VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Preliminarmente, entendo que a autora possui legitimidade para propor a presente ação direta. Como ela aduz, são suas associadas as quatro maiores produtoras de petróleo do país (dentre as quais a Petrobras) e mais outras vinte e duas empresas, responsáveis por mais de 90% da produção nacional do óleo. Ademais, consta dos autos o *Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis* (2015), produzido pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), do qual se constata que **as associadas da autora são concessionárias em campos situados em vários estados da Federação** : Alagoas, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Norte, São Paulo, Santa Catarina e Sergipe.

Conforme a jurisprudência da Corte, para se reconhecer o caráter nacional de uma entidade de classe, é necessário ter ela representatividade em pelo menos nove estados-membros.

Ainda que se considere que a autora desobedeceu a essa orientação, em razão de as sedes de suas associadas não estarem distribuídas nessa quantidade mínima de estados-membros, entendo que tem ela legitimidade ativa.

Isso porque, a meu ver, tal critério, de construção pretoriana, pode ser flexibilizado em casos peculiares. No julgamento da ADI nº 386/SP, por exemplo, salientou o Ministro **Moreira Alves** que a representatividade em pelo menos nove estados da Federação, necessária para o reconhecimento da legitimidade das entidades de classe na propositura de ação direta de inconstitucionalidade, cede "nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de nove Estados" (ADI nº 386 /SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sydney Sanches,** DJ de 28/6/91).

Situação análoga ocorre no presente feito. Como aduz a autora, as reservas de petróleo estão concentradas em certas áreas do território nacional, especialmente no Estado do Rio de Janeiro. Consoante o citado anuário, possui o Estado fluminense 81,9% das reservas provadas de petróleo. Em grande parte, por esse motivo é que está lá sediada a maioria das empresas exploradoras e produtoras de petróleo – **que possuem estabelecimentos e filiais espalhados em vários outros estados da Federação** –, inclusive aquelas quatro responsáveis por expressiva parcela da

Plenário Virtual - minuta de voto - 9/03/2021 00:00

produção nacional do óleo. Diante desse cenário, é desarrazoado exigir que a autora tenha associados cujas sedes estejam distribuídas em pelo menos nove estados da Federação.

Sobre o assunto, ainda destaco o seguinte trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

> "Conforme demonstra a petição inicial, mais de 80% das reservas de petróleo do Brasil encontram-se, atualmente, no Estado do Rio de Janeiro e no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva confrontantes com seu território. Além disso, conquanto as empresas representadas pela ABEP (relação na peça 3 do processo) estejam sediadas naquela unidade federativa, respondem por mais de 90% da produção nacional e possuem filiais, subsidiárias e coligadas em diversos estados da federação.
>
> Não haveria como se lhe exigir representação em nove ou mais estados da federação, se a característica de seu mercado e de sua representatividade – que é nacional – não pressupõe existência de associados em todas essas unidades do País. Seria requerer-lhe cumprimento de requisito impossível, o que contraria o velho ensinamento de que **ad impossibilia nemo tenetur** ."

Destaque-se que, na ADI nº 5480/RJ, Relator o Ministro **Alexandre de Moraes** , a Corte reconheceu a legitimidade da ABEP para ajuizar ação direta em que se questionava a Lei nº 7.182/15 do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização Ambiental das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Produção de Petróleo e Gás (TFPG), exigida das empresas autorizadas a realizar pesquisa, lavra, exploração e produção de recursos de petróleo e gás naquele estado.

Naquele caso, se reconheceu a legitimidade ativa da ABEP "tendo em vista a assimétrica distribuição da indústria do petróleo e gás no território nacional e a expressividade das suas filiadas para o segmento como um todo, o que demonstra sua abrangência nacional". A meu ver, a mesma razão aqui se aplica.

