



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lívia Pinheiro Lopes

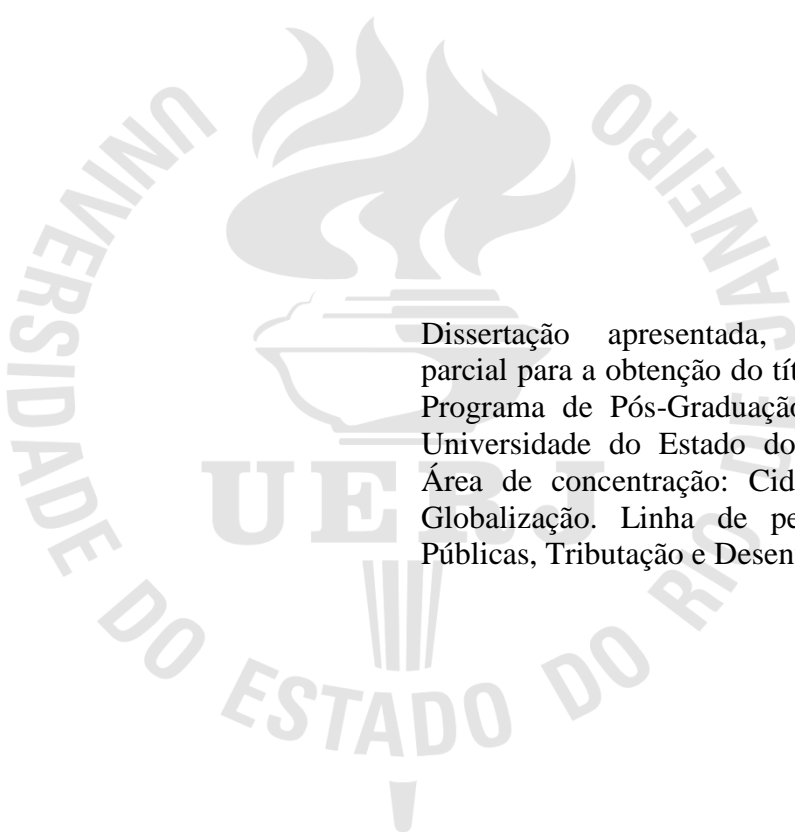
**A tributação pelo ICMS no regime de partilha para a exploração de
petróleo e gás natural**

Rio de Janeiro

2013

Lívia Pinheiro Lopes

A tributação pelo ICMS no regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L864	<p>Lopes, Livia Pinheiro. A tributação pelo ICMS no regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural / Livia Pinheiro Lopes. - 2013. 211 f.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.</p> <p>1. Impostos- Teses. 2. Petróleo Brasil - Teses. 3. Indústria petrolífera – Teses. 4. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – Teses. 5. Finanças públicas – Teses. I. Ribeiro, Ricardo Lodi. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p>CDU 336.22</p>
------	---

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Lívia Pinheiro Lopes

A tributação pelo ICMS no regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Aprovada em 20 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Adílson Rodrigues Pires

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Marciana Seabra de Godoi

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC- Minas

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

À minha mãe, pelo amor incondicional, incentivo, paciência, apoio e compreensão, que foram de extrema importância para a conclusão do presente trabalho. E a meus avós, Acyr e Nair, *in memoriam*, pelo afeto imenso e por toda a contribuição que tiveram em minha formação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus. A fé e a confiança Nele fizeram cada obstáculo ser superado, iluminaram minhas ideias e me deram força para seguir adiante.

Agradeço aos meus pais Martha e Flávio. Certamente, o carinho e a presença de vocês são o grande pilar de mais essa conquista.

A meu namorado, André Chini Solot. Com seu companheirismo, amor, compreensão e afeto, a dureza do caminho trilhado foi abrandada.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro, que, com sua enorme bondade e competência, esteve sempre disponível para acrescer, comentar, opinar, discutir.

Aos professores da linha de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, em especial ao Prof. Dr. Adílson Rodrigues Pires, que gentilmente aceitou o convite para compor a Banca Examinadora.

A todos os professores do curso de Mestrado, cujas matérias tive a oportunidade de frequentar, pelas valiosas lições e ensinamentos.

Aos meus amigos e colegas de Mestrado – a convivência, apoio recíprocos, confiança e conhecimento trocados foram de imenso valor para a minha formação.

A todos meus amigos, aqueles que conheço de longa ou curta data, alguns dos quais cursaram a graduação a meu lado na UERJ e comungam do mesmo amor que nutro pela instituição.

À Maria Leda Chini e à Martha Buexm Pinheiro, pela revisão atenta da língua portuguesa nesse trabalho.

Enfim, a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a jornada que agora se conclui.

Em frente! Pelos caminhos ruins, se não houver outros;
pelos bons, se for possível. Mas em frente, em frente
apesar de todos os obstáculos, até o fim.

Charles Dickens

RESUMO

LOPES, Livia Pinheiro. *A tributação pelo ICMS no regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural*. 2013. 211f. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente dissertação visa enfrentar a temática da exploração e produção de petróleo e gás natural no pré-sal, trazendo, em especial, indagações sobre possíveis incidências de ICMS nas atividades desenvolvidas ao abrigo do Contrato de Partilha da Produção. Para uma melhor compreensão do tema, o trabalho divide-se em duas partes. A Parte Primeira, a versar sobre os aspectos gerais e regulamentares, encontra-se subdividida em dois capítulos. O capítulo um tem como objeto o monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural, abordando a previsão constitucional que o consagra sob a ótica dos métodos clássicos de interpretação jurídica. O capítulo dois expõe o Novo Marco Regulatório do setor petrolífero no Brasil, advindo no ano de 2010 e composto por três leis cujos pontos principais são apresentados, a saber, a autorização para a criação da PPSA, a instituição do Fundo Social do Pré-Sal, a cessão onerosa à Petrobras, e aquele que parece ser o auge das mudanças introduzidas, o regime de partilha de produção para a exploração de petróleo e gás natural. A Parte Segunda da dissertação é dedicada à questão tributária. Também ela está repartida em alguns capítulos. O capítulo três demonstra a legitimidade de exercício de competência tributária pelos entes federados, União, Estados-membros e Municípios, no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva. No capítulo quatro são enfrentados os questionamentos em torno das exigências de ICMS sobre (i) a extração do petróleo e gás natural, (ii) a partilha de produção (ii.1) realizada entre União e consortes contratados e (ii.2) entre os consorciados, e (iii) sobre o deslocamento dos hidrocarbonetos do terminal de produção para o estoque das petroleiras. Finalmente, na parte conclusiva da obra, ressalta-se a incongruência de eventuais tentativas de cobrança de ICMS sobre fatos que estão longe de caracterizarem-se como geradores do tributo.

Palavras-chave: Petróleo e Gás Natural. Novo Marco Regulatório. Contrato de Partilha. Tributação. ICMS.

ABSTRACT

LOPES, Livia Pinheiro. *The Incidence of the Tax on Distribution of Goods and Services (ICMS) Over Exploitation of Oil and Gas under the Product Sharing Regime*. 2013. 211f. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This dissertation aims to cover the theme of exploration and production of Oil and Gas based off the pre-salt layer, through discussions on possible occurrences of Tax on Distribution of Goods and Services (ICMS) on the development of the Product Sharing Contract. In order to best cover the theme, this dissertation has been structured in two parts. The first one, which portrays regulatory and general aspects, has been subdivided into two chapters. The first chapter is on the state monopoly over oil and gas, covering the constitutional rule that supports it through the lenses of the classical methods of legal interpretation. The second chapter exposes the theme of the New Regulatory Acts of the Oil and Gas sector of Brazil, developed in the year of 2010 and consisted of three laws, as follows: the authorization for the creation of the PPSA, the creation of the Pre-Salt Social Fund, the onerous assignment towards Petrobras, and finally, the one that appears to be the main change introduced, the product sharing system for the production and exploration of oil and gas. The second part of the dissertation is dedicated to tax. It is also subdivided into chapters. The third chapter demonstrates the legitimacy of tax unfolding by the Union, the member states and the municipalities, within the territorial sea, continental shelf and exclusive economical zone. Chapter four covers interrogations throughout Tax on Distribution of Goods and Services (ICMS) requirements on (i) the extraction of oil & gas, (ii) the product sharing (ii.1) between the Union and hired consorts and (ii.2) between consorts, and (iii) on the transportation of the hydrocarbonates from the production terminal to the Oil Companies storage facilities. Finally, as towards the conclusion, incongruencies on tax attempts on facts that are far from being characterized as eligible for tax are displayed.

Keywords: Oil and Gas. New Regulatory Acts. Product Sharing Contract. Taxation. Tax on Distribution of Goods and Services (ICMS).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS GERAIS E REGULAMENTARES	17
1.1 O Monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural	17
1.2 A Redação Original do Artigo 177, § 1º, da CF	22
1.3 Mudanças Perpetradas pela EC no 09, de 1995	25
2 O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR NO BRASIL	50
2.1 Evolução do Quadro Normativo na História	51
2.2 Contratos da Indústria do Petróleo	57
2.3 O Novo Marco Regulatório Brasileiro	66
2.3.1 <u>As Alterações Inseridas pelas Leis do Pré-Sal</u>	75
2.3.2 <u>O Regime Jurídico de Partilha no Brasil</u>	81
3 QUESTÕES TRIBUTÁRIAS	103
3.1 O exercício de competência tributária no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva	103
3.2 Competência Tributária, Território e Territorialidade	104
3.3 Regime Jurídico das Zonas Marítimas	106
3.2.1 <u>O Mar Territorial, a Plataforma Continental e a Zona Econômica Exclusiva</u>	108
3.2.2 <u>Direitos do Estado Costeiro e Tributação</u>	110
3.2.2.1 Os Poderes de Imposição Fiscal de Estados e Municípios.....	117
4 A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS	139
4.1 O Fato Gerador do Imposto	139
4.1.1 <u>Breve Histórico</u>	139
4.1.2 <u>O ICMS na Constituição Federal</u>	141
4.2 Incidência do ICMS na Extração de Petróleo e Gás Natural	152
4.3 Da Ausência de Fato Gerador de ICMS no Momento de Partilha da Produção de Petróleo e Gás Natural	166

4.4 Inexistência de Operação Tributável no Deslocamento de Óleo.....	182
CONCLUSÃO.....	194
REFERÊNCIAS.....	200

INTRODUÇÃO

Esta é a Era do Petróleo, definitivamente.¹ A partir da sua descoberta, em meados do século XIX, o petróleo galgou a posição de fonte de energia que impulsionou o desenvolvimento econômico mundial, sendo descobertos e explorados grandes campos, cuja produção foi consumida em larga escala. A sociedade contemporânea vive um cenário onde a indústria petrolífera,² ao contrário de previsões pessimistas, continua a gozar de fundamental importância, dadas a escassez desse recurso natural e a sua fundamentalidade em todas as frentes da economia.³

Nada obstante as pesquisas desenvolvidas em busca de matrizes renováveis e não poluentes, sustentáveis, portanto, ainda não foram encontrados substitutivos adequados no que se refere à economicidade e diversificação. O petróleo apresenta-se como a fonte mais segura e menos dispendiosa para explorar, transportar, refinar e comercializar a varejo os derivados que produzem energia ou que servem de matéria-prima para vários produtos basilares.⁴ Ele é essencial no lar, na indústria, no transporte, na guerra e na paz. Enquanto insumo capital para a segurança, o desenvolvimento e a economia, é a mais estratégica das *commodities*, parecendo mesmo impossível viver sem o chamado ‘ouro negro’.⁵ Também escasso e de grande relevância, o gás natural tem sua essencialidade igualmente reconhecida.

Não por outro motivo que os assuntos afetos a tais recursos finitos são com frequência abordados em escritos sob o enfoque dos mais diversos ramos jurídicos, como o administrativo, o regulatório, o civil, ambiental, e, claro, o fiscal. Algumas discussões, por inevitável, repetem-se, outras ressurgem frente a um contexto modificado, e há ainda aquelas que se põem pela primeira vez.

Tema novo e que tem suscitado dúvidas envolve a tributação aplicável às atividades desenvolvidas ao amparo do modelo de partilha de produção para a exploração de petróleo e gás natural na camada do pré-sal (e em áreas estratégicas, conforme definido em lei).

1 Hilda Guillén desenvolve o tema com o título “*La era del petroleo*”. Cf: ARLETA, Hilda Guillén. *Derecho ambiental y contratación petrolera: armonización y dificultades*. P. 713.

2 A menção à “indústria do petróleo” ou “atividades petrolíferas” quando feita no presente trabalho será sempre em sentido amplo, abrangendo o petróleo, o gás natural e quaisquer outros hidrocarbonetos fluidos.

3 BAUMFLEK, Imaly. *O papel da OPEP no cenário internacional*. P. 35.

4 Cf. BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 13.

5 MELLO, Celso. *Algumas Considerações sobre o Petróleo e a Ordem Internacional*. P. 30-31 e 33.

O desenvolvimento tecnológico experimentado pelo Brasil nas últimas décadas, em especial quanto à pesquisa e à descoberta de novas fontes de energia, contribuiu de modo definitivo para a expansão das fronteiras da exploração de óleo e gás, possibilitando que se encontrassem jazidas em profundidades à primeira vista intangíveis. Foi em águas ultraprofundas que uma nova camada geológica foi atingida, o Pré-Sal (a profundidade total das rochas armazenadoras no pré-sal pode chegar a mais de sete mil metros), cujas imensas acumulações prometem elevar o país a um patamar de autossuficiência no setor e de protagonismo dentre as nações produtoras.⁶

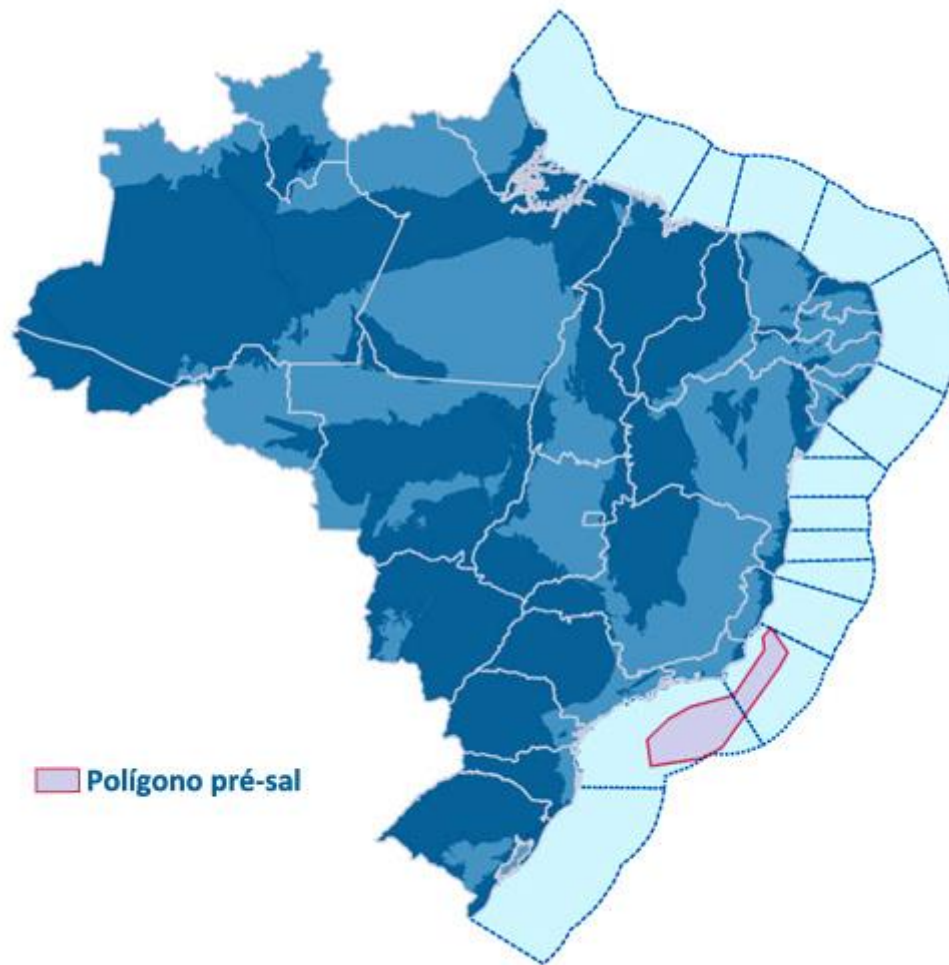
A denominação “Pré-Sal” refere-se a um conjunto de rochas com grande potencial para a geração e acúmulo de combustíveis de origem fóssil, situado em porções marinhas de parte do litoral sul e sudeste brasileiros. O emprego do termo “pré” quer referir que as rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal ao longo de milhões de anos, e o termo “sal” denota que a área forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma espessa e extensa faixa de sal.

As primeiras descobertas dos hidrocarbonetos nas províncias do Pré-Sal ocorreram no ano de 2006, na Bacia de Santos, e, desde que iniciada a produção, em 2008, mais de 100 (cem) milhões de barris de petróleo foram extraídos. Passados apenas sete anos do pontapé inicial, já estão sendo produzidos 300 (trezentos) mil barris de petróleo por dia, com estimativa de alcançar-se a marca de 1 (um) milhão de barris/dia até o ano de 2017.⁷

A situação é curiosa. Enquanto a maior parte dos países caminha para um quadro de déficit energético, especialmente com relação às fontes não-renováveis, em variadas localidades já em vias de esgotamento, eis que no Brasil são encontrados pela Petrobras vastos campos no subsolo do Oceano Atlântico contendo significativas quantidades de petróleo e gás natural, estendendo-se do norte da Bacia de Campos (que engloba a região sul do Estado do Espírito Santo), no Rio de Janeiro, ao sul da Bacia de Santos, em São Paulo. Há, ainda, ricas acumulações na costa do Estado de Santa Catarina.

6 Para mais: PIRES, Adilson Rodrigues. *Breve ensaio sobre as participações governamentais nas atividades de exploração e extração de petróleo*. P. 79.

7 Vide: <<http://www.petrobras.com.br/minisite/presal/pt/perguntas-respostas/>>. Acesso em 30.08.2011.



Fonte: sítio eletrônico da ANP.

Apesar dos elevados custos para a pesquisa e lavra, em virtude das especificidades da camada (a profundidade dos reservatórios, a corrosão, a pressão atmosférica, a temperatura e o difícil acesso ao pré-sal demandam equipamentos e técnicas peculiares), a exigir vultosos investimentos e tecnologia de ponta, o grande atrativo é seu baixo risco exploratório, ou, noutras palavras, a certeza quase absoluta de se encontrar petróleo comercializável.

Estudos apontam para números expressivos no que toca ao volume recuperável declarado nas acumulações. Até setembro de 2012, apenas considerando os Campos de Lula e Sapinhoá, mais os volumes contratados na Cessão Onerosa, as quantias recuperáveis equivaliam a todo o volume de petróleo e gás já produzido pela Petrobras desde o ano de sua fundação até 2011.⁸

⁸ Cf.: <<http://www.petrobras.com.br/pt/energia-e-tecnologia/fontes-de-energia/petroleo/presal/>>. Acesso em 01.04.2013.

Exigência das novas e promissoras descobertas foi o estabelecimento de um Novo Marco Regulatório, vez que os imensos reservatórios⁹ representam um futuro próximo de pujança econômica e de afirmação definitiva do Brasil no mercado mundial de *Oil and Gas* (O&G), possibilitando ao país o exercício de um maior controle sobre a lavra destas riquezas.

Alie-se a isso o fato de o país viver um momento histórico completamente diferente do experimentado à época dos primórdios da indústria petrolífera. Além da ascensão econômica e social e da estabilidade das instituições políticas, nos dias atuais em solo nacional detêm-se recursos tecnológicos de excelência para exploração de petróleo *onshore* e, principalmente, *offshore*. É possível, ainda, encontrar indústrias locais prontas para suprir e dar suporte às complexas demandas de infraestrutura do setor (o que em muito foi beneficiado pela política federal do Conteúdo Local¹⁰), e significativa quantidade de mão de obra técnica capacitada.

A junção dos fatores expostos tornou o Marco Regulatório Antigo, baseado somente nos Contratos de Concessão, um tanto ultrapassado, já que descompassado aos fatos e às atividades a serem reguladas.¹¹ A partir daí surgem os Contratos de Partilha da Produção, passando a vigorar, desde 2010, um Marco Regulador Misto para a exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil.

A Lei nº 12.351, promulgada em 22.12.2010, estabeleceu para as áreas não licitadas do polígono do pré-sal e outras consideradas como estratégicas o regime de partilha da produção. Para todo o restante do território (campos fora do pré-sal e reservas no pré-sal já licitadas anteriormente ao advento da disciplina legal), continua válido o regime de concessão estabelecido pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97, de 06.08.1997).

A finalidade do presente trabalho é exatamente a de analisar as incidências tributárias na exploração de petróleo e gás natural sob o pálio do Regime de Partilha de Produção, que, por recente, traz indagações e perplexidades das mais diversas estirpes a seu respeito, e uma delas envolve a temática fiscal.

Em verdade, o presente estudo mantém o foco no principal tributo estadual, que responde por considerável parte das receitas públicas regionais. E é propriamente pelo peso que têm nas contas destes entes federativos que ele encontra-se demasiadas vezes no centro de

9 Dentre as maiores reservas provadas do mundo, em primeiro lugar encontra-se a Venezuela, com 296,5 bilhões de barris, 17,9% do total; em segundo a Arábia Saudita, com 265,4 bilhões de barris, 16,1% do total. Com o incremento em parte devido às possibilidades do pré-sal, as reservas provadas brasileiras chegaram a 15,1 bilhões de barris de petróleo, situando o país na 14ª posição. Números de 2012. Vide: Anuário da ANP, 2013.

10 O atendimento ao Conteúdo Local é uma obrigação estatuída pela ANP e exige o desenvolvimento de fornecedores nacionais para a cadeia de óleo e gás, posto que as empresas que desempenham as atividades de E&P devem atender a um número mínimo de contratação de bens e serviços no Brasil. Cf. as Resoluções 36, 37, 38 e 39, todas de 2007, da ANP.

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípios de Direito Regulatório do Petróleo*. P. 313.

discussões que colocam em lados opostos contribuintes e Fisco. Trata-se do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Buscar-se-á antever questionamentos que de certo virão a aparecer envolvendo sua incidência sobre as atividades desempenhadas ao amparo do contrato de partilha da produção, bem como expor e discutir pensamentos equivocados a respeito do tema, alguns deles inclusive superados por pronunciamentos peremptórios do Supremo Tribunal Federal (STF), demonstrando-se, por conseguinte, suas inconsistências.

Como outrora dito, deter petróleo é deter poder no cenário internacional. Daniel Yergin salienta que este “poder do petróleo” tem a incrível capacidade de fazer com que países até então periféricos à política internacional uma vez que descubram reservas exploráveis comercialmente em seus territórios assumam subitamente uma posição de grande riqueza e influência.¹²

Por isso, abordar a questão dos tributos incidentes, notadamente em virtude do estabelecimento de uma inovação no sistema pátrio com a inserção de um novo modelo exploratório, o que de certa forma deixa investidores e empresas do ramo apreensivos, torna-se de grande valia. A escolha do tema a ser investigado justifica-se pela necessidade de se conferir certezas no que concerne à novel disciplina legal, o que passa pelo esclarecimento das questões tributárias, pois, como sabido, a tributação representa um fator de grande peso nas atividades empresariais.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em duas partes, cada uma com dois capítulos, totalizando quatro capítulos temáticos, com seus respectivos títulos e subtítulos, além de introdução e conclusão.

É de suma importância destacar o corte adotado. Indubitavelmente, a discussão acerca da *tributação na exploração de petróleo e gás natural* envolve um sem número de implicações e possibilidades de enfoque. A corrente abordagem centra-se nas polêmicas atinentes ao ICMS que dizem respeito às operações ocorridas até a primeira etapa da evolução dos hidrocarbonetos no seu ciclo mercantil, operações estas que irão verificar-se desde o momento da extração até a primeira circulação com efeitos econômicos das mercadorias.

A Parte Primeira, denominada “Aspectos Gerais e Regulamentares”, subdivide-se em três capítulos. Esclareça-se que das várias fases ou espécies de atividade petrolífera

12 YERGIN, Daniel. *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money and Power*. P. XIV. Explicando “*el camino del poder del petróleo*”, Hilda Guillén anota que Churchill, às vésperas da Primeira Guerra Mundial, reconhece uma verdade que tem marcado toda a história no século vinte: a busca do domínio através do petróleo. ARLETA, Hilda Guillén. *Derecho ambiental y contratación petrolera: armonización y dificultades*. 714-715.

monopolizadas, exploração (pesquisa), produção (lavra), importação e exportação, refino, e transporte marítimo ou por condutos,¹³ o trabalho irá enveredar-se apenas pelos aspectos atinentes à exploração e produção, até porque somente elas são submetidas (objeto de) à contratação, via concessão ou partilha, com terceiros interessados.

O capítulo 1 (“O Monopólio Estatal sobre o Petróleo”) versa acerca da redação originária do artigo 177, parágrafo 1º, da CF e das mudanças perpetradas pela Emenda Constitucional (EC) nº 09, de 09.11.1995, norma editada com o objetivo de flexibilizar o monopólio da União Federal sobre o óleo negro e o gás brasileiros. Procura-se, com o subsídio dos métodos clássicos de interpretação jurídica (literal, histórico, sistemático e teleológico) responder a pergunta se afinal subsiste ou não dito monopólio estatal e, caso afirmativo, em que termos.

No capítulo 2 (“O Novo Marco Regulatório do Setor no Brasil”) é exposta a evolução do quadro normativo do segmento de petróleo e gás brasileiro. São analisados os modelos contratuais frequentemente adotados na indústria do petróleo para viabilizar a sua exploração, quais sejam, os contratos de concessão, prestação de serviços, *joint ventures*, e contrato de partilha, este merecendo especial destaque, com explanação de seu regramento perante a legislação pátria. O tópico ainda se ocupa da apresentação do grupo de leis que compõem a recém-aprovada normação, advindo ante as descobertas da camada do Pré-Sal com o intuito de encontrar um mais moderno e adequado regramento, sendo polemizados seus pontos discutíveis e, especialmente, recebendo enfoque o sistema de partilha da produção.

A seu turno, a Parte Segunda, sob o título “Questões Tributárias”, adentra em discussões que, com a aprovação do Novo Marco Regulatório, são passíveis de ser suscitadas, gerando controvérsias sobre as exações fiscais que poderão ser cobradas pelos Estados-membros considerando a fase desde a extração dos recursos minerais do subsolo até a primeira circulação econômica das mercadorias.

O capítulo 3 (“O Exercício de Competência Tributária no Mar Territorial, Plataforma Continental e Zona Econômica Exclusiva”) mostra-se como preliminar às análises posteriores. Afinal, é necessária a constatação de existência de poder de imposição fiscal pelos entes federados, em particular pelos Estados-membros, em operações ocorridas nas regiões marítimas de mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, para que se possa discutir a pertinência ou impertinência de eventuais cobranças de ICMS sobre tais operações.

13 As atividades/fases de distribuição, revenda e transporte (que não seja marítimo ou por dutos) não são monopolizadas. Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. P. 458-459.

Assim, uma vez afirmada a competência estadual em regiões *offshore*, o capítulo 4 (“A Tributação pelo ICMS”) volta-se para os principais embates passíveis de serem levantados em torno do ICMS, tendo em conta o modelo de partilha da produção: a suposta incidência do imposto no momento da extração dos bens das jazidas minerais; a ausência de fato gerador no momento de partilha da produção; e ainda, a impossibilidade de sua cobrança na etapa de produção e exploração.

Derradeiramente, vem a parte conclusiva da dissertação. O capítulo 5, na tentativa de densificar a resolução das proposições colocadas ao longo do trabalho, sintetiza cada uma das conclusões alcançadas após os debates enfrentados nos capítulos.

1 ASPECTOS GERAIS E REGULAMENTARES

1.1 O monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural

Em termos econômicos, a determinação de um monopólio sobre certo setor acarreta a abolição da livre concorrência,¹⁴ pois pressupõe a sua exploração por um único ente, com exclusividade. Tem como característica a privatividade de um direito quanto à exploração ou utilização de dado bem, serviço ou atividade, cujo titular poderá atuar sozinho no mercado, como único vendedor.¹⁵ Sob a ótica jurídica, subtrai, pura e simplesmente, a atividade econômica do âmbito da livre iniciativa, em benefício do interesse coletivo.¹⁶

No caso de o seu titular ser o Estado, quando se denomina de *monopólio estatal* ou *monopólio público*, estará reservado ao Poder Público algum segmento do domínio econômico, deliberadamente retirado das mãos dos particulares.

É de se notar que o monopólio de uma atividade e a propriedade do bem com ela relacionado são conceitos estanques.¹⁷ O monopólio recai sobre a atividade empresarial exercitável, nada tendo a ver com o domínio da coisa. Quanto ao bem em si existe direito de propriedade, em princípio já sempre exclusivo, propriedade esta que também pode ser pública, a exemplo dos bens da União designados no artigo 20, da CF. De outra parte, a propriedade do resultado da atividade (produtos) também não pode ser tida *a priori* como abrangida pelo monopólio do seu desenvolvimento.

Cabe uma breve anotação para abordar em que termos, no Direito Positivo Brasileiro, o Estado pode desenvolver atividade econômica *stricto sensu*,¹⁸ categoria em que se inclui a dos monopólios públicos.

¹⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. P. 432-433.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. P. 541.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 773.

¹⁷ O voto do ministro Eros Roberto Grau na ADI 3.273/DF é elucidativo no que tange à distinção entre os institutos da propriedade e do monopólio. Cf. STF, ADI 3.273/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 02/03/2007.

¹⁸ Compondo as atividades econômicas em sentido amplo, àquelas que visam à circulação de bens e serviços do produtor ao consumidor final, existem a prestação de serviço público e o exercício de atividade econômica em sentido estrito. A maior diferença entre eles é a de que, enquanto no último o Estado goza da titularidade em razão de interesses estratégicos do Estado e da nação coletivamente considerada, visando apenas de modo secundário à realização dos direitos fundamentais, no primeiro há uma pertinência direta e imediata com as necessidades humanas, pondo-se o aspecto econômico como meramente instrumental a sua satisfação. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 376-377. A atividade econômica em sentido estrito significa, a seu turno, a ação de um ente propriamente como agente econômico, verdadeiro empresário, voltado ao lucro. In: GRAU, Eros Roberto: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. P. 154.

A intervenção do Estado no domínio econômico, de modo direto, é excepcional e somente concebida nos estritos moldes da Constituição Federal. Conforme o Princípio da Abstenção,¹⁹ também chamado de Princípio da Subsidiariedade,²⁰ o Estado e seus diversos desmembramentos administrativos só podem exercer atividade econômica, além dos casos autorizados de modo explícito na Carta Política, quando presentes um dos seguintes requisitos: (i) imperativo de segurança nacional ou (ii) relevante interesse coletivo; posto que ela, a princípio, deve ser franqueada aos atores privados.

Afinal, a opção pelo modelo capitalista de produção (também chamado de *economia de mercado*) insculpida no artigo 170, da CF, cujos fundamentos repousam na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, aponta no sentido da ampla atuação privada, independente de qualquer autorização estatal²¹ ou da verificação de situações excepcionais.²² É lição unânime na doutrina administrativista a de que a atividade econômica propriamente dita se sujeita aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.²³

No mais, se uma entidade pública resolve empreender, deve fazê-lo em igualdade de condições com o particular, acatando o regime jurídico próprio das empresas privadas (com certas infiltrações do direito público, diga-se²⁴), e sem o gozo de privilégios ou vantagens exorbitantes, não extensíveis ao setor privado,²⁵ conforme o artigo 173, *caput*; § 1º, inciso II; e § 2º, da CF. Tal é imprescindível para a manutenção da ordem constitucionalmente consagrada, de modo a assegurar a paridade entre os agentes e evitar a concorrência desleal por parte do Estado.

Especificamente a respeito dos monopólios públicos, Alexandre Aragão escreve que, no ordenamento jurídico pátrio, eles são atividades econômicas em sentido estrito excluídas da esfera privada, gozando a União Federal de sua titularidade exclusiva por razões

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. P. 367.

²⁰ A respeito vide: MOREIRA, Vital. P. 220-221. Para o administrativista português, vigora, nas Constituições modernas, no que concerne à intervenção estatal no domínio econômico, o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a atividade econômica do Estado não se autojustifica, resultando num critério residual de atribuição de funções, com cabimento apenas para suplementar os vazios deixados pela iniciativa privada.

²¹ A regra constitucional do artigo 170, parágrafo único, assim o determina.

²² Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. P. 796-797.

²³ Por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. P. 556.

²⁴ *Exempli gratia*, a obrigatoriedade de observância dos princípios da administração pública para a realização de licitações e contratações pelas empresas estatais é um destes temperamentos que o regime jurídico de direito público impõe (artigo 173, §1º, inciso III, da CF).

²⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. P. 738, nota 5.

estratégicas, econômicas ou fiscais. Previstas *numerus clausus* na Constituição Federal, não há delegação para que o legislador possa criar outras hipóteses.²⁶

Porém, se os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência são inerentes à ordem econômica no que tange às atividades econômicas *propriamente ditas*, estabelecer que certa atividade se configura como econômica *stricto sensu* e impor monopólio estatal soa como uma contradição. Mas é contradição apenas aparente.

Ocorre que a Carta Política afastou tais princípios quanto a determinadas atividades devido a sua relevância política e econômica, atribuindo-as ao Estado. Embora haja sempre uma necessária correlação a um objetivo público, não se destinam a satisfazer direta e imediatamente direitos fundamentais dos cidadãos. O estabelecimento de um monopólio estatal sobre um setor encerra, em *ultima ratio*, uma decisão política.²⁷ A este respeito, Gaspar Ariño Ortiz anota que há uma finalidade de conformação social, de serviço nacional, de promoção econômico-social da nação considerada em seu conjunto.²⁸

Citando o exemplo do petróleo, Alexandre Aragão ensina que existem atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que envolvem interesse público, mas que não têm por fim o atendimento direto de necessidades ou utilidades coletivas, não sendo relacionadas imediatamente ao bem-estar da população, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas da nação coletivamente considerada.²⁹

Com o mesmo teor é a lição de Eros Roberto Grau, quem, também em menção ao monopólio do petróleo e gás, reverbera que objetivos creditados aos imperativos de segurança nacional é que justificam a previsão de atuação do Estado como agente no campo de atividade econômica *stricto sensu*.³⁰ As hipóteses referidas no artigo 177, da CF, certamente não visam a satisfazer direitos fundamentais. No entanto, foram afetadas ao exclusivismo público porque podem gerar reflexos sobre a soberania nacional e outros valores essenciais ao ordenamento jurídico.³¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, remontando à história, observa que o monopólio, como instituto excludente da concorrência, vem de longa data, mas foi o Estado, enquanto instituição política amadurecida durante o período Renascentista, que contribuiu em muito

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 451-452. A propósito, na ordem constitucional pretérita era possível a criação de monopólio estatal por lei federal nos termos do artigo 163 da CF/69.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. P. 560.

²⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. P. 494.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 451.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. P. 255, 257 e 262.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. P. 560.

para desenvolvê-lo. O autor relembra que a Revolução Industrial provocou grandes conflitos, que desembocaram em guerras e, para enfrentá-los, o Estado-Nação passou a ter um interesse direto no crescimento e no poder econômico. Procuravam-se concentrar várias modalidades de poder difusas na sociedade para criar potências militares. No caso das manifestações econômicas, o Estado migrou da intervenção sancionatória de abusos à intervenção concorrencial e, após, à monopolista. A era das três Guerras Mundiais foi o momento do fastígio dos monopólios estatais, tidos como instrumentos estratégicos imprescindíveis à segurança e ao desenvolvimento das nações. Num quadro internacional marcado pela hipertrofia e pelo intervencionismo estatal, o monopólio, que, paradoxalmente havia sido combatido pelo Estado moderno, tinha passado a ser bem-vindo ao Estado contemporâneo. A partir de então o instituto galgou as Constituições, multiplicando-se em vários setores fundamentais da economia, como petróleo, telecomunicações, transportes ferroviários, navegação, siderurgia, energia nuclear, indústrias pesadas, etc.³²⁻³³

Sendo o petróleo um bem estratégico,³⁴ atribuir o exercício das atividades com ele relacionadas ao Estado brasileiro foi uma providência de soberania nacional, para atingir as finalidades públicas almejadas. Em especial no início da história de sua exploração comercial, quando o ambiente ainda era de disponibilidade reduzida de informações geológicas, com poucas empresas no mercado com habilidade e conhecimentos técnicos suficientes para explorar com segurança o setor, pairando muitas incertezas, quanto ao risco exploratório, aos interessados em despendar investimentos, às quantidades de óleo e de gás disponíveis etc.³⁵

A intervenção do Estado sobre todas as atividades da indústria petrolífera não foi uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, pois o regime de monopólio já vigia desde a Lei nº 2.004/1953. Esta lei, por sua vez, modificara o sistema anteriormente em vigor. As atividades da indústria do petróleo, que até então eram exercidas sob a livre concorrência, passam a ser monopólio da União, que assume o controle total da orientação e da fiscalização, bem como da realização das próprias atividades de pesquisa, lavra, refino e transporte de hidrocarbonetos fluidos e gasosos.³⁶

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Monopólios estatais: sobrevivência anacrônica*. P. 1.

³³ Hely Lopes Meirelles destaca que o monopólio estatal de determinadas indústrias ou atividades econômicas é encontrado em muitos Estados democráticos na atualidade. Ver: *Direito Administrativo Brasileiro*. P. 542.

³⁴ Nelson Jobim destaca o petróleo e o gás como setores estratégicos do desenvolvimento nacional. In: *Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo*. P. 397.

³⁵ Alexandre Aragão também assenta que o petróleo, gás e demais combustíveis não são apenas *commodities*, mas bens públicos nacionais estratégicos, possuindo enorme importância para a economia como um todo. Vide *Princípios de Direito Regulatório do Petróleo*. P. 321.

³⁶ Preceituavam os artigos 1º e 2º, da Revogada Lei nº 2.004/53: “Art. 1º Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território

O monopólio estatal sobre o petróleo e gás foi alçado a nível constitucional a partir da Constituição de 1967, conforme o artigo 162 (“Art. 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”), sendo mantido pelo artigo 169, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Para o desempenho das tarefas foi constituída a Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras, sociedade de economia mista que, por si e por suas subsidiárias, fazia as vezes de órgão de execução. Em se tratando de um agente da União, verdadeiro braço empresarial do Estado nesse setor da economia, não havia contratos de concessão celebrados entre ela e a União Federal. As atividades eram executadas pela Petrobras em nome próprio, com a aquisição da propriedade do produto da lavra extraído.³⁷

A existência do monopólio estatal, entretanto, não impediu que na década de 70, vislumbrando obter aporte de capital no setor,³⁸ o governo permitisse à Petrobras celebrar, com algumas empresas estrangeiras, Contratos de Prestação de Serviços com cláusula de risco (também conhecidos como Contratos de Risco). Neles, os contratados assumiam a totalidade dos riscos envolvidos no empreendimento, ganhando, como contrapartida, o reembolso dos custos da exploração, desenvolvimento e manutenção dos campos pesquisados/explorados, havendo o direito de aquisição de determinada quantidade de petróleo ou de gás descobertos, obedecido o limite máximo equivalente ao valor de sua remuneração.

Tais contratos jamais foram alvo de questionamentos formais em torno de sua constitucionalidade. Muito embora não constasse da legislação que à época regia o setor a proibição de cessão ou concessão pela Petrobras a terceiros de participação na exploração dos hidrocarbonetos, a privatividade estatal já existia plenamente.

Negando uma eventual quebra de monopólio, a Petrobras costumava alegar que as empresas contratadas no bojo dos Contratos de Risco eram meras prestadoras de serviços, da mesma forma que as prestadoras de serviço tradicionais, sendo que todos os ativos e informações, bem como o petróleo descoberto, eram de sua (Petrobras) exclusiva propriedade,

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 País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. 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”.

³⁷ SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 48.

³⁸ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: Tendências Mundiais pós-Guerra do Iraque 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

mantendo-se o pleno controle e a fiscalização dos pactos assinalados.³⁹ O assunto acerca dos contratos de risco será retomado no capítulo 2.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, o monopólio público sobre pesquisa, lavra, refino, transporte, importação e exportação de petróleo e gás foi conservado, consoante a redação originária do artigo 177, da CF. Contudo, surge uma significativa mudança na regulação da matéria. O parágrafo 1º do artigo 177 passa a proibir que se ceda ou se conceda qualquer participação a terceiros, em espécie ou valor, na exploração das jazidas.

Após o advento da EC nº 09/1995, a que se seguiu a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), mesmo restando inalterado o texto do *caput* do artigo 177 (“*constituem monopólio da União*”), aparecem algumas controvérsias sobre a remanescência do instituto e, se ele persiste, em que extensão. Isto especialmente dada a alteração perpetrada quanto ao parágrafo 1º da norma, que vem a encampar a possibilidade de a União “*contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades*” descritas nos incisos.

1.2 A Redação Original do Artigo 177, § 1º, da CF

Em sua antiga redação, obra do legislador constituinte originário, o artigo 177, da CF, assim dispunha:

Art. 177. **Constituem monopólio da União:**

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

§ 2º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Grifo nosso)

³⁹ PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do Monopólio Estatal sobre o Petróleo*. P. 98-99.

Estas eram as regras constitucionais a que estava submetido o monopólio⁴⁰ federal concernente à indústria do petróleo, a qual compreende “o conjunto de atividades econômicas relacionadas com exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados”.⁴¹

Era garantido à União o direito de exploração econômica sobre tais atividades de modo exclusivo, o que em verdade já era uma realidade desde a edição da Lei nº 2.004/53, a qual determina a criação da Petrobras e atribui a ela o papel de órgão de desempenho, excluindo, portanto, o setor do âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência.

Mas, ante a nova ordem constitucional, é de se notar especialmente o § 1º, do artigo 177, que abrangia no monopólio estatal sobre o petróleo e gás não só a realização das operações, mas também os riscos e resultados decorrentes da execução das atividades monopolizadas, estando o Poder Público proibido de conceder a terceiros qualquer tipo de participação⁴² na pesquisa e lavra das jazidas.⁴³

Quanto aos riscos, significava que a União, através da Petrobras, deveria arcar com todos os ônus decorrentes da exploração, como a possibilidade de perfurar poços gastando vultosas somas de dinheiro e ao final não encontrar petróleo/gás ou mesmo concluir que o poço não seria passível de uso por razões técnicas, ou que o campo pesquisado era por algum outro motivo inviável, dentre outros. Isto é, as obrigações e eventuais prejuízos do empreendimento a ela pertenciam, incluindo a totalidade dos riscos – geológico, financeiro, ambiental, político e técnico -⁴⁴ que caracterizam a investida empresarial nesse ramo da economia.

Em contrapartida, a petroleira nacional assumiria integralmente a propriedade do petróleo ou gás descobertos, restando proibida a cessão ou concessão de qualquer tipo de participação a outros interessados, em espécie ou em valor, na exploração das jazidas, exceto

⁴⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz: “Não se pode confundir, todavia, o que se denomina monopólio natural - aquele que resulta da indivisibilidade fática de fatores de produção, como é o caso de uma ferrovia que ligue duas cidades - com o monopólio voluntário, criado pelo esforço deliberado para eliminar a concorrência (...)”. In: *Monopólios estatais: sobrevivência anacrônica*. P. 1. O monopólio dos hidrocarbonetos é da segunda espécie.

⁴¹ Conforme a definição trazida pelo artigo 6º, inciso XIX, da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo).

⁴² BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 674.

⁴⁴ ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. *A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes*. P. 61.

a participação referida no artigo 20, § 1º, da CF.⁴⁵ O que significa que o monopólio público sobre as atividades da indústria do petróleo incluía o resultado das mesmas. Em se tratando de pesquisa e lavra,⁴⁶ o resultado da lavra dos blocos⁴⁷ não é outro senão o produto - petróleo e/ou gás natural – extraídos.⁴⁸

O monopólio público era, assim, indelegável e exercido exclusivamente pela Petrobras, nos termos da Lei nº 2.004/53,⁴⁹ recepcionada pela Constituição de 1988. Na dicção de Celso de Albuquerque Barreto, o período de 1988 a 1995 representou, do ponto de vista jurídico, o de maior suporte ao monopólio estatal, o qual, além de inscrito em sede constitucional de forma a impossibilitar modificações via legislação ordinária,⁵⁰ assumiu a feição absoluta máxima, estando completamente concentrado nas mãos da União. Nelson Jobim destaca que, no panorama anterior à EC nº 9/95, a atividade específica de exploração e produção de petróleo era uma decisão de e do Governo.⁵¹

Com o óbice constante da redação do parágrafo 1º, fecharam-se as portas a tentativas que viabilizassem alguma espécie de participação de empresas na exploração das reservas. Isto porque o dispositivo constitucional vedava de forma explícita todo tipo de negociação tendo por objeto a contratação com outras empresas das atividades monopolizadas, ou mesmo o pagamento, em qualquer modalidade, pelo óleo e gás porventura descobertos.

Não por outro motivo os contratos de prestação de serviços com cláusula de risco que haviam sido pactuados a partir de 1975, por obra do Presidente Ernesto Geisel, concedendo às empresas estrangeiras o direito de atuarem em 86,4% (oitenta e seis vírgula quatro por cento) das bacias sedimentares do país,⁵² às quais, como contrapartida aos gastos da exploração, eram asseguradas certas quantias dos hidrocarbonetos descobertos, foram abolidos. José

⁴⁵ Prescreve o artigo 20, § 1º: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

⁴⁶ Pesquisa (ou exploração) é o conjunto de operações destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural; e lavra ou produção, a seu turno, englobam as operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação. Cf. Lei nº 9.478/98, artigo 6º, incisos XV e XVI.

⁴⁷ A definição legal de “bloco” está contida no artigo 6º, inciso XIII, da Lei do Petróleo.

⁴⁸ SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 60.

⁴⁹ José Alberto Bucheb fala em modelo de monopólio indelegável concedido à Petrobras, instituído pela Lei n. 2.004/53. *Direito do Petróleo*. P. 14.

⁵⁰ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

⁵¹ JOBIM, Nelson. *Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo*. P.396-397.

⁵² Cf. “O capital não veio”. Disponível em <http://memoria.petrobras.com.br/curiosidades/voce-sabia/capital-nao-veio#.UXSboLXvtn8>. Acesso em 22.04.2013.

Alberto Bucheb⁵³ menciona que, como o monopólio da União sobre as atividades petrolíferas estava previsto desde a legislação anterior, em termos efetivos a mais importante inovação trazida pela Carta de 1988 foi a proibição à celebração de novos contratos de risco, ressalvados aqueles em vigor na data de sua promulgação.⁵⁴

Fecharam-se as portas a qualquer tentativa de obter o concurso de técnicas e investimentos privados no setor, posto que a vedação alcançava não só a celebração de novos contratos de risco, mas também qualquer outra modalidade de associação, como as *joint ventures*, que conferiam participação nos resultados aos parceiros, e alguns tipos de *Project finance*.⁵⁵ Restava à Petrobras, no caso de querer o auxílio de estranhos, apenas a faculdade de com eles celebrar contratos de empreitada comum, em que a estatal, única executora das atividades monopolizadas, deveria arcar com os riscos e os investimentos, bem como apropriar-se dos resultados de tais atividades.⁵⁶

Este é o panorama do monopólio estatal do petróleo em face da redação original do artigo 177, da CF. Todavia, esta norma, notadamente o parágrafo 1º, foi o grande alvo da alteração perpetrada pela EC nº 9/95, que adiante será objeto de detida análise.

