

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO, DD.
RELATOR SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ref. ADI 3019

A GOVERNADORA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, em que pleiteia seja declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 4.117 do Estado do Rio de Janeiro, vem pronunciar-se sobre o pedido de liminar, conforme razões que passa a expor.

I - PRELIMINARMENTE: PRAZO COMPLEMENTAR

A subscritora da presente foi intimada a manifestar-se em cinco dias, prazo estabelecido no artigo 10 da Lei n.º 9.868/99. Todavia, este prazo deve ser tido como aplicável apenas para a apreciação das liminares, vez que o prazo regular é de trinta dias, *ex vi* do parágrafo único do artigo 6.º da referida Lei, prazo este que, “*em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*”, poderá ser reduzido para dez dias (art. 12 da mesma lei).

Assim, é mister que sem prejuízo da apresentação oportuna desta petição, no prazo assinado, seja deferida a juntada nos vinte e cinco dias subsequente, de impugnação complementar, caso isto seja tido como relevante pela signatária.

II - SÍNTESE DA EXORDIAL

Em sua petição exordial, inicia o Procurador Geral da República pela transcrição da lei atacada, para, em seguida, afirmar que a mesma cria hipótese de incidência do ICMS além dos limites traçados na Lei Complementar 87/96 e por isto vulnera o artigo 146, III, *a*, da CF (parágrafos 3 a 5).

Prossegue afirmando que “*da leitura da Lei Complementar 87/96, verifica-se que esta em nenhum momento enquadra a extração de petróleo como operação sujeita à incidência do ICMS*” (parágrafo 6).

É transcrito, a seguir, o artigo 12 da Lei Complementar 87/96, da qual é destacado agora o teor do *caput* e do inciso IV: “*considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...); IV- da transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente*”. Diz o Autor que a extração de petróleo da jazida é fase inicial do ciclo, é entrada de matéria prima no estabelecimento do extrator, não sendo o petróleo mercadoria. O petróleo somente seria mercadoria após a extração (parágrafos 9 a 11).

Afirma ainda a exordial que a extração do petróleo não transfere a propriedade do petróleo, configurando apenas deslocamento físico da mercadoria. Pede-se atenção para a expressão empregada pela inicial: “deslocamento físico da mercadoria” (item 14, terceira linha).

Prossegue ainda afirmando que a cobrança vulneraria o princípio da não-cumulatividade expresso no art. 155, § 2.º, I, da Constituição, dada a impossibilidade de compensar créditos.

Conclui trazendo alegações quanto ao *periculum in mora* e pleiteia a concessão da medida cautelar nos termos do artigo 10 da Lei n.º 9.868/99.

III - AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA*

Primeiramente, destaca-se a falta do *periculum in mora*. A lei em questão foi publicada em 30 de junho do corrente ano. Muito embora não haja criação de nova hipótese de incidência, o Estado está respeitando o princípio da não-surpresa do contribuinte, não cobrando o imposto no exercício em curso. Tanto assim o é que embora o Autor diga haver criação de nova incidência, não ataca a cobrança imediata (que não há), por afrontar a regra da anterioridade.

Ora, se a cobrança só se dará no ano de 2004, não é caso da liminar prevista no artigo 10, que acarreta redução do prazo de resposta dos trinta dias previstos no parágrafo único do artigo 6.º da Lei n.º 9.868/99. Quando muito, pela relevância do tema, poderia ser o caso do julgamento direto previsto no artigo 12, o que resultaria no dobro de prazo para resposta.

Assim, não há que se falar em *periculum in mora* a justificar procedimentô que implique em drástica redução do prazo legal de resposta.

IV - INÉPCIA DA INICIAL

A tese central da ação em comento é não haver transferência de mercadoria na extração de petróleo, pois “sendo a extração de petróleo Monopólio da União, a sua passagem pelos Pontos de Medição de Produção não transfere a propriedade, apenas configura deslocamento físico da mercadoria para exploração da concessionária, no caso a PETROBRÁS” (sic – parágrafo 14).

Acolhida a tese, então, como dito, na extração haveria mero deslocamento físico da mercadoria, sem transferência da propriedade, como expressamente alegado.