Ademais, não acolho a preliminar de inépcia da inicial aduzida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, para quem deveria ter a autora impugnado os arts. 3º e 6º, I e II, da Lei nº 9.478/97. Com efeito, tais dispositivos não tratam de matéria tributária, nem sequer fazem parte da cadeia normativa impugnada.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

De mais a mais, observo que a autora alega que a legislação impugnada viola a Constituição Federal, especialmente as normas relativas à matriz constitucional do ICMS, e não a legislação ordinária. Por essa razão, também não acolho a alegação da Assembleia do Estado do Rio de Janeiro de que a presente ação não merece ser conhecida em razão de as questões suscitadas serem de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Passo a analisar o mérito da ação direta.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona a constitucionalidade das Leis nºs 4.117/03 (Lei Noel) e 7.183/15 (nova Lei Noel), ambas do Estado do Rio de Janeiro. A primeira prevê a incidência do ICMS sobre **operação de extração de petróleo** ; a segunda, sobre **operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária** . Sintetizo as regras matrizes de incidência, preservando, na medida do possível, as expressões utilizadas pelas leis:

> Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 4.117/03 (Lei Noel) :
>
> Aspecto material: realizar **operação de extração de petróleo** ;
>
> Aspecto temporal: quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção;
>
> Aspecto territorial: local onde o petróleo tenha sido extraído;
>
> Aspecto pessoal – sujeito ativo: Estado do Rio de Janeiro;
>
> Aspecto pessoal – sujeito passivo: qualquer pessoa que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação descrita. São abrangidos o comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, inclusive de petróleo;
>
> Aspecto quantitativo – base de cálculo: o preço de referência do petróleo;
>
> Aspecto quantitativo – alíquota: 18%.
>
> Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183/15 (nova Lei Noel) :
>
> Aspecto material: realizar **operação de circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária** ;
>
> Aspecto temporal: imediatamente após a extração do petróleo e quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição da Produção;
>
> Aspecto territorial: local em que, após a extração do petróleo, tenha ocorrido a medição;
>
> Aspecto pessoal – sujeito ativo: Estado do Rio de Janeiro;
>
> Aspecto pessoal – sujeito passivo: o comerciante, o industrial, o produtor e o extrator, seja concessionário direto ou não;
>
> Aspecto quantitativo – base de cálculo: preço de referência do petróleo;
>
> Aspecto quantitativo – alíquota: 18%.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

Ambos os diplomas têm a mesma definição de Pontos de Medição da Produção e de preço de referência:

> **Pontos de Medição da Produção:**
>
> "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."
>
> **Preço de referência :**
>
> 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."

Não se cuidará, aqui, da discussão se o Estado do Rio de Janeiro tem competência tributária em relação à projeção marítima de sua área continental. A questão já foi objeto da ADI nº 2.080/RJ, Relator o Ministro **Gilmar Mendes** , sendo certo que a Corte decidiu pela constitucionalidade de dispositivos da Constituição fluminense e da Lei estadual nº 2.657/96 que dispõem sobre a inclusão, para fins tributários, das porções do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva no território dessa unidade federada.

Feito esse esclarecimento, cumpre destacar que, segundo a requerente, para a incidência válida do ICMS, é necessária a existência de operação de circulação de mercadoria, isto é, de execução de ato ou negócio jurídico que transfira a titularidade da mercadoria. Todavia, sustenta a autora que isso inexiste nos fatos geradores referidos. Vejamos se o entendimento está correto.

No julgamento do RE nº 607.056/RJ, Tribunal Pleno, de minha relatoria, tracei algumas linhas a respeito da matriz constitucional do imposto em discussão:

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

"[A] Constituição Federal define o âmbito do ICMS no referido art. 155, inciso II, o qual estabelece a sua incidência 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'.

Observe-se que, embora o fato gerador do ICMS seja descrito na lei que o institui, como ocorre com todos os demais tributos, sujeita-se o legislador infraconstitucional aos limites da hipótese de incidência estabelecida na Carta Magna. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação dos serviços taxativamente previstos no dispositivo constitucional.

Assim, analisar a extensão da hipótese de incidência prevista no art. 155, inciso II, da Constituição Federal é indispensável para a identificação do que constitui ou não fato gerador do ICMS.

Geraldo Ataliba define 'operações' como 'atos jurídicos; atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica; são atos juridicamente relevantes; circulação e mercadorias são, nesse sentido adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações' .

'Circular', no dizer de Ataliba e Cleber Giardino, citados por José Eduardo Soares de Melo (ICMS : Teoria e Prática. 10. Ed. Dialética. p. 14),

'significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)'.

