardo Paes. **A Saga do Petróleo Brasileiro:** "A Farra do Boi". São Paulo: Nobel, 2001.

BRASIL. Constituição (1934). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 04/10/18.

BRASIL. Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/LEIS/L2004.htm. Acesso em 07/10/2018.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25/09/2018.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24642-10-julho-1934-526357-publicacaooriginal-79587-pe.html. Acesso 03/10/2018.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 33 de 11 de dezembro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm. Acesso em: 31/10/2018.

BRASIL, Cristina Índio. Crise do petróleo agravou situação do Rio. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro, 02/07/2016. Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-07/crise-do-petroleo-agravou-situacao-do-rio-governo-busca-receitas-extras. Acesso em: 19/09/2018.

BRASIL. Constituição (1891). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 02/10/2018.

BRASIL. Código Civil (1916). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 02/10/2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm. Acesso em 13/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 166. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010 12 capSumula166.pdf. Acesso em: 28/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.366. Brasiílis/DF, 16 de março de 2005, Tribunal Pleno STF. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260642. Acesso em: 12/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 540.829, Julgamento em 11/09/2014, DJe de 17/11/2014. Brasília. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2500614. Acesso em: 24/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 182.721, Rel. Min. Maurício Corrêa, acórdão publicado em 26 de abril de 1996. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1597627. Acesso em: 25/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.481. Requerento: ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás; Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4936204. Acesso em: 29/08.2018.

BRITO, Raimundo Mendes. **Flexibilizar significa desenvolver:** A nova regulamentação da indústria do petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

CAOLI, Cristiane. RJ era o maior produtor de petróleo e gás natural do país em 2014, diz IBGE. **G1 Rio**. Rio de Janeiro, 23/06/2016. Disponível em http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/rj-era-o-maior-produtor-de-petroleo-e-gas-natural-do-pais-em-2014-diz-ibge.html. acesso em: 19/09/2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16^a edição. Ed. Malheiros. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, linguagem e método.

DIAS, José Luciano de Mattos. **A questão do petróleo no Brasil, uma história da Petrobras**. CPDOC/SERINST, Fundação Getúlio Vargas-Petrobras, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. Editora Saraiva.

FERREIRA, Lier Pires. **Direito internacional, petróleo e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, César. Direito Civil Curso Completo. Editora Del Rey, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. **ICMS – Exigência em relação à extração do petróleo (Pareceres)**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo,nº 100, 2004.

HARADA. Kiyoshi. ICMS Doutrina e Prática. 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 38ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional:** anotações à Constituição. 6. ed. rev. ampl., São Paulo: Atlas, 2017.

MADEIRA, Anderson Soares. **Manual de Direito Tributário.** 9. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Editora, 2014

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). **Curso de Direito Tributário.** 14. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário: completo. 6. ed., São Paulo: Livraria do Advogado, 2014,

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Editora Forense, vol. IV, 2001.

PIRES, Paulo Valois. A evolução do monopólio estatal do petróleo. Tese de Mestrado em Direito, USP.

RIBEIRO FILHO, José Carlos. (Coord.). Cartilha do Direito do Petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.183 de 29 de dezembro de 2015. Disponível em http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/55d64b8c7af944 1c83257f31005cb579?OpenDocument. Acesso em: 31/10/1994.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 4.117 de 27 de junho de 2003. Disponível em http://alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/d93c4bd44857 dda683256d25007cbf65?OpenDocument. Acesso em: 01/11/2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 34.783 de 04 de fevereiro de 2004. Disponível em http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto 34 783 04022004.htm. Acesso em: 15/11/2018.

SCHUFFNER, Cláudia et al. Não caiu a ficha das pessoas, o petróleo sumiu. **Jornal Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 25/01/2016. Disponível em https://www.valor.com.br/brasil/4408068/nao-caiu-ficha-das-pessoas-o-petroleo-sumiu. Acesso em 02/10/2018.

VIEIRA, Rodrigo Rodrigues Leite. A Competência para a Instituição do ICMS na Extração do Petróleo. Tese de mestrado: USP.