Em paralelo, e em contradição com o parágrafo 14, alega ainda a inicial, em seu parágrafo 9, “que a extração de petróleo da jazida é fase inicial do ciclo, é entrada de matéria prima no estabelecimento do extrator; e o petróleo no subsolo não foi produzido, nem recebido, não circulou, nem é mercadoria, mas recurso mineral da União”. Sem contar a contradição acima apontada, vez que no parágrafo 14 o mesmo petróleo que “nem é mercadoria”,

ao passar pelo ponto de medição, passa a configurar “deslocamento físico da mercadoria”, a afirmação briga com literal disposição da Lei do Petróleo.

Para que assim seja, mister será declarar a inconstitucionalidade de vários dispositivos da chamada “Lei do Petróleo”, a Lei n.º 9.478/97, notadamente os abaixo e em negrito:

Do Exercício do Monopólio

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

Art. 4.º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:

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

II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

Art. 5.º As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País.

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

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

....

III - Derivados de Petróleo: produtos decorrentes da transformação do petróleo;

....

VII - Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral;

VIII - Transferência: movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades;

LX - Bacia Sedimentar: depressão da crosta terrestre onde se acumulam rochas sedimentares que podem ser portadoras de petróleo ou gás, associados ou não;

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

XI - Jazida: reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção;

....

XIII - Bloco: parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural;

XIV - Campo de Petróleo ou de Gás Natural: área produtora de petróleo ou gás natural, a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório, a profundidades variáveis, abrangendo instalações e equipamentos destinados à produção;

XV - Pesquisa ou Exploração: conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural;

XVI - Lavra ou Produção: conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação;

....

XIX - Indústria do Petróleo: conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados;

....

Art. 8.º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

....

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a

concessão de exploração, desenvolvimento e produção celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;

....

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.º Em caso de êxito na exploração o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.

§ 2.º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.

§ 3.º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

Pelos dispositivos acima, petróleo é qualquer hidrocarboneto líquido encontrado em seu estado natural (art. 6.º, I, da Lei do Petróleo), pertencendo à União os depósitos desses hidrocarbonetos líquidos em seu estado natural (art. 3.º). A Lavra, conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação (art. 6.º, XVI), é monopólio da União (art. 4.º), passível de concessão (art. 5.º).

Havendo a concessão, o concessionário adquire a **propriedade** do petróleo extraído (art. 26).

Ora, se a tese que embasa a exordial é não haver transferência de propriedade na extração, não havendo circulação jurídica, mas mera circulação física, mister seria abranger a Lei n.º 9.478/97, talvez até em sua íntegra, pois a tese fulmina um de seus pilares.

De se ver que, na verdade, o grande *periculum in mora* para a indústria do petróleo, e não apenas para a PETROBRAS (no Estado do Rio já há outras empresas em fase de lavra de petróleo) estaria no acatamento da tese.

Tais empresas participam de licitação para obter concessão. Assumem diversas obrigações almejando ter em contrapartida...

Art. 26. ... a **propriedade desses bens após extraídos com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes** e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Admitida a tese da exordial, a extração não será tida como momento translativo da propriedade do petróleo e, talvez, até mesmo do gás natural, mas mero deslocamento físico da mercadoria. Ruiria, portanto, a estrutura jurídica da legislação, não haveria segurança jurídica para os concessionários e para os licitantes.

Não bastasse isto, é de se ver a íntima relação entre a lei estadual, aqui atacada, e o artigo 26 da Lei do Petróleo. Diz a parte final do artigo pertencer ao concessionário a propriedade dos bens extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes (...).

Esta regra é aplicável para o caso de produção, que, por força do disposto no artigo 6º, XVI, não pode ser vista como um “todo”, mas sim como “conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação”, movimentação esta que pode significar transferência ou transporte do petróleo, cf. incisos VII e VIII do mesmo artigo.