No que se refere à noção de mercadoria, para fins de tributação do ICMS, consolidou-se, ao longo do tempo, o entendimento de que consiste em bem móvel sujeito à mercancia ou, se preferirmos, no objeto da atividade mercantil.

Dessa forma, não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente aquele que se submete à mercancia, ou seja, que é passível de apropriação pelo promotor da operação que o destina ao processo econômico circulatório. O bem móvel é o gênero, do qual mercadoria é a espécie" (RE nº 607.056/RJ, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 16/5/13).

A esses apontamentos apenas acrescento que a Corte tem jurisprudência sólida no sentido de que o mero deslocamento físico de mercadoria não atrai a incidência válida do ICMS, justamente porque o imposto pressupõe uma transferência de titularidade de mercadoria. Entendimento contrário geraria situações inusitadas, possibilitando a cobrança do imposto no caso

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

de furto de mercadoria de estabelecimento comercial, de exposição de mercadoria em rua, de mudança do local do estoque da empresa etc. (exemplos extraídos das lições de José Eduardo Soares de Melo – PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais** . 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 235).

Essa orientação vem sendo firmada pela Corte desde os tempos em que vigia o ICM, predecessor do atual ICMS. No julgamento do RE nº 75.026/RS-EDv, Tribunal Pleno, por exemplo, referiu o Ministro **Aliomar Baleeiro** que aquele imposto pressupunha " **negócio jurídico que [transferisse] o domínio da coisa duma para outra pessoa"** (grifei) e que era impossível sua cobrança em razão de movimentação da mercadoria entre estabelecimentos do mesma Empresa, em razão de eles serem da mesma pessoa. Ainda nesse sentido: RE nº 93.523/AM, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cordeiro Guerra,** DJ de 24/9/82.

Vão na mesma direção os diversos casos em que a Corte considerou inconstitucional a cobrança do ICM em razão da transferência da cana-de-açúcar do local do seu plantio para o local onde estão os equipamentos industriais, dentro do mesmo estabelecimento, do mesmo titular. Sobre o tema, o Ministro **Rafael Mayer** já chegou a consignar que "os atos internos, os graus de processamento no interior do estabelecimento não podem ser elementos de circulação econômica e jurídica, pois são simples atos físicos ou materiais do processo produtivo", motivo pelo qual concluiu não serem esses atos atrativos do imposto (Rp nº 1.181/PA, Tribunal Pleno, DJ de 8/11 /84). Convergindo: Rp nº 1.355/PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Oscar Corrêa** , DJ de 10/4/87; RE nº 113.090/PB, Segunda Turma, Relator o Ministro **Djaci Falcão** , DJ de 12/6/87.

Recentemente, o Tribunal Pleno ratificou a sua jurisprudência no ARE nº 1.255.885/MS, Rel. Min. **Dias Toffoli** (Presidente), firmando a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1099:

> "Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia. "

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

Passemos, agora, a verificar as diretrizes que a Corte vem conferindo à pesquisa e à lavra das jazidas de petróleo bem como ao produto de sua lavra.

No julgamento da ADI nº 3.273, o Relator para o acórdão, o Ministro **Eros Grau** , destacou que o monopólio da União referido no art. 177 da CF /88, após a EC nº 9/95, compreende as **atividades** lá listadas – dentre as quais a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo –, e não a propriedade, o que possibilita conferir-se o direito de propriedade do produto da lavra das jazidas de petróleo a terceiros. Em seguida, ressaltou Sua Excelência que a contratação com empresas estatais ou privadas para a realização de algumas dessas **atividades** (como as citadas) se tornaria inviável caso tal produto não fosse apropriado " **direta ou indiretamente** " pelos contratados (concessionários), em razão do "modo de produção social capitalista". Em continuidade, assentou ser **política a opção por uma ou outra forma de apropriação** desse resultado. Por esclarecedor, transcrevo trechos de seu voto:

> "11. Concluo este momento de meu voto relembrando que o monopólio é de atividade, não de propriedade. Isso explica porque a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio, contemplada no artigo 177 da Constituição.
>
> (…)
>
> A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuída ao concessionário pelo artigo 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção social capitalista. A concessão seria materialmente impossível sem que o proprietário se apropriasse do produto da exploração da jazida. O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil. Essas contratações --- contratações, note-se bem; não concessões --- seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos.
>
> Apropriação direta ou indireta --- enfatizo --- no quadro das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado, a opção por uma das quais efetivamente consubstancia, como anteriormente afirmado, uma escolha política. O que não cabe é reduzir as contratações com empresas estatais ou privadas, nos termos

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, ao modelo da prestação de serviços."