1.3 Mudanças Perpetradas pela EC nº 09, de 1995

A Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995, introduziu profundas alterações no regime jurídico até então aplicável ao petróleo e ao gás natural. Como exposto no item 1.1, a exploração exclusiva pelo Poder Público, valendo-se da Petrobras, incluía, além da execução das atividades materiais jungidas à indústria petrolífera, o risco e os *resultados* das mesmas. Entretanto, por obra da emenda citada, o § 1º do artigo 177, da CF, foi sensivelmente modificado, além do que foi incluído um novo § 2º. Sua dicção restou enunciada nos seguintes termos:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

⁵³ BUCHEB, José Alberto. *Direito Petróleo*. P. 4.

⁵⁴ Conforme previu o artigo 45, parágrafo único, do ADCT: “Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição”.

⁵⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 144.

BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 18.

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela EC nº 9, de 1995)” (Grifado).

A grande questão centra-se em saber a real abrangência das mudanças feitas, ou seja, a correta interpretação que deve ser dada ao novo texto constitucional em vigor, assegurando sua eficácia plena.⁵⁷ José Alberto Bucheb explica que, ao alterar o regime constitucional do petróleo e do gás natural e, ao mesmo tempo, manter a referência ao monopólio da União sobre as atividades econômicas a eles relacionadas, a EC nº 9/95 provocou o debate acerca da natureza e alcance do dito monopólio público.⁵⁸

Basicamente, surgem três concepções em torno das quais a doutrina se divide. Uma a entender que o monopólio da União Federal sobre os hidrocarbonetos não poderia, em hipótese alguma, comportar uma contratação de terceiros a envolver os riscos e resultados das atividades, o que é o mesmo que afirmar que ele continua absoluto, basicamente como o era sob a égide da redação originária da Constituição.⁵⁹ Outra defendendo ter-se verificado a total quebra da exclusividade estatal na seara do petróleo e gás, sendo, inclusive, equivocado insistir no uso do termo “monopólio”.⁶⁰ E, enfim, a corrente que, mesmo assumindo que

⁵⁷ Para mais sobre a natureza imperativa das normas constitucionais e os graus de eficácia/aplicabilidade que comportam, *vide*: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. P. 89-156.

⁵⁸ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 11.

⁵⁹ Por todos: Ministro Marco Aurélio Mello, ratificando o voto proferido na ADI nº 3.273 em trabalho doutrinário publicado mais tarde. Cf.: *Considerações acerca da flexibilização do monopólio do petróleo*. P. 680-689.

⁶⁰ Gastão Alves Toledo proclama “se a referida emenda constitucional teve por fim proporcionar o advento de outros atores (empresas provadas ou estatais) nesse campo específico, está ela a indicar a impossibilidade de permanência da situação monopolista, por acarretar uma verdadeira contradição entre as duas situações, tanto

considerável reforma abalou-se sobre o setor, advoga no sentido de ela não ter implicado a extinção do monopólio estatal, mas sua flexibilização, até porque a Constituição não teria mantido uma previsão vã.⁶¹

Posto ser o espaço exíguo, este subcapítulo não irá adentrar em cada um dos três entendimentos. Ao contrário, limitar-se-á a demonstrar o acerto da terceira posição, que parece ser a que com maior adequação esclarece a abrangência da mudança efetuada pela EC nº 9/95, referindo-se às demais correntes em comentários pontuais.

O passo inicial para atingir-se esta correta⁶² aplicação da norma enunciada pelo artigo 177, *caput* e § 1º, da CF, precisa ser o recurso à interpretação. Como escreveu Karl Engisch, o papel do processo intelectual é propriamente o de fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos.⁶³

Nesta busca do real sentido dos dispositivos, sejam eles de sede constitucional, legal, ou mesmo infralegal, os chamados métodos clássicos da hermenêutica, a saber, gramatical, histórico, sistemático e teleológico,⁶⁴ desempenham papel fundamental – e, diga-se, complementar entre si.⁶⁵⁻⁶⁶ Impõe-se, ainda, a menção a dois princípios específicos de interpretação constitucional: o Princípio da Unidade e o da Efetividade. Assim serão expostos os subsídios doutrinários que embasam especificamente a terceira corrente de entendimento.

A primeira indagação que surge é se seriam aplicáveis à interpretação constitucional as técnicas de hermenêutica tradicionais, ou se ela abrangeria metodologia própria. As normas constitucionais são, antes de tudo, normas jurídicas, motivo pelo qual não se excluem do âmbito da interpretação geral do Direito. Contudo, encerram algumas complexidades próprias, à conta das características que singularizam a Constituição – superioridade hierárquica,

sob o ponto de vista prático quanto jurídico”. *Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP*. P. 188

⁶¹ Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Cf. *Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás Natural*. No seu perceber, a flexibilização do monopólio do petróleo veiculada pela EC 9/95 implica tão somente na delegação do mero exercício das atividades, mantendo-se o monopólio da União. P. 563-565.

⁶² O emprego da palavra *correta* é feito no sentido de *adequada* aos princípios e ao contexto normativo em que resta inserido o dispositivo. Não se ignoram as lições de Hans Kelsen de que é uma ficção da teoria interpretativa usual crer que a norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação correta e justa. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. P. 467, 469-470 e 472-473. Elucidativas as palavras de Eros Grau, para quem interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias possibilidades corretas, de modo que a escolha seja apresentada como adequada, aceitável e justificável no Direito. In: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. P. 126.

⁶³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. P. 126.

⁶⁴ Citando o que chama de “elementos clássicos de interpretação”, Luís Roberto Barroso elenca estas quatro técnicas. Veja: *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. P. 290.

⁶⁵ Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 16.

⁶⁶ Defendendo a inexistência de hierarquia entre os métodos, mas antes a harmonização dos mesmos: TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. P. 156.

natureza flexível e abstrata, caráter político, conteúdo específico - pelo o que recebem uma apreciação destacada dentro do sistema, servindo-se de alguns princípios interpretativos peculiares.⁶⁷

Legados por Savigny, os métodos interpretativos clássicos inicialmente enunciados eram o gramatical, o sistemático e o histórico, sendo, no século XIX, incluído o método teleológico, por obra dos adeptos à jurisprudência dos interesses,⁶⁸ em especial Rudolf Von Ihering.

A técnica gramatical consiste na busca do sentido literal ou textual da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. Afirma Canotilho que “(...) o processo concretizador da norma da constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional”.⁶⁹ Mas não é só.

O significado dos conceitos do enunciado normativo deve ser o ponto de partida⁷⁰ e, ao mesmo tempo, o limite da atividade interpretativa.⁷¹⁻⁷² E já aí Hans Kelsen identifica um problema: “temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco (...)”.⁷³ Na boa passagem de Ricardo Lodi Ribeiro, o exegeta deve buscar, atento aos sentidos possíveis oferecidos pela literalidade da norma, o resultado que melhor se coadune com uma regulação materialmente adequada ao caso concreto, alcançada com fulcro nos fins objetivos do Direito.⁷⁴

O método histórico trata da busca do sentido da norma através dos antecedentes remotos que interferiram de forma imediata na sua elaboração. São eles os precedentes legislativos, os trabalhos preparatórios, as exposições de motivos, os anteprojetos, etc. Traduz um esforço retrospectivo de investigação da vontade do legislador da época, do ambiente histórico e social, e das intenções reguladoras quando do momento da edição da norma. Aprender o sentido do texto exige a compreensão do “passado” dos institutos, a fim de

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. P. 271-272.

⁶⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. P. 99.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1215.

⁷⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. P. 269. E LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 457.

⁷¹ Ver REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. P. 279 e 283.

⁷² Contra constituir o sentido literal possível um limite à interpretação: NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. P. 115.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. P. 465, 467, 469-470 e 472-473.

⁷⁴ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. P. 113.

penetrar no espírito do tempo pretérito, e, estudando a sua evolução, alcançar o entendimento presente da norma, ou mesmo adaptá-la a situações supervenientes.⁷⁵

Especificamente no que toca à hermenêutica constitucional, a técnica histórica visa a desvendar a aspiração dos *founding fathers*,⁷⁶ a *mens legislatoris*, a que se opõe a denominada *mens legis*, esta representando a intenção reguladora expressa pela norma, sua vontade objetiva e autônoma.⁷⁷ Segundo Luís Roberto Barroso, em afirmativa que se pode estender às exposições de motivos das leis e das emendas constitucionais, “o Preâmbulo das Constituições é frequentemente um esforço de prolongar no tempo o espírito do momento constituinte”.⁷⁸

De fato, muito além do conteúdo aparente das normas, o que se interpreta da Constituição é todo o substrato de valores que estão na sua origem, as mudanças vislumbradas, as consequências perseguidas com o novo texto. De certo, o conhecimento das razões que levaram às escolhas do legislador originário (constituinte) não pode traduzir uma amarra ao intérprete, escravizando as gerações futuras, mas certamente o ajuda de forma impressionante na árdua e intrincada tarefa de interpretar e aplicar o Direito posto.

A seu turno, a técnica sistemática, intentando correlacionar as disposições de um sistema, apregoa que só se pode elucidar a interpretação a partir do conhecimento do conjunto em que resta inserida a norma. A própria palavra sistema denota a idéia de unidade, (co)ordenação e consenso, deixando transparecer que a concepção estrutural é imprescindível no processo interpretativo. E o é com especial razão na interpretação constitucional, posto ser a Carta Republicana um todo uno de preceitos. Eros Roberto Grau é categórico ao afirmar que o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que ele é tomado como inserido no contexto:⁷⁹

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o Direito em ‘tiras’, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

⁷⁵ Sobre o significado da lei não ser imutável, mas, antes, adaptável: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. P. 282.

⁷⁶ Vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. P. 206.

⁷⁷ Para aprofundamento acerca do embate entre originalistas e não-originalistas/objetivistas: SCALIA, Antonin. *Originalismo y no originalismo en la interpretación de La Constitución de los EE.UU.* P. 21-28.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 138,

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. P. 132.

Em determinadas ocasiões, um dispositivo isoladamente considerado⁸⁰ pode fazer pouco sentido ou mesmo chocar-se com outro(s). Tarefa inviável é a de entender algo separado de suas partes, e as partes alheias ao conjunto que formam. Antes de dar início ao processo interpretativo, é preciso sempre situar o dispositivo no seu contexto normativo, geral e particular, firmando as conexões que entrelaçam as proposições jurídicas.⁸¹

Finalmente, cabe comentar o método teleológico, o qual assume papel de notabilidade relevante na moderna hermenêutica. Com o escopo de pesquisar o elemento finalístico a ser atingido, o fundamento racional da norma, sua vontade objetiva (*mens legis*), o valor, o bem jurídico perseguido com a sua edição, apresenta-se com vistas à realização do espírito e da finalidade dos preceitos, por vezes superando a realidade descrita no texto.⁸²

A chamada *ratio legis*, a qual por ora se cuida de abordar, encontra-se em frontal oposição à denominada *occasio legis*. Enquanto esta faz com que a norma mantenha o apego à vontade e às intenções do legislador histórico, uma vez que se ocupa das circunstâncias e fatos históricos que projetaram o nascimento da lei, aquela permite que o Direito remanesça vivo, dinâmico, redefinindo a finalidade da norma, ao longo do tempo, para que possa evoluir e adaptar-se a novos contextos e necessidades sociais.

Já no que respeita à metodologia peculiar à hermenêutica constitucional, a especificidade das normas constitucionais fizeram a doutrina e jurisprudência sistematizar um elenco próprio de princípios, de natureza instrumental, e não material, que funcionam como pressupostos de aplicação das normas superiores. No Brasil, estes cânones são extraíveis da Carta Magna de 1988, ainda que de modo implícito, servindo de norte à tarefa interpretativa do diploma de maior hierarquia do ordenamento. Dentre aqueles que Canotilho⁸³ designou por “princípios de interpretação da constituição”,⁸⁴ dois são especialmente relevantes perante o tema proposto.

Um deles é o Princípio da Unidade da Constituição. Mantendo uma forte relação com a técnica sistemática, e por vezes chamado de princípio da concordância, traduz a necessidade de proceder à integração do sentido de todas as normas constitucionais. Enquanto fator hermenêutico de decisão, obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade,

⁸⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. P. 272.

⁸¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. P. 279.

⁸² Para a diferença entre *texto da norma* e *norma*: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1218.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1223-1228.

⁸⁴ No catálogo dos princípios instrumentais de interpretação constitucional há também os seguintes: a) Supremacia da Constituição; b) Presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; c) Interpretação conforme a Constituição; d) Razoabilidade ou Proporcionalidade. Vide: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. P. 298-299.

devendo equilibrar as discrepâncias, conciliar as tensões e contradições, porventura emergentes, na aplicação de suas normas, pois o contrário seria tê-la como um aglomerado de disposições justapostas.⁸⁵

O outro é o Princípio da Máxima Efetividade, cujo intento é o de otimizar a produção dos efeitos da Carta Magna diante da realidade social, dar primazia aos entendimentos que permitam a máxima concreção dos seus enunciados. A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe assegure.⁸⁶ Trata-se do fenômeno conhecido como *incremento da força normativa da Constituição*, tributário do Neoconstitucionalismo.⁸⁷ Todas as normas da Constituição são dotadas de força imperativa, veiculam mandamentos cogentes, de observância obrigatória e de cumprimento necessário. Assim, se um dispositivo eventualmente entra em rota de colisão com outro, será preciso buscar aquela interpretação que admita a produção de efeitos de ambos, ainda que algum deles deva ceder em parte.

Cumpre, então, aplicar os métodos interpretativos aliados aos princípios da Unidade e da Máxima Efetividade Constitucional ao artigo 177, da CF, a fim de demonstrar o significado da alteração operada pela EC n° 09/95. Sempre tendo em mente que os dispositivos, porque visam a acudir certas necessidades, devem ser interpretados no sentido que melhor atenda às finalidades para as quais foram criados.⁸⁸

Levando em consideração o método gramatical, cumpre analisar o sentido possível das palavras⁸⁹ da norma insculpida no artigo 177, CF. O *caput* do artigo, ao instituir o monopólio das atividades respeitantes à indústria petrolífera, em especial as espécies exploração e produção constantes do seu inciso I, estabelece que a titularidade de tais atividades econômicas incidentes sobre as jazidas de hidrocarbonetos compete privativamente à União Federal, única agente legitimada a exercitá-las, com exclusão de qualquer outro ente.

Mas, nada obstante a cabeça do dispositivo remanesça com idêntico teor da anterior (artigo 177, *caput*, antes da EC n° 09/95), a enunciar o monopólio estatal, o parágrafo 1° abre a possibilidade de um novo sistema, permitindo a contratação de empresas públicas ou privadas para realizar as tarefas de pesquisa, lavra, importação, exportação, refino, e transporte dos hidrocarbonetos. Trata-se de uma opção, já que o artigo usa o termo *poderá*

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 202.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1224.

⁸⁷ O neoconstitucionalismo traduz uma mudança de paradigma que, mobilizando a doutrina e jurisprudência, cria uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. Vide valioso texto de Luís Roberto Barroso: *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. P. 63.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 145.

⁸⁹ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 451.

contratar, pelo o que se denota que a União em nenhum momento foi obrigada a tal, podendo, a seu critério, firmar ou não os respectivos pactos.

Nos dizeres de Alfredo Ruy Barbosa, verifica-se pela dicção da Constituição (assim como a da Lei do Petróleo em seus artigos 4º e 5º) que está previsto tanto o exercício exclusivo e direto pela União das atividades petrolíferas, como o seu exercício indireto através da contratação de terceiros para a execução delas. Parece de fato inegável que a EC nº 09/95 estabeleceu, no interesse nacional, uma faculdade e não uma obrigação de promover a citada contratação, mesmo porque não teria nenhum “sentido jurídico” a manutenção, no texto constitucional, do monopólio sobre o setor.⁹⁰ Alexandre Aragão⁹¹ explana com maestria a questão:

A escolha pelo Estado da forma de prestação das atividades sob sua *publicatio* é consequência dessa titularidade estatal. Cabe à União, dentro dos limites colocados pela CF sobre cada uma das atividades monopolizadas, decidir se a explorará diretamente, [ou] se a delegará (...)

Não se pode defender que a Constituição tenha palavras vãs ou inúteis. Mantido o termo *monopólio* no *caput* do dispositivo, a ele tem que ser reconhecidos função e sentido próprios.⁹² Monopólio diz com titularidade, direção e controle exclusivos de certo segmento econômico. E se um de seus parágrafos fala em possibilidade de contratação de empresas para desempenho das funções enumeradas, só se pode cogitar que o regime monopolista mantém-se e que a contratação é apenas no que tange ao desempenho material e fático de tarefas, sem macular o exclusivismo estatal quanto à titularidade das mesmas. Tanto que o exato significado da palavra “atividade” denota o âmbito de ação, em que o agente desenvolve as suas aptidões. Paralelamente, o § 2º, inciso III, do mesmo artigo 177, é outro forte indício da permanência desse monopólio, ao estatuir que a lei referida no § 1º deveria dispor acerca da estrutura e atribuições do órgão regulador *do monopólio*.

O mestre Hely Lopes Meirelles ensina que, monopolizado juridicamente um setor do domínio econômico pela União, nada impede que ela confira o *privilégio* de sua exploração a entidades estatais, paraestatais, ou a concessionários que satisfaçam as exigências do interesse público. O monopólio não se confunde com o privilégio. *Monopólio* é a detenção exclusiva da

⁹⁰ BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*. Em sentido contrário, pela obrigação da União de contratar terceiros para o exercício das atividades: ROCHA, João Luiz Coelho da. *A Compulsória Licitação nos contratos de exploração petrolífera*.

⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 454.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 134.

atividade por uma só pessoa; *privilégio* é a delegação do direito de exploração da atividade monopolizada a um ou a alguns interessados. Só pode dar privilégio quem tem o monopólio. Este é sempre exclusivo e excludente dos demais interessados; o privilégio pode ser exclusivo ou não. Exemplo disso, no Brasil, seria, segundo o autor, o rol enumerado no artigo 177, CF.⁹³

Todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural no subsolo terrestre nacional, bem como no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, pertencem à União, por força do monopólio público (inciso I, do artigo 177, CF). A partir do surgimento do artigo 177, § 1º, CF, o acesso à exploração mineral dos hidrocarbonetos pode ser promovido por mecanismos negociados, em que o interessado obtém do Estado direitos atinentes à pesquisa, lavra e demais operações.⁹⁴ Através do acordo de vontades firmado com a Administração, o sujeito ordinário passa a ter direitos dos quais não era titular apenas por força da sua livre iniciativa, vez que estes direitos encontravam-se fora do comércio, tornando-se parte ativa na definição e realização do interesse público.⁹⁵

E as mudanças foram além. Com os novos dizeres, o § 1º do artigo 177 deixa de conter a previsão de que o monopólio estatal alcançaria os riscos e os resultados decorrentes das atividades de exploração e produção das jazidas. Foi também expurgada a antiga proibição de cessão ou concessão, pelo Poder Público a terceiros, de participação, sob qualquer modalidade (espécie ou valor), na lavra de petróleo ou gás natural. Por conseguinte, uma vez retirada do preceito constitucional a vedação, forçoso reconhecer que existiu, ao menos em alguma medida, a mudança de cenário relativamente ao contexto vigente sob a égide da redação primária do parágrafo 1º.

Face a uma reforma constitucional, em ficando conservada idêntica redação em algum preceito, é de presumir-se que as palavras foram usadas com o mesmo sentido de antes, pelo o que deve ser preservada a interpretação dada no regime anterior. Mas mesmo nestes casos é preciso tomar cuidado com a patológica *interpretação retrospectiva*. Muito embora a linguagem seja a mesma, pode ter-se verificado uma modificação no espírito e nos valores consagrados no texto constitucional, de forma que a leitura do dispositivo necessite a elas adaptar-se.

Com mais razão será preciso atentar quando, ainda que trazida expressiva parte da antiga redação, tenha havido supressão de palavras e termos do dispositivo. Afirmar que o

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. P. 542-543.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P.455.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Cf. *Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás Natural*. P. 78-80.

monopólio da União permanece intacto e inalterado consiste em, no mínimo, ignorar que o texto sofreu uma reforma formal.⁹⁶

Se antes, a *publicatio* que marca as operações da indústria do petróleo implicava serem elas inteiramente excluídas da esfera privada da economia, ao advir, o alterado § 1º denota que o interesse coletivo estará satisfeito pelo empreendimento econômico direto do Estado ou indireto, mediante contrato com empresa.⁹⁷ E além disso, o que faz a alteração é retirar os riscos e resultados das atividades de pesquisa e prospecção de petróleo e gás natural do monopólio estatal e permitir uma contratação com outras empresas que os tenha como objeto, inclusive englobando a apropriação do produto da lavra pelo extrator.

O Ministro Marco Aurélio, ratificando seu voto vencido na ADI nº 3.273/DF,⁹⁸ invoca o método literal para embasar que não houve quebra do monopólio estatal sobre o petróleo. Sustenta ainda que seria contra o artigo 177, § 1º, da CF, admitir uma contratação para realizar as tarefas previstas que encampasse a transferência da propriedade dos produtos extraídos para o contratado, vez que em momento algum o artigo autorizou a translação, devendo seu “silêncio eloquente” ser interpretado como um óbice.⁹⁹

Todavia, com as honras que o douto Ministro merece, a leitura do dispositivo não parece conduzir a esses entendimentos. A bem da verdade trata-se do contrário. De acordo com o modelo encampado pelo parágrafo 1º, o contratado suporta todos os riscos relativos às atividades de E&P, implicando a obrigação de explorar, por sua conta, os campos concedidos, e, em caso de descoberta comercial, produzir petróleo e gás natural. Para que haja propósito comercial no modelo contratual a ser adotado, independente de qual venha a ser ele, o produto decorrente do êxito na exploração deverá ser, obviamente, de imediata propriedade do contratado, como consequência do sucesso exploratório.¹⁰⁰

Mas convém esclarecer. Pelo contrato, inicialmente o de concessão, e já agora o de partilha, o Estado transfere à sociedade empresária a prerrogativa que detém de aproveitamento econômico das reservas, mas nunca a titularidade das atividades respectivas, e menos ainda a propriedade dos depósitos minerais em si, que, nos termos

⁹⁶ Sobre os processos formais (e também os informais) de alteração da Constituição: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. P. 765-794.

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 452.

⁹⁸ A tese vencedora na ADI mencionada foi a de que houve abertura das atividades à livre concorrência e iniciativa privada, pelo o que o monopólio estatal no que toca ao exercício das atividades da indústria do petróleo foi relativizado. O entendimento do Ministro Marco Aurélio, entretanto, incorre no erro de acreditar que pouco se alterou com a emenda constitucional advinda.

⁹⁹ In: MELLO, Marco Aurélio. *Considerações acerca da flexibilização do monopólio do petróleo*. P. 680-689.

¹⁰⁰ ARANTES, Cássio Braga. *Do 'Autoconsumo' de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 118-119.

dos artigos 20, incisos V, VI e IX e 176, *caput*, da Constituição da República, pertencem à União, a título de domínio público imprescritível e inalienável.¹⁰¹ O que adquire o particular, pautado na outorga do exercício das tarefas, é apenas a propriedade do produto extraído das jazidas, graças aos esforços empreendidos na lavra.

Ainda a respeito do modificado parágrafo 1º, a doutrina majoritária revela que o sistema de contratação certamente estaria submetido aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, regras gerais a que se sujeitam as atividades econômicas. Escreve a este respeito Celso de Albuquerque que, com a EC nº 9/95, a Petrobras deixou de ser a executora privativa das atividades da indústria do petróleo, situação que havia perdurado por 44 anos, desde a edição da Lei nº 2.004/53, passando a atuar em regime de livre iniciativa, igualdade, competição e de forma concorrencial com os demais agentes do segmento, nacionais ou estrangeiros, públicos ou privados.¹⁰²

Em via oposta, Alexandre Aragão entende que também essa decisão estaria encampada pelo monopólio público. Ou seja, para o autor, cumpre à União Federal, enquanto titular da atividade, optar se a desempenha diretamente ou por delegação, e, em delegando, se dita delegação comportará a concorrência entre várias empresas.¹⁰³ Entretanto, a discussão perde um pouco de esteio ante a regência emanada da Lei do Petróleo aludindo à observância da promoção da livre concorrência, atração de investimentos e ampliação da competitividade nas licitações e contratos que toquem à política energética nacional.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Quanto ao tipo de contrato a se pactuar entre o poder central e o terceiro, vez que o preceito alude apenas à contratação, sem especificar a modelo contratual, por certo cinge-se a uma opção política dentre as diversas modalidades de pacto comumente adotadas no setor, como o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento da ADI nº 3.273.¹⁰⁶ Opção esta que ficou a cargo do legislador, estabelecendo, de início, através da Lei do Petróleo, a contratação mediante celebração de Contrato de Concessão, e, posteriormente, por

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás Natural*. P. 90.

¹⁰² BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

¹⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 454.

¹⁰⁴ Lei do Petróleo, artigo 1º, incisos IX, X e XI e artigo 8º, *caput* e inciso I.

¹⁰⁵ Tanto assim que o próprio Alexandre Aragão cita que “A ANP deve, ao elaborar os editais de licitação e contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo, atender aos objetivos cuja realização lhe é atribuída pela Lei do Petróleo e pelo Conselho Nacional de Política Energética (arts. 1º, 2º e 8º, inciso I, da Lei do Petróleo)”. Em: *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 77-78.

¹⁰⁶ STF, ADI 3.273/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 02/03/2007. Na doutrina: ARANTES, Cássio Braga. *Do ‘Autoconsumo’ de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 118-119.

força da Lei de Partilha, um modelo em certa medida híbrido a acrescentar elementos de *joint venture* ao contrato de partilha (os temas serão aprofundados no capítulo 2).

Por fim, é importante que se relembre ser o significado possível das expressões linguísticas o limite para o intérprete, que precisa se ater ao substrato da norma. Recorde-se o sinal levantado por Ricardo Lodi Ribeiro:¹⁰⁷ o emprego do método literal não pode levar o intérprete a uma conclusão absurda. Ainda no exame de cada norma isoladamente considerada, mesmo antes de situá-la no contexto a que pertence, é preciso evitar conclusões contrárias à lógica. Uma interpretação que não se situe no âmbito do sentido literal *possível* é modificação de sentido,¹⁰⁸ integração e complementação do Direito,¹⁰⁹ podendo desaguar em discricionariedade¹¹⁰ e subversão dos preceitos.

Nesse diapasão, se o dispositivo contém a fórmula “*constituem monopólio da União Federal*”, ao lado da expressão “*poderá contratar a realização das atividades*”, a apreensão dos sentidos possíveis de ambos aponta ter havido um mero abrandamento do monopólio público, implicando, sim, sua modificação, mas não seu afastamento por completo do ordenamento jurídico.

Tal é o espírito da norma alcançado a partir de sua letra e que nela se atém. Um evento a caracterizar de modo distinto do teor literal linguisticamente possível da proposição jurídica encontra-se fora do campo de sua significação,¹¹¹ implica resultado alheio ao plano do constituinte,¹¹² como no caso da percepção, por alguns sustentada, de que a EC n° 9/95 teria supostamente eliminado uma realidade que ainda se encontra viva e enunciada na Constituição. Na verdade, pode-se considerar tal interpretação, sem qualquer dúvida hermenêutica, localizada na zona de certeza negativa (não meramente nebulosa, em que duas ou mais interpretações poderiam ser igualmente consideradas razoáveis) de cumprimento da norma.¹¹³

Novamente, para que se feche o raciocínio exposto à luz do método literal ou verbal, vale esclarecer: no artigo 177, a Constituição afirma que a União, em regime de monopólio, ou seja, como a única agente legitimada a exercer a atividade, pode explorar os bens que são de sua propriedade, e, em havendo lei nesse sentido, incumbir apenas o seu *exercício* a

¹⁰⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Interpretação, Justiça e Elisão Tributária*. P. 105.

¹⁰⁸ LARENS, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 454.

¹⁰⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e integração do Direito Tributário*. P. 200.

¹¹⁰ Cf. FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. P. 5.

¹¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 454.

¹¹² RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. P. 96 e 104.

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás* P. 79.

particulares, mediante contrato, sendo plenamente legítimo através deste instrumento jurídico transferir os resultados e riscos da empreitada negocial ao contratado, nos termos do § 1º.¹¹⁴

Pela técnica da interpretação histórica, que busca apreender o sentido original das instituições,¹¹⁵ a investigação da *mens legislatoris* da EC nº 9/95 deixa evidente seu intento de modificar o cenário de monopólio estatal tal qual outrora vigente, a fim de que pudessem ser atraídos maiores investimentos ao setor de *Oil & Gas*.

Essa vontade subjaz explícita na Exposição de Motivos¹¹⁶ que acompanhou a proposta de reforma constitucional, a qual, ao apontar o objeto da medida, retrata fielmente a intenção visada com a sua promulgação. Dada a importância deste documento legislativo, sua transcrição é colocada na íntegra abaixo:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Em obediência à orientação de Vossa Excelência no sentido de **expurgar do texto constitucional os elementos que se afiguram limitadores do desenvolvimento econômico e restritivos às alterações da política governamental**, pretende-se conferir à legislação ordinária a possibilidade de conformar a indústria de petróleo ao modelo energético requerido pelo estágio de desenvolvimento do país.

A emenda visa a **flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa contratar com empresas privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, refino de petróleo, e importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meio de dutos**. Assevere-se que lei ordinária deverá regular as condições e relações contratuais concernentes. Nessa medida, a **flexibilização** a ser implementada em nível infraconstitucional implica a ampliação da competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política governamental voltada para o setor do petróleo.

Tal **flexibilização** permitirá a atração de capitais privados para determinadas atividades em que se requer a expansão dos investimentos em volume insuscetível de financiamento exclusivo por parte da Petrobras. A título de exemplo, a União poderá celebrar contratos de risco na pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos levando em conta a sistemática atualmente adotada nas principais fronteiras petrolíferas do mundo (como no Mar do Norte); poderão também ser autorizadas por lei a realização 'joint ventures' e parcerias da Petrobras com empresas privadas em empreendimentos específicos de maior porte, como no caso da construção da nova refinaria do NE.

Julgamos, Senhor Presidente, que a alteração proposta irá ao encontro do projeto de desenvolvimento econômico-social propugnado por Vossa Excelência, manifestando-se compatível com a construção de uma economia mais aberta, dinâmica e competitiva.

Respeitosamente, Nelson Jobim, Ministro do Estado da Justiça – Pedro Malan, Ministro do Estado da Fazenda – José Serra, Ministro do Estado do Planejamento e Orçamento – Reinhold Stephanes, Ministro do Estado da Previdência e Assistência Social – Luis Carlos Bresser Pereira, Ministro do Estado da Administração Federal e Reforma do Estado – Raimundo Brito, Ministro do Estado de Minas e Energia.

Se há inteira consciência de que o método subjetivo não goza de prevalência frente aos demais, e especialmente em ordenamentos de tradição romano-germânica a doutrina aponta sua importância reduzida,¹¹⁷ é de se notar que a vontade e intenção do legislador histórico não

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 462.

¹¹⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. P. 206.

¹¹⁶ Exposição de Motivos da EC nº. 9/95. In: SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a extração de petróleo*. P.16, grifo nosso.

¹¹⁷ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. P. 273.

podem ser desprezadas por completo, principalmente quando são tão contundentes e esclarecedoras dos efeitos perquiridos.

Não se trata de desvendar a vontade individual ou somada daqueles responsáveis pela confecção da reforma, mas a vontade social de que eles foram portadores, entendida como síntese de valores, sentimentos e aspirações comuns à época, trazidos ao plano normativo pelos representantes do povo.¹¹⁸ Isto é ainda mais sensível quando se está diante da interpretação constitucional.¹¹⁹

José Marcos Domingues¹²⁰ expõe o quadro existente ao ressaltar a notória incapacidade do Estado brasileiro para o aumento substancial de investimentos em novas áreas de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, o que, nos dizeres do autor, determinou, a partir dos anos 90, a flexibilização do monopólio federal, com vistas à divisão de riscos e à abertura de maiores possibilidades de incremento na produção daquelas fontes de energia. Assim, com o advento da EC nº 9/95 alterou-se o artigo 177 e abriu-se o país à contratação de empresas particulares interessadas no desenvolvimento das jazidas nacionais.¹²¹

Reavivando os motivos históricos que levaram ao surgimento da alteração em voga, Celso de Albuquerque explica que, para desatar o nó posto pela redação originária da Constituição Federal de 1988, que obstava a União de ceder ou conceder participação na exploração das jazidas a estranhos, fazendo o monopólio das atividades incluir os riscos e resultados a elas inerentes, era indispensável alterar o teor anterior do artigo 177, da CF. A fim de possibilitar a abertura do setor de petróleo e gás, e conseguir, sem endividamento externo e com divisão de riscos, o concurso de fundos e técnicas disponíveis no exterior, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o projeto de emenda constitucional que, após longa tramitação nas duas casas da corte legislativa, foi aprovado, introduzindo no ordenamento pátrio importantes mudanças.¹²²

Entre aqueles que compuseram o rol de ministros a encaminhar a proposta de emenda à Presidência da República, esteve Nelson Jobim, que, ao escrever sobre o tema, traz uma

¹¹⁸ Decidiu o STF que a técnica histórica é de utilidade expressiva na investigação das circunstâncias que motivaram a elaboração de certa norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolhê-la. STF, ADI 2010 MC/DF. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 30/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 12-04-2002.

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 137-138.

¹²⁰ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Aspectos tributários do direito do petróleo – Natureza jurídica das participações governamentais – Government take*. P. 497.

¹²¹ Aragão refere ao “modelo de mercado e de atração de investimentos propugnado pela Emenda Constitucional n. 09/95, que flexibilizou o monopólio do petróleo”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 81.

¹²² BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17 e 18.

síntese dos acontecimentos. Se no início do século XX cristalizou-se a prestação de serviços, em sentido lato, pelo Estado, especialmente em áreas estratégicas, como o petróleo, com o avanço do século inicia-se o processo de incapacidade de financiamento do Poder Público em termos de investimentos nessas áreas de atuação, fazendo-se necessário o seu recuo. É então que o capital privado é convocado, não só o nacional, mas também o internacional, e em muitos setores verifica-se o processo de privatizações. Surge assim o problema da existência ou não de uma instituição que pudesse suprir o espaço deixado pela ausência do Estado. No caso específico do petróleo, indaga o autor, “qual foi a opção feita pelo Governo e pelo país?”, e ele responde à indagação trazendo à baila os objetivos da política energética nacional, quais sejam, desenvolvimento e promoção da livre concorrência, viabilizados a partir da promulgação da reforma constitucional.¹²³

Também Sissi Noronha aponta o intuito de diminuir a presença do Estado na economia e atrair verbas do setor privado para investimentos até então mantidos exclusivamente pela Administração, como estopins para o surgimento de propostas de modificação à Constituição, pelo o que advém a EC n° 9/95, alterando-se o cenário nacional para iniciar um novo processo em que o monopólio, anteriormente exercido de fato e de direito pela Petrobras, é flexibilizado.¹²⁴

No decorrer de 1995, houve enorme debate em torno da manutenção ou retirada das disposições que asseguravam o monopólio estatal como estruturado pela Lei n° 2.004/53 e pela Assembléia Constituinte de 1988. Chegou-se à redação de uma emenda que retirava da Petrobras a condição de realizadora do monopólio, prevendo a possibilidade de outorga das atividades a sociedades do setor privado, o que dependeria de lei especial. Esta a percepção da professora Marilda Rosado.¹²⁵

Evocando a preciosa *Metodologia* de Karl Larenz, sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixem margem a interpretações diversas, há de preferir-se a que melhor se ajuste à *intenção reguladora* do legislador e ao *escopo* da norma em exame. A intenção reguladora e os fins do legislador podem averiguar-se através da situação histórica, do motivo da regulação, das declarações de intenção do legislador, de uma exposição oficial de motivos, assim como a partir do próprio conteúdo da regulação, conquanto esta esteja inequivocamente orientada a um fim.¹²⁶

¹²³ JOBIM, Nelson. *Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo*. P. 396.

¹²⁴ NORONHA, Sissi. *Acordos de Operações conjuntas – negócios compartilhados no setor do petróleo – considerações iniciais no direito da concorrência*. P. 603.

¹²⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 144.

¹²⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 486.

Assim é que, permeada pelas políticas econômicas neoliberais da década de 90 e, sobretudo, pela necessidade de atrair divisas para incrementar a produção de petróleo e gás no Brasil (dada a incapacidade de investimento da União, bem como da Petrobras), exsurge a emenda 9, fazendo o Estado assumir um novo posto na exploração e produção mineral respeitantes ao petróleo e gás, podendo, a partir de então, conceder o desempenho da atividade e repassar aos contratados os riscos e resultados.¹²⁷

A seu turno, analisando o texto sob a ótica do elemento sistemático, e, em homenagem à noção de unidade da Constituição, de acordo com os quais os conceitos jurídicos devem ser compreendidos em exata consonância com o lugar que ocupam ou com o sistema de que promanam,¹²⁸ é possível extrair duas conclusões.

Uma é a de que as normas proclamadas no *caput* e no § 1º do artigo 177, da CF, precisam ser combinadas com conciliação, não sendo legítimo que o exegeta as interprete separadamente.¹²⁹ Se cumpre ao aplicador do Direito correlacionar os dispositivos, elucidando sua interpretação a partir do conhecimento do conjunto em que restam inseridos; se é preciso buscar o consenso entre eles evitando uma interpretação que os coloque em rota de colisão, pois só assim se resguarda a *unidade* do Texto Magno, a solução que melhor atende a tais comandos é a que coordena os dispositivos, compreendendo que o § 1º, antes de conflitar ou negar o *caput*, veicula um adendo à sua regra (como qualquer parágrafo), na hipótese, abrindo as portas da seara para o chamamento de outros agentes no que toca à efetivação das funções.

Ou seja, embora mantido pela EC nº 9/95 o monopólio em favor da União das principais atividades da indústria do petróleo, a mesma norma possibilitou que ficasse o ente federal autorizado a contratar com interessados a realização das atividades cujo monopólio lhe estava assegurado, o que de resto seria operacionalizado através de Lei Ordinária.¹³⁰ Isto o que se tornou passível de ser delegado pelo Poder Público.

Interpretar de modo diverso seria considerar os dois comandos, insertos no mesmo artigo, excludentes e incompatíveis entre si. Portanto, a intelecção mais razoável é a que harmoniza os preceitos, e uma aplicação dos dois, tendo em vista o todo do sistema constitucional, conduz à conclusão de que o § 1º, concedendo uma prerrogativa à União Federal na senda do regime jurídico de exploração do petróleo e gás natural, importou em autêntica complementação ao enunciado constante de sua cabeça, não em contrariedade.

¹²⁷ ARANTES, Cássio Braga. *Do 'Autoconsumo' de gás natural nas plataformas*. P. 118.

¹²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. P. 138.

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. P. 132.

¹³⁰ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

Essa percepção é reforçada pela análise da LC n° 95/98,¹³¹ que versa sobre o processo legislativo. Ao estabelecer as balizas a serem observadas na elaboração dos textos normativos para que conservem uma ordem lógica, a lei define o *artigo* como unidade básica de articulação, cujo conteúdo deve sempre referir-se a apenas um assunto ou princípio. A depender da complexidade do tema, o artigo poderá desdobrar-se em parágrafos e incisos. Aqueles, devem veicular aspectos complementares ao dispositivo do *caput*, ou, se for o caso, suas exceções, mas nunca poderão representar uma negativa geral da norma principal; enquanto os incisos promovem as enumerações porventura necessárias.¹³²

Outra não poderia ser a relação das normas constantes do artigo 177, da CF. O *caput* finca a permanência do monopólio e o parágrafo 1º, em complemento, traz a possibilidade de seu desempenho de modo indireto, através da cessão das funções a terceiros, mediante contrato. Por isso, com o máximo respeito, não parece crível que a Constituição tenha vindo a prever, num só artigo, dois regimes excepcionais e antitéticos entre si, um no *caput* e outro num *parágrafo*.¹³³ E que, em decorrência, a União teve de fazer uma escolha, entre (a) a permanência do monopólio, ou (b) a completa abertura aos agentes econômicos, escolha esta que se teria efetivado através da Lei do petróleo, com a integral entrega do setor à iniciativa privada.¹³⁴ Até porque essa percepção parece apontar que o constituinte derivado incorreu em contradição, ou obrou com má técnica, pontos que, definitivamente, não podem servir como pressupostos interpretativos.¹³⁵

A esta altura, cabe mencionar o “contexto significativo da lei” referenciado na obra de Karl Larenz,¹³⁶ a cumprir duas relevantes funções em ordem à interpretação das normas: (a) elucidar a apreensão de cada uma das frases e palavras do preceito, estabelecendo como a compreensão de uma passagem é codeterminada pelo seu contexto normativo; e (b) permitir uma concordância objetiva entre duas ou mais proposições singulares que compõem um sistema (ou microssistema).

¹³¹ A LC n° 95/98 foi editada em função da exigência constante do artigo 59, p.u., da CF. Ver seus artigos 10 e 11.

¹³² Para mais: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “*Consolidação e redação das leis: Lei Complementar 95/98 e Decreto 2954/99*”.

¹³³ Neste sentido, Leonardo Mussi da Silva, para quem haveria dois regimes previstos na CF para as atividades ligadas ao petróleo, o primeiro, do monopólio estatal, no *caput*, e o segundo, o sistema de contratação para o exercício das atividades, no § 1º. Diz o autor: “O que estamos a afirmar é que os regimes previstos a partir da Emenda Constitucional 9/95 são excludentes, posto que contraditórios. (...) Em conclusão, a opção e implementação pela União do regime de contratação de empresas privadas ou estatais (1º do art. 177 da CF) afastam o regime de monopólio (art. 177 da CF)”. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 62-63.

¹³⁴ Assim é a doutrina de Gastão Alves Toledo em: *Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP*. P. 188-189.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 134.

¹³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. P. 457-462, 485-486.

Do contexto em que é usada uma norma resulta a definição de qual, dentre as múltiplas variantes de significado passíveis de corresponder a um termo, deva ser considerada no caso particular. A visão global¹³⁷ é imprescindível, porque a Constituição, muitas vezes, é formada por proposições jurídicas incompletas – remissivas, aclaratórias, restritivas – que só conjuntamente com outra(s) norma(s) se complementam e se associam, compondo a regulação de dado instituto. O segundo papel desempenhado pelo contexto significativo da norma é o de admitir uma conciliação das disposições: entre as várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, prevalece aquela que assegure sua concordância material com outro enunciado que integra o mesmo sistema.

Enquadrando o objeto do presente estudo a estas lições, fica fácil notar que o *caput* e o § 1º do artigo 177, da CF são dessa espécie de proposições jurídicas incompletas. À medida que o *caput* enuncia que o controle do setor pertence à União, norteia e limita o sentido jurídico-constitucional do parágrafo primeiro. Este, a seu turno, aclara que, frente à alteração operada pela EC nº 9/95, a efetivação das operações submetidas ao monopólio apenas deixou de ser particular à Petrobras, de modo que, atualmente, pode ser compartilhada com outras empresas, mediante contrato.

Ou seja, a interpretação que garante a concordância material entre as duas células normativas que, juntas, compõem uma norma jurídica acabada e plena de sentido, cujo escopo é disciplinar a exploração e produção de óleo e gás no Brasil, só pode ser a seguinte. As atividades sujeitas ao regime do monopólio continuam submetidas à titularidade, jurisdição e controle do Estado, mas sua realização, esta sim, em lugar de se realizar de forma direta pelo Poder Público, pode ser implementada indiretamente, por meio de agentes diversos, inclusive de capital integralmente privado. Trata-se de processo dialético onde há o esclarecimento mútuo entre as normas: a que, veiculada por uma reforma do texto Magno, inovou o sistema; e aquela que nele já se continha, desde a promulgação da Carta.

Retomando as conclusões que se podem extrair do modificado artigo 177, CF, com a ajuda do método sistemático, aliado ao princípio da Unidade, a segunda, na mesma esteira de contexto significativo e concordância material entre normas, é a de que o regime jurídico do petróleo e gás é formado por mais de um artigo da Constituição. Nesse diapasão, o artigo

¹³⁷ Na linha de que a compreensão da linguagem do Direito se dá sempre pelo sentido de cada expressão inserida no texto, informado pela significação global do próprio texto: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. P. 94.

176¹³⁸ traz o regime jurídico geral de exploração dos recursos minerais, ao passo que o artigo 177 conforma o subsistema específico de dois destes recursos. Ambas as regras serão, por isso, aplicadas conjuntamente.

A dúvida sobre a aplicabilidade do artigo 176, da CF, ao petróleo e ao gás natural gira em torno de alguns questionamentos, e o primeiro é se eles seriam ou não *recursos minerais*. Se pela definição leiga do vocábulo *mineral* (“*corpo inorgânico, sólido à temperatura ordinária, que constitui as rochas da crosta terrestre*”),¹³⁹ o campo de incidência do artigo não alcançaria os hidrocarbonetos, fato incontroverso - abstraindo-se de discussões geológicas -¹⁴⁰ é que o ordenamento jurídico, tradicionalmente e de longa data¹⁴¹ considera o petróleo e o gás inseridos na categoria genérica de recursos minerais.¹⁴² Do entendimento comunga também a doutrina.¹⁴³ A respeito existe contundente passagem da ADI nº 3.273/DF:¹⁴⁴

Ora bem, se é da técnica da Magna Lei de 1988 avançar comandos gerais sobre todo e qualquer tipo de recurso mineral, para depois lançar disposições sobre ‘dois deles’ (petróleo e gás natural), o cânone hermenêutico a observar só pode ser este: **aplica-se toda a parte geral dos dispositivos da Constituição, mas somente naquilo que não conflitar com sua parte especial**. Elementar regra de eliminação de antinomia normativa, figurante do nunca desmentido brocardo latino: *lex speciali derogat generali*.

¹³⁸ Na dicção do artigo 176, da CF “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”.

¹³⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. P. 365.

¹⁴⁰ Neste sentido, a Constituição Federal adota o que podemos chamar de “indiferenciação de *iure*”, pois, na linha da proposição kelseniana de que o Direito tem o condão de criar suas próprias realidades, opta por abstrair as discussões geológicas e geofísicas sobre a diferenciação entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (substâncias orgânicas) e os recursos minerais em sentido estrito (substâncias inorgânicas) e iguala todos sob a rubrica genérica de recursos minerais (Cf. Voto do Min. Carlos Ayres Britto - STF: ADI nº 3.273/DF, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto, Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgamento em 16/03/2005, Publicação DJ 02/03/2007).

¹⁴¹ Alfredo Ruy Barbosa rememora que o Código de Minas de 1934 e o de 1940 classificavam o petróleo e o gás como minerais, pelo o que “fica, assim, evidenciado que o nosso Direito sempre dedicou, historicamente, ao petróleo e ao gás natural, o mesmo tratamento jurídico aplicável aos recursos minerais propriamente ditos” (Vide: *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*). Na atual Constituição, referindo aos recursos minerais e tratando como espécie do gênero o petróleo e o gás destacam-se os artigos 20, inciso V e IX; 20, §1º; 22, inciso XII; e 176, *caput*.

¹⁴² Attilio Vivacqua preceitua que: “O mineral, em seu sentido jurídico, tem uma compreensão ampla e variável, abrangendo os fósseis e os gases combustíveis naturais (...)” In: *A nova política do subsolo e o regime legal das minas*. P. 553-554. A doutrina atenta que as discussões bioquímicas existentes a respeito da classificação ou não do petróleo entre os minerais tornam-se irrelevantes do ponto de vista jurídico, considerando o tratamento unitário sempre dado pelo legislador e pelo constituinte brasileiros. Por todos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 461.