Ora, que “encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes” é possível imaginar? Quanto a impostos, não há como se imaginar os de importação ou exportação. A mera extração não dá ensejo à cobrança de imposto de renda. Não há transformação, pelo que não cabe o IPI, mesmo que não houvesse o impedimento do artigo 155, § 3.º IOF, ITR e Grandes Fortunas também não são concebíveis, esgotando assim as hipóteses do artigo 153 da CF. Inimaginável o imposto *causa mortis* ou o IPVA, tal como o IPTU ou o *inter vivos* ou mesmo o ISS. Fora dos impostos, não cabe taxa, pois o pagamento pela exploração de bem patrimonial da União não constitui taxa e sim preço público (STF - Pleno, ADI 2.586, Rel. Min. Carlos Velloso) e menos ainda contribuição de melhoria.

No tocante a contribuições sociais, evidentemente excluídas as sobre folha e lucro. Também não há que se falar da incidência de contribuição sobre receita ou faturamento, pois a extração não constitui receita ou faturamento. Este só ocorrerá na venda do petróleo, *in natura* ou transformado em seus derivados.

Que tributos, pois, seriam imagináveis sobre extração de petróleo (art. 26 c/c art. 6º, XVI)? Com a devida vênia, além de inusitada criação de contribuição de intervenção no domínio econômico ou de contribuição social fundada na competência residual, só é possível imaginar o ICMS.

Afora isto, há a antes apontada incompatibilidade do argumento sintetizado no parágrafo 9 da inicial com a Lei do Petróleo. Diz a exordial, neste trecho, que o petróleo extraído do subsolo é matéria-prima. Para que algo possa ser chamado de matéria-prima, imperativo é o emprego subsequente em processo de transformação. Todavia, a Lei do Petróleo é clara em dizer que petróleo é todo hidrocarboneto líquido em estado natural (art. 6º, I), que a lavra ou produção é o conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação

(art. 6º, XVI), que demanda concessão (art. 8º, IV), ao passo que a transformação se dá com o refino, que demanda autorização, não concessão (art. 8º, V e 53).

Pela Lei nº 9.478/97, portanto, o petróleo é hidrocarboneto líquido em seu estado natural. Como o estado natural é o subsolo, é ele, antes da extração, hidrocarboneto líquido. Pela mesma lei, lavra ou produção é o conjunto de atividades de retirada desse hidrocarboneto do subsolo e preparo para sua movimentação. Não há, então, transformação de qualquer espécie, mudança essencial que permita dizer que haja antes uma “matéria-prima” e, mais que isto, a lei veda a quem tenha apenas concessão de lavra a transformação do petróleo, sem a autorização tratada no inciso V do artigo 8º.

Não se trata, aqui, de impropriedade do argumento, mas de direta e literal testilha com o disposto em lei. Como a ninguém é dado litigar contra literal disposição de lei, salvo para alegar sua inconstitucionalidade, deveriam estes dispositivos serem objetos da ação aqui em comento, acompanhados da indispensável fundamentação que no entender do autor levariam à inconstitucionalidade, nem que fosse por arrastamento.

Há, portanto, uma unidade normativa, que obedece a uma mesma lógica. O ataque à lei estadual deve abranger também a lei federal.

Em casos similares ao presente, já decidiu essa Suprema Corte haver inépcia da exordial. Neste sentido veja-se o aresto abaixo:

ADI 2174 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 14/04/2002 Órgão Julgador:
Tribunal Pleno
Publicação: DJ DATA-07-03-2003 PP-00033 EMENT
VOL-02010-01 PP-00086

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. 1. **Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido.** 2. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas

disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece.

Ante isto, impõe-se a declaração da inépcia da exordial.

V - DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA

Ainda que inépcia não houvesse, descabe a via do controle concentrado, pois a mácula apontada, se procedente, configuraria mera ilegalidade, inconstitucionalidade reflexa.

Diz a inicial que a lei atacada "*ao criar hipótese de incidência do ICMS além dos limites traçados na Lei Complementar federal n.º 87/96 vulnera o art. 146, III, a, da Constituição da República*" (parágrafo 3 da inicial – original sem grifos).

Da mera enunciação já se vê que para enxergar afronta ao texto constitucional, é mister antes examinar "*os limites traçados na Lei Complementar federal n.º 87/96*". A afronta, portanto, se existente, seria mediata e não mediata.

