

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás (ABEP) objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.183/2015 do Estado do Rio de Janeiro, por ofensa aos arts. 20, V, VI, IX e § 1º; 146, I e III; 147; 150, VI, a; 152; 154, § 4º, I; 155, II e § 2º, XII, b e i; 176 e 177 da Constituição Federal.

Eis o teor da lei questionada:

“Art. 1º - O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior-ICMS, incide sobre operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária.

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

Parágrafo único – Para os fins do disposto no **caput**, Pontos de Medição da Produção são aqueles pontos definidos no plano de desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida à condição padrão de medição, e onde o concessionário, a cuja expensas ocorrer a extração, assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada, sujeitando-se ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Aduz a autora possuir legitimidade ativa para questionar a referida lei. Cita serem suas associadas as quatro maiores produtoras do país, além de outras vinte e duas empresas. Afirma representar “expressiva parcela do setor produtivo de petróleo no País (mais de 90% da produção está nas mãos de seus associados)”. Entende estar clara a pertinência temática, haja vista que a lei impugnada atinge a indústria do petróleo.

No mérito, alega caber às empresas que exploram comercialmente as jazidas a propriedade do óleo extraído, em regime de aquisição originária. De sua óptica, a extração do petróleo em si não pode ser considerada como operação de circulação de mercadoria, por não haver ato de natureza mercantil ou transferência de titularidade do óleo extraído.

Afirma que o contrato de concessão entre a concessionária e a União para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo não está sujeito às leis comerciais, mas sim à Constituição e ao Direito Regulatório, e tal contrato não se confunde com uma compra e venda.

Sustenta não ser possível se falar, na extração de petróleo, em mercadoria, pois essa é conceituada como “todo bem móvel que se submete ao comércio, isto é, todo aquele que já se encontra à disposição do mercado para venda ou revenda”, e o petróleo bruto que ainda se encontra na jazida não detém o atributo da disponibilidade. Nesse contexto, sustenta pertencer à União as jazidas ou as reservas minerais, mas não o petróleo, que, como produto de lavra, pertence aos concessionários.

Aponta, ainda, existir a tese de que a União nem sequer é proprietária das jazidas, pois tem apenas o domínio eminente sobre os recursos minerais e naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

Seguindo, aduz que, caso se considere que o fato gerador seja a “operação de circulação do óleo após a extração” e não a extração propriamente dita, a lei ainda assim é inconstitucional, pois, nessa hipótese, não há negócio translativo de propriedade, mas movimentação do petróleo dentro da mesma empresa. De toda forma, indica que nem um nem outro fato gerador encontram amparo na LC nº 87/96 e que apenas a emenda constitucional pode considerar a extração do petróleo como fato gerador do imposto.

Argumenta que, mesmo se considerando existente a operação de circulação de mercadorias entre a União e as concessionárias, o ICMS é indevido, em razão da imunidade tributária recíproca.

Entende haver incompatibilidade entre a base de cálculo e o fato gerador do tributo. Ademais, alega que o legislador estadual deveria ter eleito grandeza econômica relativa à própria extração do petróleo. Entretanto, da perspectiva da autora, inexistente “grandeza econômica no petróleo antes da sua retirada do subsolo (o máximo que pode haver é uma estimativa do tamanho do poço), de modo que a base de cálculo seria de impossível ou incerta avaliação”. Segundo sua compreensão, a lei em debate adotou conceito de base de cálculo diverso do que consta da LC nº 87 /96, violando a reserva de lei complementar.

A requerente também assevera que o Rio de Janeiro é o único Estado a tributar o petróleo na origem, violando o art. 152 da Constituição Federal, e que a lei combatida desvirtua o art. 155, § 4º, I, da Carta Federal, o qual determina caber o ICMS ao Estado em que ocorrer o consumo.

Ademais, diz que a competência do Estado relativa ao ICMS não abrange a plataforma continental, o mar territorial ou a zona econômica exclusiva e que, caso a plataforma continental e a zona econômica exclusiva sejam consideradas parte do território nacional, seriam elas território federal, cuja competência tributária é da União.

Ainda consigna que, “mesmo que se pudesse considerar que as plataformas de exploração de petróleo estão estabelecidas em territórios estaduais”, seria impossível a cobrança do ICMS, em razão da inexistência de lei complementar dispendo sobre conflitos de competência.