Ao final do julgamento da citada ação direta, **foi declarado constitucional o art. 26 da Lei nº 9.478/97** . Observe-se que, nesse dispositivo, o **legislador** optou por outorgar às concessionárias, de modo direto, originário, a propriedade do produto da lavra das jazidas de petróleo (isto é, do petróleo extraído). Eis o teor do artigo em questão:

> "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."

Não se depreende desse dispositivo que a União negocia com o concessionário a transferência da propriedade do petróleo extraído. Na verdade, o que é objeto do contrato de concessão é a realização das **atividades** de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, como preceitua o art. 23.

Para a lei, exploração (ou pesquisa) é "conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural"; produção (ou lavra) é "conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação"; e desenvolvimento é "conjunto de operações e investimentos destinados a viabilizar as atividades de produção de um campo de petróleo ou gás" (art. 6º, XV, XVI e XVII, respectivamente).

Sendo a exploração exitosa, tem o concessionário a obrigação de produzir, extrair, o petróleo. Com a extração, o petróleo é originariamente incorporado a seu patrimônio, por determinação da lei. Sobre o assunto, cito os ensinamentos de Marco Aurélio Greco:

> "[O] petróleo em si (= coisa móvel) não é objeto do contrato de concessão; não se pactua a transferência de sua propriedade nem da sua posse. Pactua-se o exercício de atividades materiais. Estas, por sua vez, podem, eventualmente, resultar na descoberta de petróleo que, se ocorrer, acarretará aquisição da propriedade ao ensejo da extração. A

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

causa jurídica da aquisição da propriedade, neste caso, não será um negócio jurídico translativo de propriedade, mas uma direta determinação legal que qualifica a atividade material de extrair como necessária e suficiente para tanto.

(...)

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" (ICMS – Exigência em relação à extração do petróleo. **Revista Dialética de Direito Tributário** , nº 100. São Paulo: Dialética, 2004, p. 137).

Situação semelhante há no regime de partilha da produção, regido pela Lei nº 12.351/10. O inciso I do art. 2º do diploma leva a crer que aqui também o **legislador** optou por outorgar ao contratado, igualmente de modo originário, a propriedade do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos **royalties** devidos e de parcela do excedente em óleo, nos termos lá descritos. Por esclarecedor, reproduzo trecho da lei que define partilha de produção, custo em óleo e excedente em óleo:

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

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

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

Não se extrai desses dispositivos que o contratado incorpora a seu patrimônio as parcelas do petróleo extraídas por força de a União ter transferido tal titularidade a ele.

O que a lei indica é que, havendo descoberta comercial pelo contratado, fica a ele assegurado o direito de *assenhorear-se* dos citados volumes do resultado da lavra (art. 2º, I). Aliás, o diploma, ao conferir tal direito ao contratado, utiliza-se do termo "apropriação", que, não raro, é empregado na seara jurídica com o sentido de "ato de tornar própria (coisa) sem dono ou abandonada; ocupação" (Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, 2009). A palavra sinaliza, assim, que aquelas parcelas de petróleo extraídas não têm, de antemão, um titular primitivo, o qual transferiria a propriedade ao contratado imediatamente com a extração.