Essa Suprema Corte já teve oportunidade de apreciar hipótese similar, por ocasião do julgamento na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.122-1 – AL. Conforme se vê do segundo parágrafo do relatório do Min. Ilmar Galvão, "*sustenta o requerente que a lei estadual em questão contraria os arts. 150, § 6.º; e 155, § 2.º, inc. XII, g, da Constituição Federal, uma vez que confere isenções e benefícios fiscais sem o respaldo de um convênio autorizativo, nos termos da Lei Complementar n.º 24/75*".

Veja-se. Aqui haveria contrariedade ao artigo 146, III, a, porque a lei estadual iria além dos limites traçados na Lei Complementar n.º 87/96. No feito paradigma, haveria contrariedade aos arts. 150, § 6.º; e 155, § 2.º, XII, g, porque a lei estadual não atenderia às exigências da Lei Complementar n.º 24/75. Mudam os dispositivos constitucionais invocados, muda a lei complementar invocada, mas a estrutura da hipótese é a mesma: a lei estadual seria inconstitucional porque vai além dos limites dados pela lei complementar, vulnerando assim, o dispositivo constitucional que reclama lei complementar na matéria.

Daquela feita, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, Presidente, decidiu essa Augusta Corte:

ADI 2122 / AL - ALAGOAS
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO
Julgamento: 04/05/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ DATA-16-06-00 PP-00031 EMENT
VOL-01995-01 PP-00204

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 6.004, DE 14/04/98, DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONFLITO DIRETO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. Não cabe controle abstrato de constitucionalidade por violação de norma infraconstitucional interposta, sem ocorrência de ofensa direta à Constituição Federal. Hipótese caracterizada nos autos, em que, para aferir a validade da lei alagoana sob enfoque frente aos dispositivos da Constituição Federal, seria necessário o exame do conteúdo da Lei Complementar n.º 24/75 e do Convênio 134/97, inexistindo, no caso, conflito direto com o texto constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

Observação

Votação: Por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio
Resultado: Não conhecida.

Veja ADI-1428.

N.PP.:(08). Análise:(CTM). Revisão:(RCO/AAF).

Inclusão: 06/07/00, (MLR).

Alteração: 11/09/00, (MLR).

Partes

REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVDS. : PGE-AL - PAULO LUIZ NETO LÔBO
REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS
REQDA. : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE ALAGOAS

Idêntica deve ser a solução no presente caso. Não há dúvidas que a lei estadual não pode se arvorar a funções cometidas pela Constituição à lei complementar, salvo nas hipóteses dos parágrafos do artigo 24 da Constituição. A discussão, aqui, seria da interpretação a ser dada à lei complementar. É necessário que a mesma faça referência expressa às operações internas com petróleo para legitimar a cobrança do ICMS? Se assim for, será necessário também fazer referência a papel, cartuchos de tinta, toner de impressora, babaçu, cana de açúcar e tantas outras mercadorias, não listadas, relacionadas ou referidas na lei complementar?

O exame constitucional seria, na verdade, mera decorrência do

exame de legalidade: após concluir haver compatibilidade ou incompatibilidade com a lei complementar, seguir-se-ia a inexorável conclusão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A hipótese, portanto, não se adequa ao controle concentrado.

V - IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES

A) ESCLARECIMENTO INICIAL

Primeiramente, cumpre esclarecer que a iniciativa da lei em questão não foi fruto da “sanha ou volúpia arrecadatória” do Estado do Rio de Janeiro. São sabidas as dificuldades do Estado e as necessidades de recursos. Demais disto, é mandamento legal a “*previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação*” (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 11, *caput, in fine*), devendo entender-se por tributo não apenas o rótulo jurídico, mas a totalidade do espectro impositivo do imposto.

Dentro deste cenário, a subscritora da presente e sua equipe ficaram impressionados com trabalho acadêmico, feito por renomados juristas, apontando a tributabilidade aqui questionada. Deste trabalho, que segue em anexo como parte integrante destas informações, tal como se aqui estivesse transcrito na íntegra, pode-se concluir que petróleo é mercadoria — como, aliás, lealmente reconhecido na penúltima linha do parágrafo 14 da inicial; há operação de transferência da titularidade jurídica do petróleo na extração, como dispõe o artigo 26 da Lei n.º 9.478/97, configurando-se assim fato gerador do ICMS.