¹⁴³ Para Alexandre Aragão, o artigo 176, *caput*, CF, é complementado, em matéria de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, pelo artigo 177, CF. In: *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 87. No mesmo sentido, é a lição de José Alberto Bucheb em *Direito do Petróleo*. P. 8-9. Contra, por entender que petróleo não é mineral, e sim hidrocarboneto líquido: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em Relação à Extração do Petróleo*. P. 134-136.

¹⁴⁴ STF, ADI 3.273/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 02/03/2007. P. 127 do Acórdão, grifo nosso.

Superadas as dúvidas e tendo em conta que o petróleo e gás são espécies de recursos minerais em sentido amplo, outra questão que impediria a aplicação do artigo 176 aos hidrocarbonetos seria o fato de a Constituição ter previsto uma norma mais específica para regulá-los, o artigo 177, sendo de outra ponta incompatível com o monopólio estatal sobre o óleo e gás permitir que o contratado-executor das funções monopolizadas adquirisse o domínio do produto da lavra. Mas a celeuma é também contornável com o auxílio da doutrina e jurisprudência.

Alfredo Ruy Barbosa contempla que o artigo 176 é norma geral de Direito Minerário, enquanto o artigo 177 abriga uma regra especial desse ramo do Direito em relação a alguns de seus produtos – petróleo, gás e demais hidrocarbonetos fluidos. Conseqüentemente, as duas devem ser aplicadas em conjunto, observada a especialidade do artigo 177, razão pela qual deve prevalecer sobre os dispositivos genéricos sempre que possuir regra específica em sentido diverso.¹⁴⁵ Em conjunto, os artigos 176 e 177 dispõem sobre o monopólio federal das atividades petrolíferas básicas e sobre as condições de atuação pública e privada no setor.

A respeito de como as três cláusulas relacionam-se (artigo 176; *caput* do artigo 177; e § 1º do artigo 177, todos da CF) Alexandre Aragão escreve que o artigo 176, CF, separa a jazida do solo, imputando-a ao patrimônio da União. No artigo 177, *caput*, a Carta Magna afirma que a União Federal, em regime monopolista, pode explorar aquele bem que é seu, cabendo apenas delegar o seu exercício a particulares mediante contrato (artigo 177, § 1º). Sinteticamente, o bem (a jazida) é sempre da União; a atividade de sua exploração também o é, podendo, no entanto, ser concedida a particulares.¹⁴⁶

Além disso, com o advento da EC nº 9/95 caiu a proibição de aplicação do artigo 176 ao petróleo e gás, em especial sua parte final¹⁴⁷ onde está a cláusula de garantia de transferência da propriedade. Não há mais nada no artigo 177 que vede a participação do terceiro contratado (via contrato de concessão ou outra modalidade qualquer de pacto firmado com a União, por exemplo, a partilha), em espécie, no resultado da lavra.¹⁴⁸ Na verdade, a

¹⁴⁵ Vide BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão minerária*. P. 92-95.

¹⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 88.

¹⁴⁷ Cumpre lembrar que a mencionada Ação Direta, proposta pelo Governador do Estado do Paraná, Roberto Requião, tinha como tese central a inaplicabilidade da parte final do artigo 176, CF ao petróleo e ao gás natural por ser incompatível com o monopólio estabelecido para esses bens. Contudo, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 410/2005, que exclui a parte final (“*garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra*”) do *caput* do artigo 176.

¹⁴⁸ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 11. O autor destaca que ao fazer uso da permissão contida no art. 177, § 1º e contratar empresas para a realização das atividades, a União equipara os fundamentos básicos do regime jurídico aplicável a essas riquezas aos dos demais bens minerais, regidos pelo art. 176, CF.

apropriação dos produtos extraídos é uma das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado e em nada viola o monopólio federal.

Nessa esteira foi a conclusão dos Ministros no julgamento da ADI nº 3.273/DF. A propósito, nas palavras de Eros Grau resta evidente que monopólio é de atividade, não de propriedade, o que explica porque a propriedade do resultado da lavra das jazidas pode ser atribuída pela União a terceiros, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio contemplada no artigo 177, da CF. A propriedade do produto da extração, conferida pelo artigo 176, CF, é inerente ao modo de produção capitalista, o mesmo se dando quanto ao produto das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do §1º do art. 177. Essas contratações seriam materialmente impossíveis sem que os contratados se apropriassem do petróleo e gás emergidos.¹⁴⁹

Avançando ao último método, o da interpretação teleológica, o elemento finalístico da regra do artigo 177 a ser realizado, não é outro senão o de permitir a relativa abertura do exclusivismo estatal no setor, de modo que a indústria petrolífera se desenvolva ainda mais, superando o anacronismo da dependência de uma atuação econômica monopolista do Estado para a sua sobrevivência.

Aplicar o artigo 177 e seus parágrafos como se nenhuma mudança se tenha verificado, como se o monopólio estatal sobre a execução das atividades, bem ainda sobre o resultado das mesmas, remanescesse intacto, inalterado, admitindo-se, com isso, que a EC nº 9/95 veio para nada dizer, para nada crescer, traduzindo-se em letra morta, exprime perspectiva que colide invariavelmente com a sua finalidade e também com o Princípio da Máxima Efetividade. Às normas constitucionais deve ser dispensada uma interpretação capaz de assegurar a plenitude de seus efeitos,¹⁵⁰ Portanto, sustentar que não houve qualquer alteração nas regras implica não só negar efeitos plenos, como negar qualquer efeito à norma reformadora.

A propósito o Tribunal Constitucional Federal¹⁵¹ alemão já teve a oportunidade de assentar que o processo intelectual não pode atribuir a um texto sentido oposto aos fins colimados, tampouco pode determinar, de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma interpretanda, tudo para conservar o objetivo da regra em pontos essenciais da disciplina. A interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado.¹⁵²

¹⁴⁹ Cf. STF: ADI nº 3.273. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007.

¹⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1224.

¹⁵¹ Trecho citado em BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 134.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. P. 268.

A aplicação das normas, especialmente as de sede constitucional, não pode levar a uma consecução ineficiente ou menos eficiente¹⁵³ dos objetivos primários daquele ordenamento setorial. A validade da norma passa também pela sua aptidão em atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que tal política pretende combater. Pelo Princípio da Proporcionalidade, em seus subprincípios adequação e necessidade, não se pode impor a adoção de meio inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, como a hipótese de se insistir na interpretação que exija a manutenção de um monopólio absoluto.¹⁵⁴

De fato, foi a EC nº 9/95 que, em relação ao petróleo, permitiu a contratação de outros agentes para exercer esta atividade configurada antes como monopólio indelegável. Estruturou-se apenas e tão somente uma rede de contratos com vistas a que outro ente, de natureza pública ou privada, exerça (delegação do mero exercício da atividade), nos termos dos negócios jurídicos celebrados, a atividade monopolizada, tanto que, no caso das concessões, elas são chamadas de concessões industriais.

Cumprir notar, assim, que a vontade objetiva e independente da norma nascida da alteração promovida pela emenda constitucional foi a de introduzir significativa mudança jurídico-estrutural na indústria do petróleo, possibilitando que a União abrisse mão de sua exclusividade para a execução das atividades. No entanto, esse fim último perseguido pela norma, visando sempre à preservação do interesse nacional, não permitiu que houvesse um trespasse indistinto das operações a terceiros.

Cássio Braga Arantes atenta exatamente para tal ao advertir que, não obstante a abertura proporcionada pela EC nº 9/95, a flexibilização¹⁵⁵ não foi um instrumento para garantir a livre transferência ao regime comum do exercício de atividade econômica, já que o monopólio sobre ele se manteve.¹⁵⁶ O novel sistema trazido pelos §§ 1º e 2º, sem macular o controle estatal sobre as funções descritas nos itens I a IV, do *caput* do artigo 177, da CF, permitiu a sua execução de modo mediato, por via de delegatários. Portanto, frente à

¹⁵³ Recorde-se que o Princípio da Máxima Efetividade também é denominado “Princípio da Eficiência ou da Interpretação Efetiva”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1224.

¹⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 86.

¹⁵⁵ Referindo à flexibilização: BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 5.

¹⁵⁶ ARANTES, Cássio Braga. *Do ‘Autoconsumo’ de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 118.

autorização constitucional, o caminho mais correto não é falar em quebra¹⁵⁷ ou extinção, é mencionar uma *relativização*¹⁵⁸ ou *abertura*.¹⁵⁹

Segundo Celso Albuquerque, existe, portanto, a partir da EC n° 9/95, com a operacionalização que a lei do petróleo lhe empresta, sólida base constitucional e legal para que empresas privadas (ou outras empresas públicas) venham pesquisar e produzir petróleo no Brasil, e, mencionando as demais atividades, que venham a instalar e explorar refinarias, construir e operar gasodutos, terminais, etc., importar e exportar petróleo, gás natural e derivados, exercendo, então, todas as atividades incluídas no monopólio público, desde que recebam da União a outorga do título jurídico cabível para tanto.¹⁶⁰

Em outro giro, para que se esclareça em definitivo quais os desígnios da modificação constitucional, é importante separar os quatro elementos a serem considerados na temática: 1) a propriedade das jazidas; 2) a titularidade das atividades incidentes sobre elas; 3) o exercício dessas atividades; e o 4) o produto oriundo do exercício. Somente no que diz respeito aos dois últimos, titularidade do exercício e do produto extraído, o modificado sistema constitucional tencionou serem transferíveis pela União, em proveito do contratado, observados os termos e condições legais.¹⁶¹

O artigo 177, CF, institui para a União o monopólio da exploração da jazida, a qual, por sua vez, é também objeto de direito de propriedade (direito real público, em sentido estrito e técnico do vocábulo “propriedade”) do sujeito federal. O que o proprietário-monopolista concederá, respeitando-se o escopo da regra, é parcela de seu poder de fruição, unido ao domínio do produto da lavra. O que se confere ao terceiro é a conduta, atividade ou comportamento, realidades jurídicas bem distintas da coisa propriamente dita, que jamais poderá ser perpassada.¹⁶²

A doutrina portuguesa esclarece com precisão: o que ocorre no bem público jazida de petróleo/jazida de gás natural é estar suscetível de aproveitamento, no caso, de exploração

¹⁵⁷ Alexandre Aragão mostra discordância ao termo “quebra de monopólio”. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP*. P. 178.

¹⁵⁸ As passagens do voto do Min. Eros Grau na ADI n. 3.273, têm este sentido: “A EC 9/95 tornou relativo o monopólio do petróleo” e “(...) O monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do texto da Constituição”. STF: ADI n° 3.273. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007.

¹⁵⁹ Em menção à abertura do setor: JOBIM, Nelson. *Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo*. P. 397.

¹⁶⁰ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 21.

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 458.

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 87 -89

econômica, por alguém que toma o lugar da pessoa coletiva de direito público, a quem é atribuído o benefício de exercer uma atividade que a lei reservou para a Administração.¹⁶³

Em paralelo a todas essas assertivas, vale constatar que a Constituição, invariavelmente, está condicionada pela realidade histórica em que se insere, não podendo ser separada da conjuntura concreta de seu tempo (o “contexto extratexto”). Os efeitos de suas normas somente irão operar-se levando em consideração os eventos e acontecimentos que se movem a seu redor, e que grande influência exercem sobre a interpretação constitucional. Oportunas as lições de Canotilho, para quem a determinação do significado das palavras contidas no texto não admite o desconhecimento da realidade social.¹⁶⁴ Por sua vez, assinala Eros Roberto Grau:¹⁶⁵

A norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também *o caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.

Sendo assim, o contexto atual em que se coloca a Norma Maior reclama a interpretação nesse tópico apresentada, pois se vivencia um momento de grande atratividade do mercado nacional, sendo o Brasil um dos poucos a contar com inúmeras reservas ainda sequer exploradas num contrafluxo ao cenário de escassez mundial; um momento em que o setor petrolífero já se firmou, principalmente em termos de conhecimentos tecnológicos, não representando mais os riscos que outrora eram preocupantes. Sem mencionar a posição galgada ao longo do tempo pelo país, que hoje goza de instituições estáveis e de reconhecido avanço socioeconômico.

O monopólio estatal foi, e é conclusão inafastável, mitigado com a possibilidade de celebração de contratos, precedidos de licitação, com empresas estatais ou privadas, para desempenho das atividades da indústria petrolífera.

¹⁶³ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. P. 93.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1.148.

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. P. 120.

Tanto que, em junho de 1999, a União, representada nesta seara pela ANP,¹⁶⁶ começa a realizar contratações de empresas, dando efetivo início ao processo de licitação para a exploração e produção de petróleo no Brasil através da Primeira Rodada de Licitações, que¹⁶⁷ permite o ingresso de companhias estrangeiras no setor.¹⁶⁸ Os certames tiveram continuidade desde então, repetindo-se a cada nova área a ser licitada. Em maio de 2013 aconteceu a 11ª Rodada para campos situados fora da faixa do pré-sal. Já a primeira licitação para as áreas das novas fronteiras petrolíferas está marcada para acontecer em outubro do ano de 2013.¹⁶⁹

Por fim, vale apenas rememorar que, por ordem expressa da Constituição, o processo de flexibilização não operou diretamente da Carta Magna, mas de lei, responsável por fixar os termos e condições em que as contratações dar-se-iam. A regulamentação efetivada pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) foi, em 2010, alterada e complementada pela disciplina do novo marco regulatório do setor, constituído das Leis nºs 12.276, 12.304 e 12.351, editadas em decorrência das significativas descobertas do pré-sal. O que fazem todos estes atos legislativos, Lei do Petróleo e Leis do Pré-Sal, é minudenciar o regime jurídico de exercício do monopólio federal do petróleo e gás natural. No capítulo seguinte será examinado o tema dos Marcos Regulatórios.

¹⁶⁶ A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), implantada pelo Decreto nº 2.455/1998, é o órgão regulador do setor. Tem como atribuições, dentre outras, a de regular, estabelecendo regras por meio de portarias, instruções normativas e resoluções; a de contratar, promovendo licitações e celebrando contratos em nome da União com os concessionários em atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; e de fiscalizar as atividades das indústrias reguladas, diretamente ou mediante convênios com outros órgãos públicos. Cf. artigo 8º da Lei do Petróleo.

¹⁶⁷ Antes, porém, em agosto de 1998, obedecendo ao artigo 32 da Lei do Petróleo, aconteceu a Rodada Zero de Licitação, ratificando o direito da Petrobras sobre os campos que já se encontravam em efetiva produção na data do início da vigência da Lei, assegurado, com isso, o direito adquirido da empresa. Cf. BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 72.

¹⁶⁸ A menção à “companhia estrangeira” quer dizer com o país de onde são originárias, sem descuidar que, a rigor da boa técnica, elas são empresas brasileiras, nos moldes do artigo 5º da Lei do Petróleo, a tolerar apenas a contratação de empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (mas que não necessariamente sejam genuinamente brasileiras). Cf. BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 19.

¹⁶⁹ Cf. <http://www.brasil-rounds.gov.br/#>. Acesso em 02/03/2013.

2 O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR NO BRASIL

Um setor dinâmico e volátil como o da indústria do petróleo, em que o imprevisível, inesperado e imponderável surgem continuamente, demanda uma constante atualização no regramento a que se submete.¹⁷⁰ É preciso que exista uma evolução compatível com as necessidades regulatórias, havendo a possibilidade de, a cada nova etapa experimentada, levando em conta as condições geológicas, tecnológicas e econômicas, bem assim o momento vivido pelo país, o legislador ir aperfeiçoando o regime em que as atividades são exploradas.¹⁷¹

Extrair petróleo a risco baixo em camadas que abrigam vastas reservas, com óleo e gás de qualidade diferenciada, exige um marco jurídico completamente diverso daquele em que a pesquisa e lavra são desenvolvidas em águas profundas com riscos geológicos altíssimos e dispêndios vultosos de capital, tendo como pano de fundo um monopólio público (flexibilizado) aliado a um contexto de neoliberalismo político e subdesenvolvimento econômico; cenário que, por sua vez, difere em muito da conjuntura em que as operações de E&P estiveram submetidas a um exclusivismo federal absoluto, que abrangia os riscos e resultados das mesmas.

São essas particularidades que devem ser consideradas para notar como a evolução da exploração do petróleo e gás natural, no curso da história, acompanhou, inseparavelmente, as mudanças jurídico-estruturais que condicionaram o segmento. Quanto mais o Direito conhece e se aproxima, de forma razoável e proporcional, das práticas legítimas do campo a ser disciplinado, incrementa-se a chance de proporcionar um regramento efetivo. Assertiva esta que deve ser reforçada quanto à regulação da economia.

Aduz Alexandre Aragão que merece, assim, especial atenção a tecnicidade do marco regulatório das atividades petrolíferas que, desde o seu surgimento, nos EUA, foi se desenvolvendo de maneira empírica, o que se reflete na encampação de exigências técnicas e econômicas específicas do setor na normatização estatal.¹⁷²

¹⁷⁰ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 9.

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 99.

¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 128. E também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor*. P. 14.

O Direito do Petróleo, em seu componente de Direito Público Econômico, precisa ser flexível, de tal modo que as normas que fixem seus parâmetros de regência acompanhem, na medida do possível, a mutabilidade que marca a conjuntura pós-moderna, sob pena de insistirem em uma disciplina ineficiente e afastada da realidade. O ordenamento deve ser capaz de estabelecer as normas apropriadas para a regulação das atividades relacionadas ao petróleo e gás natural.¹⁷³

Basta apenas esclarecer o que se entende por regime jurídico ou marco regulador. Especificamente quanto às atividades de E&P de petróleo e gás natural, trata-se do conjunto de normas, regras, princípios e diretrizes que conduzem a exploração, desenvolvimento e produção destes hidrocarbonetos em um determinado local ou Estado.¹⁷⁴

Ele tem especial importância porque oferece o arcabouço legislativo dos países hospedeiros, propiciando o quadro de referência básico para as operações petrolíferas, a regulação das atividades, a instrução a respeito de como elas serão executadas pelas empresas domésticas, estrangeiras e internacionais, e a definição quanto aos aspectos administrativos, econômicos e fiscais para a recepção de investimentos no setor.¹⁷⁵ Acresce Sergio Gabrielli que os marcos regulatórios de cada país definem os tipos de companhias que podem ter acesso a áreas com petróleo e gás, seus recursos e suas potenciais reservas.¹⁷⁶

2.1 Evolução do Quadro Normativo na História

A despeito de a história referir-se ao petróleo desde a antiga Babilônia,¹⁷⁷ sua exploração comercial e tratamento jurídico são bastante recentes, tanto no exterior quanto no Brasil. Um breve esboço sobre a transformação que o regime jurídico nacional a que foram submetidos os hidrocarbonetos ao longo do tempo, quase sempre delineado por normas infraconstitucionais, impõe-se.

A primeira norma a tratar do tema foi o Decreto nº 3.352-A/1864, concedendo a Thomaz Denny Sargent a faculdade de extrair petróleo, trufa e outros minerais nas comarcas

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípios de Direito Regulatório do Petróleo*. P. 313 e 321.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 49.

¹⁷⁵ ONORATO, William T. *Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development*. P. 3.

¹⁷⁶ AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 251.

¹⁷⁷ THOMAS, José Eduardo (Org.). *Fundamentos de Engenharia do Petróleo*. P. 1.

de Camamu e Ilhéus, na Bahia, por si ou por meio de uma companhia, pelo prazo de 90 (noventa) anos. A seguir, presenciou-se um longo período de contratos de concessão. Na verdade, a política era de total liberdade: o governo federal não intervinha na questão, e os governos estaduais podiam outorgar (e outorgavam) grandes concessões, sem maior controle ou critério.¹⁷⁸

Durante a década de 1930, surge uma campanha em prol da nacionalização dos bens do subsolo, que rapidamente se espalha pelos mais diversos segmentos da sociedade. Essa visão nacionalista de que se imbui o povo é o pontapé para uma série de decisões e medidas legais que se sucedem, e que foram determinantes no sentido de estabelecer os rumos da regulação do setor de *Oil & Gas* no país.

As modificações começam ainda no governo Vargas. Em 1934 foi instituído o Código de Minas, através do Decreto nº 24.642, de 10 de julho, retirando do proprietário do solo o direito sobre o subsolo no que respeitava às jazidas de minerais ou fósseis e incorporando-as ao patrimônio da União – cabendo aos Estados o domínio em raríssimos casos - em caráter imprescritível. Em 1938, o Decreto-Lei nº 366, de 11 de abril, acresce ao Código um título concernente às jazidas de petróleo e gases naturais, de modo que a pesquisa e a lavra das mesmas seriam reguladas pelas disposições gerais constantes do Código.¹⁷⁹

Ainda nos idos de 1938 surge aquela que é considerada a primeira iniciativa consistente de regulação do setor, ou, como quer a doutrina, a primeira intervenção do Estado no mercado brasileiro de petróleo,¹⁸⁰ a inaugurar a denominada *Legislação do Petróleo*, que desde então o dispensa tratamento segregado ao dos demais recursos minerais.¹⁸¹ Por obra do Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril, ao mesmo tempo em que é declarado de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo, estabelece-se a competência federal para autorizar, regular e controlar a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio do ouro negro e seus derivados em todo o território nacional.

Pelo diploma legal, dá-se a criação do Conselho Nacional do Petróleo (CNP), órgão vinculado à Presidência, cujas atribuições vieram previstas no Decreto-Lei nº 538, de 7 de julho de 1938, dentre elas as de regular as importações e exportações, autorizar a instalação de refinarias, e opinar acerca da outorga de autorizações de exploração e concessões de lavra de jazidas. O CNP poderia, ainda, por intermédio de órgão técnico, desempenhar os trabalhos

¹⁷⁸ SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 11.

¹⁷⁹ Ver Código de Minas (Decreto no 24.642/1934), artigos 4º e 97, com as alterações do Decreto-Lei nº 366/1938.

¹⁸⁰ AGEL, Sonia. *O processo administrativo e a aplicação de penalidades nas atividades de distribuição e revenda de combustíveis*. P. 292.

¹⁸¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 142.

oficiais de pesquisa, e, quando julgasse conveniente, proceder à lavra e industrialização dos respectivos produtos. Um ano após, em 1939, ocorre a primeira descoberta de jazida comercial no Brasil, quando o senhor Manoel Ignácio Bastos encontra petróleo no município de Lobato, interior do Estado da Bahia.

A respeito da exploração e produção, o Decreto-Lei nº 3.236, de 07 de maio de 1941 (Código de Petróleo), determina expressamente que a lavra de petróleo e gás natural seria autorizada por decreto, ficando o produto, uma vez extraído, em mãos do concessionário. Caberia à União uma participação sobre a extração mineral, em dinheiro ou espécie. No mais, as atividades de exploração e produção das jazidas de petróleo e gases naturais seriam reguladas pelas disposições genéricas do Código de Minas (Decreto-Lei nº 1.985, de 29/01/1940, que representou um aperfeiçoamento do anterior, datado de 1934) naquilo que não expressamente modificado pelo Código de Petróleo.

Mas a consolidação de todo este processo só viria na década de 1950, com a participação ativa de todas as correntes da opinião pública na mobilização para o estabelecimento do monopólio estatal sobre o petróleo. A campanha “O Petróleo é Nosso” culminou com a edição de Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953,¹⁸² mais um feito do Presidente Getúlio Vargas, a qual definiu o monopólio da União Federal sobre os hidrocarbonetos fluidos e gasosos.

Dispondo sobre a política nacional do petróleo, a lei definiu novas disposições relativas ao CNP (como a competência para superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional) e instituiu a Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras, como órgão realizador das atividades monopolizadas. Com isso, modificou-se o regime jurídico de exploração até então vigente, em que as atividades eram exercidas em livre concorrência. Este o segundo marco legislativo da indústria do petróleo.¹⁸³

Nunca é demais lembrar que, em virtude da necessidade de atrair divisas, o regime militar, por obra do ex-Presidente general Ernesto Geisel (também ex-presidente da Petrobras), implementou os contratos de prestação de serviços, com cláusula de risco, com petrolíferas como British Petroleum Co., Shell, Agip, Esso. Os instrumentos, muito embora de legitimidade duvidosa – é de recordar que o ambiente da época era o de monopólio legal das atividades, todas elas subjugadas ao Governo, de quem fazia as vezes a Petrobras -, proliferaram sem terem sido postos em xeque.

¹⁸² FREDERICO, Daniel Braga. *Alguns apontamentos acerca da natureza jurídica das participações governamentais do petróleo e do gás e seus reflexos práticos*. P. 190.

¹⁸³ Marilda Rosado destaca que a Lei nº 2.004/53 passou a ser o “marco da legislação brasileira de petróleo”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 143.

Quanto ao panorama constitucional em vigor a suportar cada qual dessas normas, é de se notar que a Constituição de 1891 não se preocupava sequer em estabelecer parâmetros para a exploração das jazidas minerais em geral. Limitou-se, em seu artigo 72, § 17, a definir que as minas pertenciam ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da sua exploração. Já a Carta de 1937 fixava, em seu artigo 143, que as minas e demais riquezas do subsolo eram propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, dependendo estes de autorização federal. A Constituição de 1946 (artigos 152 e 153), ainda sem tratar de modo específico do petróleo e gás, mantém a separação entre o domínio das minas e riquezas do subsolo e o do solo para fins de exploração e submete seu aproveitamento industrial à autorização ou concessão federal.

Os primeiros diplomas supremos a segmentar o tratamento do petróleo em relação aos demais recursos minerais são as Constituições de 1967 e de 1969. Ambas também previam a propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial das jazidas minerais, estando as atividades concernentes condicionadas à autorização ou concessão federal (artigos 161 e 168). E, quanto ao petróleo, estipulavam que a exploração e a lavra estariam circunscritas ao monopólio da União, nos termos da lei (artigos 162 e 169).

Eis que advém a Constituição Federal de 1988 e seu artigo 177, *caput* e § 1º, em que o monopólio de titularidade da União Federal, com assento constitucional desde as Cartas de 1967 e 1969 (EC nº 1/69), como dito, é mais uma vez enunciado e passa a encampar os riscos e resultados decorrentes do seu exercício. Adquire, como a doutrina ressalta, caráter absoluto e feição mais rigorosa já experimentada.¹⁸⁴ Tratava-se da terceira mudança jurídico-estrutural.

Mas o delineamento rígido duraria pouco. Conforme Luís Gustavo Bezerra “*a globalização econômica determinou que, a partir da década de noventa, após um longo e forte período de intervenção na economia brasileira, a sociedade repensasse a função, estrutura e o custo do Estado*”. A regulação setorial, nesse contexto, passa a ser bastante relevante para o crescimento econômico e para a transição gradual de um modelo estatizante, para um que propiciasse condições mínimas para a realização dos indispensáveis investimentos privados, sendo devolvida, à iniciativa privada, a condução de atividades de produção, que se encontravam sob o domínio estatal. O Poder Público deixa de revestir a qualidade de agente direto das operações econômicas.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

¹⁸⁵ BEZERRA, Luís Gustavo Escorcio. *Aspectos jurídicos da proteção ambiental na indústria de petróleo upstream: panorama e reflexões*. P. 118-119.

A “*notória incapacidade financeira do Estado brasileiro para aumento substancial de investimento em novas áreas de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural*”, segundo José Marcos Domingues, determinou, a partir dos anos 90, a flexibilização do monopólio federal, com vistas à divisão de riscos e ao incremento da produção.¹⁸⁶

Ante as pressões por mudanças, em especial para que houvesse aumento de investimentos e um desenvolvimento mais robusto, permitindo a entrada no setor de novas tecnologias, é promulgada a EC nº 9/95, aquela que, imbuída pela ideologia neoliberal,¹⁸⁷ altera o artigo 177, da CF, mitiga o monopólio estatal e permite a União celebrar instrumentos negociados com interessados na execução das operações de pesquisa e lavra. Junto à Emenda vem a Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97),¹⁸⁸ por determinação do artigo 177, § 1º, que havia repassado à norma infraconstitucional o fim de prescrever as condições de contratação. Ambas se unem para formar o quarto marco normativo do óleo e gás.¹⁸⁹

A respeito da Lei do Petróleo como norma transformadora da arquitetura institucional do campo de E&P dos hidrocarbonetos, vale mencionar a exposição de motivos nº 25/96, do Ministério de Minas e Energia, que encaminhou à Presidência da República o anteprojeto da Lei nº 9.478/97. Dizia o texto:¹⁹⁰

Constitui (a Lei do Petróleo) um importante marco: demonstra que, no Brasil, a indústria do petróleo atingiu a maturidade e está sendo aberta para possibilitar novos investimentos e permitir uma interação equilibrada entre o Estado e a iniciativa privada.

Comentando acerca do mesmo diploma, Nelson Jobim destaca que, no panorama anterior, de monopólio público absoluto, não havia necessidade alguma de uma norma a fixar os parâmetros da exploração e produção ou os objetivos da política energética nacional. Na medida em que se abre a possibilidade de ingresso da atividade privada nessa área, surge a exigência de lei nesse sentido. Entretanto, bem escreve o ex-Ministro: tudo o que está posto é algo que se produz na história, não advém pura e simplesmente de determinadas elucubrações. *“Tudo é um produto da história e vale e é eficaz enquanto funciona na história. Afastada a*

¹⁸⁶ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Aspectos tributários do direito do petróleo*. P. 493.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 61.

¹⁸⁸ Merece menção o fato de a Lei do Petróleo ser objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ainda pendentes de julgamento no STF, como a ADI nº 3.326/04 e a ADI nº 3.596/05.

¹⁸⁹ Referindo à EC nº 9/95 e à Lei do Petróleo como “*dois marcos históricos na indústria do petróleo brasileira*”: MARTINS, Carolina de O. *Project Finance na indústria do petróleo brasileira*. P. 456. Também qualificando a Lei do Petróleo de “*marco regulatório do petróleo no Brasil*”: CARNEIRO, Daniel Dix, et. al. *Particularidades tributárias relacionadas com o biodiesel destinado às refinarias de petróleo e às distribuidoras de combustíveis*. P. 60.

¹⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 105.

possibilidade de funcionalismo na história, desaparece a necessidade da instituição ou da categoria jurídica”.¹⁹¹

Eis que surge o Novo Marco Regulatório do Setor de Petróleo e Gás Natural no Brasil. Impulsionado pela chegada a uma nova camada geológica, com expansão das fronteiras petrolíferas a alcançar a faixa do pré-sal, ele vem veiculado por três diplomas normativos, as Leis n.ºs 12.276, 12.304 e 12.351, todas do ano de 2010. É inserido o regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural.¹⁹²

Mas, antes que surjam interpretações equivocadas, convém esclarecer: o novo modelo não anula aquele formado pela Lei do Petróleo e pela Constituição de 1988 com seu artigo 177 alterado pela emenda 9, até porque o seu fundamento de validade repousa neste mesmo dispositivo. Vem apenas a acrescer, colocando-se ao lado do antigo marco, que, na avaliação de especialistas e do Legislativo pátrio, tornou-se ultrapassado para reger as atividades de E&P nas novas áreas encontradas, surgindo um mais moderno e adequado, todavia de aplicabilidade restrita. É nesse sentido que se diz que ele (o regramento precedente) fora superado. Contudo, a Lei do Petróleo e o sistema de concessões que consagra continuam gozando de eficácia plena para todas aquelas acumulações petrolíferas e gasistas situadas fora do pré-sal e/ou das áreas estratégicas.

Em síntese, cada qual dos momentos históricos vivenciados pelo Brasil (e pelas nações em geral), dadas suas peculiaridades, demandaram um enquadramento legal distinto, o que explica a evolução da normatização do setor, bem como o fato de o país ter experimentado diferentes modelos contratuais no curso de todas essas evoluções. *Verbi gratia*, a mitigação do exclusivismo estatal no setor petrolífero operada pela EC n.º 9/95 permitiu o surgimento de *novos instrumentos contratuais* para as atividades de exploração e produção.¹⁹³ Os contratos petrolíferos, na verdade, veiculam diferentes regimes em que as atividades de pesquisa e lavra são desenvolvidas. Para que se conheçam melhor as características de que desfrutam, tanto em termos de Direito Comparado quanto de ordenamento nacional, o tópico seguinte é dedicado a seu exame.

¹⁹¹ JOBIM, Nelson. *Aspectos da abertura do mercado de petróleo*. P. 396, 397 e 399.

¹⁹² Celso de A. Barreto, comentando o tema, afirma que a entrada em vigor da Lei do Petróleo configura o início da 4ª fase da legislação brasileira de petróleo, apontando que a 1ª seria a da livre iniciativa; a 2ª do controle pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP); já a 3ª a do monopólio pela Petrobras das atividades – nos termos da Lei n.º 2.004/53, apontada como o grande divisor de águas na política energética brasileira. Nesse sentir, vê-se hoje o que o autor denominaria de 5ª fase da legislação brasileira de petróleo, com o advento das Leis de 2010. Vide: BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

¹⁹³ BUENO, Alessandra Belfort. *O consórcio da indústria do petróleo*. P. 1.

2.2 Contratos da Indústria do Petróleo

Afirma Marilda Rosado que “os contratos petrolíferos, ou contratos de exploração, são a designação corrente para os instrumentos firmados entre o Estado ou uma agência estatal ou empresa governamental, e uma ou mais empresas petrolíferas”. Neles são previstas as prerrogativas e as obrigações decorrentes dos direitos conferidos pelo Estado aos interessados quanto à utilização e destinação das reservas petrolíferas.¹⁹⁴

Em verdade, cada país adota um diferente sistema ou sistemas que agregam características específicas, de acordo com as peculiaridades e necessidades da nação. No que respeita à possibilidade de encampar mais de um modelo, consoante as exigências do país, o Canadá é exemplo de Estado em que os contratos de petróleo e gás utilizados para reger as relações e os direitos minerários entre as partes são de inúmeros tipos, podendo haver ainda variadas combinações entre eles.¹⁹⁵

No Brasil, os ditos contratos visam à delegação, a particulares, de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado. No caso específico do petróleo e gás natural, através deles dá-se a transferência da gestão econômica das jazidas da União aos contratados, assentindo a Administração Pública no exercício, por agentes não-estatais, das atividades que integram seu monopólio. O agente privado, ao aderir a eles por sua vontade, torna-se titular do feixe de direitos de explorar o bloco, verificando-se uma legitimação para o exercício de atividade. O objeto do instrumento negocial é o direito de explorar, que integra o patrimônio da União e reflete um complexo de posições jurídicas orientadas à atividade empresarial prospectiva e lavradora.¹⁹⁶

No que tange ao que Alfredo Ruy Barbosa chamou de contratos modernos envolvendo a indústria do petróleo,¹⁹⁷ podem-se citar os seguintes, posto serem os mais comumente adotados: a) concessão; b) partilha; c) prestação de serviços, com ou sem cláusula de risco; d) *joint ventures*;¹⁹⁸ e os e) contratos híbridos.¹⁹⁹ As denominações buscam traduzir as

¹⁹⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 128-129.

¹⁹⁵ CASTRO, Morella M; ROGERS, Aaron M. *Petróleo e Gás Canadense*. P. 43. Para mais: LUCAS & HUNT. *Oil and Gas Law in Canada*. Carswell, Calgary: 1990; e BALLEM, John Bishop. *The Oil and Gas Lease in Canada*, 4th Ed. Toronto: University of Toronto Press, 2008.

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 92, 93, 98 e 99.

¹⁹⁷ BARBOSA, Alfredo Ruy. *Breve Panorama dos Contratos no Setor de Petróleo*. P. 35.

¹⁹⁸ John Dzienkowsky aponta os quatro como os modelos básicos para a exploração de petróleo. Cf. DZIENKOWSKY, John S. *Concessions, production sharing, and participation agreements for developing a country's natural resources*. P. 411.

particularidades de cada um, mas não espelham uma definição pronta e acabada, vez que os instrumentos foram assumindo traços dos ordenamentos que os abrigaram.²⁰⁰ Traços estes que não são, em absoluto, comuns a todas as regiões do mundo em que haja E&P ao amparo de um mesmo modelo, por serem muitas as peculiaridades existentes.

Posto que variam os modelos de contrato de exploração,²⁰¹ a empresa petrolífera tem sempre a preocupação preliminar de saber quem tem o direito de autorizar o desenvolvimento dos recursos minerais no país, modificando-se, em cada qual dos regimes, os atores que representam os interesses dos países hospedeiros (Estado, agência reguladora ou estatal de petróleo) na celebração dos pactos, e os sistemas de alocação de ônus e recursos entre o governo e as empresas privadas.²⁰²

De outra ponta, o objetivo do Poder Público com os contratos petrolíferos é maximizar a riqueza advinda de seus recursos naturais²⁰³ e possibilitar o aumento da oferta de petróleo, contribuindo, assim, para garantir o abastecimento nacional, a obtenção de divisas e o aumento do papel estratégico do país pela exportação.²⁰⁴

Vale uma breve análise das características das modalidades citadas. Por óbvio, as balizas poderão variar conforme a realidade da ordem jurídica da nação em que estiverem inseridas, pois, como mencionado, não se tratam de modelos estanques. Contudo, será sempre possível enxergar, independente do país considerado, algumas das marcas apontadas, pelo menos aquelas essenciais para a identificação de cada espécie contratual.

Na concessão, as atividades devem ser realizadas por conta e risco integrais do concessionário em uma área ofertada pelo Estado, por prazo determinado, com pouca ou nenhuma interferência do governo do país anfitrião nos projetos de exploração e produção, respeitada a regulação porventura existente. Ou seja, a empresa concessionária assume o risco exploratório, bem como o de investir e não encontrar os hidrocarbonetos. Em caso de descoberta e desenvolvimento do campo, o petróleo e gás natural extraídos pertencem ao

¹⁹⁹ São as mesmas modalidades contratuais de exploração e produção de petróleo citadas por Alexandre Aragão. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 465.

²⁰⁰ Por isso que se costuma aludir a *modelo iraquiano* do contrato de serviço, contrato *colombiano* de associação, licença do *Mar do Norte* (Reino Unido ou Noruega), contrato de partilha de produção *angolano*, etc. Para mais: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 129.

²⁰¹ Para mais: GAO, Zhiguo. *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*. E também: SMITH, Ernst E. et al. *Materials on International Petroleum Transactions*.

²⁰² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Introdução à Unitização de Reservatórios Petrolíferos*. P. 119.

²⁰³ JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 17.

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 463.

concessionário,²⁰⁵ após a quitação dos encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes (*government take*), como uma contrapartida aos riscos suportados, gozando de liberdade para deles dispor, desde que assegurada uma parcela para abastecimento do mercado doméstico.

Outras peculiaridades são o direito exclusivo de exploração e exploração no campo concedido, bem como a propriedade dos equipamentos e ativos. Já quanto à situação do Estado hospedeiro, além de reduzida participação e controle nas atividades, em geral ele não se beneficia do treinamento do pessoal e tampouco da transferência de tecnologia, o que representa prejuízo aos interesses nacionais.

Costumam-se mencionar duas concessões: as clássicas (ou tradicionais) e as modernas. Aquelas foram as pioneiras, dizendo respeito a grandes áreas reservadas à companhia estrangeira (às vezes chegando a alcançar todo o território do país); longos períodos de vigência, que podiam alcançar 70 anos; obrigações vagas em termos de trabalho exploratório; ausência de ingerência pelo país hospedeiro; e ampla liberdade ao explorador, com participações governamentais extremamente baixas. Isto o que viabilizou as *Seven Sisters* (Sete Irmãs)²⁰⁶ – sete grandes empresas petrolíferas da época, de capital privado - dominar quase todo o mercado.

As Modernas, a seu turno, têm áreas concedidas menores e bem delimitadas, com prazos razoáveis (em torno de 30 anos) e pagamentos mais representativos de *royalties* e demais parcelas que compõem a renda petroleira do Estado, como os tributos. O interesse nacional fica preservado por uma miríade de obrigações e responsabilidades para o investidor, que inclui garantia de parcela de óleo e gás extraídos para abastecimento do mercado local, treinamento de mão de obra nacional, respeito ao meio ambiente, transferência de tecnologia, entre outros.²⁰⁷

No cenário internacional de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos, a concessão é um sistema amplamente difundido, responsável pela metade da produção mundial de óleo e gás²⁰⁸ e o preferido das empresas petrolíferas, por lhes proporcionar maior segurança ao lado de

²⁰⁵ Johnston destaca a marca da propriedade privada dos recursos minerais no sistema de concessão, propriedade esta transferida pelo governo anfitrião por ocasião da produção. Cf. JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 21.

²⁰⁶ Eram elas: Royal Dutch Shell, atualmente Shell; Anglo-Persian Oil Company (APOC), hoje conhecida como British Petroleum, iniciais BP; Standard Oil of New Jersey, atualmente ExxonMobil; Standard Oil of New York, hoje ExxonMobil; Texaco (hoje fundida com a Chevron); Standard Oil of California, hoje Chevron; Gulf Oil, posteriormente Chevron. Cf. BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 9.

²⁰⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 110, 129-130.

²⁰⁸ Para mais: SMITH, Ernest E., Et. al. *Typical World Petroleum Arrangements*.

ganhos consideráveis. Ela está presente em países como Estados Unidos, Canadá, Noruega e África do Sul.²⁰⁹

É esse também o modelo que a Lei do Petróleo adotou em sua redação original. Designa, no Brasil, o contrato administrativo mediante o qual a agência reguladora do setor, a ANP, outorga a empresas que atendam aos requisitos técnicos, econômicos, jurídicos e fiscais por ela estabelecidos,²¹⁰ o exercício das atividades de exploração e produção em bacia sedimentar localizada no território nacional.

É composto de duas fases: (i) a de exploração, em que se pesquisa a existência ou não de petróleo e gás em determinada área, englobando a avaliação de eventual descoberta para determinação de sua comercialidade, além de estudos geofísicos e a perfuração de poços; e (ii) a de produção, que tem início com a declaração de comercialidade do óleo e gás encontrados, abarcando também as tarefas relacionadas ao desenvolvimento dos depósitos licitados. Ao final da fase exploratória, o concessionário poderá reter somente as áreas para as quais foi declarada a comercialidade, sendo as parcelas restantes devolvidas à ANP, que poderá licitá-las novamente.²¹¹ Ambas são por prazo certo, fixado em contrato, após o que a área operada é devolvida ao Estado.

Ainda comentando sobre o Direito Brasileiro, deve preceder à celebração dos contratos a realização de licitação, na modalidade leilão, para a escolha da empresa concessionária.²¹² Uma vez formalizada a negociação, surge para o contratado a *obrigação* de explorar o bloco concedido,²¹³ de despender investimentos predeterminados em cada uma das fases mencionadas e de adotar as melhores técnicas e práticas comerciais da indústria internacional do petróleo.²¹⁴ O contrato de concessão petrolífera é verdadeiro acordo de desenvolvimento econômico,²¹⁵ devendo suas cláusulas ser colocadas em consonância a tal objetivo desenvolvimentista.²¹⁶

²⁰⁹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 55.

²¹⁰ Dentre as exigências constantes da legislação, está a de que seja a concessionária empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País (Regra contida na Resolução n° 134/2005, da ANP, mas que encontra dicção explícita na Lei do Petróleo, assim como na CF, art. 176, § 1°).

²¹¹ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 57 e 75.

²¹² A respeito da definição do contrato de concessão para o exercício da exploração de petróleo e gás natural, levada a efeito pelo artigo 23 da Lei do Petróleo, como decorrência dos §§ 1° e 2° artigo 177, da CF, devendo ser precedidos de licitação, vide: BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 50.

²¹³ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 137.

²¹⁴ Vide Lei n° 9.478/97, artigos 21 a 52.

²¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 127.

²¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor*. P. 14.

Através do denominado *Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural* (nomenclatura dada pela ANP), a União transfere ao concessionário os direitos de exploração das atividades correspondentes, o que só pode ser efetuado mediante pacto firmado com a Administração Pública. Esse direito de exploração não tem por objeto parte física, incidindo sobre ela apenas mediatamente, nos termos em que o proprietário-monopolista permite e cede parcela de seu poder de fruição.

Não há translação do bloco concedido ao contratado, quem jamais terá direito real ou pessoal sobre a área em si, mas sim direito obrigacional decorrente da outorga de exercício de atividade econômica. A jazida permanece sob a propriedade da União, e assim sempre o será, em honras ao artigo 20, incisos V, VI e IX, e ao artigo 176, *caput*, da CF, como visto no capítulo 1 – a Constituição apenas garante a propriedade do produto lavrado ao concessionário no momento da extração mineral.²¹⁷ Vale dizer que o mesmo ocorre no contrato de partilha, a seguir examinado.

No contrato de partilha (*Product Sharing Agreement - PSA* ou *Product Sharing Contract - PSC*), desenhado para substituir as concessões, o Estado anfitrião (*host country*) participa diretamente da administração das atividades de pesquisa, avaliação, desenvolvimento e lavra, possuindo amplos poderes de gestão do contrato, enquanto a companhia ou consórcio petrolífero que as executa assume o risco técnico e financeiro da operação.

A estatal do país ou um órgão público oferta uma área delimitada para que a petrolífera explore sob o mando de uma *comissão operacional conjunta*, formada pela estatal/órgão público e pela empresa exploradora. Em caso de descoberta comercial, o contratado tem os seus investimentos e despesas ressarcidos em óleo (*óleo-custo* ou *cost oil*).

O lucro da atividade resulta da dedução dos custos incorridos da receita total. Esse valor excedente é chamado de *óleo-lucro (profit oil)*, que passa a ser repartido - daí a denominação do modelo em “partilha da produção” - entre a companhia (ou consórcio) e o governo, de acordo com percentual predeterminado pelo pacto, permitindo que tanto a empresa petrolífera quanto o Estado hospedeiro fiquem com o óleo e gás *in natura*.²¹⁸ Outra diferença em comparação ao modelo de concessão reside em que a propriedade dos equipamentos e instalações – ativos em geral - pertence ao país onde se localiza a jazida.²¹⁹

²¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 89.

²¹⁸ Para mais: JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 25.

²¹⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 131.

Costuma ser empregado para assegurar um maior controle estatal sobre a exploração, produção e venda de petróleo, gás e demais hidrocarbonetos, visando a relações internacionais e a crescimento econômico. Por isso, é largamente usado por países em desenvolvimento com reservas abundantes e baixo risco exploratório. Segundo aponta alguma doutrina, é um modelo indicado apenas quando o Estado conta com pessoal técnico suficientemente qualificado no setor, hábil a gerir, com eficiência, a operação, evitando que seja ludibriado quanto aos custos de produção e valores das jazidas.²²⁰ Em tópico próprio será abordada a temática do contrato de partilha tal qual delineado pela legislação brasileira do Novo Marco Regulatório.

No sistema de prestação de serviços, também intitulado acordo de serviço, uma empresa privada estrangeira ou nacional é contratada para realizar serviços técnicos, financeiros e operacionais (atividades de pesquisa e lavra) e tem sua remuneração paga segundo metodologias contratuais predefinidas. Toda a produção normalmente preserva-se de propriedade do Estado, que também detém o domínio dos ativos empregados na execução das tarefas.

Podem ser pactuados com cláusula de risco para o contratado (*risk-service agreements* ou *risk-service contracts*), em que este arcará com a totalidade dos riscos envolvidos no empreendimento - como a possibilidade de não lograr êxito na sua empreitada exploratória - sendo, apenas em caso de sucesso, remunerado. O pagamento, superior ao dos contratos de prestação de serviço ordinários, pode se dar em dinheiro, em óleo e gás *in natura*, ou, ainda, em forma de desconto para a compra dos hidrocarbonetos produzidos.²²¹ Todavia, o controle das atividades de exploração e desenvolvimento ainda é exercido com exclusividade pelo Estado.