Sobre o pedido de medida cautelar, expõe a autora que o **fumus boni iuris** foi devidamente demonstrado nos fundamentos expostos. Em relação ao **periculum in mora**, diz que: a) a lei combatida impacta o regime de concessões e de partilhas, bem como onera excessivamente a produção de petróleo; b) a atividade está ameaçada de se tornar economicamente inviável; c) a arrecadação de outros tributos e as participações governamentais podem sofrer impactos negativos; d) com a manutenção da lei, haverá redução de investimentos no setor, dos royalties, de empregos e da renda do país, agravando, assim, a crise econômica nacional.

Em primeiro despacho, adotei o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/98. Prestadas as informações preliminares pelos requeridos e ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, deferi o pedido da autora de aditamento à petição inicial para acrescer ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade a Lei nº 4.117, de 27 de junho de 2003.

Eis o teor da Lei estadual nº 4.117/03:

“Art. 1º - O art. 2º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso VI:

‘Art. 2º - O imposto incide sobre:
VI – operação de extração de petróleo.’

Art. 2º - O art. 3º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XVII e do § 10:

‘Art. 3º - O fato gerador do imposto ocorre:
XVII – na extração do petróleo, quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção.

§ 10 – Os Pontos de Medição da Produção são aqueles pontos definidos no plano de desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida à condição padrão de medição, e onde o concessionário, a cuja expensas ocorrer a extração, assume a propriedade do respectivo volume de produção fiscalizada, sujeitando-se ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais e contratuais correspondentes.’

Art. 3º - O art. 4º da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XIII e do § 5º:

‘Art. 4º - A base de cálculo, reduzida em 90% (noventa por cento) se incidente o imposto sobre as prestações de serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros executados mediante concessão, permissão e autorização do Estado do Rio de Janeiro, inclusive os de turismo, é:

XIII – No caso do inciso XVII do art. 3º, o preço de referência do petróleo.

§ 5º - O preço de referência a ser aplicado a cada período de apuração ao petróleo produzido em cada campo durante o referido período, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior’

Art. 4º - O art. 14 da Lei nº. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso XXI:

‘Art. 14 – A alíquota do imposto é:

XXI – na operação de extração de petróleo: 18% (dezoito por cento)’

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

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

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

I – local da operação:

l) - aquele de onde o petróleo tenha sido extraído.’

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

Na sequência, em razão da alta relevância da matéria e do decurso do tempo, converti o rito de tramitação do feito, aplicando o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/98.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro aduz ser inepta a petição inicial, pois a autora também deveria ter impugnado dispositivos da Lei nº 9.478/97. Alega que a Corte julgou constitucional (ADI nº 3.273) o art. 26 da Lei nº 9.478/97, que determina caber ao concessionário a propriedade do petróleo extraído, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes, dentre os quais estaria o ICMS. Assevera ser derivada a aquisição de propriedade do petróleo pela concessionária, pois, além de essa aquisição pressupor um contrato de concessão, tal propriedade não é plena. Na sua concepção, a concessionária, ao extrair petróleo, transforma em móvel o bem até então imóvel e “em direito real o direito até então pessoal”, situação que atrairia a incidência do ICMS. Entende que essa orientação foi firmada pela Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça em caso análogo no qual se discutia a tributação da cana-de-açúcar utilizada na produção de álcool combustível. Sustenta ter o Estado fluminense competência para tributar fatos ocorridos no mar, conforme o assentado na ADI nº 2.080. Aponta que a lei questionada não traz os prejuízos citados pela autora. Diz que o fato gerador e a base de cálculo são legítimos. Por fim, assevera não existir diferença tributária em razão da origem da mercadoria.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aduz, preliminarmente, que a requerente não comprovou ter representação em nove estados da Federação, razão pela qual careceria de legitimidade ativa. Afirma também que a violação do texto constitucional seria indireta, pois pressupõe a análise das Leis nºs 9.478/98 e 12.351/10, do Código Civil e da LC nº 87/96. No mérito, alega que o extrativismo é atividade econômica e é suscetível de ser considerado como fato gerado do ICMS. Assevera ser o petróleo, desde sua extração, mercadoria, por possuir destinação comercial.

De sua perspectiva, “ainda que não se enxergue na extração a circulação de mercadoria, certamente cabe enquadrá-la na definição de produção”. Entende estar o fato gerador do imposto previsto na LC nº 87/96. Em relação à base de cálculo, afirma não haver impropriedades, pois tem ela relação com a produção do petróleo. Sustenta inexistir diferença tributária em razão da procedência da mercadoria, em razão de o Estado ter competência em relação ao ICMS. Defende também ter competência tributária em relação ao mar.

O Advogado-Geral da União se manifestou pela procedência do pedido. Em suma, argumenta que “a operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária configura simples deslocamento de mercadorias sem transferência de titularidade”.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.

É o relatório.