Ciente que as obrigações tributárias decorrem de normas jurídicas, mas segundo a doutrina mais abalizada “*normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*”¹, que a interpretação estatal gera direitos e justas expectativas nos contribuintes, quando direcionada à não cobrança (cf., e.g., os artigos 100, parágrafo único e 146 do CTN), decidiu a Alta Administração estadual compartilhar esta modificação significativa na compreensão da tributação do petróleo com a Assembléia Legislativa, enviando projeto de lei, e dar aos contribuintes prazo para adequarem-se, respeitando a anterioridade.

B) ENQUADRAMENTO DA EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO NA LC 87/96

B.1) PETRÓLEO É MERCADORIA

Afirma a inicial que a extração de petróleo não está descrita na Lei Complementar n.º 87. A Lei Complementar n.º 87 fala de incidência sobre petróleo nos artigos 2.º, § 1.º, III; 4.º, IV; 9.º, § 1.º; 11, I, g; e 12, XII, nenhuma

delas enquadrando a presente hipótese. Todavia, não há referência expressa de cobrança do imposto em operação interna com petróleo, da mesma referência que não há referência expressa à incidência do imposto sobre operações com papel, cartuchos de tinta, toner de impressora, babaçu ou cana de açúcar.

A situação geral de incidência do imposto, descrita na lei, é dar saída a mercadoria. Em todas as situações que haja mercadoria e haja circulação, haverá imposto, salvo regra especial. A par deste *standard*, há outras hipóteses, estas descritas de modo mais detalhado, como as relativas a importação, a entrada de mercadoria em operação interestadual, à prestação dos serviços sujeitos ao ICMS, etc.

Não seria razoável exigir que a lei complementar ou mesmo a lei estadual listasse todas as mercadorias sujeitas ao imposto.

O petróleo é uma mercadoria que já existe enquanto tal no subsolo. É a Lei n.º 9.478/97 que em seu artigo 6.º, I, que diz ser petróleo todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, demonstrando não haver qualquer transformação na extração. Sendo mercadoria, há sujeição ao ICMS, restando ver se a situação tributada qualifica-se como operação relativa à circulação de mercadorias.

B.2) HÁ FATO GERADOR NA EXTRAÇÃO

Conforme transcrito no parágrafo 7 da inicial, o artigo 12, inciso IV, da Lei Complementar 87/96 considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da transmissão da propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente.

Por força do disposto no artigo 26 da Lei n.º 9.478/97, há transmissão da propriedade do petróleo na extração. O momento de passagem, de transmissão, é a passagem pelo medidor de vazão. Evidente, portanto, a ocorrência de circulação jurídica de petróleo. Como o petróleo é mercadoria, há operação relativa à circulação de mercadoria, tributável pelo ICMS.

C) PRECEDENTES APLICÁVEIS: A TRIBUTAÇÃO DA CANA DE AÇÚCAR UTILIZADA PARA PRODUÇÃO DE ÁLCOOL COMBUSTÍVEL NO REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR

A tese trazida na inicial parece ser, ao lado da não ocorrência de circulação de mercadoria na operação de extração, a existência de um “todo”, uma unicidade que só permitiria a tributação no momento subsequente.

¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 22.

Entende a subscritora da presente haver vasta jurisprudência consolidada, tanto nesse Egrégio Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, sobre hipótese similar, a tributação da cana de açúcar utilizada na produção de álcool combustível.

Ao tempo do regime constitucional anterior, havia imposto federal sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, conforme dispunha o artigo 22, VIII.

Vários problemas surgiram no que se refere ao álcool, produzido a partir da cana de açúcar. De um lado, pretenderam os Estados tributar com o ICMS a cana produzida pela própria usina, separando a área agrícola da área industrial e criando aí hipótese de circulação de mercadoria. De outro lado pretendiam as usinas a intributabilidade da cana utilizada para produção de álcool, alegando até mesmo que a tributação deveria ser apenas pelo imposto incidente sobre a safra do combustível e que a cobrança pela entrada da cana seria cumulativa, ante a impossibilidade de aproveitamento de crédito.