Ou podem o ser sem cláusula de risco, hipótese dos acordos tradicionais, puros ou ordinários de prestação de serviços, em que os ônus e riscos remanescem às expensas do Estado hospedeiro, não tendo o mero prestador qualquer título sobre o óleo e o gás extraídos, que permanecem em pleno domínio do Estado. É bem verdade que o contratado poderá, ainda no bojo de um contrato de prestação de serviços ordinário, receber sua remuneração em óleo,²²² o que não é uma exigência e está longe de ser uma regra - mesmo porque eles geralmente são utilizados em países onde há monopólio estatal, representando uma alternativa para compatibilizar a manutenção da soberania nacional com a necessária penetração de *know*

²²⁰ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 52.

²²¹ Cf. JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 23.

²²² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 131.

how de grupos econômicos multinacionais.²²³ O país hospedeiro é proprietário de todos os ativos.

Consoante já mencionado, o Brasil adotou tal modelo na década de 70. Embora houvesse, por força de lei, o monopólio público sobre o petróleo, a Petrobras firmou com empresas estrangeiras inúmeros Contratos de Prestação de Serviços com cláusula de risco, em que estas, operando sob seus próprios riscos, prestavam serviços operacionais e financeiros, recebendo como contraprestação o reembolso dos dispêndios com as atividades de E&P e o direito de adquirir certa quantia do petróleo ou gás descobertos, até o limite correspondente ao valor de sua remuneração. Foi investida capitaneada pelo Presidente Ernesto Geisel para, através da abertura do setor no Brasil, possibilitar o acesso da indústria nacional a técnicas e investimentos privados.²²⁴

Nada obstante a Petrobras tenha sustentado a legitimidade desses pactos, calcada nos mais diversos argumentos, como o de que, mesmo com a prestação por terceiros, o Poder Público mantinha o controle e jurisdição absolutos sobre a exploração dos hidrocarbonetos, não se pode negar que esses contratos foram concebidos em moldes diferentes dos acordos tradicionais. Os riscos da aventura exploratória eram *transferidos* da União (Petrobras) às empresas privadas, bem como havia a possibilidade de se apossarem de certa quantidade de petróleo e gás descobertos nos campos onde atuavam, além do que sua remuneração guardava proporcionalidade à lavra (produção) dos campos descobertos.

Pela análise da minuta dos contratos aprovados pela Petrobras em 29.01.1976 é possível extrair a seguinte estrutura:²²⁵ (a) se a empresa contratante, ao fim do período de exploração, não descobrisse óleo bruto em quantidade apta a possibilitar a exploração comercial, o contrato terminaria, arcando ela com todas as despesas que já tivessem sido efetuadas; (b) se fosse descoberto um campo comercial, a empresa seria reembolsada dos dispêndios feitos com a exploração e com o desenvolvimento, ressarcimento a ser efetuado em um período previamente estipulado no contrato; (c) e, além do reembolso, a petroleira teria jus a uma remuneração, calculada sobre a produção do campo, durante determinado período.

²²³ CUNHA, Thadeu Andrade da. *O contrato com cláusula de risco para a exploração de petróleo no Brasil*. P. 224.

²²⁴ BARBOSA, Alfredo Ruy. *Breve Panorama dos Contratos no Setor de Petróleo*. P. 39.

²²⁵ Resumo elaborado a partir da minuta dos contratos de risco aprovados pela Petrobras e constante do Voto do Min.Marco Aurélio na ADI nº 3.273/DF. STF: ADI nº 3.273/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007. P. 179.

Seria ainda facultado à contratante adquirir parte do óleo produzido no campo petrolífero por ela descoberto e desenvolvido, a preços obtidos no mercado internacional. Além disso, (d) havia a possibilidade de a Petrobras suspender, a qualquer tempo, a opção de aquisição concedida, caso ocorresse crise no abastecimento nacional; (e) a empresa contratada deveria dar preferência à contratação de mão de obra e equipamentos nacionais; (f) e todos os dados técnicos, os ativos, o petróleo, o gás e os bens utilizados pertenceriam à União.

Outras linhas mestras apontadas nos livros eram (g) a atribuição da propriedade do óleo descoberto à Petrobras; e (i) o exercício do controle, supervisão e acompanhamento pela estatal brasileira sobre as atividades de exploração e desenvolvimento, que executava diretamente a fase de produção. No modelo de contrato de risco brasileiro, adotou-se o chamado *ring fence mechanism*, segundo o que os recursos para pagamento do contratado só poderiam vir do campo pertinente.²²⁶

Observados estes termos, entre 1976 e 1988 foram assinados pela Petrobras 243 contratos de prestação de serviço com cláusula de risco (ou, simplesmente, contratos de risco), dos quais 156 com 32 empresas estrangeiras e 87 com 11 nacionais, admitidas nos chamados contratos de mini-risco. Foram descobertos cinco campos de produção.²²⁷ Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988, eles foram proibidos em virtude do mencionado óbice à cessão ou concessão, pelo governo, a terceiros, de participação, em espécie ou valor, nas atividades, como constava do art. 177, § 1º, em sua redação original.²²⁸

Prosseguindo nos comentários acerca dos contratos rotineiramente utilizados no setor de óleo e gás em âmbito internacional, resta ainda o exame dos acordos de participação (*joint ventures*) e dos sistemas mistos ou híbridos.

No modelo das *joint ventures* ocorre uma associação entre empresas, uma estrangeira e outra, via de regra, estatal. O sistema permite a participação do país hospedeiro nos riscos e resultados do empreendimento, ambos a serem divididos entre a estatal e a companhia alienígena,²²⁹ o que impõe a essa modalidade associativa certas condições de fundo que devem estar claramente avençadas, como o regime de propriedade e de controle, a duração, a política financeira a ser adotada, e o funcionamento do contrato. Dito de outro modo, o Estado, que pode figurar no pacto de forma direta ou vir representado por uma *National Oil Company (NOC)*, uma agência ou outro agente estatal, torna-se um parceiro da empresa

²²⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 134 e 136.

²²⁷ Cf. STF: ADI nº 3.273/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007. P. 180.

²²⁸ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 17.

²²⁹ Vide: JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 26.

privada no investimento, repartindo com ela os ônus e lucros da atividade.²³⁰ Há a negociação casuística sobre o nível de interferência da estatal nas decisões e na administração dos campos, bem como sobre a transferência da tecnologia empregada e outros aspectos.²³¹

Em função dos elevados valores envolvidos nas atividades de E&P, a indústria do petróleo é campo fértil para a proliferação da modalidade, que, ao instrumentalizar o empreendimento conjunto com a união de esforços em prol dos objetivos econômicos comuns de pesquisa, desenvolvimento e lavra das jazidas (denominada *upstream*), permite consideráveis ganhos de eficiência.²³² Sua motivação é o desejo de lucrar com a cooperação - reduzindo riscos, minimizando custos de pesquisa, incrementando o acesso ao mercado doméstico e internacional-, e a superação de barreiras comerciais.²³³

Da mesma forma que os *PSAs*, foram também concebidas como alternativa às Concessões Clássicas, para permitir a transferência de tecnologia, a formação de recursos humanos (capacitação de mão-de-obra), a contribuição em bens e serviços da indústria nacional, e um aumento das exportações, tudo aliado a um maior controle pelo país anfitrião. Além disso, o instrumento veio a possibilitar a atuação de petrolíferas estrangeiras em países cuja legislação limita ao Estado as operações, ponto em que se aproxima do acordo de serviços tradicional.²³⁴

No direito pátrio, a doutrina costuma enxergar a configuração do “modelo brasileiro de *joint venture*” estampada no artigo 38, da Lei do Petróleo, que remete à participação de empresas em **consórcio** no leilão dos blocos de petróleo e gás. Todavia, convém trazer mais um esclarecimento à baila. Os acordos de participação celebrados entre as *International Oil Companies* (IOCs), visando mitigar os custos das operações e facilitar a negociação com o Estado de onde pretendem explorar hidrocarbonetos, de que são manifestação típica na praxe internacional os *joint operating agreements* (JOA),²³⁵ não se confundem com o contrato para a exploração e produção de petróleo e gás natural de que são partes os signatários do JOA e o país hospedeiro, embora reproduza algumas cláusulas dele e, muitas vezes, conte, dentre seus

²³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 465.

²³¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 26, 36 e 130.

²³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 106.

²³³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 66.

²³⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 51.

²³⁵ Segundo Michael Taylor e Thomas Winsor, “o JOA é um contrato entre duas ou mais partes, estabelecendo e acordando regras para a operação conjunta entre elas, com relação a um contrato de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo. É o conjunto de regras pelo qual será governada a operação conjunta e, essencialmente, tem o mesmo sentido que um contrato de associação para determinado empreendimento”. Cf. TAYLOR, Michel P. G.; WINSOR, Thomas P. *The Joint Operating Agreements, Oil and Gas Law*. P. 3.

participantes, com a mesma entidade estatal que firma o instrumento exploratório. Porém, os JOAs devem ser sempre compatibilizados com o contrato de exploração mineral a que se reportam.²³⁶

Ainda a respeito da aplicação do modelo no ordenamento jurídico brasileiro, Alexandre Aragão atesta que o recém-inserido modelo brasileiro de partilha tem influxos de *joint venture*, por exigir uma parceria via consórcio entre uma empresa integralmente pública, a PPSA, e os agentes privados vencedores da licitação – tema que será visto adiante.²³⁷

Por fim, têm-se as formas híbridas ou contratos compostos, a denotar combinações diversas de aspectos das diferentes modalidades de acordos, representando um intercâmbio de experiências. A verdade é que os países hospedeiros passaram a importar traços considerados favoráveis de um ou outro contrato.²³⁸ Ao lado das modalidades contratuais de exploração e produção de petróleo básicas (prestação de serviços, concessão, partilha e *joint ventures*), existem inúmeras versões mistas dos mesmos.²³⁹ Thomas Wälde, a propósito, destaca que eles predominam no mercado internacional.²⁴⁰

O que se constata pelo Direito Comparado é que, de fato, não existe utilização pura e simples de nenhum dos modelos, encontrando-se grande distinção de país para país. Uma constante costuma ser a assunção do risco exploratório pelo contratado, o que irá se combinar a variadas possibilidades de arranjo quanto à participação da companhia de petróleo, de natureza estatal ou privada, com origem estrangeira ou nacional, no gerenciamento dos projetos, bem como na repartição dos lucros auferidos com as atividades.²⁴¹

2.3 O Novo Marco Regulatório Brasileiro²⁴²

As descobertas de petróleo e gás natural na camada do pré-sal, onde sites volumosos jazigos com expressivas qualidade e quantidade disponíveis, aliadas aos avanços prosperados

²³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 8, 95, 171 e 176.

²³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 466.

²³⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 132-133.

²³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 465

²⁴⁰ WÄLDE, Thomas. *Innovations in petroleum and mining licensing*.

²⁴¹ Vide: BARBOSA, Alfredo Ruy. *Breve Panorama dos Contratos no Setor de Petróleo*. P. 35. E também: SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 68-69.

²⁴² A referência irá limitar-se ao exame da legislação. Mas, para Alexandre Aragão, os contratos e editais de licitação também integram o marco regulatório da indústria do petróleo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor*. P. 11.

pelo país nas searas industrial, técnica, política e socioeconômica, marcam o início de um diferente modelo exploratório no Brasil. Cumpre investigar quais as alterações inseridas e, para tanto, é imprescindível ter em mente os motes nucleares do antigo regime.

Composto, basicamente, pela Constituição Federal²⁴³ e pela Lei n° 9.478/97, o marco regulatório anterior, vigente de modo exclusivo até 2010 e que, a partir de então, passa a conviver com o atual, guarda, de modo sintético, os atributos a seguir explicitados, alguns deles inclusive já mencionados por ocasião do estudo do sistema de concessão, no item 2.2, acima, mas que agora merecem ser unidos, por zelo à didática: (a) monopólio federal sobre o desempenho das atividades petrolíferas, podendo o Poder Público realizar sua contratação com terceiros (artigo 177, § 1º, com a redação dada pela EC n° 9/95); (b) propriedade dos recursos minerais do subsolo pertencente à União (artigos 20, V, VI e IX; artigo 176, CF); (c) regime de concessão para a exploração e produção (artigo 23, da Lei do Petróleo); (d) ANP como órgão regulador do monopólio estatal e como gestora dos contratos de concessão²⁴⁴ (artigo 177, § 2º, CF; e artigos 7º e 8º, da Lei do Petróleo).

E ainda: (e) propriedade do produto da lavra atribuída ao concessionário, que é a petrolífera que recebeu, da ANP, a outorga do direito de exploração e produção (artigo 176, parte final, CF; e artigo 26, da Lei do Petróleo);²⁴⁵ (f) o contratado pode ser qualquer empresa, desde que vencedora da licitação na modalidade leilão promovida pela ANP, e constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, celebrando com a agência reguladora o Contrato de Concessão (artigos 5º, 7º e 23, da Lei do Petróleo); (g) riscos exploratórios assumidos integralmente pelo concessionário (artigo 26, da Lei do Petróleo); (h) participações governamentais a serem pagas pelo concessionário englobando o bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e pagamento pelo ocupação ou retenção da área (artigo 45, da Lei do Petróleo).

Ele fora desenvolvido para um cenário de grau de risco exploratório elevado, envolvendo áreas ainda não tão bem conhecidas, incertezas quanto à qualidade dos

²⁴³ Como observou Alexandre Aragão, a Carta de 1988 já disciplina de *per se* uma série de aspectos concernentes ao petróleo. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 87.

²⁴⁴ Segundo Alexandre Aragão, à ANP cabe regular a transferência da gestão econômica das jazidas aos particulares via contrato de concessão, cujo objeto é a outorga de direitos de explorar, que têm por sujeito passivo a União monopolista, e não a entrega de blocos ou da área em si. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 91.

²⁴⁵ A este respeito importa citar a ADI n° 3.273, que confirmou a constitucionalidade do artigo 26 da Lei do Petróleo e a aplicabilidade da cláusula de garantia da propriedade do produto da lavra enunciada no artigo 176, CF, ao petróleo e gás natural. Cf. STF: ADI n° 3.273/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007. Na doutrina, situando nos mesmos dispositivos o fundamento desta aquisição de propriedade: BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 59.

hidrocarbonetos porventura existentes e altíssimos investimentos em todas as etapas, especialmente com levantamentos sísmicos, sua interpretação e a perfuração dos poços. Em paralelo, havia o fato de o Brasil encontrar-se incipiente no setor de petróleo e gás em termos de tecnologia, capacitação e desenvolvimento industrial, bem como de ainda ser visto como uma nação subdesenvolvida e instável economicamente. Essa a razão de ser para a difundida percepção de que, quando uma empresa petrolífera estrangeira mostrasse interesse em explorar petróleo em território nacional, a ela deveria ser estendido um “tapete vermelho”, no sentido de serem oferecidas as melhores condições de contratação possíveis.²⁴⁶

Tendo como pano de fundo o antigo marco, a situação do Brasil era a seguinte: 15º (décimo quinto) maior produtor mundial de petróleo, com produção crescente correspondendo a 1,3% (um vírgula três por cento) da produção mundial, ocupando o 5º (quinto) lugar no continente americano entre os produtores; e, em relação à propriedade das reservas de petróleo, o 10º (décimo) no mundo e 4º (quarto) na América.²⁴⁷

A mudança de regime jurídico surgiu por uma conjugação de fatores, como citado. A um porque o óleo encontrado na camada do pré-sal é de notória qualidade, com uma densidade de 28,5º (vinte e oito vírgula cinco graus) API,²⁴⁸ baixa acidez, reduzido teor de enxofre, sem mencionar a expressividade dos volumes encontrados nas acumulações conhecidas até agora.²⁴⁹ Daí ser bastante atrativa para o mercado a sua exploração.

Além das propriedades geofísicas extremamente favoráveis do óleo descoberto, com base em estudos promovidos, comprovou-se a viabilidade técnica e econômica do desenvolvimento comercial das reservas, o que se alia a um risco exploratório consideravelmente pequeno ou nulo se comparado com as perspectivas de ganhos (lucratividade) e de produtividade.²⁵⁰

²⁴⁶ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 49.

²⁴⁷ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 23.

²⁴⁸ A indústria do petróleo utiliza a expressão °API (grau API), do *American Petroleum Institute*, como referência para a densidade (já que a densidade é uma propriedade dos líquidos) do óleo medida em relação à água, com o intuito de identificar se o óleo é leve, médio, pesado ou ultrapesado. Quanto maior o grau API, mais leve será o petróleo e maior mercado ele terá. In: MOTHÉ, Cheila Gonçalves; S. JÚNIOR, Clenilson da Silva. *Petróleo pesado e ultrapesado: reservas e produção mundial*. Basicamente, será leve se com densidade acima de 30 graus API e pesado abaixo de 30 graus. Em termos de conteúdo de enxofre, os petróleos dividem-se em ácidos (acima de 1% de enxofre em peso) e doces (abaixo de 1%). Cf. AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 253.

²⁴⁹ Dados disponíveis em: <http://www.petrobras.com.br/pt/>. Acesso em 07.03.2013.

²⁵⁰ O Governo Lula difundiu, em certa medida, um mito. A verdade é que riscos (e os perigos, incertezas, etc.) exploratórios quando se trata de empreendimentos petrolíferos sempre irão existir, em maior ou menor intensidade, porque são iminentes a esta atividade. Já apontava Alexandre Aragão que o petróleo e gás compõem um setor cujos riscos, de grande monta, são multitudinários (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípios de Direito Regulatório do Petróleo*. P. 321). Quando se menciona a “ausência de risco”, “riscos

Trata-se de um dos maiores achados dos últimos anos, capaz de elevar o país a um novo patamar de reservas e de produção de petróleo, em posição de destaque no ranking dos grandes produtores mundiais. É um marco histórico na indústria petrolífera mundial, tão umbilicalmente ligada à soberania das nações.²⁵¹

É preciso ter em consideração que, quando a precedente legislação-quadro do setor foi criada, o Brasil estava inserido em um contexto de instabilidade econômica, o preço do petróleo em baixa (US\$ 19.00 o barril), sem contar o fato de que os blocos a explorar apresentavam perspectiva de baixo retorno financeiro, figurando o país como um grande importador. Para contornar as variáveis negativas, foi criado, à época, o marco regulatório que adotou o sistema de concessão, com o objetivo de possibilitar retorno àqueles que assumissem a empreitada.

Mas hoje o que se vivencia é um outro contexto, em que o Brasil alcançou estabilidade econômica e importantes avanços na cena de capacitação técnica e desenvolvimento industrial. Foi atingida a autossuficiência no abastecimento do mercado interno de petróleo (autossuficiência esta que foi perdida no início de 2013, mas que o governo promete recuperar com a 11ª Rodada de Licitações e as que lhe sucederem), e os seus preços estão significativamente mais elevados. Além disso, as descobertas no pré-sal, uma das maiores províncias petrolíferas já vistas, poderão dobrar o volume de reservas brasileiras.

Adilson Rodrigues Pires parece atento à superação do modelo de concessão no segmento de óleo e gás brasileiro. No bojo do regime concessório, segundo o autor, levando-se em conta o elevado custo do processo e a pequena probabilidade de sucesso nas pesquisas dos campos realizadas em alto-mar,²⁵² o retorno do capital empregado girava em torno de 10% (dez por cento), o que decorria das dificuldades geológicas enfrentadas até que fossem

nulos”, “riscos baixíssimos” refere-se a que, uma vez encontrado o petróleo e/ou o gás, realizada a descoberta – êxito exploratório – o risco – este sim – de encontrar petróleo não comercializável ou de baixa qualidade é consideravelmente pequeno.

²⁵¹ Celso Albuquerque ressalta que, enquanto não se encontrar fonte de energia mais econômica, segura e vantajosa que o petróleo, este continuará a ser o centro da economia moderna, ocasionando lutas pelo seu controle, o que, além dos resultados econômicos, assegura poder aos detentores do direito de explorar as principais reservas. Cf. BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 14. Com igual teor é a lição do saudoso internacionalista Celso Mello: “Aquilo que produz recursos financeiros como um fator importante nas relações internacionais tem maior importância ainda quando possui valor estratégico. Possuir petróleo em quantidade é uma fonte de riqueza, mas também de ingerência estrangeira (...)”. MELLO, Celso. *Algumas Considerações sobre o Petróleo e a Ordem Internacional*. P. 31.

²⁵² Relata Leonardo Mussi da Silva, a respeito do cenário vigente sob a égide do modelo concessório: “Com a perfuração, os técnicos irão avaliar se o poço contém petróleo em quantidades comerciais. Apesar de todo o investimento despendido na fase de prospecção, nem sempre da perfuração de um poço decorre uma descoberta comercial de petróleo. Segundo dados da Petrobras, mais de 80% dos poços pioneiros não resultam, no Brasil e no mundo, em descobertas aproveitáveis”. Poço Pioneiro é o primeiro poço perfurado na área. Vide: *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 5.

alcançadas as acumulações. Todavia, “*as imensas reservas encontradas na área do pré-sal na costa sudeste do país permitem prognosticar um período de pujança econômica e de afirmação, definitiva, da autossuficiência de petróleo*”. Apesar de os custos de pesquisa e produção terem se tornado bem mais altos,²⁵³ a contrapartida vem pela assunção de riscos irrisórios ou inexistentes,²⁵⁴ posto tratem-se de campos bem definidos e com significativas chances de êxito. Por essa razão, os contratos a serem assinados pelas empresas interessadas nos direitos de pesquisa e lavra devem, necessariamente, conter regras diferenciadas dos até então firmados com as titulares das concessões, a começar pela proposta de alteração no regime de exploração, que passa da concessão para o de partilha.²⁵⁵

Os considerandos à Resolução do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) nº 06/2007, editada logo após as primeiras descobertas ocorridas, como dito, no ano de 2006, também deixam sentir a euforia que se espalhou pelo país.²⁵⁶

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) foi informado dos resultados dos testes de produção obtidos pela Petrobras em áreas exploratórias sob sua responsabilidade, que apontam para a existência de uma nova e significativa província petrolífera no Brasil, com grandes volumes recuperáveis estimados de óleo e gás. Esses volumes, se confirmados, mudarão o patamar das reservas do país, colocando-as entre as maiores do mundo. (...) Os testes indicaram a existência de grandes volumes de óleo leve de alto valor comercial (30 graus API), com grande quantidade de gás natural associado.

Nos primeiros meses de 2008 a doutrina já dava conta da intenção governamental. Relata Alexandre Aragão que, após a confirmação da descoberta de um reservatório de petróleo e gás natural de grandes proporções na Bacia de Campos, no final de 2007, o Governo Federal vem estudando a possibilidade de alteração do próprio modelo de contrato utilizado para a pesquisa e lavra desses recursos naturais.²⁵⁷ Desde logo, o diretor-geral da ANP, Haroldo de Lima, expressou a inclinação pela adoção do contrato de partilha de produção ou alguma outra modalidade atípica – previsões que de fato se cumpriram.²⁵⁸

²⁵³ Sergio Gabrielli também nota dito aspecto: “*os investimentos continuarão sendo gigantescos para transformar os potenciais reservatórios em áreas produtoras*”. Cf. AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 261.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 58.

²⁵⁵ PIRES, Adilson Rodrigues. *Breve ensaio sobre as participações governamentais nas atividades de exploração e extração do petróleo*. P. 79, 96-97.

²⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 465.

²⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito Administrativo – Retrospectiva 2007*. P. 28.

²⁵⁸ Cf. *Royalty maior não precisa de nova lei*. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico, 14.11.2007.

Sergio Gabrielli comenta que os enormes potenciais de geração de fluxos de renda e de riqueza do pré-sal impulsionaram as discussões sobre as melhores formas de sua apropriação sustentável, com a identificação de seus impactos sobre a economia brasileira. Consideradas as dimensões da montagem da infraestrutura do pré-sal no Brasil, abriram-se enormes oportunidades para mudanças de marcos regulatórios e redivisão das rendas petrolíferas, de forma a maximizar os benefícios intergeracionais e intensificar a apropriação dessas riquezas pela sociedade brasileira.

Constata o autor que o modelo regulatório do setor até então vigente no país fora desenhado para remunerar as empresas que assumissem os riscos exploratórios, na medida em que a propriedade do petróleo pertence ao concessionário. Ainda que as áreas do pré-sal continuem exigindo intensos investimentos para seu desenvolvimento, e, portanto, envolvam significativos riscos de *performance*, preços, custos e de mudanças regulatórias, seus riscos (geológicos e naturais) são reduzidos, ainda mais frente aos estudos e às descobertas já efetuadas, que têm como resultado a diminuição das incertezas associadas aos reais potenciais disponíveis. Assim, um novo marco regulatório seria necessário, uma vez que a motivação básica para a legislação antiga – estímulo àqueles que assumirem o risco exploratório – não tem a mesma importância no contexto do pré-sal. Manter a mesma regulação é transferir aos novos concessionários os benefícios da redução de tais riscos e privar a União de ganhos.²⁵⁹

Alexandre Aragão atesta que o modelo de concessão petrolífera, pelo qual o concessionário paga pelo direito de explorar e, se encontrar jazida economicamente viável, de produzir hidrocarbonetos, ficando com toda a sua propriedade e pagando ao poder público em dinheiro os *royalties* e demais participações governamentais, é considerado um sistema adequado a áreas de alto risco exploratório, onde há poucas chances de serem encontrados petróleo e gás. Todo o risco é transferido ao parceiro privado, que, em consequência, os precificará.²⁶⁰

É de se recordar: o contrato de concessão petrolífera é essencialmente aleatório e de risco, já que pode gerar uma descoberta excelente ou nenhuma descoberta – o particular paga ao Estado apenas pelo direito de tentar encontrá-la. As vantagens oferecidas para as empresas constituem um incentivo em troca dos ônus assumidos ao investir vultosas quantias com perigo de não achar petróleo algum. Por isso, com a descoberta, anunciada pelo Governo, de gigantes reservas, abaixo da camada geológica de sal, de baixíssimos riscos exploratórios,

²⁵⁹ AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 247-248, 260.

²⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 463, 464 e 465.

foram suspensas todas as licitações de blocos de petróleo e gás, e iniciados estudos para a formulação de um novo marco regulatório-contratual.

Luiz Cezar Quintans parece não concordar com as alegações colocadas. Para o autor, o “risco da atividade”, inerente a qualquer atividade econômica, não deve ser associado ao modelo de contrato – ou à forma de arrecadar tributos e participações governamentais. Afirma que, nas Américas, incluindo Estados Unidos e Venezuela, e em grande parte do continente europeu, a preferência é pela concessão, modelo predominante especialmente quando existem altos custos de produção (como é o caso das operações em águas profundas) e se as reservas são fragmentadas.²⁶¹ Mas o doutrinador parece esquecer as demais características que marcam o pré-sal brasileiro, tão determinantes para a escolha do regime em que as operações de E&P irão se desenrolar, apenas para citar as mais contundentes: baixo risco de insucesso, altíssima qualidade e abundância de óleo e gás armazenados.

No Direito Comparado, pode-se notar que Angola, cujo contrato de partilha é visto como modelo de estudo,²⁶² experimentou momento de transição semelhante. Retrata Carlos Feijó que, no início do período pós-independência, o regime petrolífero angolano baseava-se no sistema concessionário, em que os direitos mineiros de exploração e produção eram concedidos diretamente às empresas petroleiras, estrangeiras, em sua totalidade. Todavia, à semelhança de outros países, houve, em 1978, uma migração para um modelo híbrido, marcado pela consagração do princípio geral da *propriedade estatal dos jazigos de hidrocarbonetos*. Dele decorrem outros subprincípios: o monopólio da empresa de petróleo nacional (titularidade exclusiva de direitos mineiros), a Sonangol; a obrigatoriedade associativa das empresas estrangeiras à Sonangol e a participação majoritária da concessionária nacional.²⁶³

Assim, em Angola, toda sociedade estrangeira que queira exercer atividades de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos, somente poderá fazê-lo em associação à Sonangol. A dita associação poderá assumir várias formas, e por isso é um sistema misto, como a de *joint ventures*, sendo a mais utilizada o contrato de partilha de produção. Contudo, algo de comum grava todas elas: a imposição de participação obrigatória mínima de 51% (cinquenta e um por cento) da Sonangol. Foi, ainda, admitida a celebração, pela concessionária nacional angolana, de contratos de serviços com risco. Notória a semelhança com a história brasileira. Curioso

²⁶¹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Os desafios jurídicos no Upstream e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás*. P. 92.

²⁶² Daniel Johnston menciona também o pioneiro modelo de partilha da Indonésia como parâmetro de estudo. Cf. JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 10 e 21.

²⁶³ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 15-17 e 19-21.

observar que, dada a ausência de detalhamento legal, à Sonangol, na qualidade de concessionária nacional, eram atribuídos poderes regulatórios.

Porém, a reforma legislativa de 2004 alterou significativamente o sistema petrolífero angolano. A Lei das Atividades Petrolíferas (“LAP” nº 10/2004) reitera os princípios consagrados na legislação anterior e estende a obrigatoriedade associativa à Sonangol às entidades nacionais que pretendessem exercer as atividades de E&P. A aprovação de um novo modelo regulador das atividades petrolíferas em Angola decorreu de diversos fatores, como o desenvolvimento do setor, o avolumar de experiências e a consequente necessidade de implementar novos conceitos e práticas. Tudo com vistas a questões de política econômica e social, como proteção do interesse nacional, do meio ambiente, promoção do desenvolvimento do mercado de trabalho, valorização e racionalização de uso dos recursos minerais e aumento da competitividade do país no mercado internacional.

Ora, com o Brasil não foi diferente. Tendo em vista a realidade favorável, bem assim o momento vivido pelo país no cenário global, foi necessário conceber uma regulação que fosse ao encontro dessas expectativas. Não era mais preciso remanescer na dependência de um regime que possibilitava vultosos lucros às empresas exploradoras com pouco retorno ao país, mantendo, o governo, controle reduzido sobre as atividades.

Enfim tornou-se plausível o desvencilhamento das amarras à saga voraz das companhias petrolíferas e a criação de um modelo mais arrojado de legislação, condizente aos baixos riscos da empreitada e hábil a dotar a nação da ingerência e domínio suficientes a um país que figurará entre os maiores produtores mundiais de insumo tão fundamental para a segurança, desenvolvimento e economia.²⁶⁴ Atesta Sergio Gabrielli que, com as últimas novidades do pré-sal, o Brasil tornou-se região com grandes perspectivas de consolidação como centro fornecedor, para suas próprias necessidades e para o mundo, alterando significativamente sua posição na ordenação dos Estados, em termos de importância geopolítica referente à energia mundial.²⁶⁵ Acresce Daniel Johnston que um modelo eficiente de E&P é aquele que leva em consideração os riscos políticos e geológicos do empreendimento em contrapeso às potenciais recompensas.²⁶⁶

Isso tudo levou a União Federal a desejar exercer de modo intenso o seu monopólio, arrecadando valores maiores e ficando, também ela, com a propriedade do petróleo *in natura*.

²⁶⁴ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 10.

²⁶⁵ AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 256.

²⁶⁶ JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 17.

Ao mesmo tempo, o Brasil percebeu que poderia exercer um controle mais notório sobre os produtos decorrentes da aventura exploratória.²⁶⁷

Eis que surge o Novo Marco Regulatório do Setor de Petróleo e Gás Natural, representativo de profundas alterações na legislação, a exemplo da Lei nº 9.478/1997, em variados pontos alterada.²⁶⁸ As regras aplicam-se à exploração e produção na província do pré-sal e em áreas que venham a ser consideradas estratégicas. Condensadas em quatro projetos de lei (PLs), a saber, os PLs nºs 5.938/09, 5.939/09, 5.940/09 e 5941/09, foram enviadas pelo Poder Executivo Federal para apreciação do Congresso Nacional em 31 de agosto de 2009, dando origem às Leis nº 12.276, de 30.06.2010; nº 12.304, de 02.08.2010; e nº 12.351, de 22.12.2010, que consubstanciam normas modernas, sustentadas em sólida base de hierarquia constitucional.

O modelo tem como centro o regime de partilha da produção. Através do novo critério, o Brasil pretende, como já salientado, alcançar maior controle geopolítico da exploração dessa riqueza mineral, assegurando uma participação representativa nos seus resultados, bem como fazer com que os recursos obtidos sejam revertidos de maneira equânime para a sociedade. Em verdade, ele é, sem dúvidas, um sistema bem mais apropriado ao contexto atual e ao desenvolvimento social, econômico e ambiental do País.

Se, por um lado, o regime jurídico proposto para o pré-sal traz, inalteradas, certas balizas daquele que lhe precedeu, como o monopólio estatal sobre as atividades da indústria do petróleo, podendo a União contratá-las com terceiros – agora também mediante contrato de partilha; a propriedade pública das jazidas minerais de hidrocarbonetos fluidos e gasosos; a regulação das atividades derivadas do contrato de exploração e produção atribuída à ANP; e as licitações na modalidade leilão para adjudicação dos campos ofertados; por outro, introduz uma série de novos aspectos, sendo o mais proeminente deles o desenho institucional do sistema de partilha de produção, cujos caracteres serão descortinados no item subsequente. Dentre os demais pontos peculiares ao Novo Marco, merecem destaque os, a seguir, citados.

²⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 465.

²⁶⁸ As Leis do Pré-Sal efetivaram sentidas alterações na Lei do Petróleo. Por exemplo, ao artigo 2º da Lei nº 9.478/97, acresce-se às atribuições do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) a de definir os blocos a serem objeto de partilha de produção. Dentre as competências da Agência Nacional do Petróleo (ANP) surge a de promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de contratação sob o regime de partilha de produção das atividades de exploração, desenvolvimento e produção. Por sua vez, o artigo 5º, que versa sobre as formas pelas quais poderão ser exercidas as atividades econômicas da indústria do petróleo, passa, com a redação dada pela Lei nº 12.351/2010, a enumerar, além da concessão e autorização, a modalidade de contratação sob o regime de partilha de produção.

2.3.1 As Alterações Inseridas pelas Leis do Pré-Sal

O primeiro ponto peculiar ao Novo Marco, a mencionar, é a autorização dada ao Poder Executivo, pela Lei nº 12.304, para a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A., a “Pré-Sal Petróleo S.A.” (PPSA), que, durante a tramitação dos projetos de lei foi denominada de Petro-Sal. A empresa pública federal terá, no seu objeto social, a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia (MME) com o consórcio formado para sua execução. A ela caberá acompanhar as atividades desenvolvidas no âmbito do contrato de partilha, auditando contas, monitorando os projetos, administrando a rotina das tarefas.

Caberá à PPSA representar os interesses da União Federal no consórcio operacional, devendo figurar obrigatoriamente nos pactos firmados para a exploração, desenvolvimento e produção no pré-sal e nas áreas estratégicas, seja ao lado da Petrobras, quando a última for contratada de modo direto ou for vencedora isolada da licitação, seja ao lado dela e da petroleira (ou grupo de petroleiras), nacional ou estrangeira, vencedora do leilão.

É importante dizer que a empresa pública não assumirá os riscos e não será responsável por custos e investimentos referentes à pesquisa, avaliação, desenvolvimento, lavra e desativação das instalações decorrentes dos contratos de partilha.²⁶⁹ Tampouco poderá executar, direta ou indiretamente, as operações jungidas à exploração, desenvolvimento e prospecção, embora imprescindível, como dito, que integre o consórcio que as desempenhará.

Compete, ainda, à estatal em comento, praticar todos os atos necessários à administração dos instrumentos firmados para a comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos da União, especialmente celebrá-los com agentes comercializadores, podendo fazê-lo, quando se tratar da Petrobras, de modo direto, dispensada a licitação. Nesse ponto, ela figurará, na prática, como mera intermediadora.

Assim, a PPSA não exercerá atividade econômica de nenhuma espécie, proibida que está de realizar as operações de E&P, bem como de participar dos custos e riscos das atividades petrolíferas, nem mesmo podendo efetuar a comercialização do óleo da União, para o que precisará contratar terceira empresa.

De outra ponta, gerir os contratos de partilha, auditando e monitorando a execução dos projetos e as contas envolvidas, enquanto típica manifestação de poder de polícia estatal, é

²⁶⁹ Artigo 8º, §§ 1º e 2º, da Lei no 12.351/10.

tarefa classificável no conceito de regulação, cuja atribuição, por claramente integrar o *ius imperium*, só poderia ser imputada a pessoas jurídicas de direito público, jamais a uma entidade de direito privado. Ponto polêmico é emprestar atribuições de uma entidade reguladora a uma empresa pública.²⁷⁰ Apenas a título de exemplo, em Angola, país que serve de modelo no que se refere ao sistema de partilha, a atribuição de gerir as operações das licenciadas (lá a estatal Sonangol e as suas associadas) compete não a uma empresa pública, mas sim a um ministério específico, o chamado Minpet (Ministério dos Petróleos).²⁷¹

Além disso, o Decreto-Lei (DL) n° 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, recepcionado pela Constituição de 1988, ao definir a empresa pública como a “*entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica*”²⁷² deixa perceber, *a contrario sensu*, que dentre as funções exercitáveis por uma estatal não se enquadram as de regulação e fiscalização.

Dá os questionamentos da doutrina sobre onde residiria o fundamento para a criação de nova entidade, se já existe uma que exerce o papel de normalização do setor petrolífero há anos, de modo pleno e competente, tendo formado um corpo técnico de reconhecida especialização, a ANP,²⁷³ que, ao fim e ao cabo, deverá exercer as competências da PPSA enquanto ela não for implantada (artigo 63 da Lei, n° 12.351/10). Ainda mais sob a vestimenta jurídica de uma empresa estatal e para enfrentar um desafio da monta da pesquisa e lavra no pré-sal.²⁷⁴ Isso sem contar que o genuíno órgão regulador, a ANP, manteve uma série de atribuições relevantes, mesmo no que toca às missões dadas por Lei à PPSA – como fornecer avaliações para que a empresa pública firme acordos de individualização de produção (artigos 34 a 36, da Lei no 12.351/10) - esvaziando a já exígua competência da estatal. No mais, regular e fiscalizar as atividades realizadas sob o regime de partilha de produção nos termos do inciso VII do artigo 8° da Lei do Petróleo, continuará a caber à ANP.

No contrato angolano de partilha de produção, ante o regramento em vigor após as mudanças operadas pelas leis de 2004 que, juntas, compõem a Segunda Reforma Legislativa

²⁷⁰ Alexandre Aragão refere à possibilidade de questionamentos acerca do exercício de “tamanhos poderes” por uma pessoa jurídica de direito privado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 466.

²⁷¹ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 31.

²⁷² Cf. artigo 5°, inciso II, do Decreto-Lei n° 200/1967.

²⁷³ A doutrina refere que, a partir de 1997, ano de sua criação por obra da Lei do Petróleo, a ANP passa a desempenhar papel central na gestão das políticas do petróleo, promovendo a regulação, fiscalização e contratação das atividades econômicas jungidas à indústria petrolífera. Cf. SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 17.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 65.

do segmento, o Minpet passou a deter a maior parte das competências relativas à regulação do setor petrolífero, tendo-se limitado os poderes da Sonangol, a empresa estatal de petróleo. Remanesceram afetas à concessionária nacional competências relacionadas às operações em si, a exemplo da propositura de mudança do operador das áreas concedidas, ou da demarcação de jazigos após declarada uma descoberta comercial. Portanto, fácil notar o cuidado da legislação angolana em retirar, de uma sociedade empresarial, poderes regulatórios e decisórios.²⁷⁵

Contudo, mesmo face ao novo regramento, a petroleira manteve determinados poderes decisórios em Angola, o que, de forma análoga à crítica à PPSA, a doutrina identifica que pode suscitar conflito de interesses. Apesar do reduzido rol de funções enquanto entidade decisória, as prerrogativas da Sonangol – *e.g.*, aprovar a lista geral de entidades suscetíveis de contratação, podendo opor-se à adjudicação, no âmbito dos concursos públicos para a aquisição de bens e serviços por parte dos operadores dos campos, - podem inviabilizar pretensões dos operadores e traduzem autênticos atos administrativos praticados no uso de poder de autoridade. Por isso, já foram objeto de contestação em Angola e remanescem a levantar debate quanto ao papel dúplice assumido pela estatal no sistema angolano, que é, por um lado, *player*, e, por outro, entidade reguladora investida de poderes de decisão relativos a aspectos conexos com a rotina das operações petrolíferas.²⁷⁶

Por fim, competirá também à PPSA representar a União nos procedimentos de individualização da produção e nos acordos decorrentes, nos casos em que as jazidas do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por blocos não concedidos ou não contratados sob o regime de partilha de produção; e defender seus interesses nos comitês operacionais dos contratos de partilha.

A segunda particularidade do novo marco a ser examinada consta da Lei nº 12.351, diploma que, além de inovar ao prever o regime de partilha de produção, cria o Fundo Social do Pré-Sal – FS. De natureza contábil e financeira, o fundo estará vinculado à Presidência da República, visando estabelecer fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas para combate à pobreza e para o desenvolvimento de diversos setores.

Constituído das parcelas previstas no artigo 49 da lei, dentre elas a receita advinda da comercialização dos hidrocarbonetos da União, bem como parte do bônus de assinatura e dos

²⁷⁵ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 32-33.

²⁷⁶ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 34-36.

royalties que cabem também à União,²⁷⁷ o FS tem a finalidade precípua de formar poupança pública de longo prazo, oferecendo fonte regular de recursos para educação, cultura, ciência e tecnologia, sustentabilidade ambiental; e mitigando as flutuações na economia nacional derivadas das variações na renda gerada pelas atividades de E&P.

Trata-se de um instrumento essencial para maximizar os benefícios das receitas oriundas das atividades petrolíferas na nova camada descoberta, em função da natureza distinta dessas entradas em relação às demais receitas governamentais. As principais diferenças dizem respeito: i) à finitude de sua fonte de incidência, que se refere à exploração de um recurso não-renovável; ii) a sua volatilidade, uma vez que dependem decisivamente dos preços de mercado do petróleo, seus derivados, e do gás natural; e iii) ao fato de implicar o ingresso ao País de grandes volumes de moeda estrangeira.²⁷⁸

Como alternativa para minimizar os impactos da finitude, os governos devem atuar de modo a evitar que somente a geração atual usufrua dos benefícios da exploração dos recursos naturais. Para tanto, é necessário que a riqueza do petróleo seja transformada em ativo cujo usufruto possa ser estendido no tempo, mesmo depois que o hidrocarboneto tenha se esgotado. As melhores práticas internacionais sugerem separar as entradas financeiras advindas do setor petrolífero das demais receitas orçamentárias, em um fundo específico destinado à expansão do capital físico e humano, habilitado a aplicar verbas tanto no País quanto no exterior.

Aponta Sergio Gabrielli que, com o pré-sal, descortinam-se gigantescos horizontes exploratórios. Os desafios são desenvolver mais eficientemente a capacidade de produção dessa riqueza, apropriar-se socialmente de seus benefícios e minimizar os seus impactos negativos na inibição de outras atividades, assim como gerar fluxos que permitam estimular outras áreas da economia, de forma a construir um pacto intergeracional em que a renda gerada contemporaneamente possa financiar investimentos que permitam ampliar a renda futura.²⁷⁹

Cabe apenas ressaltar que um dos principais motivos para a criação do fundo, certamente, foi o de evitar a “doença holandesa”. Este um conceito econômico que tenta explicar a aparente relação entre a exploração de recursos naturais e o declínio de outros setores industriais nacionais. O aumento da receita decorrente da exportação dos recursos

²⁷⁷ Ver Lei nº 12.351/2010, artigos 47 a 60.

²⁷⁸ Trecho constante da exposição de motivos que acompanhou o envio do PL nº 5.940/08 à consideração do Presidente da República. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em 03.06.2012.

²⁷⁹ AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 258.

acaba por desindustrializar a nação devido à valorização cambial, que torna os demais setores da economia menos competitivos frente às mercadorias externas. Assim é denominada em alusão ao fenômeno ocorrido na Holanda na década de 60, quando houve uma aceleração das vendas de gás, com conseqüente escalada dos preços do hidrocarboneto, o que aumentou consideravelmente as receitas de exportação e valorizou o florim (moeda da época), porém, como efeito reverso, derrubou as exportações de outros produtos.²⁸⁰

Sergio Gabrielli anota que o petróleo e gás, fontes geradoras de riquezas substanciais, têm um histórico de concentração de poder e de inibição do desenvolvimento de outros setores da economia como consequência da sua capacidade de produção de divisas em grande escala, de geração de recursos fiscais para o governo, de financiamento direto de despesas públicas e sociais, assim como de sua habilidade de carregar uma vasta cadeia de fornecedores. Esse processo decorre de uma apreciação prolongada da taxa de câmbio ocasionada pela superabundância de um recurso natural exportável, reduzindo a competitividade de outros segmentos da economia e inibindo a disseminação do crescimento.²⁸¹ A doutrina menciona também a “maldição do petróleo”, que atinge alguns países que, pela fartura do hidrocarboneto, descuram de seu desenvolvimento.²⁸²

O terceiro e último aspecto a citar é o constante da Lei nº 12.276, que enunciou a possibilidade da União ceder onerosamente à Petrobras, com dispensa de procedimento licitatório, os direitos de pesquisa e lavra mineral de hidrocarbonetos tratados no inciso I do art. 177, da CF, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal, cuja identificação e delimitação geográficas estariam previstas no respectivo contrato. Isso observado o limite legal de produção de até 5 bilhões de barris de óleo equivalente (boe).

Faz-se necessária uma sucinta explicação dos motivos que desencadearam a iniciativa. Desde o fim do mandato de Fernando Henrique Cardoso, o Estado brasileiro detinha reduzida participação no capital social da Petrobras, o qual pertencia, em sua maioria, à iniciativa privada.²⁸³ Embora tal realidade tenha gerado constante desconforto no governo Lula, nenhuma política efetiva foi implementada para reverter o quadro. Contudo, mais uma vez o pré-sal aparece como um divisor de águas. Tendo em conta o privilégio previsto para a

²⁸⁰ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 75.

²⁸¹ AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 252.

²⁸² BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 22.

²⁸³ A empresa continuou categorizada como sociedade de economia mista porque o Estado manteve o controle da companhia, uma vez que foi respeitado o mínimo de metade mais uma das ações com direito a voto sob sua titularidade.

Petrobras nos projetos respeitantes à nova fronteira (operador obrigatório de todos os campos), o governo entendeu que deveria incrementar sua participação societária na empresa, passando a deter a maior parte de seu capital social. O caminho escolhido, no relato de Daniel Oliveira, foi capitalizar a companhia.²⁸⁴

Como nos demais modelos examinados, as atividades são efetuadas exclusivamente a expensas da contratada, que assumirá a titularidade do petróleo e gás natural prospectados, nos termos do contrato que formaliza a cessão, sendo a ocorrência de acidentes ou de eventos da natureza, que afetem a produção, indiferentes para fins de revisão do valor ou das cláusulas do instrumento pactuado. Em troca, quis o Estado brasileiro o aumento de sua participação no capital da empresa.