De mais a mais, nem se diga que o fato de o petróleo ter sido extraído de uma jazida, que é bem da União, também seria ele, em um primeiro momento, de sua propriedade e, só depois, do concessionário ou do contratado. Isso porque jazida de petróleo é bem jurídico diverso do produto de sua lavra. E o regime jurídico da apropriação do óleo extraído está sujeito a uma opção política, que tudo indica ser pela conferência, de modo originário, desse bem ou de parcela dele ao concessionário ou ao contratado. Sobre o assunto, destaco a seguinte passagem do parecer elaborado por Ricardo Lodi Ribeiro, constante destes autos:

> "Em relação à extração de hidrocarbonetos das formações rochosas localizadas no fundo do mar, vale destacar que, antes da ação do produtor, não há divisibilidade entre as jazidas e os hidrocarbonetos a elas agregados. Só há que se falar propriamente em petróleo como produto provido de status jurídico próprio, após a explotação, quando o produtor injeta substâncias líquidas para que os hidrocarbonetos se desprendam das paredes rochosas, ganhando autonomia em relação a elas, passando a existir como bem jurídico diverso da jazida. Como salientado na citada lição no mestre do Caio Mário da Silva Pereira, ocorre a aquisição originária na apropriação do bem acessório (hidrocarboneto) quando este perde a aderência em relação ao bem principal (jazida). A propriedade desses hidrocarbonetos será titularizada de acordo com o regime jurídico adotado na atividade de exploração e produção de petróleo."

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

Vejamos, agora, se as leis impugnadas condizem com o exposto. Os aspectos das regras matrizes de incidência do ICMS anunciam que os fatos geradores estão intimamente ligados com a produção do petróleo, cujo resultado é o próprio petróleo extraído.

Com efeito, a Lei Noel é clara ao dizer que o aspecto material do tributo é a realização, pelo sujeito passivo (concessionário ou contratado) da operação de extração de petróleo. A nova Lei Noel, por sua vez, converge para o mesmo sentido. Afinal, o que é movimentado desde os poços de extração para a empresa concessionária é o petróleo extraído, isto é, o resultado da lavra das jazidas. Ademais, é esse óleo que passa pelos *pontos de medição* e é a ele que se atribui o preço de referência. De mais a mais, o aspecto territorial ou é o local onde o petróleo extraído é medido ou é o local onde ocorre sua extração.

O que se pretende, com as leis questionadas, em suma, é tributar, por meio do ICMS, a suposta "operação de circulação" de petróleo que ocorre quando de sua extração das jazidas pelo sujeito passivo (concessionário ou contratado). Todavia, entendo que elas incidiram em inconstitucionalidade, por afronta à matriz constitucional do imposto.

Seja no regime de concessão (Lei nº 9.478/97), seja no regime de partilha (Lei nº 12.351/10), por não existir ato ou negócio jurídico de natureza mercantil translativo de propriedade do bem, entendo não estar presente, nos fatos geradores descritos pelas leis impugnadas, o elemento operação, indispensável para a incidência válida do ICMS.

Ademais, comungo do posicionamento da autora, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República no sentido de que, em ambos os regimes, o concessionário ou o contratado adquire, de modo originário , a propriedade do petróleo extraído (concessão) ou de parcela dele (partilha). Isso também impede a cobrança do imposto.

Como o *primeiro* senhor do petróleo extraído é o próprio concessionário ou contratado, nos termos das Leis nº 9.478/97 e 12.351/10, o óleo (petróleo extraído) não *muda* de titular ao ser incorporado ao patrimônio desse. Se não há transferência de titularidade do petróleo extraído, não há que se falar em circulação de mercadoria, outro pressuposto necessário para a incidência válida do imposto.

Desse modo, não poderia a Lei Noel dispor que o ICMS incide sobre operação de extração de petróleo, pois disso simplesmente resulta petróleo

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

de propriedade originária do concessionário ou do contratado, isto é, do próprio sujeito passivo da exação. Nem poderia a nova Lei Noel determinar a incidência do imposto sobre circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária, ou seja, sobre a movimentação física do óleo para dentro do estabelecimento da própria titular originária da coisa (a concessionária).

Por fim, ainda que se considerasse que a União efetivamente transfere a propriedade do petróleo para o concessionário ou para o contratado por meio de um negócio ou de um ato de natureza mercantil, o tributo continuaria a ser indevido. Isso porque, nessa situação, o ente público ostentaria a condição de contribuinte de direito, atraindo a aplicação da imunidade tributária recíproca.

De mais a mais, é preciso ficar atento quanto às consequências da manutenção da lei questionada, tendo presentes as asserções da requerente.