A solução dada por esse Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em treze acórdãos² tomados todos à unanimidade de votos, dividiu-se em três situações distintas: a extração de cana pela usina em área sua; a extração de cana pela Usina em áreas de terceiros, em função de contrato de parceria, quanto a parte da produção de cana que lhe pertencia; e a extração da cana pela usina em área de terceiros, em função de contrato de parceria, quanto a parte da produção pertencente ao parceiro, mas que lhe foi vendida.

Entende a subscritora da presente serem aplicáveis os precedentes relativos à cana porque, nestes, a usina, produtora de álcool, extrai da natureza bem imóvel por acessão física (Código Civil de 1916, art. 43, I), transformando-o em bem móvel como etapa inicial do ciclo de produção do álcool.

Tal situação possui a mesma tipologia da descrita na inicial, que afirma, em seu parágrafo 9: *“é que a extração de petróleo é fase inicial do ciclo, é entrada de matéria prima no estabelecimento extrator; e o petróleo no subsolo não foi produzido, nem recebido, não circulou, nem é mercadoria, mas recurso mineral da União”*.

A cana foi “produzida” pela natureza, pela biologia, antes do corte, não circulou e, antes do corte, é bem imóvel.

² No STF: Rep 1.181, STF-Pleno, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 26.set.84; Rep 1.292, STF-Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 08.maio.86; RE 113.090, 2ª Turma, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 19.maio.97; Rep 1.394, STF-Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 02.set.87; Rep 1.395, STF-Pleno, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 24.set.87; ADI(MC) 128, STF-Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.nov.89; RE 180.721, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 16.abr.96; RE 203.682, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 31.out.97; Emb. Decl em RE 203.682, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.out.99. No STJ: REsp 30.567, 2ª Turma, Rel. Min. Américo Luz, j. 22.fev.95; REsp 44.563, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 29.mar.95; REsp 46.920, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 29.mar.95; REsp 64.956, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. 16.mar.2000.

Decidiu contudo essa Augusta Corte:

Direito Constitucional e Tributário.

I.C.M. Cana de açúcar para produção de álcool carburante.

Imposto único. Combustível líquido (art. 21, inciso VIII, da Emenda Constitucional n.º 1/69). Artigos 74 e 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

....

6. Cana de açúcar não é combustível líquido, embora sirva como matéria-prima na produção de álcool carburante, este, sim, um combustível líquido.

....

8. Assim, a cana de açúcar é apenas o bem, a matéria-prima, existente em si mesma, que, industrializada, se converte em álcool carburante.

....

Não, assim, a cana de açúcar, que, como mercadoria, pode ser objeto de circulação jurídica e econômica, sujeita ao I.C.M. hoje I.C.M.S.

(STF, 1ª Turma, RE 180721-1, Rel. Min. Sydney Sanches, **unânime**, julgado em 16 de abril de 1996).

Como se pode ver das cópias que seguem, o entendimento unânime firmado pela Jurisprudência foi que nas chamadas operações com cana própria, em que a usina colhia sua própria cana, em sua própria área de terras contígua à unidade fabril, não havia circulação de mercadorias. **Em nenhum dos precedentes foi dito que não haveria mercadoria**, apenas que não haveria operação relativa à circulação de mercadorias.

Nos casos em que a usina colhia a cana em área de terceiros, mas cana que lhe pertencia em função de contrato de parceria, o entendimento foi o mesmo da cana própria.

Nos casos em que a usina colhia a cana em área de terceiros, mas a cana que pertencente ao parceiro, que lhe vendeu, entendeu a Jurisprudência, sem que houvesse um único voto vencido nos Tribunais Superiores, haver incidência do ICMS.

Ora, a cana não colhida era bem imóvel (Código Civil de 1916, art. 43, I), natureza jurídica mantida no novo código (art. 79). Portanto, o entendimento firmado pode ser descrito da seguinte forma: quando a usina entra em propriedade alheia, transforma bem imóvel alheio em bem móvel próprio há operação relativa à circulação de mercadoria.