No relato de Alexandre Aragão, a operação se deu da seguinte forma: a União aumentou sua participação integralizando títulos da dívida pública, que passaram a ser da Petrobras. Em seguida, a União resgatou tais títulos, trocando-os pela cessão onerosa de seus direitos, de matriz constitucional (artigo 177, inciso I, da CF), de produzir até cinco bilhões de barris de petróleo.²⁸⁵

A cessão onerosa foi fundamental no processo de capitalização da petrolífera estatal, com o qual ela se preparou para exercer o papel esperado no novo cenário, tendo captado no mercado bilhões de dólares. Por outro lado, coibiram-se, de certa forma, maiores discussões em torno da capacidade financeira da Petrobras para aderir aos contratos de partilha, acompanhando o maior preço ofertado. Pela redação da Lei nº 12.351/2010, artigo 20, § 1º, a participação da Petrobras no consórcio para a realização do contrato de partilha implica sua adesão às regras do edital e aos parâmetros da proposta do licitante vencedor.

Porém, a própria lei veio prevendo que a autorização para que fosse efetuada a cessão seria válida apenas pelo prazo de 12 (doze) meses, contado da data de sua publicação. Em decorrência, em 2010, a União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, firmou o contrato de cessão onerosa com a Petrobras, figurando a ANP como fiscalizadora e reguladora.

O objeto do negócio jurídico, conforme inclusive expresso em sua cláusula segunda, foi o exercício das atividades materiais de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e não a jazida ou os hidrocarbonetos a serem dela retirados. A relação jurídica instaurada em decorrência do contrato de cessão onerosa jamais teve a

²⁸⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 76-77.

²⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 467.

coisa como substrato.²⁸⁶ Assumindo, em caráter exclusivo, todos os investimentos, riscos e custos ligados à execução das operações, cabe à cessionária, como única contrapartida, a aquisição dos hidrocarbonetos efetivamente produzidos e por ela apropriados no ponto de medição da produção.

Com isso, há hoje no Brasil três principais modelos contratuais de E&P de petróleo e gás natural: a) contrato de concessão, para as áreas fora da camada de pré-sal, ou que nela se encontrem, mas tenham sido objeto de licitação antes da inserção do novo marco; b) contrato de partilha, para as áreas do pré-sal ainda não leiloadas e para aquelas consideradas estratégicas; e c) cessão onerosa à Petrobras, nos termos acima expostos.²⁸⁷

Assim, dotado de uma legislação recente e flexível, com pleno embasamento constitucional, o Brasil coloca-se pronto para assumir seu papel entre os maiores *players* da indústria petrolífera, encontrando-se em situação excepcionalmente cômoda num momento de caminhada para o esgotamento de reservas estrangeiras, com risco de colapso internacional no abastecimento. A propósito, o escritor John Lowe destaca que é exatamente nessa altura, em que se aproxima o fim da era do petróleo, que a importância do combustível tende a aumentar.²⁸⁸

Dispõe-se de uma disciplina moderna, que, ao mesmo tempo em que possibilita a participação de empresas privadas ou públicas, nacionais ou estrangeiras, com segurança jurídica, garante o controle e a participação direta do Estado na exploração do segmento de petróleo e gás. Cabia ao Brasil aproveitar sua “galinha dos ovos de ouro”, que lhe propiciará presença e interferência nos negócios e na economia mundial, da maneira mais proveitosa possível.²⁸⁹ O petróleo é, e pelo o que se ouve, por muitos anos ainda o será, o principal motor mundial,²⁹⁰ fornecedor de energia do qual estão todos, irreversivelmente, dependentes.

2.3.2 O Regime Jurídico de Partilha no Brasil

²⁸⁶ Nesse sentido, sobre os contratos de concessão em geral: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 137.

²⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 467.

²⁸⁸ LOWE, John S. *Oil and Gas Law in a nutshell*. P. XIX.

²⁸⁹ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 21 a 23 e 27.

²⁹⁰ Hilda Guillén remete à coletividade que se formou pautada na dependência dos recursos combustíveis fósseis como “sociedad del hidrocarburo” (sociedade o hidrocarboneto). Cf. “*La era del petroleo*”. Cf: *Derecho ambiental y contratación petrolera: armonización y dificultades*. P. 717.

A pedra de toque do novel regramento, por óbvio, é o Regime de Partilha para a Produção de Petróleo e Gás Natural. Ele é o ponto mais destacado, mais intrincado e também mais controvertido do marco regulatório. Daí a escrita das linhas abaixo, na tentativa de aclarar ao menos algumas das perplexidades trazidas com a inovação.

O sistema de partilha foi inserido no segmento nacional de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos em razão da Lei nº 12.351/2010, a partir das descobertas na denominada camada do pré-sal, e vem disciplinado nos seus artigos 3º a 31. Entendeu-se que não seria adequado manter o modelo de concessão, este mais apropriado a blocos de baixa rentabilidade e consideráveis riscos exploratórios, para a exploração nas novas áreas, caracterizadas por uma alta rentabilidade e por um baixíssimo risco, com taxas de sucesso a ultrapassar o patamar de 85% (oitenta e cinco por cento). Além disso, os hidrocarbonetos encontrados no polígono do pré-sal desfrutam de qualidade ímpar, o que se alia aos grandes volumes passíveis de captação.²⁹¹

Por outro lado, hoje o Brasil encontra-se menos dependente do aporte de investimentos estrangeiros para desenvolver as atividades de pesquisa e lavra, seja porque já beira a autossuficiência no abastecimento interno, seja porque as características geológicas das reservas nacionais, carentes em terra e vastas no subsolo marítimo, obrigaram a Petrobras a desenvolver notável expertise na exploração de laminais d'água profundas, tornando-a uma empresa internacionalmente reconhecida e respeitada, que domina tecnologia de ponta em todas as áreas da indústria petrolífera, especialmente na produção subaquática.

E mais: todo esse ambiente propiciou o aparecimento de mão de obra extremamente qualificada no setor, contando com equipes de geólogos, engenheiros, oceanógrafos, administradores, juristas, enfim, técnicos das mais diversas especialidades, de nível equivalente ou até superior aos principais quadros do mundo.²⁹²

Todavia, enorme discussão se pôs em torno da constitucionalidade do regime. Surgiu a indagação sobre a possibilidade de se adotar o contrato de partilha da produção, sob a suposta alegação de que o contrato de concessão, até então vigente de modo isolado, teria sido uma opção constitucional. A propósito, Luiz Cezar Quintans relata que, em diversos debates que precederam a aprovação das leis do novo marco, a doutrina especializada vinha enfrentando divergências a respeito de o modelo de partilha estar ou não ao abrigo da Constituição de 1988. No particular, o autor confessa acompanhar a posição daqueles que veem contemplados

²⁹¹ Vide: <http://www.anp.gov.br/?id=2656>. Acesso em 03.03.2012.

²⁹² BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 12 e 22.

no formato atual da Carta Política (Título VII – “Da Ordem Econômica”) apenas três formas específicas de contratação para as operações de pesquisa e lavra: a concessão, a permissão e a autorização.²⁹³

Para Carlos Jacques, a despeito de o artigo 177, § 1º, da CF, permitir à União o uso de qualquer modalidade contratual (*poderá contratar*) para a pesquisa e lavra de petróleo, a observação do artigo 176, parágrafo único, faz notar a imposição de que a exploração de recursos minerais se dê por concessão ou autorização, não prevendo qualquer outro instrumento, como, *verbi gratia*, o contrato de partilha da produção. Este, por encerrar um regime no qual o domínio do petróleo e gás extraídos é da União, com apenas uma parte da produção cabendo à empresa exploradora, seria em verdade incompatível com o *caput* do artigo 176, que garante a propriedade do produto da lavra ao concessionário (cláusula de garantia). Portanto, adotar o novo modelo exigiria uma emenda à Constituição.²⁹⁴

A confusão em torno do tema se deve a que, quanto aos recursos minerais em geral, a Constituição Federal expressamente referiu-se à concessão (e à autorização), nos termos do artigo 176. Mas isso não pode ser acriticamente transposto ao petróleo e gás natural, posto existir regime jurídico próprio e mais específico aplicável a esses tipos de recursos minerais. Tampouco o fato de a Lei nº 9.478/1997 aludir ao modelo concessório na sua redação original²⁹⁵ pode prevalecer como decisão definitiva no setor, haja vista que, se a exigência não emana diretamente da Carta Política, nenhuma força vinculante podem traduzir escolhas realizadas pela legislação infraconstitucional, pois é vedado à lei ordinária sobrepor-se à Constituição, em homenagem ao Princípio da Supremacia. E, em verdade, a própria lei, em momento algum, fulminou a possibilidade de outros tipos de pactos serem previstos no ordenamento jurídico nacional.

Como exaustivamente analisado no capítulo 1, a Constituição Federal, em seu artigo 177, § 1º, com a redação dada pela EC nº 9/1995, estatui que “*a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades*” de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural submetidas ao monopólio federal. As lições de Alessandra Belfort são providenciais nesse sentido. Para a autora, a emenda 9, mudando a redação do artigo 177, da

²⁹³ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Os desafios jurídicos no Upstream e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás*. P. 90.

²⁹⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira. *O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo e Gás no Brasil: entre o regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. P. 90.

²⁹⁵ Originalmente, previa a Lei nº 9.478/1997: “Art. 5º 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”. Entretanto, ele foi alterado por força de Lei nº 12.351/2010, passando a englobar a previsão do contrato de partilha.

CF, delegou à lei infraconstitucional competência para dispor sobre as condições contratuais para a realização das atividades de exploração e produção, que constituem monopólio da União Federal, por sociedades de natureza pública ou privada.²⁹⁶

Note-se que não houve uma pré-determinação da forma de contratação a ser efetuada. Assim é que se abre à legislação ordinária, que deverá estabelecer as condições em que tais acordos serão celebrados, a legítima possibilidade de optar por quaisquer daquelas formas usualmente conhecidas, envolvendo a indústria petrolífera, ou mesmo de introduzir uma figura atípica.

Cabe mais uma vez ressaltar. A relação existente entre os artigos 176 e 177, da CF, é de norma geral e especial, tese que restou definitivamente consagrada após o julgamento da ADI nº 3.273. A própria doutrina assim também reconhece, como mencionado no capítulo 1.²⁹⁷ Apenas para reforçar a percepção, com a autoridade que detém no assunto, José Alberto Bucheb relata que o artigo 176 pontua o regime jurídico geral das atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais, enquanto o artigo 177, por seu turno, detalha o regime jurídico próprio das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural. Por conseguinte, deverá haver a prevalência da norma especial do artigo 177 no que dispõe, de maneira específica, para a exploração dos hidrocarbonetos.²⁹⁸

Em idêntico sentido, Gastão Alves de Toledo expõe que, no tocante ao regime jurídico dos recursos minerais, três regras devem ser mencionadas: a do artigo 20, que fixa a propriedade dos bens; a do artigo 176, cuidando da exploração de forma ampla; e a do artigo 177, dirigida especificamente às atividades relativas ao petróleo e gás natural.²⁹⁹

É possível encontrar, em várias passagens do Acórdão da ADI nº 3.273, menções a que “a Lei Maior brasileira nem sequer fala de concessão ou permissão, preferindo o uso da locução ‘poderá contratar’ ”; ou ao fato de a Constituição Federal apenas mencionar que a União poderá contratar com empresas particulares ou privadas para a realização das atividades previstas – artigo 177, § 1º –, sem determinar que isso ocorra por meio de contratos de concessão, o que, quanto às áreas fora do pré-sal, somente foi estabelecido pela Lei nº

²⁹⁶ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 24.

²⁹⁷ Por todos: Alexandre Aragão destaca que: “O art. 176 é a norma geral de Direito Minerário, enquanto o art. 177 é a regra especial desse ramo do direito em relação a um de seus produtos – o petróleo [e o gás natural, acrescemos]. Assim, as duas devem ser aplicadas conjuntamente, observada a especialidade desta, razão pela qual prevalecerá sobre dispositivos do art. 176 sempre que possuir regra específica preceituando em sentido diverso”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 107.

²⁹⁸ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 8, 10, 28-29.

²⁹⁹ TOLEDO, Gastão Alves de. *Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional do Petróleo - ANP*. P. 182.

9.478/97. Nesse sentido, a maioria dos Ministros deixa transparecer em seus votos que a eleição do tipo de contrato que será adotado com as empresas é uma opção de caráter estritamente político, a ser tomada em consonância às qualidades que gravam o bem petróleo.³⁰⁰

Mais uma vez Luiz Cezar Quintans parece não corroborar o entendimento. Ele rebate a alegação de que os *Product Sharing Agreements* estariam encampados, no uso do vocábulo *contratar*, pelo artigo 177, § 1º, da CF. Argumenta que, mesmo que a constitucionalidade do novel regime estivesse pautada nesse termo, isso provocaria a necessidade de completa mudança na estrutura da Lei do Petróleo. Em paralelo, seria temeroso autorizar a possibilidade de inclusão no país dos *PSAs*, sem alteração constitucional. A um porque reconhecer o termo “contratar” para admitir outros tipos contratuais, seria constatar que o constituinte deu carta branca ao legislador ordinário para estabelecer quaisquer modalidades de contratos, inclusive inominados, para a realização das atividades de E&P, bastando para tanto a regulamentação por via legal, quer pela criação de uma nova Lei do Petróleo ou pela alteração, a qualquer tempo, daquela já vigente.

Na visão do doutrinador, a menção feita pela ANP no preâmbulo dos contratos de concessão celebrados, de que “*nos termos do artigo 176, § 1º, da Constituição Federal, a Pesquisa e a Lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União (...)*” corroboraria a tese de necessidade de alteração constitucional para adoção do modelo de partilha.³⁰¹

A respeito da suposta ratificação da tese de reforma constitucional pela referência ao artigo 176, § 1º, da CF contida no preâmbulo dos contratos de concessão, não é preciso dizer muito além de que leituras porventura feitas pela ANP, mero órgão regulador do setor – sem função judicante alguma – não podem vincular a interpretação constitucional. A propósito, esse trecho sequer consta do Contrato de Concessão relativo a mais recente Rodada de Licitações realizada, a 11ª, de 2013.

Quanto ao receio de fornecer *carta branca* ao legislador, esta foi a intenção declarada e almejada da mudança advinda com a EC nº 9/95. Pela exposição de motivos que acompanhou a proposta de emenda, citada no capítulo 1 acima, o objetivo era explicado nos seguintes termos: “*(...) a flexibilização a ser implementada em nível infraconstitucional implica a ampliação de competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política*

³⁰⁰ STF: ADI nº 3.273/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 02-03-2007. P. 30, 97.

³⁰¹ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Os desafios jurídicos no Upstream e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás*. P. 90-92.

governamental voltada para o setor do petróleo”, citando ainda que a lei ordinária deveria regular as condições e relações contratuais concernentes.

No que se refere à necessidade de alteração constitucional para abrigar outros tipos contratuais de E&P, farta é a doutrina que se coloca em oposição a tal percepção. Leonardo Mussi da Silva é um deles, para quem a lei prevista no parágrafo 1º do artigo 177 poderia estipular diversas formas de contratação, ao que prossegue enumerando aquelas com frequência empregadas na exploração de petróleo e gás.³⁰² Parece conclusiva a lição de Alexandre Aragão:³⁰³

(...) quanto à alteração do modelo de contrato utilizado para a exploração de petróleo e gás natural, há de se ter em conta os parágrafos primeiro e segundo do art. 177 da Constituição Federal segundo os quais ‘a União poderá com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei’. Não diz referido dispositivo constitucional (...) qual o modelo de contratação será adotado, remetendo essa determinação à lei. Note-se que a Constituição fixa, em consonância com o princípio da legalidade, a necessidade de observância das condições contratuais que forem estabelecidas em lei.

A consagrada doutrina de José Alberto Bucheb merece ser citada. Aduz Bucheb que, ao regulamentar a abertura do setor do petróleo estabelecida pelo constituinte derivado por meio da EC nº 9/95, o legislador ordinário viu-se diante da tarefa de optar pela alternativa de contratação que, em face das condições político econômicas e do potencial geológico do País, otimizasse a atração de investimentos sem que se perdesse o controle da soberania. Essa a justificativa para o salto, à época, do regime monopolista para o sistema de concessão. Bucheb destaca, ainda, que, além do modelo de concessão, a prática internacional contempla outras modalidades, como a de prestação de serviços, a partilha de produção e os acordos de participação (*joint ventures*), todas plenamente passíveis de utilização no Brasil em face da redação constitucional tal como posta, sem nenhuma necessidade de alteração.³⁰⁴

A Carta Política apenas e tão somente menciona que a União *poderá contratar* a realização das atividades jungidas à indústria do petróleo, não encerrando qualquer escolha quanto a um tipo específico de contrato no setor. Portanto, nenhum impedimento existe para a adoção do contrato de partilha, seja constitucional, legal ou estrutural.

Assim, desde 2010, vigora um regime regulador misto para a exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Há o modelo de concessão, válido para os campos fora da camada do pré-sal, bem como para as áreas com petróleo e gás natural que, muito embora

³⁰² SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo* P. 68-69.

³⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito Administrativo – Retrospectiva 2007*. P. 29.

³⁰⁴ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 29.

localizadas no pré-sal, foram licitadas e concedidas antes do advento do Novo Marco; e o de partilha da produção, válido para as acumulações do polígono do pré-sal que vierem a ser objeto de licitação após a entrada em vigor da Lei nº 12.351/2010, e aquelas áreas que forem definidas como estratégicas. Não tão remota, assim, a hipótese de haver blocos submetidos a contratos distintos, por conseguinte.³⁰⁵

Parece sem espaço a argumentação daqueles saudosistas a defender que, mesmo à frente das descobertas do pré-sal, o modelo concessório deveria ter sido mantido, incrementando apenas as parcelas governamentais para propiciar o almejado aumento de controle pela União Federal. Ou para o repúdio ao sistema de partilha ao amparo de que os seus termos, mais rígidos, poderiam desencorajar investimentos – a esta preocupação, Daniel Johnston responde que a indústria do petróleo é confortável em assumir contratos mais rígidos, se justificados por suficiente potencial geológico.³⁰⁶

Um dos que enumera vários pontos negativos na adoção da partilha é Luiz Cezar Quintans. Expondo o que denominou de “*desafios jurídicos*” do momento onde o modelo de concessão foi questionado no Brasil diante da “era do pré-sal”, coloca-se o autor contrário à necessidade de modificação do modelo de concessão, argumentando que a Arábia Saudita, país com reservas abundantes de petróleo com baixo risco exploratório na exploração, utiliza o modelo concessório. O contrato de partilha seria um instrumento contratual que “*não tem grandes vantagens*”, empregado somente na China, Índia e em parte da África. Em sua percepção, o Brasil parece mais interessado em abocanhar parte dos lucros das empresas de petróleo, já que, segundo ele, no curso da história de exploração do petróleo no mundo, os processos de revisão do modelo de produção sempre se verificaram quando o lucro das petrolíferas elevou-se.³⁰⁷ Se o interesse é apenas o aumento de arrecadação, para aperfeiçoá-lo bastaria o incremento de receitas das participações governamentais, sendo desnecessária qualquer transição no modelo de E&P.³⁰⁸

A opção é política, e isso já se disse. Cássio Braga Antunes cita com naturalidade o aspecto, ao comentar sobre a Lei nº 9.478/97 e a conjuntura que então vigorava: “*tendo em*

³⁰⁵ TAVERNE, Bernard. *Co-operative Agreements in the Extractive Petroleum Industry*. P. 85-86.

³⁰⁶ JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 18.

³⁰⁷ Sérgio Gabrielli comunga do ponto de vista. Alega que a disputa pelas rendas petroleiras se dá também entre o setor e o governo, tanto que, historicamente, toda vez que há um continuado ciclo de preços altos, há uma tendência de mudanças de marcos regulatórios e de tributação sobre o setor, de forma que os Estados tentam capturar uma parcela maior das rendas geradas pela extração. Cf. AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 255.

³⁰⁸ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Os desafios jurídicos no Upstream e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás* P. 85-86, 89-90, 92 e 95.

vista a escolha política brasileira pelo modelo de concessão (...)”.³⁰⁹ Também Alessandra Bueno menciona que a Lei do Petróleo foi editada no espaço de delegação quanto à regulação das condições contratuais das atividades de E&P deixado pelo constituinte derivado.³¹⁰ Se, diante das promissoras perspectivas do pré-sal, o Executivo e o Legislativo convergiram seus ideais no sentido da aprovação de um novo modelo, capitaneado pelo regime de partilha, foi porque viram nela a melhor alternativa. Não cabe agora, que o cenário sofreu visceral modificação, insistir no inócuo debate se teria sido acertada a escolha do governo. É discussão que a lugar algum levará, a mudança está feita.

Passando ao que de fato interessa, é imperioso minudenciar as regras do contrato de partilha estipuladas pela Lei n. 12.351/10. Consoante referido, o sistema exploratório em regime de partilha é aplicável apenas às áreas do pré-sal que ainda não tenham sido concedidas para pesquisa e lavra.³¹¹

O pré-sal a que o novo modelo regulatório faz referência, tem uma definição estrita: é certa parcela do território brasileiro, que compreende a região do subsolo, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo à Lei nº 12.351/10,³¹² bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico. A província do pré-sal dispõe de uma área total de 149.000 (cento e quarenta e nove) km², dos quais 41.772 (quatrocentos e quarenta e um mil,

³⁰⁹ ANTUNES, Cássio Braga. *Do “autoconsumo” de gás natural nas plataformas. Da não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 120.

³¹⁰ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 24.

³¹¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 466.

³¹² ANEXO

POLÍGONO PRÉ-SAL		
COORDENADAS POLICÔNICA/SAD69/MC54		
Longitude (W)	Latitude (S)	Vértices
5828309.85	7131717.65	1
5929556.50	7221864.57	2
6051237.54	7283090.25	3
6267090.28	7318567.19	4
6435210.56	7528148.23	5
6424907.47	7588826.11	6
6474447.16	7641777.76	7
6549160.52	7502144.27	8
6502632.19	7429577.67	9
6152150.71	7019438.85	10
5836128.16	6995039.24	11
5828309.85	7131717.65	1

setecentos e setenta e dois) km² (28%) são de campos já concedidos e 107.228 (cento e sete mil, duzentos e vinte e oito) km² (72%) ainda sem concessão.³¹³

Aplicável também o será quanto às áreas estratégicas. A definição das áreas estratégicas dar-se-á por ato do Poder Executivo, denotando a região de interesse para o desenvolvimento nacional caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção. É incumbência do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) propor à Presidência da República a delimitação de províncias a serem classificadas como tais.

A própria legislação traz os conceitos basilares que lhe servem de pilar, definindo a partilha de produção como 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 pesquisa, avaliação, desenvolvimento e lavra. Em caso de descoberta com viabilidade 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.

A necessidade de avaliar como a lei traçou as balizas do instituto é de extrema importância. Nada obstante no item 2.2 tenha se procedido ao exame do perfil do contrato de partilha traçado pela doutrina nacional e internacional especializada, as características dos modelos poderão variar, ainda que aquelas consideradas essenciais se mantenham inalteradas. O fator determinante para a configuração de cada modelo é a disciplina legal que a lei de cada país lhes atribui, não sua classificação abstrata e estéril.³¹⁴ O legislador do país hospedeiro tende a adaptar os critérios à realidade local, intercambiando experiências e importando aspectos considerados mais vantajosos de um e de outro contrato petrolífero.³¹⁵ Bem observou Daniel Oliveira não existir utilização pura e simples de um único modelo.³¹⁶ Assim também acontece no Direito Brasileiro, consoante será demonstrado.

Retome-se a assertiva: a análise do novo modelo de E&P deve ser realizada com olhos voltados aos traços que o legislador pátrio lhe emprestou. Já o disse Alexandre Aragão: *“embora o nome do contrato nunca seja decisivo para qualificação de seu objeto, é claramente forte indício da operação subjacente”*.³¹⁷

³¹³ Vide: <http://www.petrobras.com.br/pt/energia-e-tecnologia/fontes-de-energia/petroleo/presal/>. Acesso em 03.03.2012.

³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP*. P. 44-45.

³¹⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 132-133.

³¹⁶ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 76.

³¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 91.

Quanto à política de recuperação de despesas, as regras parecem elucidativas, embora a prática certamente tenda a aprimorá-las. O óleo-custo (*cost oil*) ou custo em óleo é, nos estritos termos legais, a parcela da produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, exigível apenas se houver descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de pesquisa, avaliação, desenvolvimento, prospecção e desativação das instalações. Sujeita-se a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato. Royalties e bônus de assinatura não integram o custo em óleo, sendo vedada, em qualquer hipótese, sua inclusão no cálculo desta parcela.

Já o óleo-lucro (*profit oil*) é caracterizado como a parte da produção de hidrocarbonetos a ser dividida entre a União e o contratado, segundo critérios também definidos no pacto que irá reger as atividades de E&P. O excedente em óleo, como quis chamá-lo o legislador pátrio, resulta da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível (caso do bloco se localizar em terra), à participação paga ao proprietário do solo equivalente a até 1% (um por cento) do valor da produção. É o Ministério de Minas e Energia (MME) que deverá propor ao CNPE os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos, especialmente no que referir aos critérios de definição do excedente em óleo da União e do percentual mínimo deste excedente.

Para a realização do contrato de partilha, há a exigência de que seja constituído um consórcio³¹⁸ entre a Petrobras, que terá participação mínima de 30% (trinta por cento) assegurada e, além de operadora do contrato, será a líder do consórcio; a empresa ou grupo de empresas vencedor da licitação para a produção e exploração dos hidrocarbonetos em regime de partilha da produção; e a Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), empresa pública que integrará o grupo como gestora do contrato. A Petrobras estará apta a participar dos leilões para aumentar sua participação no consórcio, podendo até mesmo figurar sozinha ao lado da PPSA no consórcio, quer por ter vencido, isolada, a licitação, quer por ter havido adjudicação direta; ambas as hipóteses contempladas na lei.

Todos os riscos das atividades serão assumidos pelo contratado, que suporta de modo integral os custos e investimentos necessários à execução, cabendo-lhe o reembolso na forma de *óleo-custo* somente no caso de encontrar petróleo e gás comercializáveis. Eximem-se a União Federal e a PPSA de todos esses ônus. Ao contratado competirá, ainda, uma parcela do excedente em óleo (óleo-lucro), na proporção, condições e prazos estabelecidos, excedente a ser repartido com a União no *ponto de partilha da produção*.

³¹⁸ Vide artigos 19 a 21 da Lei nº 12.351/2010.

Embora a lei não prefixe de antemão os parâmetros do óleo-custo, prevê que é cláusula essencial ao acordo a que dispõe sobre prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação, pelo contratado, do custo em óleo. Caberá ao instrumento negocial, portanto, decidir quais despesas incorridas poderão ser recuperadas por se considerarem incluídas no conceito de óleo-custo; o limite máximo desta recuperação; a que periodicidade estarão submetidas; e o procedimento a ser observado para seu reconhecimento.

É mesmo cláusula fundamental, primeiro, dadas as dificuldades de se auditar e controlar os dispêndios verdadeiramente incorridos pelo executor e, em segundo lugar, porque a União só terá sua parcela de óleo-lucro após o reembolso do óleo-custo a quem de direito. Esse um dos motivos para a decisão de colocar a Petrobras – empresa estatal sob controle da União – como operadora única dos campos (ponto que será adiante comentado), evitando, assim, manobras que inflem artificialmente os custos; e também para a criação da PPSA, que terá entre suas exíguas funções, a de auditar os investimentos e despesas com os projetos.³¹⁹

Os contratos de partilha em vigência no mundo esclarecem com exatidão o que pode ser reembolsado, quais as despesas recuperáveis, bem como o máximo de reembolso por ano ou período,³²⁰ de modo a permitir ao Estado sua parcela na produção mais rapidamente. Se assim não fosse, a União poderia levar anos após o início da produção para começar a obter receita, já que a repartição do excedente só começa após o ressarcimento dos custos recuperáveis -³²¹ o que será feito *in natura*, daí a denominação de óleo-custo.

Por intermédio do Ministério de Minas e Energia, como representante da União, serão celebrados os contratos de partilha (i) diretamente com a Petrobras, dispensada a licitação; ou (ii) mediante licitação na modalidade leilão – a mesma em que se dão os certames prévios aos contratos de concessão -, hipótese em que deverão concorrer em igualdade, respeitados os princípios de liberdade de empresa (artigo 170, parágrafo único, da CF), de iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CF) e de lucro (artigo 170, inciso IV, da CF), empresas atuantes no setor, inclusive a Petrobras.

O julgamento da licitação identificará a proposta mais vantajosa segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União, respeitado o percentual mínimo fixado pelo

³¹⁹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 63.

³²⁰ JOHNSTON, Daniel. *Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. P. 49 e seguintes.

³²¹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 63.

CNPE. Para Carlos Ari Sundfeld, a licitação petrolífera cumpre importante papel de implementar o princípio basilar da igualdade.³²²⁻³²³

A lei por vezes deixa turva a questão de quem estará apto a participar do leilão: as empresas petrolíferas, ou o consórcio formado entre ela(s), a PPSA e a Petrobras (ou apenas entre estas duas últimas, nos casos contemplados em lei).

Poderão habilitar-se a participar da licitação, na qualidade de proponentes, quaisquer empresas, nacionais ou estrangeiras, sozinhas ou em grupo,³²⁴ e, após o julgamento e definição da proposta vencedora, é que deverá ser constituído o consórcio entre o(s) vencedor(es), a PPSA e a Petrobras, com vistas a cumprir o contrato de partilha de produção. Cumpre anotar que à celebração do contrato de partilha de produção angolano também deve preceder a abertura de concurso público, pela Sonangol – a concessionária petrolífera nacional – para associação com entidades privadas, sociedades estas que poderão ser nacionais de Angola ou estrangeiras.³²⁵

Competência relevante do CNPE é a de propor ao Presidente da República os blocos que serão destinados (i) à contratação direta da Petrobras com dispensa de licitação, (ii) e à outorga através de leilão à empresa ou grupo petrolífera(o) vencedora(dor). É também do Conselho que parte a sugestão para que a União contrate diretamente a Petrobras para a pesquisa e lavra sob o sistema de partilha, visando à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos objetivos da política energética. Mas permanece sob a responsabilidade da ANP promover os procedimentos licitatórios que deverão, em regra, anteceder as contratações sob o regime de partilha; elaborar o modelo do edital; e confeccionar a minuta dos contratos de partilha.

Ponto crucial, que não parece bem resolvido pela legislação, é a definição de *contratado*, no regime de partilha da produção. Entre os vários dispositivos da Lei n. 12.351/10 que dão azo a dúvidas, estão o artigo 2º, o artigo 20, e o artigo 29,. Veja-se.

Ao trazer as definições básicas para os fins da regulamentação proposta, a lei estipula que contratado “*é a Petrobras ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção*” (artigo 2º, inciso VII).

³²² SUNDFELD, Carlos Ari. *O Regime Jurídico do Setor Petrolífero*. P. 393.

³²³ A doutrina norte-americana também retrata a importância de se assegurar a *isonomia*, quer dizer, iguais possibilidades oferecidas aos investidores. Cf. NAKHLE, Carole. *Petroleum Taxation – Sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*.

³²⁴ Para a participação conjunta de empresas na licitação, quando permitida, o edital deverá conter as exigências elencadas no artigo 16, da Lei n. 12.351/10.

³²⁵ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 29.

Contratado este que deverá exercer, por sua conta e risco, as atividades inerentes ao contrato de partilha (exploração, avaliação, desenvolvimento e produção), adquirindo, caso realize descoberta comercial, direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo.

Contudo, a seção da Lei n. 12.351/10 destinada a dispor sobre o consórcio a ser formado para desempenhar o contrato de partilha da produção, enuncia, em seu artigo 20, que o licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobras e com a PPSA, na forma do disposto na Lei das Sociedades Anônimas. Uma incerteza já daí advém, a respeito de quem seriam os integrantes do consórcio, posto que, à primeira vista, estão dissonantes previsões do artigo 2º e do artigo 20: o *consórcio* será entre Petrobras e o vencedor da licitação; ou entre a Petrobras, o vencedor da licitação e a PPSA?

E é nesse contexto que outra dúvida exsurge: quem, afinal, é o contratado? A Petrobras (operadora dos blocos, por exigência legal expressa); o vencedor da licitação; os dois juntos – Petrobras e licitante(s) vencedor(es); ou o consórcio formado entre Petrobras, PPSA e vencedor (quando for o caso, formado apenas entre PPSA e Petrobras, consoante o artigo 19)?

A resposta à primeira indagação parece mais fácil. A interpretação que respeita a letra da lei e, além disso, compreende as normas inseridas no conjunto a que pertencem, atentando ao seu contexto e à concordância material que devem conservar (técnica sistemática), aliada àquela que busca a finalidade objetiva da lei (método teleológico), deixa antever que o consórcio será entre PPSA, o proponente que ganhar o leilão e a Petrobras (ou, a Petrobras e PPSA, nas hipóteses já mencionadas de contratação direta ou de vitória isolada no procedimento licitatório). Essa é a leitura que garante harmonia entre os dispositivos do artigo 2º e 20 da lei. A cláusula primeira (“Definições”) da Minuta do Contrato de Partilha, recentemente divulgada pela ANP, convalida o entendimento: “*consórcio: consórcio formado pela Gestora [PPSA], pela Petrobras e, quando for o caso, por outras sociedades empresárias, nos termos dos artigos 19 a 26 da Lei n.º 12.351/2010*”.³²⁶

Porém, quanto à pergunta número dois a conclusão é um tanto tormentosa. A PPSA **não poderá** assumir os riscos nem participar dos custos e investimentos envolvidos no empreendimento do contrato de partilha. Por outro lado, a lei prevê expressamente que o contratado tem a obrigação de assumir integralmente os riscos das atividades, e de desenvolver as operações por sua própria conta, sendo o óleo-custo a parcela da produção

³²⁶ Minuta do contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 25.07.2013.

correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução da exploração, avaliação, desenvolvimento e produção.

Impende elucidar, desde logo, que o fato de a PPSA integrar consórcio sem participar da execução das atividades ou das despesas não deve causar estranheza, pois é certo que cada participante da associação de empresas pode contribuir de uma forma. A PPSA, no caso, irá acrescer ao consórcio com a gestão dos contratos de partilha (artigo 8º, § 1º, da Lei n. 12.351/2010), enquanto representante dos interesses da União.

O que parece curioso é a empresa pública integrar o consórcio e não ter qualquer participação numérica/quantitativa na associação. Segundo consta tanto da Minuta do Edital de Licitação (subcláusula 2.2.1) quanto da Minuta do Contrato de Partilha (cláusula quinta do Anexo X – “Participações e Contribuições das Consorciadas”) para a 1ª Rodada do pré-sal, os percentuais de participação no consórcio estarão assim divididos: 30% (trinta por cento), no mínimo, para a Petrobras; 70% (setenta por cento) a serem disputados na licitação pelas demais sociedades empresárias interessadas, conforme o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União; e 0% (zero por cento) para a PPSA.³²⁷

Porém, o problema por ora é outro: definir quem, afinal, figura como contratado. A União não assumirá os riscos das atividades decorrentes dos contratos de partilha de produção,³²⁸ tampouco a PPSA. Essa é, aliás, característica típica da modalidade contratual de partilha de produção: permitir ao Estado partilhar os lucros do empreendimento sem realizar *ex ante* quaisquer investimentos.³²⁹ Mas, se a lei determina que custos e investimentos necessários à execução do contrato correm totalmente a expensas do contratado, chamado de *Grupo Empreiteiro* no Contrato de Partilha de Angola,³³⁰ como identificá-lo?

A resposta encontrada, com o auxílio de todos aqueles métodos citados no capítulo 1, é de que o contratado é a Petrobras e a empresa (ou grupo de empresas) que vencer a licitação. Ou, como prefere abordar a cláusula primeira da Minuta do Contrato de Partilha, que versa sobre as definições contratuais: “*contratado: consorciados, excluída a Gestora [PPSA]*”. Ou seja, sempre que houver menção à absorção de despesas, bem como a reembolso por elas, ou

³²⁷ Minuta do Edital para a 1ª Rodada de Licitação do Pré-Sal e Minuta do Contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 25.07.2013.

³²⁸ Não se ignora a brecha oferecida pelo artigo 6º, parágrafo único, para que a União, por intermédio de fundo específico criado por lei, participe dos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua participação, nos termos do respectivo contrato. Mas isto será exceção, é preciso trabalhar com a regra geral.

³²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 266.

³³⁰ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 63.

ainda, à assunção de riscos, estas referências não terão aplicabilidade no que tange à empresa pública federal citada.

Isso fica ainda mais claro quando se entende que os direitos e obrigações patrimoniais dos contratados serão proporcionais a sua participação no consórcio (artigo 20, § 2º, da lei); o que, aliás, está em perfeita consonância à Lei das SAs (artigo 278), que determina que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações. Se a PPSA não tem obrigações de risco, nem de custos, não terá o direito a eles relativo, por decorrência lógica. Como mencionado, sua participação nos direitos e obrigações patrimoniais do consórcio no bloco contratado será de zero por cento, conforme declarado nas minutas de edital e de contrato de partilha publicados pela ANP.³³¹ O artigo 20, § 3º, da Lei n. 12.351/10, também deixa transparecer a exclusão da PPSA no que estiver relacionado às responsabilidades pela execução do contrato de partilha, retirando-a da solidariedade existente, nesse aspecto, entre as consorciadas.

A própria doutrina especializada, apontando que à PPSA são atribuídas funções híbridas e contraditórias, reconhece haver inconsistência na lei. Segundo Alexandre Aragão, há previsões que parecem retirar a PPSA do conceito do consórcio contratado, colocando-a como parte externa, tal qual a constante do artigo 4º, inciso III, da Lei nº 12.304, que diz competir à PPSA analisar dados sísmicos fornecidos pela ANP e pelos contratados sob o regime de partilha de produção, e a constante do artigo 2º, inciso VII, da Lei nº 12.351/10, que coloca a empresa pública como mera representante da União como contratante. Todavia, outras vezes o novo marco regulatório alude a ela como representante da União no consórcio contratado, ou seja, parte integrante do polo passivo do pacto, caso do artigo 20, da Lei n. 12.351/10.³³²

São falhas da regulamentação que se espera sejam superadas pela sua aplicação concreta, a começar pela 1ª Rodada de Licitações, a se realizar em outubro de 2013. Todavia, mais parece que tanto a Minuta do Edital de Licitação quanto a Minuta do Contrato de Partilha de Produção divulgadas pela ANP para a 1ª Rodada, não superam o imbróglio e continuam a se referir à PPSA como uma integrante do consórcio (subcláusula 1.3.15 e 1.3.19 do contrato), que, contudo, deve ser excluída quando as menções respeitarem à assunção de

³³¹ Minuta do Edital para a 1ª Rodada de Licitação do Pré-Sal e Minuta do contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 25.07.2013.

³³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 466.

obrigações, à execução material do contrato e às respectivas participações dela decorrentes (subcláusulas 1.3.17, 2.7, e 2.7 do Anexo XI do contrato).³³³

Se na licitação é permitida a participação de quaisquer empresas, que, uma vez vencedor(as) do procedimento, deverão firmar contrato de consócio com a PPSA e a Petrobras, a condição de operador não pode ser atribuída a qualquer uma delas. Em todos os blocos contratados sob o regime de partilha da produção exige-se a presença da Petrobras como operadora.³³⁴

O operador designado num contrato associativo no segmento petrolífero é o responsável, perante as demais partes integrantes da parceria, por conduzir a operação do local em que há autorização para atuarem por força de um contrato firmado com o Estado hospedeiro.³³⁵ Ou seja, é o responsável técnico pela operação,³³⁶ assumindo a liderança do contrato. Cabe a ele administrar e executar a rotina da atividade de pesquisa e prospecção, sob a supervisão do Comitê Operacional composto de representantes de todos os participantes.³³⁷ A doutrina costuma apontar que o operador indicado deve ser ente com a perícia e experiência necessárias para controlar as operações em nome de todos os detentores de direitos de trabalho sobre uma mesma propriedade de petróleo e gás.³³⁸

A Petrobras, assim, será o agente incumbido da condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, o que deverá vir indicado no próprio contrato de constituição de consócio (artigo 20, 3º). Em outras palavras, nos acordos de partilha, o operador é sempre único, e é a Petrobras. O percentual de sua participação mínima na casa dos 30% (trinta por cento) não é aleatório. Foi, na verdade, retirado da experiência da própria ANP, que costuma exigir essa participação mínima da empresa que figura como operadora no contrato de concessão.³³⁹

³³³ Minuta do Edital para a 1ª Rodada de Licitação do Pré-Sal e Minuta do contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 25.07.2013.

³³⁴ Na forma do artigo 4º da Lei nº 12.351/2010.

³³⁵ Quanto à esta função do operador, trata-se de lugar-comum nos tão conhecidos JOAs da indústria do petróleo, como aponta a doutrina. Cf. TAVERNE, Bernard. *An introduction to the regulation of the petroleum industry*. P. 135-136.

³³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 122.

³³⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 172.

³³⁸ CASTRO, Morella M; ROGERS, Aaron M. *Petróleo e Gás Canadense*. P. 44.

³³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 92-93 e 98-99,

³³⁹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 60.

Pode surgir, quanto a esse aspecto da lei, questionamento sobre sua compatibilidade com a Constituição de 1988. Uma vez que a EC nº 9/95, ao alterar o artigo 177, § 1º, teria eliminado em definitivo a exclusividade no desempenho do monopólio da União sobre as atividades de E&P, se o intuito da reforma foi o de abrir o mercado à disputa entre os agentes econômicos do setor, de modo a permitir a livre concorrência entre as petrolíferas, a lei ordinária não teria embasamento para limitar as operações a uma só empresa, muito menos para recolocar uma estatal, a Petrobras, na figura de executora única.

Haveria afronta também ao artigo 173, § 1º, inciso II, que determina que as empresas públicas e sociedades de economia mista, quando atuarem na economia produzindo ou comercializando bens e serviços, devem observância ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de nenhum tratamento favorecido em detrimento das demais empresas do setor.^{340_341}

Trata-se de clara evocação do método de interpretação histórico a embasar tais considerações. Todavia, como exposto a respeito do elemento histórico, embora válido e especialmente sensível em termos de exegese constitucional, a investigação das intenções do legislador de época não pode condicionar *ad eternum* a aplicação e leitura da norma.

Assim, pelas outras três técnicas interpretativas tradicionais citadas no capítulo 1, bem como pela necessidade de leitura da Constituição coadunada à realidade que a influencia, e ainda pela vista atenta da real *mens legislatoris*, percebe-se que esse pensamento não se sustenta. Como exhaustivamente demonstrado, a EC nº 9/95 não retira o exclusivismo estatal, mas, antes, mantendo o monopólio público sobre as atividades da indústria do petróleo, mitiga-o ao permitir (e não obrigar, já foi dito) que a União contrate a realização das operações com terceiros.

Nada na Constituição impede que a União retome sua exclusividade, ou a exerça em determinados momentos, ou quanto a certas áreas específicas. Do contrário, seria preciso assumir que o constituinte derivado empregou má técnica ou incorreu em contradição, pressupostos que não podem servir à hermenêutica constitucional.³⁴² Nada impede que a União, ainda hoje, exerça de forma direta, e não mediata, o monopólio que detém. A exigência de lei, ordinária, conforme prevê o art. 177, § 1º, da CF, existe para disciplinar as

³⁴⁰ Quanto à ofensa ao artigo 173, CF: BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 113.

³⁴¹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 60.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. P. 134.

condições em que a União Federal, quando resolver delegar a realização das operações, exercendo indiretamente seu monopólio, o fará.³⁴³

Como expôs Alexandre Aragão,³⁴⁴ tratando-se de um monopólio, cabe à Administração Pública determinar a forma de sua implementação, se direta ou indireta, delegando-a a terceiros, podendo, em caso de delegação, definir, sem embaraços, que somente uma empresa responsabilize-se por todas as atividades. E, se quem pode o mais, pode o menos, o que dizer de sua legitimidade para estabelecer que apenas uma pessoa jurídica, no caso a estatal petroleira, será a operadora da E&P nos blocos? É inquestionável.

Na prática, é sim favorecimento, mas não-odioso, uma vez que perfeitamente fundamentado constitucionalmente. Por outro lado, basta uma leitura atenta da Lei nº 12.351/10 para perceber que, quanto à operação das atividades de E&P não haverá disputa: elas foram retiradas do mercado, resolvendo o parlamentar, de antemão, a questão do operador dos campos, o que elide qualquer indagação sobre favorecimento indevido e vilipêndio à livre concorrência, ao lado dos demais princípios regentes da ordem econômica.

Apenas a título comparativo, no caso do contrato de partilha de produção do direito angolano (CPP),³⁴⁵ os direitos mineiros são concedidos à Sonangol com exclusividade por meio de um instrumento jurídico denominado Decreto de Concessão, e ela, através do CPP, permite que as suas associadas (que formam o Grupo Empreiteiro) executem as operações petrolíferas de prospecção, pesquisa, avaliação, desenvolvimento e produção. Do mencionado instrumento deve constar, além da autorização de associação da concessionária nacional a terceiros e da autorização do respectivo contrato, a identificação do operador da área sob concessão. Este operador não é único, podendo aquele inicialmente designado ser alterado mediante o consentimento do Ministério dos Petróleos.

De forma análoga à disciplina do contrato de concessão, o contrato de partilha também preverá duas fases: (i) a de exploração, incluindo as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade; e (ii) a de produção, em que abarcadas as atividades de desenvolvimento - conjunto de operações e investimentos destinados a viabilizar a lavra de um campo.³⁴⁶

³⁴³ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 61 e 62.

³⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 454.

³⁴⁵ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 23-28. Para mais: TEIXEIRA, Carlos. *Os Contratos Administrativos no Direito Angolano*. Luanda: Luanda Editora, 1999.

³⁴⁶ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 57.

Destacando o caráter instrumental da fase de exploração, Alexandre Aragão corrobora que seu objetivo é o de permitir que o contratado consiga, na maior medida e extensão possíveis, concretizar o verdadeiro escopo do contrato e das partes, que é a produção. Será apenas com a produção que ele poderá recuperar os investimentos realizados na fase inicial e lucrar com a atividade.³⁴⁷

Também o modelo de partilha da produção adotado em Angola é dividido em dois períodos, como estatui a lei-quadro do setor, a já mencionada Lei das Atividades Petrolíferas, o de pesquisa, que compreende as fases de pesquisa e avaliação, e o período de produção, abrangendo o desenvolvimento e prospecção dos poços.³⁴⁸

Uma vez extraídos petróleo e gás, eles pertencem a cada um dos integrantes do consórcio, na proporção de suas participações e direitos. Enxergar essa aquisição de propriedade e a maneira como ocorre será decisivo para enfrentar o tema da incidência do ICMS sobre as atividades desenvolvidas ao amparo dos *Product Sharing Contracts*.

É possível identificar certo desconforto entre os teóricos quanto ao fato de o produto da lavra (petróleo e gás natural) ficar na propriedade do Estado por ocasião da partilha da produção, cerne do modelo regulatório em questão. Os argumentos seriam de que, dada a aplicabilidade, inclusive declarada pelo STF no acórdão da ADI nº 3.273, da cláusula de garantia da propriedade ao concessionário, prevista na parte final do artigo 176, CF, manter os hidrocarbonetos no domínio da União ofenderia a Carta Magna. A visão não resiste a uma análise mais detida do contexto constitucional. Primeiro, porque o artigo 176, CF, é norma geral, devendo ser aplicada ao petróleo e gás apenas naquilo que não conflite com o tratamento peculiar a que submetidos, insculpido no artigo 177, CF. Aliás, foi assim que o STF decidiu: caiu a proibição de aplicação do artigo 176 ao segmento petrolífero, o que não significa dizer que ele deve se aplicar, *ipso facto*.