Conforme exposto, encontra-se no Estado do Rio de Janeiro 81,9% das reservas provadas de petróleo (31/12/14), o que denota que grande parte da produção nacional do petróleo advém desse Estado. É fora de dúvidas que a cobrança do imposto (cuja alíquota é de 18%) aumenta os custos da produção do petróleo.

Segundo informa a requerente, estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) aponta serem economicamente inviáveis, tendo em vista o imposto ora questionado e o tributo constante da Lei fluminense nº 7.182/15, "os projetos de exploração e produção de petróleo no Estado do Rio de Janeiro no cenário atual (barril a menos de US$ 35,00)". Conforme ela, o ponto de equilíbrio entre receitas auferidas e despesas incorridas para a exploração e a produção de petróleo só será atingido, considerando esses novos tributos, quando o preço do barril atingir US$ 80,00.

Pelo exposto, **julgo procedente o pedido da ação direta, declarando a inconstitucionalidade das Leis nºs 7.183, de 29 de dezembro de 2015, e 4.117, de 27 de junho de 2003, do Estado do Rio de Janeiro.**

Proposta de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

Como informado pela própria requerente, a Lei nº 4.117/2003 (Lei Noel) "jamais chegou a entrar em vigor, já que no dia seguinte ao da edição do Decreto regulamentador nº 34.761/04, o Estado voltou atrás e suspendeu sua eficácia por tempo indeterminado, por meio do Decreto nº 34.783/04". Daí que, antes da Lei nº 7.183/2015 (publicada em 31/12/15), apesar de haver lei anterior de conteúdo idêntico instituindo a cobrança do ICMS sobre a extração do petróleo, essa lei jamais produziu efeitos, pois o Estado do Rio de janeiro não cobrou o ICMS sobre a extração do petróleo (**período de junho de 2003 a março de 2016**).

No que se refere à **nova Lei Noel** , essa passou a produzir efeitos em **março de 2016** , com a edição do **Decreto Estadual nº 45.611, de 22/03/2016** . Daí que a expectativa de receita para o Estado do Rio de Janeiro se daria no **período de março daquele ano até o julgamento da presente ação direta** . Para o contribuinte, os prejuízos sofridos com a cobrança indevida também seriam proporcionais a isso.

A par disso, cumpre lembrar que o Estado do Rio de Janeiro vem passando por sérias dificuldades financeiras. A propósito, a ALERJ, ao prestar informações, lembrou que uma das razões constantes da justificativa do projeto de lei que culminou na lei declarada inconstitucional foi, justamente, acudir à preservação da economia e das finanças fluminenses.

Também é preciso deixar claro que a cifra decorrente da tributação ora declarada inconstitucional é bastante expressiva. Como disse a ABEP, **a cobrança do ICMS com base na nova Lei Noel "de apenas quatro das empresas associadas (…) (Shell, BG, Petrogal e Chevron) somaria o montante de mais de R$ 600 milhões** " (grifo nosso). Ainda segundo a requerente, " **caso se considere nesse cálculo a parte referente à Petrobras, que responde por aproximadamente 90% da produção fluminense, e às demais empresas, nota-se facilmente que a cifra ultrapassa, em muito, a casa do bilhão de reais** " (grifo nosso).

Ponderando os interesses em conflito e prestigiando a segurança jurídica bem como o interesse social, julgo que a ausência de modulação dos efeitos da decisão resultará em mais efeitos negativos nas já combalidas economia e finanças do Estado do Rio de Janeiro, os quais devem, a meu ver, ser evitados.

Ante o exposto, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade Leis do Estado do Rio de Janeiro nºs 7.183, de 29 de dezembro de 2015, e 4.117, de 27 de junho de 2003, estabelecendo que a

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00

decisão produza efeitos **ex nunc** a partir da publicação da ata de julgamento do mérito e, acolhendo proposta formulada pelo Ministro **Roberto Barroso** , ficam ressalvadas:

"(i) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS;

(ii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito;

(iii) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito;

Em todos esses casos, dever-se-á observar o entendimento desta Corte e o prazos decadenciais e prescricionais."

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/03/2021 00:00