Ao transformar a cana de bem imóvel em bem móvel, a usina transforma em direito real o direito pessoal que possuía, em virtude do contrato

de venda firmado com o parceiro.

Quer no ordenamento jurídico anterior, quer no atual, há qualquer dispositivo de lei complementar, ou que lhe faça as vezes, dizendo expressamente incidir o ICM ou o ICMS sobre operações dentro do mesmo Estado de circulação de cana.

O petróleo não extraído é também bem imóvel, por força dos mesmos dispositivos legais. Por força do artigo 26 da Lei n.º 9.478/97, ao retirar do subsolo o petróleo, a concessionária adquire a propriedade desse petróleo, transformando em direito real o direito até então pessoal, contra a União, decorrente do contrato de concessão.

Entende a signatária da presente que as situações são análogas, que ao retirar do subsolo ou da plataforma continental (subsolo marítimo) bem imóvel alheio e transformá-lo em bem móvel próprio, ocorre incidência do ICMS, muito embora, tal como a cana, não haja dispositivo de lei complementar, ou que lhe faça as vezes, expressamente dizendo incidir ICMS sobre operações dentro do mesmo Estado de circulação de petróleo.

A caracterização do petróleo como bem imóvel (Código Civil de 2002, art. 79), enquanto não explorado, ainda não extraído do subsolo, não está a empecer este raciocínio. É o próprio Código Civil, no art. 95, que consagra a possibilidade de que os produtos (no caso, o petróleo e o gás) possam ser, ainda que não separados do bem principal (no caso, o subsolo), objeto de negócio jurídico autônomo (no caso, a concessão da exploração de um determinado bloco). Não é nova, também para a doutrina, a figura dos bens móveis por antecipação, dos quais sempre foram exemplos as madeiras destinadas para o corte (embora as árvores ainda estivessem presas ao solo). Desta figura, é lapidar a explicação de Caio Mário da Silva Pereira:

O nosso direito, tradicionalmente, não tomava conhecimento da classe dos móveis por antecipação. Isto se deve entender por aqueles bens que são naturalmente incorporados ao imóvel, e, portanto, imóveis, mas que se destinam a ser proximamente destacados e mobilizados, como a mata destinada ao corte. Parece-nos razoável que, em simetria com a classe dos imóveis por acessão intelectual, devamos admitir os móveis por antecipação. A mesma vontade humana que tem o condão de imobilizar bens móveis, pondo-os a serviço da coisa imóvel, deve ter o poder de mobilizar bens imóveis, em função da finalidade econômica. Não faz falta esta categorização, no tocante às safras não colhidas, ou aos frutos pendentes, enquanto acessórios do imóvel. **Mas o industrial que adquire do proprietário de um fundo a madeira existente no mesmo, para recebê-la cortada, ou para ele próprio encarregar-se da derrubada, não está**

positivamente negociando uma coisa imóvel, pois que as árvores de nada lhe servirão enquanto presas pelas raízes. O objeto do contrato é a madeira a ser cortada; o que tem interesse econômico são as árvores destacadas do solo. Igualmente forçado será considerar compra e venda imobiliária a alienação antecipada de safra não colhida ou o contrato pelo qual o agricultor transfere ao revendedor o direito de levar ao mercado as frutas de seu pomar, em dada estação. Portanto, em decorrência do interesse econômico, os bens, embora aderentes aos imóveis, na iminência da mobilização, devem ser considerados coisa móvel por antecipação, quando tratados como objetos autônomos³.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, confia a Governadora do Estado do Rio de Janeiro seja negada a liminar pleiteada, bem como seja deferida a complementação destas informações nos vinte e cinco dias subsequentes ao término do prazo assinado pelo artigo 10 da Lei n.º 9.868/99. Caso assim não se entenda, confia seja declarada a inépcia da inicial ou a improcedência do pedido.

E. Deferimento.

ROSINHA GAROTINHO
Governadora do Estado do Rio de Janeiro

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 266-267 — original sem grifos.