Não é verdade que, constitucionalmente, os combustíveis fósseis prospectados pertencem ao contratado, em obediência às mudanças inseridas pela EC nº 9/95. A assertiva correta é a de que, exatamente como decorrência das alterações, lei ordinária pode prever a aquisição de domínio do produto lavrado pelo contratado, escorada na base constitucional do artigo 176, CF, como o fez a lei do petróleo no artigo 26, e como faz a Lei da Partilha, que atribui parte dele ao consórcio operacional.

Todas as balizas expostas deixam perceber que o governo visa, através do marco regulatório de 2010, em especial por via do novo sistema de realização das atividades de

³⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 463.

³⁴⁸ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 28.

E&P, aumentar sua participação e controle sobre a indústria do petróleo, hidrocarboneto de perfil estratégico para a segurança nacional e de importância colossal para a ascensão socioeconômica.

Outra forma encontrada pela União para estreitar seu mando sobre a lavra de petróleo e gás, via contrato de partilha, foi através do Comitê Operacional. Haverá a formação de um para cada consórcio do contrato de partilha, e será ele seu verdadeiro gestor, na prática, pois a ele é entregue a administração das atividades. A PPSA (empresa integralmente detida pela União) escolhe metade dos membros do comitê, inclusive seu presidente, que tem poder de veto e voto de qualidade. Os outros consorciados, a Petrobras – de quem a União também detém parte do controle - e a petrolífera contratada, escolhem os restantes. Mais do que evidente é a posição confortável da pessoa política federal no comitê.³⁴⁹

Alexandre Aragão atesta que o recém-inserido modelo brasileiro de partilha tem influxos de *joint venture*, já que exige seja feita uma parceria, em forma de consórcio, entre a(s) petrolífera(s) e os dois entes estatais, para o desempenho do contrato de partilha da produção: a Petrobras, com um percentual mínimo de 30% (trinta por cento) - para o que há dispensa de licitação - e sempre exercendo a função de operadora; e a PPSA, empresa pública responsável pela gestão dos contratos (artigo 20, da Lei no 12.351/10).³⁵⁰ É a esse respeito que Marilda Rosado comenta a possibilidade dos contratos de exploração encerrarem uma verdadeira *joint venture* entre o Estado, através de sua *National Oil Company* (NOC) ou de outro ente estatal que o represente e a empresa petrolífera internacional, notadamente no desenvolvimento de formas híbridas de acordos petrolíferos, que tomam de empréstimo feições dos contratos de tipologia clássica.³⁵¹

Cumprе mencionar que a figura da *joint venture* não é adotada pelo marco regulatório mapeado pelas leis em comento da forma como em geral se vê nos países que empregam o modelo da partilha de produção. No caso brasileiro, uma das empresas que detém a tecnologia da exploração do pré-sal é justamente a Petrobras, petrolífera nacional composta de capital público e privado, e não uma empresa estrangeira cuja tecnologia seria importante para o Brasil absorver através do acordo de parceria. Ademais, a empresa brasileira integralmente estatal que fará parte do consórcio, a PPSA, terá como parceira principal justamente uma empresa nacional e não uma IOC detentora de *know-how* no ramo. Se houver transferência de tecnologia entre a estatal brasileira e a empresa estrangeira, alvo muito perseguido pela

³⁴⁹ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 70.

³⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 466.

³⁵¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 93 e 130.

constituição das *joint ventures*, não ocorrerá em decorrência da operação em si, mas por outros meios, uma vez que quem operará as atividades de E&P será exclusivamente a Petrobras. Outras empresas somente poderão ser consorciadas, nunca operadoras.³⁵²

Segundo a doutrina, o modelo nacional é, em parte, inspirado no norueguês, onde há uma estatal operadora e licenciataria, com capital privado minoritário (STATOIL), análoga à situação da Petrobras, atuando no mercado conjuntamente com outras empresas; e uma outra estatal, não operadora, de capital inteiramente público (PETORO), que exerce tão-somente a gestão das reservas de petróleo e gás do Estado, papel semelhante ao que será desenvolvido pela PPSA.³⁵³

Daniel Oliveira atenta que o novo marco tomou como base o modelo regulatório da Noruega, uma vez que lá também havia uma petrolífera de capital misto e, em paralelo, montou-se uma empresa cem por cento estatal para desempenhar funções típicas de um órgão regulador (que nos dias atuais, no Brasil, seria a ANP). Mas é nesse ponto em que se concentra a crítica do autor, que ressalta que houve a criação de uma estatal para tais fins, na Noruega, justamente porque lá não havia um ente inteiramente estatal voltado à gestão dos contratos de E&P. Se o existisse, conclui Daniel, dificilmente seria criada uma nova empresa totalmente pública, com esse único escopo, diferente do que ocorreu no Brasil.³⁵⁴

Aspecto interessante do contrato de partilha angolano são os poderes atribuídos, pela legislação que o regulamenta, à petroleira nacional, a Sonangol. Eles assumem, em sua maioria, um caráter consultivo, de aconselhamento a outros órgãos públicos responsáveis pela regulação das atividades petrolíferas, quais sejam, o Minpet e o Conselho de Ministros, o último órgão representativo do Governo e do Estado. O fundamento da opção legislativa assenta-se no fato de a Sonangol ter adquirido considerável experiência prática desde a sua criação, em 1978, que precisa ser tida em conta na tomada de decisões no setor. Isso denota a grande influência exercida pela empresa no segmento de E&P angolano, em muito assemelhada ao papel destacado de que goza a estatal brasileira, a Petrobras.³⁵⁵

Finalmente, é notícia a realização da Primeira Rodada de Licitações do pré-sal, marcada para outubro de 2013. O leilão, que inicialmente havia sido previsto para novembro, foi antecipado. A área ofertada será unicamente o prospecto de Libra, na Bacia de Santos,

³⁵² OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 75.

³⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito Administrativo*. P. 466.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. P. 70.

³⁵⁵ FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. *Atribuições do Poder Concedente em Angola em material petrolífera*. P. 26 e 34.

descoberta pelo poço 2-ANP-0002A-RJS, em 2010, e que se localiza em águas ultraprofundas. Os dados apontam para uma expectativa de volume de 26 (vinte e seis) bilhões a 42 (quarenta e dois) bilhões de barris de óleo *in situ*,³⁵⁶ dos quais de 8 (oito) a 12 (doze) bilhões de barris são recuperáveis. E mesmo esses números vertiginosos já representam uma surpresa para a ANP que, inicialmente, estimou o potencial entre 4 (quatro) bilhões e 5 (cinco) bilhões de barris.³⁵⁷

Apenas para se ter uma idéia da dimensão da operação, Marlim Sul, o grande campo produtor do Brasil, na Bacia de Campos, tem volume recuperável de dois bilhões de barris, e o gigante campo de Lula, entre 5 bilhões e 8 bilhões de barris. A área a ser licitada equivale aos dois juntos e muito mais. Na verdade, corresponde a cerca de dois terços das reservas brasileiras já com exploração comercial viável, denominadas “provadas”, as quais somam 15,7 (quinze vírgula dezessete) bilhões de barris. A rodada do pré-sal, cuja realização foi autorizada pela Resolução nº. 4 do CNPE, será a primeira experiência nacional no modelo de partilha da produção.³⁵⁸

³⁵⁶ O petróleo *in situ* representa uma acumulação de petróleo em uma determinada região, em reservatórios descobertos ou de existência inferida por pesquisas, mas não significa que todo esse volume seja recuperável.

³⁵⁷ A 12ª. Rodada de Licitações de áreas em terra com potencial para gás natural, que seria realizada em outubro, foi remarcada para novembro de 2013.

³⁵⁸ Para mais: <http://www.anp.gov.br/?pg=66165&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1370230333580>. Acesso em 06.06.13.

3 QUESTÕES TRIBUTÁRIAS

3.1 O exercício de competência tributária no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva

Premissa básica para a discussão sobre as incidências tributárias supostamente aptas a gravar as operações realizadas ao amparo do modelo de partilha de produção é a investigação da existência (ou inexistência) de competência tributária dos entes federados no mar territorial (MT), plataforma continental (PC) e zona econômica exclusiva (ZEE).³⁵⁹ Especificamente, o poder fiscal dos Estados-membros, pois o imposto que será examinado no próximo capítulo subsume-se ao seu espectro de ação: o ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação).

A ampliação do mercado de exploração e produção de petróleo e gás natural que está por vir, como esperada decorrência das descobertas no pré-sal, com a consequente manifestação de grande potencial contributivo, desencadeia o surgimento de indagações quanto ao poder de tributar atividades desempenhadas em territórios marítimos. Há em jogo questões tributárias que extrapolam o exame das legislações internas de cada ente federado.³⁶⁰

O porquê do estudo da tributação atrelada apenas às atividades de E&P nas zonas *offshore* já foi exposto ao longo do trabalho. O Brasil concentra a imensa maioria de suas reservas petrolíferas em águas submarinas nessas regiões, representando a prospecção em subsolo terrestre parcela ínfima da produção nacional.³⁶¹ Com o pré-sal, o quadro parece densificar-se em definitivo, uma vez que estas acumulações, capazes de colocar o país em um novo patamar perante os Estados produtores, encontram-se para além-terra.

Por outro lado, a consideração do poder tributário estadual sobre operações realizadas nas zonas marítimas é condição para a análise e refutação de incidências que possam vir a ser exigidas pela Fazenda Pública. Se não for reconhecida a prerrogativa das pessoas políticas cobrarem tributos sobre as atividades em campos localizados no mar territorial, plataforma continental e zona econômica, não há mesmo que se cogitar de nenhuma das incidências fiscais que serão expostas no capítulo 4. Por isso Marco Aurélio Greco afirma ser a

³⁵⁹ Cf. CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 539.

³⁶⁰ CARNEIRO, Roberto dos Santos; GOMES, Elisa Sesana. *A Indústria do Petróleo e a Evolução dos Investimentos nas Operações Offshore – Um Histórico dos Aspectos Tributários Inerentes*. P. 255.

³⁶¹ BARRETO, Celso de Albuquerque. *Geopolítica do Petróleo: tendências mundiais pós-Guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório*. P. 22.

identificação do âmbito territorial de validade da norma tributária prejudicial da competência dos Estados e dos Municípios.³⁶² Embasar a legitimidade de competência tributária de tal espécie, portanto, é peça fundamental ao arranjo da Parte Segunda da dissertação.

3.2 Competência Tributária, Território e Territorialidade

Em uma Federação atípica,³⁶³ em que mesmo os Municípios têm esfera própria de atribuições exercidas com autonomia, a Constituição preocupa-se com prover de recursos os vários entes políticos, de modo que cada um possa atender aos respectivos dispêndios. No que respeita às entradas de natureza tributária (receitas públicas derivadas), a Carta de 1988 consagrou um mecanismo de partilha ou repartição de competência (ao lado do sistema de partilha do produto da arrecadação), outorgando a cada pessoa política um âmbito de atuação, e formando a chamada discriminação constitucional de rendas.³⁶⁴

A competência tributária é o poder conferido pela Constituição Federal à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para instituir, fiscalizar, arrecadar e executar tributos. Como é próprio ao Estado Federal, repartem-se entre as pessoas políticas os fatos econômicos suscetíveis de tributação, em vista de gerar recursos para a manutenção autônoma de cada uma dessas esferas. Compreende a competência legislativa plena, ressalvadas algumas limitações, a exemplo daquelas contidas no artigo 150, da CF. E é indelegável, de modo que o seu não exercício não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a quem tenha sido constitucionalmente atribuída.³⁶⁵

Na lição de Luciano Amaro, a competência tributária é a aptidão para criar tributos, que todos os entes federados têm, dentro de certos limites, podendo impor prestações tributárias e definir o seu alcance, respeitada, na partilha de competências, a esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Engloba, portanto, amplo poder político quanto a decisões sobre a criação da exação fiscal e sobre a amplitude da incidência, embora o legislador esteja submetido a balizamentos.³⁶⁶ Para Paulo de Barros Carvalho, é uma das parcelas entre as

³⁶² GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 67.

³⁶³ Atípica exatamente porque é tripartite, já que os Municípios compõem a Federação.

³⁶⁴ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. P. 93.

³⁶⁵ Vide artigos 6º, 7º e 8º, do CTN.

³⁶⁶ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. P. 93.

prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.³⁶⁷

Em matéria de competência, assume relevância o Princípio da Territorialidade, o qual, tradicionalmente, rege a eficácia espacial das normas, determinando, de forma genérica, que a legislação de cada pessoa política é obrigatória apenas no respectivo território.³⁶⁸ Trazendo-o à temática fiscal, vem ensinar que a lei tributária terá sua aplicação limitada ao território do ente titular da competência para instituir determinado tributo. As leis fiscais somente se aplicam aos fatos jurisdicizados pelo ordenamento, ocorridos no âmbito da ordem jurídica a que elas pertencem.³⁶⁹ Por estabelecer uma reserva de exclusividade para a aplicação das normas de Direito, é conceito-chave para traçar os limites do exercício da competência.

Helena Taveira Tôres destaca o interesse no princípio, pois ele serve como fundamento para todos os demais contornos dos regimes jurídicos aplicáveis.³⁷⁰ O Estado organiza-se no espaço. Sem a referencialidade espacial, seria difícil pensar em prescrever condutas, e a obra de descentralização do Estado em ordens jurídicas parciais requer tal expediente. Sem considerar, juridicamente, o princípio da territorialidade das regras de um sistema, não se tem como constituir Municípios, nem Estados-membros, tampouco a Federação: é sobre o *espaço territorial juridicamente recortado* que o Estado se organiza e, ao mesmo tempo, se estabelece como unidade jurídica.³⁷¹

Portanto, do ponto de vista espacial, em regra, a legislação tributária tem vigor nos limites do território da pessoa jurídica que a edita. Ou seja, a legislação federal vigora no território nacional; a estadual, no território do Estado federado; e a municipal, tem vigência no território do Município.³⁷² Dizer que a lei tributária vigora no território do ente político que a edita significa que este território é o limite espacial da soberania, no caso do Estado nacional, e da autonomia, no caso dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.³⁷³ A vigência da lei tributária fora do território nacional está intimamente ligada aos limites da soberania do Estado.

³⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. P. 211.

³⁶⁸ CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 304.

³⁶⁹ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. P. 230.

³⁷⁰ TÔRES, Helena Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 70-71.

³⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (Universalidade)*. P. 667.

³⁷² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. P. 91.

³⁷³ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. P. 194.

O princípio se impõe *via de regra*, o que significa a existência de exceções, que encerram a possibilidade de extraterritorialidade da lei – vigência da norma fora da circunscrição da entidade tributante - conforme expresso no próprio Código Tributário Nacional (CTN), artigo 102.³⁷⁴ Mas, para definir se há aplicação territorial ou extraterritorial da lei, é preciso antes compreender com clareza as noções de *território* e *territorialidade*.

Território é a superfície espacial juridicamente delimitada e qualificada, imprescindível à noção de Estado de Direito, como seu elemento basilar. Modernamente, cuidar de território não é incursionar pela sua vertente geográfica, exatamente porque a noção de território é jurídica, e não geográfica ou natural. É um conceito inventado pelo Direito, tendo em conta que ele é o domínio de validade da ordem jurídica de um determinado Estado soberano. Avulta, por conseguinte, o binômio território/soberania. O território de um Estado é o espaço dentro do qual os órgãos estatais estão autorizados, pelo Direito Internacional, a executar o sistema jurídico nacional.³⁷⁵

Já a *territorialidade*, diz Heleno Taveira Tôrres,³⁷⁶ enquanto conceito dogmático, encontra-se ligada aos efeitos da norma (tributária) quanto à respectiva vigência no espaço e também à própria ideia de soberania. Todo Estado de Direito é dotado de uma base territorial sobre a qual tem soberania e jurisdição, como uma inexorável exigência para a aplicação das normas do sistema (tributário) e para a gestão do mesmo, o que faz com autonomia e exclusividade. Os limites territoriais são estabelecidos juridicamente. Sem ordem jurídica, o território não existiria, tampouco o efeito da territorialidade.

Essas noções de território e alcance espacial das normas (territorialidade), em particular aquelas contidas nas leis e regulamentos fiscais, porque é o que afinal interessa ao presente tópico, serão imprescindíveis para os comentários acerca do mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva. E o serão principalmente para o investigar dos poderes tributários dos entes federados sobre as operações e atividades realizadas nas citadas regiões marítimas.

3.3 Regime Jurídico das Zonas Marítimas

³⁷⁴ Cf. artigo 102, do CTN, segundo o qual lei municipal e estadual terão aplicabilidade fora de seus territórios respectivos se assim for reconhecido em convênio ou em lei de normas gerais da União.

³⁷⁵ SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 72-73. O autor esclarece ainda, que, para tal afirmação, deve-se partir da premissa de validade da ordem jurídica do Direito Internacional.

³⁷⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 71-72.

Helena Taveira Tôres aponta que as celeumas existentes no que toca à demarcação do território, considerando-se os espaços terrestres de fronteiras, ampliam-se em vultosas proporções quando se trata da delimitação espacial de águas. Repousam os maiores problemas, segundo o autor, na definição do regime jurídico dos territórios marítimos, com destaque ao que respeita aos limites da soberania dos Estados contíguos no mar.³⁷⁷

Nas lições de Marco Aurélio Greco, a investigação da natureza e do regime jurídico a que subordinadas as zonas de mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, é pressuposto lógico para que se determine a disciplina tributária pertinente. O tributarista menciona que o ponto de partida dessa análise deve ser o sentido que emana dos acordos internacionais sobre a matéria, das leis que regulam as figuras, e, claro, da Constituição Federal.³⁷⁸

Uma das normas internacionais de maior relevo para qualquer tema relacionado à ordem jurídica dos mares e oceanos é a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM ou Convenção de Montego Bay),³⁷⁹ assinada por 117 Estados em Montego Bay, na Jamaica, a 10 de dezembro de 1982. Ela foi fruto da 3ª Conferência das Nações Unidas para o Direito do Mar,³⁸⁰ que teve início em 1973 e só foi concluída após nove anos de negociações.³⁸¹⁻³⁸²

O tratado multilateral, celebrado com a assistência da ONU, compila conceitos advindos do Direito Internacional Costumeiro alusivos a assuntos marítimos e condensa os princípios gerais da exploração dos recursos naturais do mar, entre eles os recursos inanimados que provêm do solo e do subsolo, como os minerais. Uma de suas características foi a de aumentar as áreas submetidas à competência das nações. Aduz Marilda Rosado que a Convenção de 1982 incorpora uma série de modificações, tais como as relacionadas à extensão territorial dos Estados e ao estabelecimento de novas zonas jurisdicionais, sendo esses avanços fundamentais para os interesses dos Estados nacionais no petróleo e largamente influenciados por estes.³⁸³

³⁷⁷ TÔRES, Helena Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 73-74, 76.

³⁷⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 67, 70.

³⁷⁹ Texto da Convenção disponível em: <http://www.itlos.org/>. Acesso em 21.03.2013.

³⁸⁰ O Direito Marítimo é ramo do Direito Internacional Público.

³⁸¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 306.

³⁸² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1137.

³⁸³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 24.

O Brasil é signatário do diploma, o qual foi submetido ao devido processo de internalização. Em 9 de novembro de 1987, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 5, a convenção, que foi ratificada pelo governo em 22 de dezembro de 1988. O Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995, declarou sua vigência interna a partir de 16 de novembro de 1994, conforme o artigo 1º.³⁸⁴

Com o objetivo de se adequar às disposições da CNUDM e evitar conflitos com o ordenamento jurídico interno brasileiro, em janeiro de 1993, mesmo antes de o diploma internacional entrar em vigor, foi sancionada a Lei n. 8.617/1993, tornando os limites marítimos pátrios coerentes com aqueles preconizados pela convenção.³⁸⁵⁻³⁸⁶ A lei contém definições quanto ao conceito jurídico das áreas oceânicas e estabelece regras para o exercício de direitos pelo Estado Brasileiro, em conformidade à convenção e à própria Constituição Federal de 1988.³⁸⁷

3.3.1 O Mar Territorial, a Plataforma Continental e a Zona Econômica Exclusiva

A CNUDM, em seu artigo 3º, estabelece que todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial, até um limite que não ultrapasse doze milhas marítimas. Em sintonia, a Lei n. 8.617/93 preceitua que o mar territorial é a faixa costeira cuja dimensão equivale a doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil (artigo 1º). A linha de base ou de baixa-mar é a que separa o mar territorial das águas interiores.

A zona econômica exclusiva compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial, não podendo ultrapassar esse limite (artigo 6º, da Lei n. 8.617/93; e 57, da CNUDM). Segundo Francisco Rezek, a ZEE corresponde a uma faixa adjacente ao mar territorial e cuja largura máxima é de cento e oitenta e oito milhas marítimas contadas desde o

³⁸⁴ Referindo à questão: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. P. 77-78.

³⁸⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 306.

³⁸⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 149.

³⁸⁷ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Plurirributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 77.

contorno exterior daquele, com o que perfazem, dessarte, duzentas milhas, a partir da linha de base.³⁸⁸

A zona econômica e a plataforma continental se sobrepõem. A diferença, segundo Celso Mello, é que os recursos da plataforma são exclusivos do Estado costeiro e os da zona ficam sujeitos a acordos para utilização de excedentes pelos outros Estados. O que significa que, quando o Estado costeiro não dispuser de capacidade para o pleno aproveitamento racional possível da zona, deve tornar o excedente dos recursos vivos (não dos recursos minerais, portanto) acessível a outros Estados, mediante atos convencionais.³⁸⁹

Por sua vez, a plataforma continental é a parte do leito do mar adjacente à costa e considerada um limite dos continentes. Compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do limite exterior do mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marinhas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância. A margem continental comporta o prolongamento submerso da massa continental do Estado costeiro e é constituída pelo leito e subsolo da plataforma, pelo talude e pela elevação continental, embora não alcance os grandes fundos oceânicos nem o subsolo deles.

É o que consta do artigo 76, da CNUDM e do artigo 11, da Lei n. 8.617/93. A plataforma continental, faixa que se encontra em suave declive, tem profundidade média de duzentos metros, possuindo como fronteira a região conhecida como talude, caracterizada por uma súbita e abrupta inclinação do leito do marinho.³⁹⁰ Sua definição jurídica nem sempre coincidirá com sua dimensão geográfica, uma vez que os diplomas legais citados estabelecem que a extensão da mesma não ultrapassará o total de trezentas e cinquenta milhas náuticas e jamais será inferior a duzentas milhas náuticas.

Celso Mello atenta que a noção de plataforma continental penetrou no Direito devido a fatores exclusivamente econômicos, já que apresenta inúmeras riquezas naturais, cuja exploração interessa aos Estados.³⁹¹ É farta em recursos minerais, como petróleo, carvão, ferro, chumbo, prata, etc., o que varia dependendo do país considerado. No Brasil, além de

³⁸⁸ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 314.

³⁸⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1163.

³⁹⁰ Vide também: REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 315-316.

³⁹¹ Neste sentido também: HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS – Serviço de Transporte Interestadual, Intermunicipal – Transporte Aéreo de Cargas e Passageiros para Plataformas de Exploração situadas no Mar Territorial Brasileiro. Inconstitucionalidade. Não incidência*. P. 4.

petróleo, há níquel e manganês, dentre outros.³⁹² André Carvalho é atento ao dado: é na plataforma continental onde grande parte das atividades de exploração e produção de petróleo é conduzida.³⁹³

A seu turno, Marilda Rosado observa que a importância do petróleo, como recurso energético estratégico, explorado cada vez mais nas áreas da plataforma continental, animou as discussões das Convenções do Direito do Mar. Ainda quanto à exploração petrolífera e gasista, a autora destaca que a grande consequência dos avanços experimentados com a CNUDM foi o fato de que os direitos do Estado costeiro foram considerados soberanos para o escopo de exploração e exploração de seus recursos naturais, entre eles os minerais e outros inanimados, quer estejam no MT, na PC ou na ZEE.³⁹⁴

3.3.2 Direitos do Estado Costeiro e Tributação

Adentrando na temática do regime jurídico a que subordinados os espaços marítimos, a primeira região a ser analisada será o mar territorial. Pode-se dizer que o mar territorial representa uma extensão do território nacional. Há controle pleno do Estado costeiro sobre a massa líquida, o espaço aéreo sobrejacente, além do leito e do subsolo do oceano que compõem o mar territorial, o que significa não apenas domínio econômico dos recursos naturais, mas também controle político da área. Tanto que expressão sinônima é a de mar nacional.

Segundo Celso Mello, o mar territorial é uma criação do Direito e sobre ele se estende a soberania do Estado.³⁹⁵ Por isso a doutrina refere que, em termos físicos, o território de uma nação encontra-se formado não apenas pelo espaço terrestre compreendido entre suas fronteiras, mas também pelo mar territorial, o espaço aéreo e o subsolo correspondentes.³⁹⁶

Nos termos da CNUDM, a nação tem soberania no mar territorial (artigo 2º). A Lei n. 8.617/93, em seu artigo 2º, estipula que a soberania nacional a ele se estende, alcançando ainda o espaço aéreo sobrejacente, seu leito e seu subsolo. Em verdade, uma soberania quase

³⁹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1179.

³⁹³ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 540.

³⁹⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 9 e 154.

³⁹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1140.

³⁹⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 73.

absoluta, pois sofre uma restrição tópica, sendo limitada pelo dever de tolerar a passagem inocente de navios (de guerra ou mercantes) estrangeiros, corolário da liberdade dos mares, e que poderá compreender outros atos relacionados, como o parar e o fundear.³⁹⁷

Se a soberania sobre essa zona de mar adjacente é, em termos gerais, a mesma de que o país goza em terra e águas interiores,³⁹⁸ em decorrência não há como negar a existência de competência tributária sobre os fatos geradores ocorridos nesse espaço. Assim constata Celso Mello, ao escrever que as leis aduaneiras e fiscais do país se impõem inteiramente no mar territorial, uma vez que ele, como um complemento do território terrestre, faz parte do território nacional.³⁹⁹

Entretanto, a discussão é se o exercício de dita competência tributária caberia apenas à União Federal, de modo que apenas tributos federais poderiam ser cobrados; ou se haveria espaço para incidência de exações tributárias estaduais ou municipais, reconhecendo-se, assim, a capacidade destas pessoas políticas exercerem suas competências nas zonas *offshore*. Isso em virtude de a Constituição Federal elencar entre os bens da União o mar territorial (artigo 20, inciso VI, da CF).

Antes mesmo de adentrar na interpretação que deve ser dada ao dispositivo, é possível perceber que a redação do inciso VI é enfática e se refere ao *mar territorial* como um todo, diversamente do que ocorre quanto à plataforma continental e à ZEE, tratadas no inciso anterior, o inciso V, onde são citados apenas os *recursos naturais*. Os dois incisos, aliás, conforme Marco Aurélio Greco, estão diretamente relacionados com o tema da possibilidade de cobrança de tributos em relação a operações ou prestações ocorridas no oceano.⁴⁰⁰

A Parte V da CNUDM é dedicada à zona econômica exclusiva, estatuindo os artigos 55 a 60 a disciplina aplicável a esta área marítima. O país costeiro tem, na ZEE, *direitos de soberania* para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo. Tem também os tais direitos de soberania em tudo o mais que se referir a atividades com vistas à exploração e aproveitamento econômicos da zona. Estes direitos devem ser exercidos em conformidade à Parte VI da Convenção, a qual estabelece as regras aplicáveis à plataforma continental (artigo 56).

³⁹⁷ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 309.

³⁹⁸ São águas interiores os rios, os lagos de água doce, bem como as águas de mar aberto situadas aquém da linha de base do mar territorial.

³⁹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1141, 1159.

⁴⁰⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 69.

O Estado ribeirinho goza, ainda, de *jurisdição* para a colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas na ZEE. Em síntese, isso implica a prerrogativa privativa de construir, autorizar e regulamentar a construção, operação e utilização das ilhas artificiais, instalações e estruturas para os fins de exploração e aproveitamento dos recursos naturais, e para outras finalidades econômicas, e ainda instalações e estruturas que possam interferir com o exercício dos direitos do Estado costeiro. A jurisdição exclusiva que detém sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, inclui jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros e fiscais, conforme o artigo 60 da CNUDM.

As ilhas, estruturas e instalações previstas no artigo 60, CNUDM, podem ser aquelas utilizadas para a pesquisa e lavra de petróleo e gás natural. Segundo Heleno Taveira Tôrres, as plataformas marítimas são exemplo de ilhas artificiais.⁴⁰¹ Dentre as plataformas petrolíferas, há, sobretudo, mas não somente, as chamadas *Floating Production, Storage and Offloading* – FPSO, bastante comuns no segmento de *Oil & Gas*.⁴⁰² Os demais aparatos empregados na exploração de hidrocarbonetos, como os navios-sonda, também são facilmente enquadráveis nessa classificação.

A CNUDM é satisfatória na enumeração dos direitos que o Estado costeiro e os demais países têm na zona econômica exclusiva, evidenciando a incidência de um regime jurídico diferenciado. O que permite concluir que ela não pertence ao mar territorial (este submetido à soberania plena), nem ao alto-mar propriamente dito (submetido ao puro Direito Internacional), mas constitui um espaço marítimo independente e, em certa medida, ambíguo.⁴⁰³ Sobre sua ZEE, diz Francisco Rezek, o país é limitada e especificamente soberano, o que significa que ali exerce direitos atinentes à exploração econômica dos recursos naturais.⁴⁰⁴

Celso Mello observa que, mesmo consagrada na CNUDM, a natureza da zona econômica é ainda bastante discutida. Entre as concepções de zona *sui generis*, prolongamento do mar territorial adjacente, ou ainda espaço marítimo independente, a convenção optou por uma definição híbrida, ao afirmar que nela o país tem *direitos soberanos*, ou seja, apenas alguns direitos exclusivos decorrentes da soberania, expressamente especificados na norma internacional, mas não uma soberania completa. Em certa medida, o regime da zona econômica vai depender da atividade que estiver sendo enfocada. Segundo o

⁴⁰¹ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 79.

⁴⁰² CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *ISS sobre Serviços de Limpeza, Manutenção e Conservação de Plataformas de Petróleo Prestados Onshore e Offshore*. P. 1 e 7.

⁴⁰³ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 77.

⁴⁰⁴ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 314.

autor, do ponto de vista dos recursos naturais, por exemplo, ela é patrimônio do Estado Nacional.⁴⁰⁵

Com idêntico teor ao da CNUDM, a Lei n. 8.617/93 preceitua, quanto à ZEE, que o Brasil tem direitos soberanos para fins de exploração e aproveitamento dos recursos naturais, bem como em relação a outras atividades econômicas; e ainda jurisdição quanto à regulamentação exclusiva das ilhas artificiais, instalações e estruturas, seja qual for sua natureza e objetivo (artigos 7º e 8º, da lei). Embora, diversamente da convenção, a lei brasileira seja silente quanto a questões tributárias, Celso Mello afirma que a jurisdição exclusiva do Brasil no que toca a tais ilhas, instalações e estruturas, inclui a jurisdição em matéria de legislação aduaneira e fiscal, regra esta estampada no exposto artigo 60, da CNUDM.⁴⁰⁶

Roberto Carneiro e Elisa Sesana, em estudo aprofundado sobre os aspectos tributários inerentes à exploração de petróleo *offshore*, escrevem que exatamente a disposição do artigo 60, da CNUDM, que estatui a eficácia da regulação aduaneira e fiscal do país limeiro na ZEE, é o bastante para garantir, no mínimo, a possibilidade de exercício de competência tributária até o limite de duzentas milhas, onde termina a zona econômica exclusiva brasileira. Os mesmos autores observam que entendimentos há no sentido de que o Brasil teria renunciado à competência fiscal sobre essa região, quando da edição da Lei n. 8.617/93, porque a lei, mesmo fazendo referência à convenção, não menciona expressamente a possibilidade contida no artigo 60, o que tornaria as operações ali conduzidas livres de taxaão.⁴⁰⁷

A argumentação, contudo, não parece bem estruturada. Se o país internalizou o acordo internacional, ele tem vigência, em sua integralidade, no território interno, até porque não houve ressalvas e tampouco denúncia ao diploma. Também não houve qualquer norma posterior ao acordo, dispondo em contrário, que fosse capaz de revogá-lo nessa parte.

O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966 - CTN) prescreve em seu artigo 98 que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna. E o Supremo Tribunal Federal, desde o RE n. 80.004/SE,⁴⁰⁸ adota orientação no sentido da validade dos tratados no ordenamento jurídico pátrio com hierarquia de lei

⁴⁰⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1161. Neste sentido também: GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 77.

⁴⁰⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1162.

⁴⁰⁷ CARNEIRO, Roberto dos Santos; GOMES, Elisa Sesana. *A Indústria do Petróleo e a Evolução dos Investimentos nas Operações Offshore – Um Histórico dos Aspectos Tributários Inerentes*. P. 256.

⁴⁰⁸ STF: RE nº 80.004/SE, Relator Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

ordinária,⁴⁰⁹ uma vez submetidos ao devido processo de internalização. Assim, a adesão consubstanciada no Decreto n. 1.530/95 demonstra a adoção, pelo país, do pleno teor da CNUDM. Ademais, nos termos do artigo 96, do CTN, a expressão “legislação tributária” deve ser compreendida em sentido amplo, não se limitando às leis em sentido formal. Ela abrange tratados, convenções internacionais, decretos e normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles atinentes.

José Alberto Bucheb, comenta, questionando até onde vai a soberania no mar, que o Brasil incorporou ao plano interno os conceitos de mar territorial, plataforma continental e ZEE adotados na CNUDM, e, em consequência, os critérios nela estipulados para o uso e a exploração dos recursos dessas massas de água adjacentes ao continente.⁴¹⁰ Todos esses argumentos são suficientes para suplantar, caso houvesse, a suposta renúncia de poder tributário.

Para que não se deixe de mencionar a Constituição e seu artigo voltado à zona econômica exclusiva, o artigo 20, inciso V, inclui entre os bens da União Federal os *recursos naturais* da zona econômica exclusiva e da plataforma continental. A linguagem é díspar da empregada para o mar territorial (inciso VI), conforme já assinalado. Não são as áreas em si mesmas que pertencem ao ente federal; o diploma é claro ao mencionar apenas os *recursos* ali existentes.

Tal redação constitucional parece ir ao encontro do assinalado por Celso Mello, pois, para o autor, nada obstante muito se discuta sobre a natureza jurídica da ZEE, o regime a que submetida vai depender da atividade que estiver sendo focalizada. Para fins de exploração e aproveitamento de recursos naturais, ela seria patrimônio do país costeiro; ao passo que, do ponto de vista da pesquisa e proteção do meio marinho, por exemplo, seria apenas um complemento dos direitos do país sobre os recursos, de modo que o Estado nacional não teria uma competência territorial nesse último aspecto.⁴¹¹ O que deixa transparecer, *a contrario sensu*, que quanto ao primeiro aspecto dita competência territorial existirá, ao ver do internacionalista.

Jete Jane Fiorati comunga da tese, explicando que há uma fusão de regimes conforme o tipo de atividade exercida na ZEE. Deve-se ter em consideração, na fixação do regime

⁴⁰⁹ Exceto versem sobre direitos humanos e tenham sido aprovadas pelo rito gravoso do artigo 5º, § 3º, da CF, quando então equivalerão a emendas constitucionais.

⁴¹⁰ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 5. No mesmo sentido: TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 76.

⁴¹¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1161.

jurídico pertinente, a atividade que será exercida. Se for uma atividade econômica tendente a explorar recursos, a natureza da zona será de patrimônio nacional.⁴¹²

Finalmente, a Parte VI da CNUDM (artigos 76 a 85) é dedicada às normas atinentes à plataforma continental. Relembre-se de que os direitos relacionados ao aproveitamento econômico de recursos naturais da zona econômica exclusiva devem ser exercidos em conformidade as regras que serão agora versadas, segundo o artigo 56 da convenção, que alude de forma explícita à Parte VI.

Sobre a plataforma continental o Brasil também exerce os chamados *direitos de soberania*, completos e exclusivos, para efeitos de exploração dos recursos naturais, independente de haver ou não a efetiva exploração, a ocupação, real ou fictícia, da plataforma, ou de qualquer pronunciamento.⁴¹³ São direitos exclusivos e completos, não embrionários, porque nenhum Estado pode pretender compartilhá-los, como acontece, em certa medida, na zona econômica.⁴¹⁴ Tais recursos naturais da plataforma são, entre outros, os recursos minerais e outros não-vivos do leito do mar e subsolo, conforme artigo 12, da Lei n. 8.617/93 (ver também artigo 77, da Convenção).

Francisco Rezek entende que não se trata de uma afirmação arrogante de soberania, ou de direitos de soberania, mas de medida atenta às necessidades econômicas dos países adjacentes, a sua dependência dos recursos do mar e ao imperativo de preservá-los contra o esgotamento.⁴¹⁵ Vale mencionar mais uma vez que a noção de plataforma continental surgiu para o Direito por conta do apelo econômico da profusão de riquezas naturais que detém.

É dado ao Brasil, no exercício de sua *jurisdição*, regulamentar a construção, operação e o uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas, bem como de autorizar e disciplinar perfurações, quaisquer que sejam os seus fins, na plataforma continental. O disposto acerca desses aparatos no artigo 60 da convenção, que toca à ZEE, aplica-se, *mutatis mutandis*, às ilhas artificiais, instalações e estruturas sobre a plataforma continental. Ou seja, também na plataforma continental o país limeiro tem jurisdição exclusiva sobre elas, abarcando a temática das leis e regulamentos aduaneiros e fiscais (artigos 80 e 81, da CNUDM; e artigo 13, da Lei n. 8.617/93).

⁴¹² FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e na Jurisprudência Internacional*. P. 102.

⁴¹³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 155.

⁴¹⁴ Cf. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 316.

⁴¹⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 311.

É fácil notar que, com relação à ZEE e à plataforma continental, a legislação é mais comedida e faz menção apenas a *direitos de soberania*,⁴¹⁶ o que significa que ambas estão submetidas a uma disciplina jurídica peculiar. Essa peculiaridade repousa no exercício de uma soberania limitada pelo país litorâneo, diversamente do que ocorre no mar territorial.⁴¹⁷ São *direitos de soberania*, e não *soberania*, aqueles sempre relacionados à exploração dos recursos naturais estimulada por desígnios econômicos.

Nessa esteira, a Constituição brasileira usa linguagem particular e à plataforma continental se refere de modo distinto do mar territorial, como dito. Ao enumerar os bens da União Federal no tão citado artigo 20, a Carta de 1988 cita os *recursos naturais* da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (inciso V). Não por outro motivo que Heleno Taveira Tôres, aludindo à Convenção, à Lei n. 8.617/93 e à Constituição, afirma que na PC e na ZEE a expressão soberana da União cinge-se aos recursos naturais.⁴¹⁸

Transparece, assim, que quer sob o plano internacional, quer sob o plano interno, somente certos direitos sobre o espaço marítimo da plataforma continental são concedidos à nação confrontante. Escreve Marilda Rosado que, enquanto as jazidas de petróleo e gás encontradas no território do Estado (em que se inclui o mar territorial) estão sob a soberania e jurisdição plenas dos países, na plataforma continental as competências sobre elas são exercidas apenas com o propósito de explorar e explorar recursos, como, no caso, o petróleo.⁴¹⁹ Argumentação idêntica poderia ser destinada à ZEE, até porque ambas são tratadas em conjunto, tanto pela Constituição, quanto pela CNUDM, no que tange à exploração econômica.

Em síntese: apenas alguns direitos são conferidos aos países costeiros no que respeita à plataforma continental e à ZEE, a maior parte deles relacionada especificamente à fruição, com finalidade econômica, das riquezas naturais. Diante do tratamento peculiar dispensado à plataforma e à ZEE, surgem dúvidas se haveria na plataforma continental e na ZEE alguma competência tributária, de todos os entes federados, ou ainda que só da União.

Como se verá, para parte da doutrina, as especiais prerrogativas conferidas ao Estado limdeiro nessas áreas não seriam o bastante para torná-las *parte do território* do país.⁴²⁰ A tese, contudo, se subdivide. Uns entendem que, por não se poder reconhecer em tais áreas território

⁴¹⁶ Cf. HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS (...)*. P. 4.

⁴¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 76.

⁴¹⁸ TÔRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 77.

⁴¹⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 113.

⁴²⁰ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 546.

nacional, não haveria que se falar em competência tributária a ser exercida.⁴²¹ Outros, a defender que o exercício de competência tributária nelas justificar-se-ia por outros motivos, como a soberania.⁴²² Uma segunda corrente crê plausível a consideração de uma extensão territorial do Estado a alcançar plataforma continental e ZEE, nem que dita extensão seja reconhecida apenas no âmbito jurídico-fiscal.⁴²³

Cabe analisar o que os autores, principalmente os tributaristas, comentam a respeito da imposição de gravames fiscais, sejam só federais, sejam federais, estaduais e municipais, nos territórios marítimos, considerando as pontuações relativas ao mar territorial, à plataforma continental e à ZEE, para, a partir dos subsídios oferecidos, encontrar um equilíbrio que harmonize as normas constitucionais, ordinárias e internacionais, a regular o tema.

3.2.2.1 Os Poderes de Imposição Fiscal de Estados e Municípios

É possível encontrar muitas alusões a que o mar territorial, e algumas vezes não apenas ele, mas também a plataforma continental e a ZEE,⁴²⁴ enquanto qualificados constitucionalmente como bens da União, teriam sido colocados na sua competência privativa, exclusiva e excludente de quaisquer outras, impedindo as demais entidades federativas de desdobrarem seu poder impositivo sobre eles, já que localizados fora de sua abrangência territorial.⁴²⁵

A base normativa para amparar esse tipo de entendimento estaria posta na própria Constituição, primeiramente em seu artigo 20, ao enumerar os *bens pertencentes* à União, e além dele, em outros dispositivos, como o artigo 22, inciso I, o qual prevê competência

⁴²¹

⁴²² CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 546.

⁴²³ Por todos: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos em Espécie*. P. 77.

⁴²⁴ O Direito é ramo que comporta variações, havendo correntes a defender as mais diversas concepções. Nessa linha, alguns autores consideram limitar-se o domínio sobre os espaços marítimos ao mar territorial, exatamente em função da literalidade do artigo 20 e seus incisos, da CF. Vide: CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 540. E também: BARRETO, Aires F. ISS. *Não incidência sobre as atividades desenvolvidas em águas marítimas*. P. 15. Em sentido oposto, mencionando a titularidade da União sobre o mar territorial, a plataforma continental, e a zona econômica exclusiva: HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS (...)*. P. 2.

⁴²⁵ Assim: TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluriributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 79. José Gutman relata a existência de dito entendimento: GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. P. 391.

exclusiva do ente central para legislar sobre Direito Marítimo. Desse modo, a partilha do mar territorial (ou ainda da ZEE e da plataforma continental) entre Estados e Municípios confrontantes, mormente para justificar a cobrança de um tributo, seria inaceitável.

Por serem espaços marítimos de domínio da União, somente seria possível a exigência de tributos federais sobre as operações neles praticadas.⁴²⁶ Uma possível aplicação extraterritorial de normas fiscais, estaduais e municipais, sobre as atividades empreendidas nesses espaços pertencentes supostamente ao *território da União*, dependeria do consenso dela, já que o artigo 102, do CTN, prescreve que a legislação tributária dos Estados e Municípios tem vigência limitada ao seu território, vigorando para além dele na medida em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham leis de normas gerais expedidas pela União.

Heleno Taveira Tôrres parece aderir à teoria da propriedade. Defende o autor que, tendo em vista a propriedade sobre os territórios marítimos enunciada pelo disposto no artigo 20 e seus incisos, da CF, verifica-se a necessidade de autorização da União, possuidora das áreas, para que haja a vigência extraterritorial da norma tributária dos demais entes, o que vale mormente para os Estados e Municípios costeiros. Para Heleno, somente tributos federais poderão alcançar fatos ocorridos no mar territorial, zona econômica exclusiva ou plataforma continental, sendo que, no espaço dessas últimas, apenas no que estiver vinculado ao aproveitamento de recursos naturais.⁴²⁷

No mesmo sentido, André Carvalho argumenta, ciente de que sua posição destoava do posicionamento do Supremo,⁴²⁸ que, salvo a verificação de elementos de conexão, tal qual a residência fiscal, e tendo em conta o disposto no artigo 102, do CTN, somente tributos federais podem gravar atividades desenvolvidas no mar territorial, plataforma continental ou zona econômica exclusiva.⁴²⁹

⁴²⁶ Mencionando a posição: GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 71.

⁴²⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluriributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 79. Heleno ressalva a hipótese de o sujeito passivo demonstrar qualquer elemento de conexão com algum Estado ou Município da Federação, como, por exemplo, a residência fiscal, quando então estaria o ente interessado plenamente legitimado a alcançar “tais situações tributáveis”.

⁴²⁸ Referência à ADI n. 2.080/RJ, que será examinada em tópico próprio. Marco Aurélio Greco também observa que o entendimento a defender ser o mar territorial, PC e ZEE bens da União, e, por isso, submetidos a um regime jurídico de exclusividade interna atribuída à entidade federal, não encontrou acolhida no STF. Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 71.

⁴²⁹ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 541.

Outro pareceu ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP n. 61.595-0/RJ.⁴³⁰ Embora o recurso, por maioria, não tenha sido conhecido, foi possível ver nos votos dos ministros a adesão à tese da legalidade da cobrança de ICMS sobre o fornecimento de refeições em plataformas de petróleo na costa brasileira. Aquiescendo na tese da propriedade da União Federal sobre a plataforma continental, supostamente estampada no artigo 20, da CF, os Ministros entenderam que o fato não obstaculizaria Estados e Municípios de exercerem nela atividade tributária. Porém, alguns magistrados vencidos posicionaram-se de maneira contrária, por enxergar que a plataforma não era território nem de Estados, nem de Municípios, e, portanto, vedada qualquer competência deles nesses espaços.

Por óbvio, a grande disputa pelas receitas fiscais oriundas das atividades econômicas exercidas nos territórios marítimos acabaria por levar os debates envolvendo a competência tributária até o Supremo Tribunal Federal. E foi exatamente essa fundamentação de ilegitimidade do poder fiscal dos entes periféricos calcada na titularidade da União Federal que embasou a propositura algumas ADIs. Como seria o ente federal seu proprietário, as operações conduzidas e bens oriundos ou destinados àqueles locais não deveriam sofrer a incidência de tributo compreendido na competência estadual, o ICMS.

A ADI n. 54-3⁴³¹ tinha como objeto os Convênios n. 66/1988,⁴³² n. 6/89, n. 38/89 e 46/89, celebrados no âmbito do CONFAZ, no uso da atribuição contida no artigo 34, § 8º, do ADCT,⁴³³ dos quais resultava a tributação, pelo ICMS, das prestações de serviço de transporte marítimo realizadas no MT, PC e ZEE. Na ADI n.1912-3,⁴³⁴ o dispositivo guerreado era o § 4º, do artigo 31, da Lei de ICMS do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual, para fins de aplicação da legislação de ICMS, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integram o território dos Estados e Municípios com que confrontem.⁴³⁵

⁴³⁰ STJ: REsp 61.595 / RJ, Relator(a) Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Órgão Julgador Segunda Turma. Data do Julgamento: 31/10/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 02/12/1996.

⁴³¹ STF: ADI 54-3/DF. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 05/06/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 06-09-1996.

⁴³² O Convênio n. 66/88, no artigo 27, § 8º, estabelecia que, para fins das normas de ICMS estabelecidas no Convênio, a PC, MT e ZEE integravam o território do Estado e do Município que lhes fossem confrontantes, para fins fiscais.

⁴³³ É o dispositivo, *in verbis*: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria”.

⁴³⁴ STF: ADI 1.912/RJ. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 25/03/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 21-05-1999.

⁴³⁵ Infelizmente, questões processuais embargaram a análise das ADIs n. 54-3/DF e 1912-3/RJ, ambas extintas sem julgamento de mérito.

Mas já nesse ponto parece haver algumas inconsistências.

Ainda que se entenda que tanto o mar territorial, quanto a plataforma e a ZEE estão sob a propriedade da União (na verdade, o mais correto é referir que a propriedade da União é sobre os bens e recursos naturais da PC, da ZEE, e do MT⁴³⁶), tido o termo em sentido técnico, como autêntica *propriedade*, de Direito Civil, íntegra nos atributos de usar, gozar e dispor, há uma confusão entre os conceitos de *propriedade* e *território*, ou melhor, de jurisdição (aptidão de criar normas jurídicas) referente a esse território.⁴³⁷ É premissa equivocada a de que o exercício das competências constitucionais dos entes políticos está relacionado com o direito de propriedade sobre certas áreas ou partes (recursos) existentes nessas áreas.

Primeiramente, a Constituição não delimita o que se encontra em território da União, ou dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Carta de 1988 não se dedica a fixar, em termos geográficos, a abrangência territorial dos entes federados. O artigo 20, se esse for o caso – porque mesmo em relação a ele há quem discuta se todos os bens mencionados são de fato objeto de um direito de propriedade, como se verá -,⁴³⁸ fala dos bens que pertencem, que são objeto de domínio do ente central, não dos bens que compõem o território. A propósito do assunto, escreve Arthur José Favaret Cavalcanti:⁴³⁹

2. A Constituição Federal não contém regras concernentes à determinação do território nacional. Menos ainda se preocupou o constituinte com os territórios de Estados e Municípios. A Constituição se limita a listar, no artigo 20, os bens pertencentes à União, e, no artigo 26, os pertencentes aos Estados. (...) O artigo 20 trata do direito de propriedade e não de jurisdição. Todos os bens ali mencionados, como, por exemplo, os terrenos de marinha, as terras devolutas, as terras dos índios podem estar, e normalmente estão, dentro do território de algum Estado.

Considerando a vinculação ao exercício do poder soberano, conforme estatuído na CNUDM e na Lei 8.617/93, a Constituição fez a inclusão do mar territorial, da plataforma continental e da ZEE - na verdade, dos recursos naturais que possam ser encontrados no MT,

⁴³⁶ Vide: GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 77. E também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer. P. 6 e 12.

⁴³⁷ CAVALCANTI, Arthur José Favaret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 301.

⁴³⁸ Por todos: GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 68.

⁴³⁹ CAVALCANTI, Arthur José Favaret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 301.

PC e ZEE, como parece ser mais correto enfrentar o tema - dentre os bens da União Federal, pois é a União Federal que, na organização do sistema federativo, identifica a pessoa jurídica de direito público titular da soberania e da competência internacional do Estado Brasileiro (cf. Artigo 21, incisos I e II, da CF).⁴⁴⁰

Mas isso não significa colocá-los sob poderes e competência exclusivos do ente federado União, com efeito reflexo de impedir que sobre essas áreas marítimas possa incidir legislação estadual ou municipal, ou, mais especialmente, de alijar as demais pessoas políticas de ingerência fiscal (entenda-se, de cobrar tributos compreendidos em sua competência tributária) quanto a hipóteses nelas verificadas.⁴⁴¹ Esse o equívoco de Heleno Taveira Tôrres, para quem, como o espaço marítimo, no âmbito da repartição constitucional de competências do federalismo brasileiro, é de domínio exclusivo da União, daí a sua competência para legislar sobre Direito do Mar e sobre os limites do território marítimo (artigos 22 e 48, da CF), a separação de autonomias estaduais e municipais limitar-se-ia exclusivamente ao território terrestre.⁴⁴²

A propriedade de certas áreas difere da tributação sobre os serviços e atividades nelas prestados. Assim, uma lei que preveja exercício de competência tributária estadual ou municipal nessas regiões, não estará dispondo sobre bens da União, mas apenas disciplinando a cobrança de tributos, de forma que, em momento algum, restará violada a soberania federal. Recorde-se que a Constituição só deixa margem para uma tal visão (propriedade da União sobre o espaço em si), quando muito, em relação ao mar territorial, porque a ele se refere por inteiro, ao passo que, quanto à PC e à ZEE, a expressão constitucional é límpida e diz tão-somente com os *recursos naturais* nelas existentes. Todavia, como mencionado no início do subtítulo, alguns autores insistem em referir ao domínio federal sobre todos os espaços de oceano adjacentes.

Independente da visão que se adote dentro dessa teoria da propriedade, o fato de algum bem ser de domínio da União não impede que ele esteja no território de alguma unidade da federação. Na verdade, a regra é que esteja, conforme os artigos 1º e 18, da CF,⁴⁴³ segundo os quais a União é fruto da reunião de Estados e Municípios. Mesmo que de

⁴⁴⁰ HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS (...)*. P. 2 e 6.

⁴⁴¹ Negando referida usurpação de competência da União: SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 72.

⁴⁴² TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 79.

⁴⁴³ Dizem os preceitos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”. “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

titularidade da União, é legítima a incidência fiscal de tributos estaduais ou municipais sobre fatos geradores neles verificados. Não se trata de colher por impostos estaduais ou municipais bens da União, como os recursos no MT, PC e ZEE,⁴⁴⁴ ou de afetar tais bens, mas de regular a incidência tributária em face de atividades ali implementadas por terceiros, que não a própria União,⁴⁴⁵ o que não ultrapassa de forma alguma a competência dos entes para instituir tributos.

Oportuno é o exemplo do Aeroporto Santos Dummont, na capital fluminense. O fato de estar situado em um bem da União, mais especificamente um terreno da marinha, albergado no mesmo artigo 20, só que no inciso VII, não repele a cobrança de tributos sobre serviços e operações ali realizadas. O *domínio*, nos casos de exações que oneram operações circulatorias ou prestações de serviços, não se confunde com a manifestação de capacidade contributiva capturável pelas normas de incidência nas áreas *dominadas*. O ICMS não incide sobre a área pertencente à União, ou ao Estado, ou a quem quer que seja, ele incide sobre operações ou serviços realizados nessa mesma área.⁴⁴⁶

Outro caso que ilustra bem a situação é a venda de comidas e artefatos nas praias, cuja proprietária é a União Federal (artigo 20, inciso IV, da CF). Que elas estão situadas sempre no território de algum Estado-membro e, portanto, de um Município, embora pertençam à União, é indiscutível. Negar que sobre os fatos geradores de ICMS ali ocorridos pudesse haver exigência fiscal, por conta de tal propriedade federal, é beirar o absurdo. A propriedade sobre o bem nada tem que ver com a legitimidade de incidência fiscal sobre fatos geradores nele verificados. O Estado-membro ou o Município não precisa ter o domínio de uma área que está situada em seu território para sobre ela exercer autonomia político-administrativa.⁴⁴⁷

Oportuno citar *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em que se discutia a competência municipal para cobrança de ISS, ficando assentado no item 3 da ementa que “*deveras, é cediço na doutrina que ‘embora o mar territorial seja da União, o transporte aquaviário realizado no referido local terá a incidência do ISS, pois se trata de imposto de competência do Município, tributando os serviços de transporte municipal’*” (Grifado).⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 9.

⁴⁴⁵ SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 72, 75. O argumento, aliás, escreve o autor, afasta uma suposta ofensa ao princípio da imunidade recíproca, insculpido no artigo 150, inciso VI, alínea a, da CF.

⁴⁴⁶ SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 75.

⁴⁴⁷ GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. P. 393 e 395.

⁴⁴⁸ STJ: REsp 649.027/BA. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 22.03.2005.

Contudo, por um outro lado, vozes autorizadas entendem que tanto o mar territorial, como a plataforma continental e a ZEE seriam insuscetíveis de apropriação, incorrendo em erro quem alude à propriedade, de quem quer que seja, sobre essas áreas. Na verdade, o mais consentâneo à normatização que disciplina as regiões de oceano adjacentes ao país limeiro, bem como aos direitos e jurisdição de que tal país dispõe nos espaços de MT, PC e ZEE, é dizer que o domínio civilista, em existindo, se exerce apenas quanto às riquezas da natureza neles existentes, não em relação aos espaços como um todo.

Celso Mello, ao expor as teorias sobre a natureza jurídica do mar territorial, adverte que a teoria da propriedade, a qual sustenta um direito de uso, gozo e disposição do Estado confrontante sobre o espaço propriamente dito, está abandonada nos dias atuais. Não existe uma propriedade sobre ele, mas sim o exercício de determinadas competências pelos países costeiros, relacionadas, sobretudo, com a exploração de recursos.⁴⁴⁹ Assim, conforme Celso Mello, o que fundamenta o mar territorial como parte do território estatal não é uma propriedade civilista em relação ao espaço marítimo em si, mas sim a tese da soberania, esta, aliás, consagrada da CNUDM.⁴⁵⁰

Ou seja, Celso Mello, ao mesmo tempo em que reconhece que o mar territorial integra o território nacional, fundamentando a assertiva na tese da soberania, relata a incongruência de se referir a uma dominialidade sobre o espaço. E, se nenhuma propriedade existe quanto ao mar territorial, o que dizer da plataforma continental e da ZEE, às quais a Constituição de 1988 nem menciona em sua inteireza, mas apenas se refere aos *recursos naturais* encontráveis no seu leito, solo e subsolo (artigo 20, inciso V). E, em linha análoga, são disciplinadas na CNUDM e na Lei n. 8.617/93, sendo sempre aludidos *direitos de soberania* quanto a tais zonas, mas não uma soberania plena, direitos esses especialmente relacionados aos recursos da natureza.

Marco Aurélio Greco enaltece a tese da soberania. Nas palavras do autor, o rol de bens contemplado no artigo 20, da CF, não implica que todos eles sejam titularizados pela União debaixo do regime de um verdadeiro “direito de propriedade”. O dispositivo demonstra que tais coisas estão, de alguma forma, relacionadas à União, o que não significa que tenham uma natureza jurídica comum e uniforme. Prova de que a enumeração engloba bens sob distintos regimes jurídicos seria o mar territorial, sobre o qual a União (na visão do autor, o Brasil) não exerce domínio clássico, mas soberania, a envolver poderes de controle, jurisdição, e o direito de regulamentar o uso de recursos naturais, regulando e disciplinando o exercício de

⁴⁴⁹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. P. 305.

⁴⁵⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1159.

atividades que, de alguma forma, interfiram ou afetem os bens. Assim, das diversas normas contidas na Lei n. 8.617/93, aquelas diretamente correlatas ao exame da tributação, inclusive pelo ICMS, seriam as do artigo 7º e 12, que revelam a prerrogativa de exercício de *direitos de soberania* para efeito de exploração econômica de tais riquezas naturais.⁴⁵¹

A essa altura da exposição, a contenda sobre a propriedade dos bens *plataforma continental, mar territorial e ZEE*, pode ser considerada superada, seja por conta de se reconhecer o equívoco em se falar de domínio civilista sobre essas áreas, quando o mais correto é dizer domínio sobre os recursos existentes nelas, o que tem, inclusive, amparo nas normas internacionais; seja porque, independente de quem vem a ser o proprietário das zonas de oceano, ou de ela [a propriedade] se estender ou não sobre todos os espaços marítimos adjacentes ao Estado costeiro (MT, PC e ZEE; ou só sobre o primeiro e não sobre os últimos), propriedade não se confunde com o território em que situados estes bens.

O fato de serem ou não bens da União, em acepção estrita e técnica, é objeto de outra discussão, que se afasta de investigar o local onde, geograficamente, posicionados o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva. E, via de consequência, se a competência tributária de Estados-membros e Municípios pode alcançar fatos geradores neles ocorridos. Portanto, o ponto que precisa ser entendido é se tais regiões podem ser consideradas como alcançadas pelo território nacional. E, em caso afirmativo, se esta parte do território nacional seria exclusiva da União Federal ou se haveria de ser reconhecida a projeção dos Estados da Federação e Municípios confrontantes sobre esses espaços.

Marco Aurélio Greco atenta que a identificação do âmbito territorial de validade da norma tributária, que, em geral, não gera maiores dificuldades, posto corresponder ao espaço físico-territorial pertinente a cada pessoa política (territorialidade), adquire particular complexidade quando se trata de operações ocorridas no âmbito do mar, em especial naquelas partes que não se configurem como ilhas artificiais, apresentando inúmeras facetas.⁴⁵² O próprio Supremo consignou, na Ementa da ADI n. 54-3 MC,⁴⁵³ a “*complexidade da matéria relativa à competência dos Estados e Municípios, no que concerne à inclusão da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva como áreas de operação ou prestação de serviços tributáveis (...)*”.

⁴⁵¹ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS - Exigência em Relação à Extração do Petróleo*. P. 135-136.

⁴⁵² GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 67.

⁴⁵³ STF: ADI 54 MC /DF - Relator: Min. CARLOS MADEIRA. Julgamento: 14/06/1989. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 04-08-1989.

A começar pelo mar territorial, como já exposto, a doutrina aceita sem maior desconforto que ele é extensão do território nacional, até porque sobre o mar territorial é exercida a soberania plena dos países costeiros, quase a mesma que exercida em terra e águas interiores. Nos dizeres de Raul Machado Horta: ele é prolongamento marítimo do território soberano da Nação.⁴⁵⁴ Não por outro motivo é muitas vezes designado de mar nacional. As afirmações são sustentadas pelo artigo 2º, da Lei n. 8.617/93 e artigo 2º, da CNUDM.⁴⁵⁵

Portanto, que o mar territorial como um todo compõe, faz parte, está incluído no território do Estado nacional, independente de qualquer discussão se há sobre ele, ou apenas sobre seus recursos naturais, propriedade federal, é incontroverso.⁴⁵⁶ Os próprios acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil definem o território brasileiro como a terra firme continental e insular e respectivo espaço aéreo, bem como o “*mar territorial e o leito e subsolo desse mar, inclusive o espaço aéreo acima do mar territorial, dentro do qual, em conformidade com o Direito Internacional e as leis brasileiras, o Brasil possa exercer seus direitos*”.⁴⁵⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho admite que, como se dá com a área de terras, o subsolo e o espaço aéreo que recobrem a superfície do mar territorial também se incluem no âmbito de vigência do poder estatal.⁴⁵⁸ Lembra Marilda Rosado que a maioria dos autores, mesmo antes da CNUDM, já concordava quanto a uma série de premissas no que refere ao mar territorial, entre elas a afirmação da soberania do Estado costeiro, com o reconhecimento, por todos, de direitos como a aplicação de leis fiscais e aduaneiras.⁴⁵⁹

Na verdade, o que justifica a sua previsão em inciso distinto da Constituição Federal (inciso VI) relativamente à plataforma continental e à zona econômica exclusiva (inciso V), a diferença relevante a ponto de justificar a separação é a existência de um efetivo exercício de soberania estatal sobre ele, que não existe quando se cogita das últimas.⁴⁶⁰ E não propriamente a menção aos recursos, que é feita quanto à PC e ZEE, mas não quanto ao MT, mesmo porque a tese que parece ter razão é a que advoga uma propriedade sobre os recursos, como dito, e não sobre as próprias regiões marinhas.

⁴⁵⁴ HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS (...)* P. 3, 7-8.

⁴⁵⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 70.

⁴⁵⁶ Veja: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. P. 97.

⁴⁵⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 73.

⁴⁵⁸ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 77.

⁴⁵⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 149.

⁴⁶⁰ Sobre o exercício exclusivo de soberania pelo Estado ribeirinho até as doze milhas: TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. P. 78.

A dificuldade, então, parece ser outra. A de definir se, como área que integra o território nacional, ele seria estrito território federal, ou se plausível a consideração de alcance sobre ele, no mínimo para fins fiscais, dos poderes exercidos pelos Estados-membros e Municípios limítrofes em seus territórios. A situação conflituosa supostamente decorreria do fato de um ente da Federação tributar operações ocorridas fora de seu território (porque no MT, ou mesmo na PC e ZEE). Ou seja, legislando para além de seu domínio territorial, o ente teria invadido esfera de poder e de competência da União.⁴⁶¹ Esse ponto será adiante comentado em conjunto às considerações sobre a plataforma continental e ZEE.

Desde logo, esclareça-se que reconhecer competência tributária aos entes periféricos para gravar atividades empreendidas nessas áreas de mar territorial (e também nas de plataforma continental e zona econômica exclusiva) está longe de implicar negação da soberania exercida sobre essa área, ou dos direitos soberanos sobre plataforma continental e zona econômica exclusiva, dados ao país costeiro enquanto nação, e, portanto, ao Brasil, representado pela União.

Quanto à plataforma continental e ZEE, torna-se mais difícil reconhecer que elas integram-se ao território nacional - nada obstante, conforme será exposto, haja entendimento a sustentar sua pertença ao território. O que se depreende das severas limitações à soberania que pode ser exercida nessas áreas pelo país costeiro, preferindo tanto a Lei n. 8.617/93, quanto a CNUDM mencionar *direitos soberanos e jurisdição* (artigos 7º, 8º, 12 e 13; e artigos 56, 60, 77 e 80, respectivamente). A separação da plataforma continental do território nacional, com a discordância de Celso Mello,⁴⁶² é afirmada por Marco Aurélio Greco,⁴⁶³ e Rutsel Martha,⁴⁶⁴ para quem aquela soberania limitada, não sendo pessoal e nem territorial, é qualificada de “*funcional*”.

Na tentativa de explicar o emprego do termo funcional, o recurso às lições de Marco Aurélio Greco mostra-se de grande ajuda. A PC e a ZEE não encerram caso de soberania plena, mas de poderes limitados e ligados a determinadas funções econômicas e ambientais. A delimitação de tais fronteiras marítimas tem um fundamento exclusivamente funcional, portanto, encerrando um regime jurídico que não é deduzido nem da soberania territorial, nem da continuidade ou contiguidade com o território terrestre. Cada país dispõe apenas de certos títulos quanto a essas regiões, uma vez que não se trata de verdadeiro território sobre o qual

⁴⁶¹ Argumentos constantes da petição inicial da ADI n. 2.080/RJ.

⁴⁶² MELLO, Celso D. Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1187.

⁴⁶³ MARCO AURÉLIO GRECO *Impossibilidade de cobrar ICMS em operações ocorridas no mar territorial e na zona econômica exclusiva*. P. 76.

⁴⁶⁴ MARTHA, Rutsel Silvestre J. *The jurisdiction to tax in international law. Theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*. P. 110-137.

haveria ampla disposição.⁴⁶⁵ Em razão desse regime peculiar, conclui, com acerto, Greco, os únicos interesses de que está investido o país costeiro são relativos aos aspectos mencionados na CNUDM, como exploração econômica.⁴⁶⁶

Então, a uma primeira análise, mais desatenta, nem a própria União Federal poderia exercer competência tributária, obstada pelo fato de tais áreas sequer integrarem o território nacional. Contudo, isso não é verdade. E não é verdade porque sobre as regiões de plataforma continental e zona econômica exclusiva o país exerce soberania relativa, relativa propriamente aos recursos naturais, ou melhor, *direitos de soberania*, quanto a sua exploração, o que para alguns autores, a exemplo de Ricardo Lodi Ribeiro, já autorizaria vislumbrar nelas áreas de incidência fiscal.⁴⁶⁷ E, além disso, a CNUDM reconhece em seus artigos 60 e 80 a *jurisdição exclusiva* (no que toca a ilhas artificiais, instalações e estruturas) do Estado adjacente em matéria de leis e regulamentos aduaneiros e fiscais.

Especificamente quanto à plataforma continental e tocando no tema do petróleo, consta das lições de André Carvalho⁴⁶⁸ que o conceito legal consagrado na CNUDM concede, à parte da soberania funcional, uma espécie de soberania econômica ao Estado costeiro, que lhe permite tributar as atividades de exploração de hidrocarbonetos conduzidas em uma área de duzentas milhas náuticas, que coincida com a ZEE. Conclusão que se torna mais evidente no caso de instalações e estruturas destinadas à exploração e produção de petróleo, posto que a CNUDM especificamente estabelece no artigo 60 (aplicável à PC por força do artigo 80, da CNUDM) que o Estado costeiro deve ter jurisdição exclusiva sobre elas, abrangendo o que respeita à normatização fiscal.

Idêntica argumentação pode ser dedicada à zona econômica exclusiva, mesmo porque o artigo 60, topograficamente, vem posto na Parte V da Convenção, dedicada à ZEE. Além disso, ZEE e plataforma continental recebem tratamento conjunto pela Constituição, em seu artigo 20, inciso V, da CF; e, tanto a Lei 8.317/93 quanto a CNUDM, conferem ao Estado costeiro os mesmos direitos de soberania e jurisdição no que tange ao aproveitamento de seus recursos naturais.⁴⁶⁹ Tudo a demonstrar o paralelismo do regime jurídico de ambas, o que permite estender à ZEE os argumentos acima desenvolvidos quanto à plataforma continental.

⁴⁶⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. P. 1203.

⁴⁶⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 78.

⁴⁶⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. P. 77.

⁴⁶⁸ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 540-541.

⁴⁶⁹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1187. E FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 6-7.

Dessa forma, para André Carvalho, entende-se que o território marítimo brasileiro compreende o mar territorial, mas não a plataforma continental, e, acresça-se, a zona econômica exclusiva, sendo o poder de tributar, nestas últimas, decorrência da soberania funcional e econômica atribuída aos Estados costeiros na CNUDM em tudo o que relacionado à exploração de riquezas naturais, dentre elas o petróleo e o gás natural.⁴⁷⁰ O mesmo se extrai dos escritos de Marco Aurélio Greco: nas atividades realizadas na ZEE que interfiram com recursos naturais, especialmente as ocorridas em ilhas artificiais e demais estruturas mencionadas na CNUDM, incide legislação tributária interna brasileira.⁴⁷¹

A decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), quando do exame daquele que ficou conhecido como Caso Saiga, em 01.07.1999, reforça os argumentos. A questão envolvia um petroleiro de origem de São Vicente e Granadinas que se encontrava na ZEE da Guiné vendendo óleo diesel a barcos de pesca. A Guiné apreendeu o petroleiro e pretendeu aplicar sua legislação, cobrando os tributos pertinentes à venda de óleo.

O Tribunal, em sua decisão, ao enfrentar o tema da possibilidade de aplicação da Lei da Guiné aos fatos ocorridos em águas localizadas na ZEE daquele país, em detrimento das normas internacionais, observou que, nos termos da CNUDM, o Estado costeiro signatário tem o direito de aplicar sua legislação e regulamentos aduaneiros no mar territorial (artigos 2 e 21). Na ZEE, ele está dotado de jurisdição para aplicar suas leis e regulamentos aduaneiros e fiscais, apenas no que concerne às ilhas artificiais, instalações e estruturas. A CNUDM, inquestionavelmente, confere poder ao Estado costeiro para fazer valer suas normas fiscais nessa parte da ZEE (artigo 60, par. 2º).⁴⁷²

Nos ensinamentos de Heleno Taveira Tôrres, vem registrado que, além do limite do mar territorial, o exercício de soberania pelo país ribeirinho sobre a ZEE e a PC não é exclusivo nem pleno, e sim restrito ao aproveitamento dos recursos naturais, e sobre as ilhas artificiais, instalações e estruturas. Com relação às últimas, o país também exerce soberania por ficção jurídica. E finaliza o autor: “*para além desses limites, temos o espaço da extraterritorialidade*”. A *contrario sensu*, aquém desses limites, na visão do tributarista, tudo o que se tem é espaço de *territorialidade*, portanto.⁴⁷³

Então, resolvida está a dúvida sobre a existência de competência tributária na plataforma continental e zona econômica exclusiva, bem expostos os fundamentos que a

⁴⁷⁰ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 540-541.

⁴⁷¹ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 79.

⁴⁷² Decisão disponível na íntegra em: www.itlos.org.br. Acesso em 15.03.2013.

⁴⁷³ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 78.

habilitam. Mas a questão do reconhecimento de competência tributária aos entes periféricos para gravar atividades empreendidas nessas áreas (de mar territorial, plataforma continental, e ZEE) que Raul Machado Horta denomina como “patológica dilatação dos territórios estaduais ou municipais”, ainda pende de resolução.⁴⁷⁴

Quanto ao exercício de poderes pelos Estados federados e Municípios nos espaços marítimos, a Constituição Federal consagra, no § 1º de seu artigo 20, importante regra. O preceito revela o entrelaçamento de interesses, tendo em vista o mar territorial, a plataforma continental e a ZEE, considerando-os, para efeito de exploração de petróleo e gás ou de outros recursos minerais, porções em que se projetam os interesses dos Estados, Distrito Federal e Municípios. É a sua redação:

Art. 20. § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos **Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios**, bem como a **órgãos** da administração direta da União, **participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural**, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais **no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva**, ou compensação financeira por essa exploração. (Grifado)

A partir dos termos constitucionais, alguns autores defendem que o mar territorial, a plataforma continental e a ZEE compreendem áreas nas quais o exercício de poder tributário dos entes federados é autorizado.⁴⁷⁵ A própria petição inicial da ADI n. 54-3⁴⁷⁶ reconhece que, no caso da exploração de petróleo e gás natural, a Constituição, através do artigo 20, § 1º, CF, atribui expressamente aos Estados-membros e aos Municípios competência para usufruírem das atividades econômicas desenvolvidas em ditas partes do oceano.

É claro que o enunciado trata da participação no resultado da exploração e da compensação financeira por essa exploração, isto é, dos famosos *royalties*. Mas os mesmos parâmetros são, sem dúvida, válidos para disciplinar a competência tributária. Se valem para a indenização da lavra de petróleo e gás verificada na plataforma continental, mar territorial e ZEE,⁴⁷⁷ aplicam-se também aos tributos, não porque os *royalties* são espécie deles (porque não são, são receita pública originária, enquanto tributos são derivadas), mas porque se o critério de decisão se impõe no Direito Financeiro, não há o que o obstaculize (a Constituição

⁴⁷⁴ HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS (...)*. P. 8.

⁴⁷⁵ Contra, por entender que as atividades prestadas em águas marítimas não estão compreendidas na faixa da competência tributária traçada pela Constituição Federal aos entes federados, no caso, Municípios, dado que situam-se fora dos limites dos territórios de quaisquer Municípios brasileiros, sendo áreas sobre as quais não têm eles jurisdição, ante o princípio da territorialidade: BARRETO, Aires F. ISS. *Não incidência sobre as atividades desenvolvidas em águas marítimas*. P. 15.

⁴⁷⁶ Petição inicial da ADI 54-3/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

⁴⁷⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 143.

não obstaculiza) de estender-se ao Direito Tributário, ramo afim e de estreita relação com aquele. Se são pagos *royalties* aos Estados, Municípios e Distrito Federal pela exploração de recursos minerais na plataforma continental, mar territorial e ZEE, não há razão para negar que tributos devem ser pagos por ocasião de tal exploração.

Aliás, o próprio Raul Machado Horta, cujo parecer embasou tanto a propositura da ADI 1.912 quanto da ADI 2.080, em artigo publicado em 1969, atestou que os “*recursos naturais [no caso específico, o petróleo e o gás natural], conquanto sob o domínio da União, situam-se numa base territorial sobre a qual os Estados e Municípios também exercem sua competência constitucional*”, sendo a previsão de pagamento de *royalties* decorrência de um federalismo equitativo e de cooperação, como um mecanismo de compensação aos referidos entes federativos.⁴⁷⁸

Por outro lado, todo o território nacional, obviamente, está dividido em território das pessoas políticas periféricas. Nos dizeres dos artigos 1º e 18, da CF, a Federação Brasileira é formada pela união indissolúvel de Estados (Estados-membros), Distrito Federal e Municípios. Conclusão lógica é a de que, por força da descentralização que é característica do Estado Federal brasileiro, qualquer área situada em *âmbito nacional*, naturalmente está sempre inserida no território de algum Estado federado – exceto esteja ela no Distrito Federal (artigo 32, da CF) ou em Territórios Federais (artigo 33, da CF), os últimos, aliás, sequer existem na atualidade -, e, por sua vez, de algum Município. Todo o território sobre o qual se exerce soberania nacional é previamente de Estados e Municípios, alinhando-se aos respectivos territórios.⁴⁷⁹

Reforçando a ideia explicitada nos últimos parágrafos, Arthur José Cavalcanti ressalta:⁴⁸⁰ “*as únicas porções do território nacional estranhas ao território de algum dos Estados federados são as ocupadas pelo Distrito Federal e pelos Territórios Federais*”. Em primeiro lugar, estes últimos sequer existem na atualidade. Em segundo lugar, é patente que o mar territorial, a plataforma e a ZEE não se encontram no Distrito Federal. Logo, não é difícil supor que integram o território de algum Estado, cabendo apenas perquirir qual a parte que toca a cada Estado.

⁴⁷⁸ HORTA, Raul Machado. *Tendências do Federalismo Brasileiro*. P.15.

⁴⁷⁹ Marco Aurélio Greco dá razão à afirmativa, nada obstante conclua que o mar territorial integra o território de todos os Estados e Municípios, de modo *pro indiviso*, face à ausência de especificação quanto à parcela exclusiva que cabe a cada um deles. GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 71-72.

⁴⁸⁰ CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 303.

Não há como considerar tratem-se os espaços marítimos de pontos do território nacional exclusivamente federais, não compondo o território de qualquer Estado-membro ou Município.⁴⁸¹ Não existem porções nacionais estranhas aos Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios. Toda porção territorial, se integra o território nacional, ainda que possa pertencer, em termos dominiais, à União Federal, está encravada em algum Estado-membro, e, conseqüentemente, em algum Município.⁴⁸² Não importa quem seja o proprietário da área, espacialmente ela deve estar situada em algum Estado e Município, ou no Distrito Federal.⁴⁸³

Tais razões já seriam suficientes para avaliar o alcance tributário dos Estados federados e Municípios sobre as regiões confrontantes de mar territorial. Porque ele, o mar territorial, é componente do território nacional, conforme visto.⁴⁸⁴ E, como decorrência do acima exposto, não se pode vislumbrar, nos dias atuais, regiões do território nacional sobre as quais não possa incidir legislação estadual e municipal, inclusive aquela atinente a exigências fiscais e aduaneiras.

A propósito, Marco Aurélio Greco registra que a concepção de que o mar territorial integra o território dos Estados-membros a ele confrontantes, em regime semelhante àquele aplicável aos demais bens da União (prédios, terrenos, etc.) inseridos dentro do território estadual, pelo o que a incidência das normas tributárias de ICMS nesses espaços seria legítima, foi reconhecida como relevante a ponto de justificar o indeferimento da cautelar na ADI 2.080. Na verdade, o próprio Greco assente em reconhecer o poder de tributar dos Estados no âmbito do mar territorial, embora entenda que ele foi conferido a todos os Estados de modo *pro indiviso*, dependendo apenas da edição de lei federal que o especifique (definindo sua amplitude e condições de exercício). O que inviabiliza a incidência fiscal, para o mestre paulista, é a ausência de parâmetros hábeis a definir qual o Estado competente para exigir o imposto.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 10.

⁴⁸² Cf. CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 302, 303 e 305.

⁴⁸³ Contra, por pensar que o território do país não é sempre, nem necessariamente, a soma dos territórios dos Estados federados: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 4-6. Este, segundo ele, o caso do mar territorial que, no direito brasileiro, estaria exclusivamente no domínio espacial do poder central. O professor, aliás, ao MT e à PC refere como pontos do território nacional que não se incluem no de qualquer estado federado ou Município. Mas o próprio autor confessa que a Constituição nada diz expressamente a respeito de uma tal *exclusividade territorial*.

⁴⁸⁴ Neste sentido: DINH, Nguyen Quoc; et al. *Direito Internacional Público*. P. 1.183.

⁴⁸⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 71, 73, 76 e 79.

Por fim, mesmo Heleno Taveira Tôrres, tão ferrenho defensor da exclusividade federal nos espaços marítimos, deixa notar que, ao menos até os lindes do mar territorial, há possibilidade de eficácia das normas tributárias estaduais e municipais. O que se depreende da seguinte assertiva do autor: “*para além do mar territorial, apresenta-se o espaço da ultraterritorialidade para Estados e Municípios (...)*”.⁴⁸⁶

Mas resta ainda embasar a validade de incidências fiscais estaduais e municipais sobre fatos imponíveis verificados na prática de atividades na plataforma continental e zona econômica exclusiva.⁴⁸⁷ Pois, recorde-se, o território marítimo brasileiro não compreende, a rigor, a plataforma continental, nem a zona econômica exclusiva, sendo o poder de tributar, nessas últimas, decorrência dos direitos de cunho econômico atribuídos aos Estados costeiros pela CNUDM, e, no plano interno, pela Lei n. 8.617/93.

Por isso, parece legítimo citar que elas, em tudo o que estiver relacionado à exploração e aproveitamento econômico de bens e recursos naturais, entre eles o petróleo e o gás, integram o âmbito nacional.⁴⁸⁸ Fala-se em âmbito nacional para afastar-se do argumento de que essas regiões não estão no território nacional, porque embora possam, na concepção de alguns, não estar, a elas se aplica, ao menos no que respeita à exploração comercial de recursos e riquezas naturais, o âmbito dos direitos e prerrogativas nacionais, englobando o exercício de competência tributária. O que, aliás, resta de todo modo explícito no por várias vezes mencionado artigo 60, da CNUDM.

Lembre-se das valiosas palavras do saudoso Celso Mello, para quem, em termos de exploração e aproveitamento de recursos naturais, as áreas costeiras pertencem ao país lideiro, o que define o regime jurídico peculiar a que se submetem essas áreas marítimas no que disser respeito a aproveitar riquezas do solo, subsolo e leito do mar, incluindo-se as riquezas minerais.⁴⁸⁹

Tocando especificamente no tema da exploração e produção de petróleo e gás em águas *offshore*, vale trazer à tona as questões vistas no capítulo 1, como a da titularidade da União sobre as atividades materiais de pesquisar e lavar petróleo, o que deriva do artigo 177, § 1º, da CF. A redação dada pela EC n. 9/95 apenas permite a flexibilização do monopólio

⁴⁸⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. P. 79-80.

⁴⁸⁷ Apontando haver margem jurídico-argumentativa considerável para a discussão, em juízo, de incidências fiscais nos casos de prestação de serviços em águas marítimas, sob o argumento de inexistência de competência municipal para essa imposição, por ultrapassar os limites territoriais municipais delineados pela Constituição Federal, i.e., ausência de *jurisdiction to prescribe*: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *ISS sobre Serviços de Limpeza, Manutenção e Conservação de Plataformas de Petróleo Prestados Onshore e Offshore*. P. 9.

⁴⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 8. O professor reconhece que a PC “está no âmbito do Estado-nação”.

⁴⁸⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. P. 1161.

operacional desempenhado pela Petrobras desde a Lei n. 2.004/53, contemplando a possibilidade de contratação de sociedades de natureza pública ou privada para a execução dessas atividades.

Referida titularidade vem inscrita no artigo 21 da Lei do Petróleo, observadas as modificações empreendidas em seu texto pela Lei n. 12.351/10 (a última compõe o Novo Marco Regulatório do Setor de Petróleo e Gás Natural no Brasil, analisado no capítulo 2). Na dicção do preceito, todos os direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos **em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União**, cabendo sua administração à ANP, ressalvadas as competências de outros órgãos e entidades expressamente estabelecidas em lei.

Também no artigo 3º,⁴⁹⁰ a Lei do Petróleo inclui a plataforma continental e a zona econômica exclusiva na definição de território brasileiro. Então, a disciplina do Direito do Petróleo *inclui*, no território nacional, as porções adjacentes ao Brasil de mar territorial, PC e ZEE, na contramão dos diplomas internacionais e da própria lei específica à matéria em âmbito interno, a Lei n. 8.617/93.

Questionável, contudo, se o conceito de território brasileiro delineado para fins regulatórios teria o condão de estender o território marítimo, em termos de tributação. Consoante referido, a posição que parece mais acertada é a que defende a existência de competência fiscal nas áreas de plataforma e zona econômica exclusiva não porque sejam elas partes do território nacional, mas porque nelas os países adjacentes valem-se de legítimos *direitos soberanos* no tocante à exploração econômica, direitos esses reconhecidos internacionalmente na CNUDM e, no caso brasileiro, previstos na ordem jurídica nacional, por força da Lei n. 8.617/93.

Na esfera regional, a inclusão do MT, PC e ZEE, no âmbito territorial dos Estados, encontra acolhida no Estado do Rio de Janeiro. A Constituição Estadual fluminense inclui na circunscrição territorial dos Estados e Municípios, para efeitos de exercício de competência tributária, os espaços marítimos adjacentes à costa.⁴⁹¹ Constante do Título VI (“Da Tributação e do Orçamento”) da Constituição, o artigo 194, § 5º, estabelece, *in verbis*:

⁴⁹⁰ Dispõe a norma: “CAPÍTULO III - Da Titularidade e do Monopólio do Petróleo e do Gás Natural. SEÇÃO I - Do Exercício do Monopólio. Art. 3º Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva”.

⁴⁹¹ BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. P. 60.

A competência tributária do Estado e dos Municípios é exercida sobre a área dos respectivos territórios, incluídos nestes as projeções aérea e marítima de sua área continental, especialmente as correspondentes partes da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva.

Há também na Lei Básica fluminense de ICMS (Lei n. 2.657/96), dispositivo semelhante: o artigo 31, § 4.⁴⁹² A Constituição estadual e a Lei de ICMS, ao que parece, inspiraram-se, em última análise, na disciplina adotada pela Constituição Federal para a matéria de *royalties*, consoante o artigo 20, § 1º, estando em harmonia com ela.⁴⁹³ Ao estabelecerem que, para fins tributários, as projeções das áreas continentais de Estados federados e Municípios limítrofes sobre a PC, MT e ZEE, incluem-se nos seus territórios,⁴⁹⁴ essas normas não estão dispostas sobre a divisão territorial nacional. Estão apenas definindo que, em termos de competência tributária, há incidência das normas estaduais e municipais sobre operações praticadas em espaços *offshore*.⁴⁹⁵

Os diplomas estaduais usam as expressões plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva para designar que tais são espaços de incidência do ICMS. O que fizeram foi incluir a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva como locais de operações sujeitas ao ICMS, reproduzindo, em âmbito estadual e para efeitos tributários, os limites territoriais de Estados e Municípios enunciados pelo artigo 20, § 1º, da CF. Isso em nada extrapola o poder legiferante conferido aos entes federados, como parcela da competência tributária discriminada constitucionalmente. A inclusão das águas *offshore* nos correlatos territórios estaduais e municipais, nesse aspecto, é unicamente para fins fiscais, mais precisamente, para fins de imposição do tributo com base no permissivo constitucional do artigo 155, inciso II.⁴⁹⁶

⁴⁹² É o seu teor: “Art. 31 - Estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerça sua atividade em caráter permanente ou temporário, bem como onde se encontre armazenada mercadoria. § 4º - Para fins destas normas, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integram o território do Estado e do Município que lhes é confrontante”. As “normas” referidas no artigo são aquelas que tratam do local da operação e da prestação para fins de incidência do ICMS, contidas nos artigos 30 e 31 da mesma lei.

⁴⁹³ SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 80-81.

⁴⁹⁴ José Gutman diz concordar com o entendimento de que a PC, MT e ZEE integram o território do Estado e Município que lhes é confrontante. In: GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. P. 397.

⁴⁹⁵ A favor do livre exercício, nessa áreas, da competência tributária conferida aos Estados e Municípios pela Constituição, inclusive apontando a plena constitucionalidade dos dispositivos estaduais: CAVALCANTI, Arthur José Favaret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 303.

⁴⁹⁶ SOARES, Humberto Ribeiro. *Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio*. P. 81.

Parece que, nesse aspecto, o Brasil não está só. André Carvalho observa que, após a aprovação das primeiras Convenções sobre o Direito do Mar (em Genebra, no ano de 1958), que precederam a atual CNUDM, de 1982, muitos países com interesses em comum na exploração de petróleo estenderam seu poder de tributar para fazê-lo incidir sobre a plataforma continental, por meio de atos internos, como Reino Unido, Noruega e Dinamarca. Parece ser, portanto, uma tendência no Direito Comparado.⁴⁹⁷

Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ), na qual restou posto que o direito atribuído ao Estado ribeirinho sobre “*sua plataforma continental procede de que as zonas submarinas em causa podem ser consideradas como fazendo parte verdadeiramente do território sobre o qual o referido Estado já exerce sua autoridade*”, arrematando o autor, em complemento, que tal plataforma está no âmbito do Estado-nação.⁴⁹⁸ Como já aventado, as considerações respeitantes à plataforma continental são plenamente extensíveis à ZEE, em honras à similitude dos regimes reguladores de ambas.

Embora Marcos André Vinhas Catão destaque o fato de até hoje não existir posição doutrinária e jurisprudencial pacífica que diga que os estados federados têm competência tributária sobre fatos geradores relativos às atividades realizadas no mar territorial,⁴⁹⁹ o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2002, ao julgar ADI 2.080 MC /RJ,⁵⁰⁰ emitiu seu posicionamento. A decisão, que indeferiu a medida cautelar por unanimidade, restou assim ementada:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS SOBRE A ÁREA DOS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, INCLUÍDAS NESTES AS PROJEÇÕES AÉREAS E MARÍTIMAS DE SUA ÁREA CONTINENTAL, ESPECIALMENTE AS CORRESPONDENTES PARTES DA PLATAFORMA CONTINENTAL, DO MAR TERRITORIAL E DA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5 DO ARTIGO 194 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO § 4 DO ARTIGO [31] DA LEI ESTADUAL N 2.657, DE 26.12.1996, QUE REGULA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. 1. Alegação de que tais normas violam os artigos 20, V e VI, 22, I, 155, II, 150, VI, 146, I, III, "a" e 155, § 2, XII, "d", da Constituição Federal. 2. Fundamentação consideravelmente abalada com as objeções da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA e do GOVERNADOR DO ESTADO, que, a um

⁴⁹⁷ CARVALHO, André de Souza. *Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental*. P. 536-537.

⁴⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Parecer*. P. 8 e 13.

⁴⁹⁹ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 540.

⁵⁰⁰ ADI 2080 MC / RJ. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 06/02/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 22-03-2002.

primeiro exame, demonstraram a inocorrência de qualquer das violações apontadas na inicial. Medida cautelar indeferida. Plenário. Decisão unânime.

Proposta pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), em 1999, o conflito tem como pano de fundo o ICMS em transportes entre o continente e o mar territorial ou a plataforma continental, ou entre dois pontos no mar territorial (plataformas de exploração de petróleo, como as da Petrobras). Seu objeto é a inconstitucionalidade dos já mencionados artigos 194, § 5º, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro e 31, § 4º, da Lei Estadual nº 2.567/96, segundo os quais o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental integram o território dos Estados e Municípios que lhes são confrontantes.

Ou seja, a ADI insurge-se contra o conceito de território estadual e municipal adotado para efeito de incidência do ICMS, questionando a capacidade dos entes periféricos para criar normas jurídicas referentes aos espaços marítimos, especialmente no que respeita ao exercício do poder tributário.⁵⁰¹ Declarara a CNT que, ao incluir a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva como locais de operações sujeitas ao ICMS o legislador estadual cometeu patentes violações à Constituição Federal. Dentre elas, as de afetar bens da União (artigo 20, incisos V e VI) e ultrapassar o âmbito da competência do Estado para instituir ICMS (artigos. 22, inciso I e 155, inciso II).

Ao julgar a cautelar, o relator, Ministro Sydney Sanches, acata os argumentos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) e do Governo do Estado, que sustentam a competência dos Estados e Municípios para tributação nos territórios marítimos, indeferindo a cautelar. Entendeu ele que as razões de defesa apontadas por ambos são de tal forma consistentes que abalam, se não rebatem com vantagem, os fundamentos da inicial, sendo seguido pela maioria dos demais ministros.

O Ministro Carlos Velloso pontuou em seu voto que “*a disposição inscrita no art. 20, § 1º, da Constituição é indicativa no sentido de que a plataforma continental constitui território do Estado ou do Município*”. Bastaria esse argumento para afastar, na visão do magistrado, qualquer eiva de inconstitucionalidade de lei que estabelece competência tributária do Estado sobre essas áreas.

No entender do ministro Sepúlveda Pertence, são embaraçados na inicial da ADI os conceitos de território de um ente político e domínio público de um bem, acrescentado que, “*na federação, não há área ou suas projeções que não estejam no território de um Estado ou do Distrito Federal e, simultaneamente, de um Município*”, princípio do qual seria corolário o

⁵⁰¹ GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. P. 389.

artigo 20, § 1º, da CF.⁵⁰² Como observa Pertence, embora ninguém discuta serem as jazidas de petróleo e gás bens da União, elas se situam no território de um Estado, ou de um Município, ou do Distrito Federal. Assim ocorre, por exemplo, com algumas áreas ou partes territoriais existentes no Brasil e que são de domínio integral da União, como os territórios indígenas (artigo 20, inciso IX, da CF) no Estado de Roraima, que nem por isso deixam de integrar o território dos Estados e Municípios em que se situam.

O processo ainda aguarda um julgamento de mérito, quando então será possível contar com um pronunciamento sobre o tema vinculante e com eficácia *erga omnes*. Todavia, tanto a Procuradoria Geral da República (PGR), quanto a Advocacia Geral da União (AGU) já se manifestaram pela improcedência da ação.⁵⁰³ A PGR opina pela ausência de violação à Constituição pelos dispositivos impugnados, defendendo a competência dos Estados e Municípios vizinhos para cobrar impostos sobre os bens situados e atividades desenvolvidas nessas regiões *offshore*.⁵⁰⁴ Com semelhante entendimento, a AGU sustenta que o artigo 20, da CF, não limita a competência legislativa em relação às áreas marítimas exclusivamente à União. Por isso, não há inconstitucionalidade nas regras que consideram, para fins de incidência do ICMS, a projeção dos entes vizinhos sobre o MT, PC e ZEE, uma vez que território não se confunde com domínio.⁵⁰⁵

Quanto ao critério a ser utilizado para especificar a qual Estado ou Município cabe o exercício do poder tributário sobre dada manifestação de riqueza verificada no mar territorial, plataforma continental e ZEE, deverá ser o critério da confrontação. Caberá a competência tributária às pessoas políticas em frente a cujos litorais esses espaços marítimos encontrem-se.⁵⁰⁶ Deve haver o reconhecimento da competência aos Estados e Municípios em cujos espaços geográficos situem-se as respectivas orlas marítimas (porção de MT, PC e ZEE), exatamente em obediência ao examinado Princípio da Territorialidade.⁵⁰⁷ Na esteira, anota Marco Aurélio Greco a existência de diretriz no sentido de que, no âmbito da disciplina

⁵⁰² STF: ADI-MC n. 2.080/RJ, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 22.03.2002.

⁵⁰³ Para mais: GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. P. 391.

⁵⁰⁴ Manifestação da PGR anexa à ADI 2.080. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

⁵⁰⁵ Manifestação da AGU anexa à ADI 2.080. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

⁵⁰⁶ Defendendo tal raciocínio: CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 303 e 305.

⁵⁰⁷ Assim vem decidindo o Tribunal de Justiça: Vide: TJ/RJ, Apelação n. 0012434-06.2006.8.19.0002. Relator Des. Ademir Paulo Pimentel. 13ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 14/07/2010. E TJ/RJ, Apelação n. 0084339-79.2003.8.19.0001. Relator Des. Guaraci de Campos Viana. 19ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 04/06/2013.

constitucional vigente, tais regiões de oceano integrariam apenas o território dos Estados e Municípios confrontantes.⁵⁰⁸

Como se cogita de operações (exploração e produção de petróleo e gás natural) que podem ser consideradas como realizadas em lugares fixos nas regiões marítimas, especialmente quando se tratarem das chamadas ilhas artificiais, instalações e estruturas, a definição do exato ponto do mar territorial, plataforma continental ou zona econômica exclusiva (e, portanto, ponto do território ou projeção de território estadual e municipal) em que ocorreram não parece se pôr como empecilho à incidência de tributos. A identificação do local da operação (ou seja, do Estado ou Município competente), nessas hipóteses, não irá gerar maiores problemas, diferentemente do que ocorreria se estivesse a se cogitar, por exemplo, de fornecimentos de mercadoria ocorridos a bordo de navios em movimento, em que certamente seria mais difícil uma tal definição.

Em face de toda a argumentação disposta nesse capítulo, claro está que não se pode vislumbrar qualquer ruptura da ordem constitucional, inscrita especialmente nos artigos 20, incisos V e VI, 22, inciso I, e 155, inciso II, da CF, quando os Estados e Municípios fazem suas normas de tributos aplicarem-se no mar territorial, plataforma continental e ZEE. Não ultrapassa o Estado o âmbito de competência a ele delegado constitucionalmente para instituir o ICMS. E, mais, nem que se isso se limite ao aspecto tributário: as partes de MT, PC e ZEE confrontantes aos Estados e Municípios litorâneos estão aptas a receber o influxo das normatizações correspectivas.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Impossibilidade de cobrar ICMS em Operações Ocorridas no Mar Territorial e na Zona Econômica Exclusiva*. P. 72. P. 73.

⁵⁰⁹ Neste sentido, com tom inclusive mais incisivo, porque para eles de fatos as porções marítimas integram os territórios confrontantes: CAVALCANTI, Arthur José Favaret. *CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8.º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva*. P. 305.

4 A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS

4.1 O Fato Gerador do Imposto

4.1.1 Breve Histórico

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 18, 01 de dezembro de 1965, surge a tributação sobre o valor agregado no Brasil, a partir da tributação multifásica sobre a circulação de bens e serviços nas diversas etapas da cadeia econômica. Promovendo uma profunda reforma tributária, considerada por alguns⁵¹⁰ a racionalização do Direito Fiscal pátrio, a emenda alterou sobremaneira a Constituição Federal então vigente (CF/1946) e inseriu o Sistema Tributário Nacional, integrado no plano econômico e jurídico.

Substituiu-se o Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), cuja incidência era em cascata, pelo Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), incidente sobre todas as operações de circulação de mercadorias promovidas por industriais, comerciantes e produtores, que adotou a técnica da não-cumulatividade.⁵¹¹ A expressão “realizadas por comerciantes, industriais e produtores” esteve presente desde a inovação trazida pela EC nº 18/1965, perpassando a Constituição de 1967, quer em sua redação original, quer na alteração promovida pela Emenda nº 1, de 1969 (CF/1969), permanecendo mesmo após a EC nº 23/1983, só vindo a ser extirpada na Constituição Federal de 1988, em que desapareceu do texto maior a referência ao contribuinte.

A implantação do ICM fez surgir bastantes perplexidades, repousando a maior delas em torno do sentido e alcance da cláusula constitucional que prescreve a tributação das *operações relativas à circulação de mercadorias*. Posto que a Constituição não a define, vários debates e teorias ascenderam a respeito do real significado da proposição linguística, dada a vagueza do seu campo semântico. Ficou a cargo, portanto, da jurisprudência, intérprete

⁵¹⁰ CARNEIRO, Roberto dos Santos; GOMES, Elisa Sesana. *A Indústria do Petróleo e a Evolução dos Investimentos nas Operações Offshore – Um Histórico dos Aspectos Tributários Inerentes*. P. 245-246.

⁵¹¹ Para mais: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. IV. P. 230.

autêntico do Direito,⁵¹² e da doutrina, densificar a expressão, de modo a concretizar a norma, viabilizando sua aplicação aos fatos reais.⁵¹³

A seu turno, a Constituição de 1967/1969 manteve, em linhas gerais, a configuração do ICM tal como dada pela Constituição de 1946, consideradas as modificações empreendidas pela EC nº 18/1965. Com a Constituição Federal atual (CF/1988), o ICM dá lugar ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

O constituinte de 1988 acresceu competências aos Estados e ao Distrito Federal que, sob a égide da Constituição de 1967/1969, estavam reservadas à União através dos impostos únicos, assim tidos os sobre os Serviços de Transportes, sobre os Serviços de Comunicação, o Imposto Único sobre Minerais (IUM) e o Imposto Único sobre Combustíveis, Lubrificantes e Energia Elétrica (IUCLG).⁵¹⁴ Assim, o ICMS passa a albergar em sua hipótese de incidência serviços e mercadorias que antes eram exclusivamente onerados por impostos federais.⁵¹⁵

É preciso dizer que a melhor doutrina⁵¹⁶ refere, com sapiência, que o ICMS, ao incorporar as hipóteses antes gravadas por via dos impostos únicos (IUs), ampliou o rol de mercadorias objeto de sua incidência, mas não absorveu todos os fatos tributáveis à luz dessas exações. A afirmação se deve em razão de ser o ICMS um tributo que incide propriamente sobre *operações de circulação de mercadorias* (fato gerador de interesse para o presente estudo), ou seja, hábil a taxar as mercadorias que, no passado, estiveram submetidas aos IUs, mas apenas quando as mesmas forem objeto de operações que lhes promovam a circulação ao longo das diversas etapas da cadeia econômica.

Isso porque a antiga competência para instituição dos IUs não coincide com o *âmbito material* reservado pela Carta de 1988 ao ICMS. Ives Gandra Martins refere que houve o alargamento do espectro impositivo do ICMS, ao abranger os impostos únicos que pertenciam à União e os de serviços de transportes e de comunicações.⁵¹⁷ E complementa Marco Aurélio Greco:⁵¹⁸

512 Segundo Hans Kelsen o juiz é o intérprete autêntico do Direito. In: *Teoria Pura o Direito*. P. 464.

513 Afinal, interpretar é aplicar o Direito, dando-lhe concreção em conformidade à realidade presente e seus conflitos inerentes, atribuindo-lhe a contingencialidade necessária para que migre do universal ao particular. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. P. 49. E ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. P. 126

514 CATÃO, Marcos Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 533.

515 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. P. 241.

516 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 130-132.

517 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 109.

518 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS - exigência em relação à extração do petróleo*. P. 131, grifo do autor.

Não se pode confundir absorção pelo ICMS dos *bens alcançados* pelo IUM, com absorção pelo ICMS *das incidências previstas* no IUM.

A CF/88 retirou um impedimento a que o ICMS alcançasse certos bens (*ampliou os objetos*), mas não ampliou a materialidade da sua incidência. A materialidade é exatamente a mesma (salvo serviços que não são aqui objeto de estudo); apenas o universo de objetos materiais alcançados é que foi acrescido.

Dado o espectro de situações que abrange, o imposto estadual alcançou patamar de destaque, e, nos dias atuais, representa um dos maiores ônus fiscais na cadeia econômica de circulação de bens e serviços, funcionando, por isso, como um forte instrumento arrecadatário das Fazendas Públicas estaduais. Na verdade, o maior deles. Em termos de receitas públicas derivadas em nível estadual, nos vinte e seis Estados da Federação (mais o Distrito Federal), o ICMS é a maior fonte.

Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza ressalta que a incidência do ICMS sobre *operações de circulação de mercadorias* é a economicamente mais relevante face às outras que o imposto engloba. Além disso, envolve quantias de dinheiro bem mais expressivas do que as que giram em torno da tributação por meio de imposto sobre a renda, imposto sobre produtos industrializados, de contribuições sociais (estes todos tributos de competência federal), e assim avante. Certamente por isso, na visão do autor, é a que de longe mais controvérsias suscita.⁵¹⁹

4.1.2 O ICMS na Constituição Federal

É necessário proceder ao estudo dos aspectos estruturais do ICMS, uma vez que esta compreensão é de fundamental importância para delinear-se com clareza a subsunção ou não das operações que serão analisadas no presente capítulo na regra-matriz do imposto. Só pode haver exigência tributária em relação a fatos que se enquadrem na competência constitucional: exigir imposto fora do âmbito constitucionalmente circunscrito implica ilegitimidade.⁵²⁰ Sendo o Sistema Tributário Nacional rígido,⁵²¹ é vedado aos Estados instituir ICMS onde não ocorre sua hipótese de incidência.

519 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 37-38.

520 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 124.

521 No Brasil, o sistema tributário é constitucional e, portanto rígido. A sua alteração impõe um procedimento mais solene e complexo do que o exigido na confecção de leis ordinárias, vez que só pode ser modificado por Emenda Constitucional, obedecido o rito previsto no art. 60, da CF.

O ICMS, tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, tem sua materialidade genericamente prevista no artigo 155, inciso II, da CF.⁵²² Os parágrafos 2º a 5º, do mesmo dispositivo, minudenciam alguns aspectos da sua incidência. Ives Gandra Martins observa o tamanho do regramento dispensado ao ICMS, referindo-o como um *regulamento constitucional* previsto na Lei Suprema, que orienta e limita a atuação do legislador inferior. O produtor de leis constituído pela Carta Magna – seja o ordinário, seja o complementar, em nível de normas gerais - jamais poderá legislar contra o texto maior, apenas atuar nas balizas por ele impostas.⁵²³

Elucidativas as palavras do ex-Min. Carlos Velloso: incluído na competência estadual, o ICMS poderia tornar-se instrumento de guerra fiscal entre os Estados. Assim, o Constituinte buscou traçar limites rígidos dentro dos quais, sem ferir a autonomia dos Estados-membros, a legislação estadual poderia regulamentar a disciplina normativa do ICMS.⁵²⁴ No mais, sua lei de normas gerais é a Lei Kandir (Lei Complementar n. 87/1996), conforme exige o artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF.

São cinco os fatos geradores do imposto, a saber: (a) operações relativas à circulação de mercadorias; (b) serviço de comunicações; (c) serviço de transporte interestadual e intermunicipal; (d) importação de bens e serviços; (e) fornecimento de mercadorias acompanhado de prestação de serviços, desde que não se insira na competência municipal do ISS (ou ISSQN) – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.⁵²⁵⁻⁵²⁶

Essas materialidades, estando restritas à previsão constitucional, só podem ser capturadas pela legislação ordinária das pessoas políticas, em relação a fatos que se enquadrem na moldura enunciada, sob pena de a exigência fiscal assumir vestes de imposição inconstitucional. Afinal, a discriminação de competências entre União, Estados e Municípios, em matéria de instituição de impostos, tem âmbito bem definido, não podendo ser estendida ou mesmo modificada pela legislação ordinária.

Dentre os fatos aptos a deflagrar o ICMS, aquele que aqui interessa é o relativo às “operações de circulação de mercadorias”, como dito. Deve-se reconhecer que, certas vezes, a

522 Fixa o preceito: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

523 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 111.

524 VELLOSO, Carlos. *Sobre a cobrança de ICMS sobre a exploração de petróleo. Inconstitucionalidade da Lei nº 4.117/03, do Estado do Rio de Janeiro*. P. 10.

525 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 144.

526 Roque Antonio Carrazza também assevera que a sigla ‘ICMS’ alberga pelo menos cinco núcleos distintos de incidência, com fatos geradores e bases de cálculo diferentes. In: CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 36-37.

par dos abusos conscientes levados a cabo em prol da sanha arrecadatória do Fisco, mostra-se, de fato, difícil identificar o aspecto material da incidência tributária. Por isso, é de salutar importância definir o exato campo de abrangência da expressão. A lei que veicular a hipótese de incidência do imposto só será válida se descrever uma autêntica operação relativa à circulação de mercadorias, tendo em conta os traços emprestados pela Carta de 1988.

Conforme mencionado, desde os tempos do ICM,⁵²⁷ muita divergência existe quanto ao significado e alcance da proposição “*operação de circulação de mercadorias*”. Partindo do reconhecimento de que o ICM era um imposto a gravar sobreditas operações no ciclo das mercadorias, que vai desde a sua fonte produtora originária até o seu consumo final, três grandes correntes teóricas desenvolveram suas suposições acerca do fato gerador do tributo estadual.⁵²⁸ São elas: a teoria da *saída física*, a corrente da *circulação jurídica*, e, ainda, a tese da *evolução econômica*. Veja-se o que plasma cada uma.

A primeira delas, a teoria da *circulação física*, defendia que a mera movimentação física da mercadoria seria suficiente para deflagrar a incidência do ICMS, pelo o que bastaria a saída do bem do estabelecimento para configurar o fato gerador do imposto. Elucubrada pelo Fisco no início da implantação do ICM, o entendimento não encontrou espaço na doutrina e jurisprudência,⁵²⁹ que, ao contrário, cuidaram de rechaçar construções do tipo.

Na célebre lição de Aliomar Baleeiro,⁵³⁰ se a saída física fosse evento suficiente a caracterizar fato gerador de ICMS, o furto de mercadorias ensejaria a incidência do imposto, o que não se coaduna com a norma constitucional que definiu a competência para sua cobrança. Roque Antonio Carrazza, a fim de cabalmente demonstrar que a mera saída física não obedece ao delineamento constitucional do ICMS, anota:⁵³¹

Um incêndio ameaça destruir o estabelecimento comercial. Para evitar que o fogo consuma as mercadorias, o comerciante, ajudado por seus empregados e transeuntes, providencia para que elas sejam postas na rua. Houve a saída das mercadorias. É devido o ICMS por isso? Parece-nos claro que não.

. Tais possibilidades não encontram amparo na matriz constitucional do ICMS. Atualmente, se aceita, sem maiores querelas, que a saída física da mercadoria é somente

527 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P.144-146.

528 Para mais acerca das três grandes correntes surgidas a respeito do fato gerador do ICMS: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 124-126.

529 Acórdão do Supremo Tribunal Federal datado de 1975 já afastava esse entendimento: Cf. ERE no 75.026, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Rel. p/ Acórdão Min. Cordeiro Guerra, Pleno, DJU 05.12.1975.

530 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. P. 385.

531 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 47 e 51.

indicação temporal do fato gerador (aspecto temporal),⁵³² e não sua materialidade, pelo o que não é, por si só, capaz de assegurar a incidência do imposto, que só irá verificar-se caso a saída revele uma efetiva *operação de circulação de mercadoria*.

Por sua vez, respaldada pelos autores de índole formalista, sendo seguida pela doutrina majoritária,⁵³³ a tese da *circulação jurídica* propugna que a expressão *operação de circulação de mercadorias* deve ser compreendida considerando-se cada um dos termos que a compõe. Assim, é indispensável que se configure uma *operação* que acarrete a *circulação* de *mercadoria*.⁵³⁴ Atendidas ditas premissas, poder-se-ia vislumbrar uma *saída jurídica* de mercadorias, passível de sujeição ao imposto estadual.

O sentido mínimo capturado pela Magna Carta para a palavra *operações* seria o de realização de negócios comerciais, abrangendo quaisquer atos ou negócios jurídicos praticados durante a atividade comercial, que, mediante sucessivos contratos mercantis, promova a circulação de mercadorias.⁵³⁵ Já a *circulação* importaria sempre a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico (compra e venda, doação, dação em pagamento, consignação, permuta),⁵³⁶ transferindo sua posse ou propriedade, isto é, movimentação, com mudança de patrimônio.⁵³⁷ Por fim, *mercadoria* é o bem sujeito à mercancia, que alguém, com propósito de lucro, produz para vender ou compra para revender;⁵³⁸ é a coisa destinada ao comércio, com habitualidade e em caráter empresarial, objeto da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante.⁵³⁹

Clássica nessa corrente é a alegação de que o conceito nuclear da hipótese de incidência é o de operações, expressão substantiva de descrição constitucional do tributo. As alusões à circulação e a mercadorias seriam qualidades, adjetivações ao substantivo

532 “Aspecto temporal corresponde a um evento concreto cujo momento temporal em que ocorre é assumido pela lei como exteriorizador de um outro evento (este sim aspecto material ou fato gerador do tributo)”. In: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 140.

533 São adeptos da corrente da *circulação jurídica*, além de Geraldo Ataliba e Cléber Giardino (*Núcleo da definição constitucional do fato gerador do ICM*. Revista de Direito Tributário, v. 25/26, p. 105-106.), Souto Maior Borges (*O Fato Gerador do ICM e os Estabelecimentos Autônomos*. Revista de Direito Administrativo, no 103, p. 34), José Eduardo Soares de Melo (*ICMS: Teoria e Prática*. P. 11-13), Roque Antonio Carrazza (*ICMS*. P. 38.); Marco Aurélio Greco (*ICMS – Exigência em Relação à Extração de Petróleo*. P. 126.).

534 Defendendo a leitura e análise em separado de cada um desses conceitos: BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 309.

535 SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 99.

536 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 56.

537 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: Teoria e Prática*. P. 14.

538 BALEEIRO, Aliomar. *ICM sobre a importação de bens de capital para uso do importador*. P. 143.

539 PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos: Federais, Estaduais e Municipais*. P. 210.

operações,⁵⁴⁰ para que estas então sejam alcançadas pela competência do imposto. Escreve Geraldo Ataliba, expoente da teoria:⁵⁴¹

É dominante na doutrina e na jurisprudência hoje a conclusão de que o ICMS é um imposto incidente sobre ‘operações’. Já não há mais dúvida quanto ao desacerto de certa doutrina que pretendia fazer repousar o núcleo e o cerne da materialidade da hipótese de incidência desse tributo na circulação ou nas próprias mercadorias (que constituem mero objeto da operação realizada).

É a ‘operação’ – e apenas esta – o fato tributado pelo ICMS. A circulação e a mercadoria são consequências e meros aspectos adjetivos da operação tributada. Prestam-se, tão-só, a qualificar – dentro do universo possível das operações mercantis realizáveis – aquelas que ficam sujeitas ao tributo, *ex vi* de uma eficaz qualificação legislativa.

Alberto Xavier também se posiciona entendendo que a ênfase posta no vocábulo “operação” revela a pretensão de tributar apenas os movimentos de mercadoria que sejam imputáveis a negócios jurídicos translativos de sua titularidade.⁵⁴² Note-se que tais operações de translação devem ser realizadas entre pessoas jurídicas ou físicas distintas. Roque Antonio Carrazza é enfático na preleção de que, sem mudança de posse ou propriedade da mercadoria, não há que se falar em tributação pelo ICMS.⁵⁴³

Ao revés, eventos que não advenham de negócios jurídicos que impliquem a translação do domínio do bem qualificado como mercadoria, não ensejam a cobrança do imposto. Disso resulta que (i) **não há negócio jurídico consigo mesmo**; (ii) não existe operação onde não estão presentes ao menos duas pessoas para realizá-la; e (iii) **tampouco existe operação enquanto os bens permanecem na posse de quem os produziu, porquanto eles são ainda meros produtos e não mercadorias.**⁵⁴⁴

Finalmente, há que considerar a proposição da *evolução econômica*,⁵⁴⁵ a entender que o fato gerador do ICMS consiste na prática de ato material, externado juridicamente quer por

540 É o presente na clássica lição de Geraldo Ataliba e Cléber Giardino. *In: Núcleo da Definição Constitucional do ICM*. P. 104. No mesmo sentido: SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 92-103; GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 124. BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 309-310.

541 Dentre outros estudos, vide: ATALIBA, Geraldo. *ICMS – Incorporação ao Ativo de Empresa que loca ou oferece em ‘Leasing’ seus Produtos – Descabimento do ICMS*. Revista de Direito Tributário n. 52. São Paulo: RT. P. 73-74.

542 XAVIER, Alberto. *Direito tributário e empresarial: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, P. 294.

543 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 38-39.

544 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em Relação à Extração do Petróleo*. P. 125.

545 Entre os defensores do entendimento encontram-se, além de Ricardo Lodi Ribeiro (*O Fato Gerador do ICMS*. P. 146.); Alcides Jorge Costa (*ICM na Constituição e na Lei Complementar*. P. 93 – 99.); Hugo de Brito Machado (*Aspectos Fundamentais do ICMS*. P. 25-27.) e Ricardo Lobo Torres (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário Volume IV: Os Tributos na Constituição*. P. 243-250).

um negócio jurídico que promova a alteração de titularidade da mercadoria, quer por qualquer outro ato, com relevância para o ciclo econômico da mercadoria. Para ensejar a incidência do ICMS deve haver um evento que gere a evolução do bem nas etapas da sua cadeia comercial, a qual tem início na fonte de produção originária e se conclui quando o bem alcança o consumidor final.

Esse evento tanto pode alterar sua titularidade, ou não; o que interessa é que lhe promova evolução no circuito. É preciso haver a *saída da mercadoria de uma unidade econômica em certo elo do ciclo circulatório para outra*, que se situe em etapa posterior, independentemente de sobreditas unidades pertencerem ou não a uma mesma pessoa jurídica. Ricardo Lodi Ribeiro⁵⁴⁶ declara sua filiação à tese:

Parece-nos que esta é a tese mais correta, já que a realidade econômica identificada pela Constituição como delimitadora da competência tributária relativa ao imposto não foi extraída, como era no IVC, de institutos de direito privado, mas diretamente da realidade fática (circulação de mercadorias ao invés de vendas e consignações).

Em tal conceito de saída econômica subsume-se até mesmo a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que, entretanto, foi repudiado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos da Súmula nº 166.⁵⁴⁷ O Tribunal, ignorando que dita operação pode denotar um fato com relevo econômico para o ciclo de evolução do bem, implicando encaminhamento em direção ao consumo (por exemplo, da unidade industrial de uma sociedade empresária - local de produção - que dá saída ao bem a empresas distribuidoras - local da distribuição - pertencentes a mesma sociedade – *verbi gratia*, da fábrica de papéis de parede à loja varejista do mesmo titular, sita no shopping Center), quando, então, poderá ensejar a exigência da exação, posiciona-se em contrário à letra expressa do artigo 12, inciso I, da LC n. 87/96.⁵⁴⁸ Por essa operação de saída promovida entre estabelecimentos não repercutir perante terceiros, implicando mudança de titularidade do bem, o STJ erroneamente editou a Súmula, reiterada em seus julgados e de outras cortes.⁵⁴⁹

Acontece que, se nessa remessa entre estabelecimentos do mesmo titular houver sido concluído o processo, a atividade, a etapa na cadeia circulatória do bem que competia à *unidade* econômica antecessora, daí o envio da mercadoria à unidade sucessora, que, por sua

546 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 146.

547 No que foi reverenciado pela doutrina formalista. Cf. CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 537.

548 É o dispositivo, *litteris*; “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

549 São os seus dizeres: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento físico da mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular”.

vez, será responsável por outras demandas no ciclo do bem, plenamente lícita se mostra a cobrança do imposto. A doutrina da circulação jurídica entende, ao revés, que a saída das mercadorias de um estabelecimento para outro, de uma mesma empresa, porque não caracteriza movimentação mercantil, foge à tributação pelo ICMS. Pelo o que consideram que o artigo 12, inciso I, mencionado, padece do vício de inconstitucionalidade.⁵⁵⁰

O que justifica a tributação de dois estabelecimentos de uma sociedade empresária, que constituem unidades econômicas diferentes, é o chamado Princípio da Autonomia dos estabelecimentos, que deve ser entendido como independência entre *unidades econômicas* diferentes, bem como a necessidade de repartir a arrecadação do imposto e os créditos adquiridos com o seu pagamento, pelos Estados da Federação. Consagrado pelo artigo 6º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968, o postulado foi repetido no artigo 11, § 3º, inciso II, da LC n. 87/96.⁵⁵¹

Por outro lado, esse princípio não pode levar à incidência do imposto na transferência de bens entre estabelecimentos de **uma só unidade econômica**, quando então haverá mera movimentação física, sem repercussão para o Direito. Roque Antonio Carrazza, ferrenho componente da tese da circulação jurídica, julga inconstitucional o princípio, vez que na movimentação entre estabelecimentos do mesmo titular, não se configura uma operação mercantil.⁵⁵²

Embora a corrente predominante na doutrina até os dias de hoje a definir o sentido e alcance da cláusula constitucional em comento seja a da *circulação jurídica*, merece prevalecer a construção da *circulação econômica*, por ser mais consentânea ao quadro do imposto. Já a jurisprudência construiu um perfil de incidência do ICMS unindo ambas as teorias, conforme o qual é indispensável a presença de um negócio apto a transferir a propriedade do bem, negócio este celebrado no bojo do ciclo econômico da mercadoria. Nessa

550 Por todos: CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 47.

551 É a redação do artigo 6o, § 2o do Decreto-Lei no 406/1968 “Art. 6º Contribuinte do impôsto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida. § 2º Os Estados poderão considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento comercial, industrial ou produtor, permanente ou temporário do contribuinte, inclusive veículos utilizados por êste no comércio ambulante”. Por sua vez, a dicção do artigo 11: “Art. 11. § 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte: II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”.

552 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 56.

tese, mudança de titularidade da mercadoria sem encaminhamento ao consumo não é fato gerador do imposto; encaminhamento econômico sem relevância jurídica também não o é.⁵⁵³

Para os tribunais, o imposto não é sobre o negócio jurídico em si (operação), devendo, necessariamente, ocorrer o evento fático de viés econômico para restar subsidiada sua cobrança. Ou seja: o ICMS tem como aspecto material fato decorrente de iniciativa do contribuinte, que implique movimentação jurídico-econômica de bens identificados como mercadorias em direção ao consumo.⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵

Nada obstante, como dito, o entendimento que melhor se coaduna à Constituição Federal é o de que a operação passível de tributação é a circulação econômica, entendida como a evolução da mercadoria na cadeia produtiva, externada pelas sucessivas operações que a conduzem dos seus produtores originários aos seus consumidores finais, sem que seja necessário ter havido, para tanto, negócios jurídicos translativos da propriedade ou da posse do bem em todas as etapas ensejadoras do imposto.

Porém, não basta, para configurar circulação, nesse ver, a mera saída física da mercadoria para outro estabelecimento do mesmo titular, se ainda não tiver sido concluído o processo produtivo realizado, mesmo que este seja efetivado por mais de um estabelecimento da mesma unidade produtiva. É indispensável que a saída física revele a evolução da mercadoria na cadeia econômica, a partir da transmissão da sua posse para outro estabelecimento da mesma ou de outra pessoa jurídica, cuja função na cadeia seja diversa do anterior, não integrando a mesma unidade econômica do primeiro.⁵⁵⁶ Hugo de Brito Machado, a propósito, assevera:⁵⁵⁷

Pode haver circulação sem que tenha havido mudança de propriedade, no sentido em que tal expressão é compreendida no denominado Direito de propriedade. Para que se configure a circulação basta que a coisa saia da posse da unidade econômica em que se encontra, no trajeto da fonte ao consumo.

De certa maneira contestando a corrente da circulação jurídica, Ives Gandra aponta que todas as circulações são jurídicas, pois, se assim não fosse, delas não poderia cuidar a lei.

⁵⁵³ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 126.

⁵⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 113.

⁵⁵⁵ É o que diz o STJ no REsp n. 343.952, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 17.06.2002; e REsp n. 222.810, Rel. Min. Milton Pereira, Primeira Turma, DJ 15.05.2000.

⁵⁵⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 146 e 150.

⁵⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos Fundamentais do ICMS*. P. 27. Note que o autor modificou seu antigo entendimento, pois, em obra datada de 1996, ele afirmava que operações relativas à circulação de mercadorias deveriam implicar a mudança de propriedade do bem. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. P. 259.

Contudo, podem assumir três diferentes naturezas: (i) movimentação de mercadoria, sem movimentação de titularidade; (ii) movimentação de mercadoria e de titularidade; (iii) movimentação de titularidade, sem movimentação de mercadoria.⁵⁵⁸

O que é preciso reforçar é que a realidade econômica identificada pela Carta Política de 1988 como delimitadora da competência tributária relativa ao ICMS não foi extraída, como ocorria no IVC, de institutos de direito privado, dos Direitos Reais, mas, da ciência das Finanças, e, diretamente, da realidade de fato. Ricardo Lobo Torres salienta que a interpretação jurídico-econômica leva à conceituação lata e não privatística dos diversos elementos do tributo sobre as operações de circulação de mercadorias. O autor justifica o descompasso pelo fato de a doutrina tributária de corte positivista pátria, muitas vezes, desconsiderar os aspectos econômicos ínsitos na tributação da circulação de riquezas.⁵⁵⁹

Na lição de Roque Antonio Carrazza, integrante da corrente da circulação jurídica, o ICMS só pode incidir sobre operações de circulação de mercadorias realizadas mediante sucessivos contratos mercantis, contratos estes regidos pelo Direito Comercial.⁵⁶⁰ Também para Geraldo Ataliba, toda a questão do ICMS centra-se no campo de atuação do Direito Comercial; este o ramo do Direito supostamente legitimado a estabelecer quais atos jurídicos impulsionam a circulação de mercadorias.⁵⁶¹ Com acerto, escreve Ricardo Lodi Ribeiro, em crítica à tese:⁵⁶²

A despeito da ampla adesão doutrinária e jurisprudencial à tese de que a incidência do ICMS sobre as operações relativas à circulação de mercadorias depende da transmissão da propriedade da mercadoria, é preciso lembrar que a EC nº 18/65, ao substituir o antigo Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC) pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) deixou de utilizar institutos do Direito Privado para caracterizar o fato gerador do imposto, identificando a circulação econômica, e não a jurídica, como elemento definidor para o exercício de competência do imposto estadual, não sendo lícito interpretar isoladamente as palavras contidas na expressão operações relativas à circulação de mercadorias, a fim de dar um conteúdo de transmissão de domínio à primeira, desconsiderando a necessária unidade de toda expressão, reveladora do sentido real do texto constitucional, mais próximo do fenômeno econômico do que do negócio jurídico que o veicula.

De fato, a locução “operação de circulação de mercadorias” não pode ser interpretada em pedaços, buscando-se emprestar a cada um dos termos um significado específico. Antes, deve ser tida em seu todo, a fim de extrair o que dela se pretende (evento que impulsiona o

558 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 113.

559 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Volume IV. P. 234 e 245.

560 CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 38-39 e 57.

561 ATALIBA, Geraldo. *Interpretação no Direito Tributário*. P. 68-69.

562 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 145-147.

bem ao longo círculo econômico), já que composta por conceitos profundamente interligados e complementares, que não podem ser analisados em separado, sem que o intérprete se dê conta das suas profundas inter-relações.⁵⁶³ Consoante ensinam Sacha Calmon e Misabel Derzi,⁵⁶⁴ a moldura constitucional do ICMS é formada por esses três elementos, que devem estar conjugados.

Ao amparo da tese da *evolução econômica*, vale esmiuçar o fato gerador do ICMS e as notas distintivas que fazem com que um acontecimento da vida econômica a ele se subsuma. São aspectos imprescindíveis para que um ato configure a sobredita operação: ter sido ele praticado num contexto de atividades empresariais, com um sentido de encaminhamento do bem da fonte ao consumo, passando por diversas etapas – cada uma delas, se agrega caracteres ao bem e conclui certa fase de seu processo circulatório, é capturável pelo ICMS; ter por finalidade o lucro (resultados econômicos positivos); e, evidente, ter por objeto uma mercadoria.⁵⁶⁵

A operação deve visar à obtenção de rendimentos, de incrementos patrimoniais, precisa ter propósito de lucro. Seu intento é irremediavelmente especulatório. Em decorrência da própria teoria geral do tributo, em especial no que se refere à espécie imposto, a incidência fiscal deve e precisa repousar na captação de uma parcela da riqueza gerada por atividades econômicas, porque é a manifestação de capacidade contributiva que o tributo tem por escopo. Os fatos geradores dos impostos são signos presuntivos de riqueza. A tributação irá recair, em última análise, sobre a renda, concebida em sua acepção ampla para abranger assim a renda consumida, consolidada ou circulada.⁵⁶⁶ Para Klaus Tipke “*la experiencia nos ofrece un criterio general: los impuestos solo pueden obtenerse a partir de la renta*”.⁵⁶⁷

Paralelamente, apenas as operações que tenham como objeto *mercadorias* podem gerar a cobrança do ICMS. Assumem a qualidade de mercadorias os bens móveis cujo traço distintivo é a *destinação* à mercancia, pressupondo a habitualidade. São, como se costuma referir, coisas que estão no mundo do comércio (*res in commercium*), sujeitas a operações que as impulsionem entre as unidades econômicas produtivas que compõem a cadeia tributada. José Souto Maior Borges bem assevera: “*Mercadoria é o bem móvel que está sujeito à*

563 DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *A hipótese de incidência do ICMS: irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega de mercadorias*. P. 168.

564 DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito Tributário Aplicado*. P. 168.

565 CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 39.

566 CATÃO, Marcos Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 535.

567 TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado e de los Contribuyentes*. P. 31

mercancia porque foi introduzido no processo econômico circulatório".⁵⁶⁸ Ricardo Lodi Ribeiro complementa a idéia:⁵⁶⁹

As mercadorias são bens móveis destinados à atividade mercantil, o que pressupõe necessariamente a **habitualidade**, que constitui traço característico da configuração desta atividade. Portanto, **só incidirá o ICMS sobre a operação com bens realizada com habitualidade por comerciante, industrial ou produtor.**

Não é a natureza do bem que define se pode ser ele considerado uma mercadoria, mas, antes, a destinação a que se presta. Daí os inúmeros exemplos facilmente esboçáveis, em que o mesmo bem, guardando em diversas situações as mesmas características essenciais, é tido, em alguns casos, como mercadoria e, em outros, não, como a caneta que o advogado adquire na papelaria (mercadoria) para que possa utilizar em suas reuniões de trabalho (bem próprio). A diferença não é de substância, não se refere aos elementos intrínsecos da coisa, mas à sua finalidade.

Postas tais considerações a respeito das operações de circulação de mercadorias subsumíveis ao ICMS, cumpre pesquisar quem pode promover a realização de ditas operações – o sujeito passivo da obrigação tributária instaurada, o contribuinte do imposto. O agente capaz de fazer nascer o dever de pagar o imposto é aquele que as realize, com habitualidade e em volume que caracterize intuito mercantil, nos estritos termos estipulados pela LC nº 87/96, artigo 4º.⁵⁷⁰ Só pode ser contribuinte do ICMS quem está ligado à regra-matriz de incidência, **que possa e efetivamente pratique** operação de circulação de mercadoria.⁵⁷¹

Por derradeiro, só se pode considerar ocorrido o fato impositivo do ICMS, quando se verifique a prática da operação circulatória. A lei não pode considerar ocorrido o fato gerador em *momento anterior* à verificação da operação,⁵⁷² tampouco quando o fato ocorrido *não*

⁵⁶⁸ BORGES, José Souto Maior. *Questões Tributárias*. P. 85.

⁵⁶⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 148, grifo nosso.

⁵⁷⁰ Preceitua a LC nº 87/96: “Art. 4º: Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

⁵⁷¹ Com certeza não se ignora a hipótese inserida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, de o ICMS incidir sobre operações praticadas por contribuinte não habitual do imposto. É a redação do art. 155, § 2º, inciso IX, da CF, com a alteração perpetrada pela citada Emenda: “IX - incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”. Todavia, mesmo que a regra possa ser considerada, o que se propõe nesse estudo é a enunciação da hipótese geral, o balizamento de quem é o contribuinte, por definição, do ICMS.

⁵⁷² De novo deve-se dizer que não se ignora a dicção constitucional relativamente ao estabelecimento da substituição tributária progressiva ou “para a frente”. Todavia, esclareça-se que, nestes casos, o tributo é devido antes mesmo de ocorrido o fato gerador, em caráter de antecipação de pagamento, como aliás prevê de forma

configure operação de circulação. Nestas hipóteses, desvirtua-se o desenho que a Constituição emprestou ao ICMS, em detrimento de princípios basilares, como a própria Supremacia Constitucional e o Princípio do Estado de Direito – do qual decorre o Princípio da Segurança Jurídica – ou ainda do Princípio da Capacidade Contributiva – norteador do Direito Tributário (artigo 145, §1º, da CF). Sem que a operação tenha sido efetivamente realizada, não há exteriorização de riqueza pelo contribuinte e, por conseguinte, não pode ser a exação validamente exigida.

Essa, portanto, a moldura da regra constitucional do ICMS a ser observada, em seus estritos termos, pelos Estados-membros quando da instituição do imposto por intermédio de sua legislação ordinária, respeitando, ademais, a norma geral prevista pela LC n. 87/96. Humberto Ávila⁵⁷³ explica que “*a Constituição optou pela atribuição de poder por meio de regras especificadoras dos fatos que podem ser objeto de tributação*”, o que implica a proibição de livre ponderação do legislador a respeito dos fatos que ele gostaria de tributar, mas que a Constituição deixou de prever.

4.2 Incidência do ICMS na Extração de Petróleo e Gás Natural

O presente tópico visa encarar a controvérsia acerca da possibilidade de incidência do ICMS na atividade de extração de petróleo e gás natural. A polêmica, de certo modo adormecida após ferrenhas discussões em torno do tema, existindo inclusive uma ADI submetida ao Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3.019), reacendeu-se com a nova divisão dos *royalties* aprovada pela Lei n. 12.734/2012. Face à notícia de diminuição da arrecadação fiscal estadual, em virtude da drástica perda de receitas de *royalties*, o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, recolocou em pauta a possível cobrança do imposto na extração do petróleo. Foi reavivada a discussão em torno da Lei Noel, havendo até mesmo apresentação de novos projetos de lei com idêntico escopo.⁵⁷⁴

expressa o art. 150, § 7º, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93: “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

⁵⁷³ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. P. 262.

⁵⁷⁴ CARVALHO, André de Souza; CARVALHO, Paulo de Oliveira. *O ICMS no Pré-Sal*.

Importa esclarecer que, para efeitos da contenda em torno da possibilidade de cobrança do ICMS nessa fase de produção, que antecede a primeira etapa do ciclo econômico dos combustíveis fósseis, é indiferente se a atividade de E&P (exploração e produção) é desempenhada no bojo de um contrato de concessão ou de um contrato de partilha celebrado com a União (Poder Concedente), legítima proprietária dos recursos naturais.

O regime de exploração sob o qual se desenvolve a atividade de extração do petróleo e do gás natural é, em verdade, indiferente no que toca aos aspectos tributários concernentes. Não há como se pretender sejam diversas as incidências tributárias, apenas por se estar diante de figuras contratuais que estatuem regimes diversos, uma vez que os impostos e as demais exações fiscais não recaem sobre contratos, mas sim sobre fatos da vida eleitos pela Constituição como geradores de tributos. Os fatos geradores ou hipóteses de incidência, como queria Geraldo Ataliba,⁵⁷⁵ serão os mesmos desde que as circunstâncias (ou supostas circunstâncias) deflagrações de sua exigência sejam as mesmas.

A temática da exigência do ICMS na atividade de extração dos hidrocarbonetos foi objeto de diversas publicações, algumas, de renomados autores, como Ives Gandra da Silva Martins⁵⁷⁶ e Marco Aurélio Greco,⁵⁷⁷ especialmente no período diretamente posterior à publicação da Lei nº 4.117/03, conhecida como Lei Noel,⁵⁷⁸ que, alterando a Lei nº 2.657/96, lei ordinária que institui a incidência do imposto no Estado do Rio de Janeiro, minudenciou os traços da exigência sobre a extração na base territorial produtora.⁵⁷⁹

575 Ensina Geraldo Ataliba: “A doutrina tradicional, no Brasil, costuma designar por fato gerador tanto aquela figura conceptual e hipotética – consistente no enunciado descritivo do fato, contido na lei – como o próprio fato concreto que, na sua conformidade, se realiza, *hinc et nunc*, no mundo fenomênico. Ora, não se pode aceitar essa confusão terminológica, consistente em designar duas realidades tão distintas pelo mesmo nome. (...). Tal é a razão pela qual sempre distinguimos estas duas coisas, denominando ‘hipótese de incidência’ ao conceito legal (descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato) e ‘fato imponible’ ao fato efetivamente acontecido, num determinado tempo e lugar, configurando rigorosamente a hipótese de incidência”. In: *Hipótese de Incidência Tributária*. P. 54.

576 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*.

577 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS - exigência em relação à extração do petróleo*.

578 A legislação do Estado do Rio não é norma isolada a prever a incidência do ICMS sobre a extração de petróleo, uma vez que é possível encontrar na legislação de outros Estados previsão semelhante. O Regulamento de ICMS do Estado de São Paulo (aprovado pelo Decreto nº 45.490/2000) estatui em seu artigo 411 que: “O lançamento do imposto incidente nas sucessivas operações com petróleo bruto, desde a importação ou **extração**, poderá ser diferido para o momento em que ocorrer a saída dos produtos dele derivados, desde que o contribuinte que realize tais operações seja credenciado perante a Secretaria da Fazenda conforme disciplina por ela estabelecida”. (Grifado). A seu turno, o Regulamento de ICMS do Estado de Minas (aprovado pelo Decreto nº 43.080/2002) elenca entre os contribuintes do imposto: “Art. 55, § 4º: Incluem-se entre os contribuintes do imposto: I - o comerciante, o industrial, o produtor rural e o **extrator de substância mineral, fóssil** ou de produto vegetal”. (Grifados).

579 A publicação da Lei nº 4.117, que se deu em 27 de Junho do ano de 2003, causou verdadeiro furor, não só no mundo jurídico, como também no mercado. Ao lado das incontáveis manifestações doutrinárias que se seguiram ao surgimento do diploma, favoráveis e contrárias, houve manifestações de empresas (Vide: “Fato Relevante”, nota divulgada pela Petrobras declarando entender inconstitucional a cobrança do ICMS sobre a

As considerações, no presente subtítulo, não irão versar sobre a mencionada lei e suas possíveis incongruências face ao ordenamento jurídico-constitucional vigente, nem irão penetrar em questionamentos dirigidos especificamente contra ela e, por isso, paralelos ao deslinde da problemática em si, tais como (i) a necessidade de lei complementar para a fixação de normas gerais de imposto, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF, (ii) nomeadamente quanto ao ICMS, dado o imperativo de maior regulação, em virtude do comércio interestadual de bens e serviços – artigo 155, § 2º, inciso XII, da CF; (iii) a tentativa de burlar a regra do ICMS-destino fixada através da imunidade nas operações que destinem a outros Estados petróleo e combustíveis líquidos e gasosos,⁵⁸⁰ conforme plasmado no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea *b*, da CF; (iv) a ausência de previsão na Lei Complementar nº 87/96, norma geral em matéria de ICMS, da tributação da operação de extração; dentre outras.

Não se pretende cuidar dos possíveis vícios de que padece o diploma normativo. Busca-se uma discussão genérica e ampla sobre a possibilidade de incidência do ICMS no primeiro momento “da vida” do petróleo e gás natural. Além disso, algumas dessas alegações são desarrazoadas, enquanto outras apenas circundam a resolução da questão, sem, todavia, penetrar no seu cerne. Assim, o objeto que se mira investigar é a caracterização da extração dos hidrocarbonetos como fato subsumível - operação relativa à circulação de mercadoria - à regra constitucional do ICMS.

É possível estatuir desde logo: a atividade extrativa de petróleo e gás natural não pode ser tributada pelo ICMS. O suficiente para fazer cair a pretensa incidência é exatamente o fato de não restar caracterizada uma “operação de circulação de mercadoria”, exigida pela literalidade da Constituição Federal, acarretando, por conseguinte, a impossibilidade de seu enquadramento na reserva competencial e material do artigo 155, inciso II, da CF.⁵⁸¹ Desde logo, adverte Marcos André Vinhas Catão: “*sob o aspecto material de incidência do ICMS*

extração do petróleo. Disponível em <http://www2.petrobras.com.br/publicacao/imagens/1412_fato_relevante_projeto_lei_icms.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2011); estudos elaborados por institutos especializados (Vide: “O Impacto da Lei Noel em Projetos de Investimento na Indústria de Petróleo e Gás: Um Estudo de Caso”, veiculado no Boletim Informativo do Instituto de Economia da UFRJ. Disponível em <<http://www.ie.ufrj.br/infopetro/pdfs/petrogas-janfev2005.pdf>>. Acesso em 05 de agosto de 2011.); e ainda acalorada manifestação da Agência Reguladora do setor, a ANP (Agência Nacional do Petróleo) que, em documento citado na Petição Inicial da ADI nº 3.019-1/RJ, alega que a cobrança do ICMS na extração causaria nefastas consequências sobre a economia do país. Disponível no acervo de peças eletrônicas em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 de agosto de 2011.

580 Para mais: RIBEIRO, Ricardo Lodi e VIEIRA, Carlos Renato. *Interpretação da imunidade prevista pelo artigo 155, § 2º, X, B, da Constituição Federal. Possibilidade de manutenção e aproveitamento dos créditos relacionados à aquisição de insumos, serviços de transporte e bens do ativo imobilizado*. P. 34.

581 No mesmo sentido: BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 308-309. E MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 113.

(conceito constitucional de circulação de mercadorias), também não se enquadra a pretensão de se tributar o petróleo sobre o ‘fato’ extração”.⁵⁸² E muitos argumentos caminham nesse sentido.

Consoante ressaltado no item 4.1.2. acima, entende-se por operação de circulação de mercadoria aquela que encaminha o bem destinado à mercancia no ciclo econômico (circulação econômica), fazendo-o evoluir nas diversas etapas da cadeia produtiva, desde a sua fonte produtora até o consumidor final. Ou seja, para ensejar operação pelo ICMS, o fato precisa ter repercussão econômica nas fases pelas quais a mercadoria há de passar até ser consumida.

Assim, o momento inicial do ciclo, a sua retirada da jazida, individualização e dimensionamento, que corresponde ao nascimento do petróleo enquanto mercadoria, não constitui operação de circulação, não é fato gerador de ICMS. Trata-se de atividade material desenvolvida pelo extrator a fim de fazer surgir o petróleo, configurando simples retirada do recurso mineral da natureza em seu estado bruto,⁵⁸³ para que então seja introduzido no mercado e circule dentre os diversos elos que compõem o setor.

Nada obstante a extração de minerais estivesse prevista expressamente na Constituição de 1967/1969 como fato gerador do imposto único sobre minerais (IUM), e também a produção dos combustíveis fosse considerada, pela mesma Carta normativa, hipótese de incidência do imposto único sobre combustíveis, lubrificantes e energia elétrica (art. 21, incisos VIII e IX), e tenha o ICMS sucedido todos estes impostos únicos, que na ordem constitucional pregressa, cabiam com exclusividade à União, não houve absorção por este último de todos os fatos geradores antes previstos no bojo dos impostos únicos. Mesmo porque o ICMS é um tributo, da espécie imposto, que incide sobre as operações de circulação. Onde estas não restarem configuradas, não há como se pretender tributar por ICMS operações com certas mercadorias, nem mesmo por apego aos fatos geradores dos impostos extintos.⁵⁸⁴

Ricardo Lodi Ribeiro, negando a possibilidade de cobrança de ICMS na extração, ressalta: “*haverá incidência do imposto somente quando o concessionário, proprietário do produto da lavra, aliena tais mercadorias, colocando-as em circulação no mercado*”.⁵⁸⁵ Antes disso, há somente a retirada, pelo contratado, de um bem da natureza advindo do subsolo (o

582 CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 537.

583 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 310.

⁵⁸⁴ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 130-132.

585 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 48.

que engloba, por óbvio, não apenas o subsolo terrestre, mas também o aquático, considerando-se aí inseridos o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva). A operação é, nada além, produção do produto, grau de processamento do petróleo e gás natural por aquele que goza do direito de lavra.

Certamente, são tais hidrocarbonetos explorados, produzidos e adquiridos pelo extrator, com o propósito de dar-lhes destinação comercial (destino de mercadoria, portanto), seja pela revenda, exportação, transformação, ou qualquer outro ato pertinente à “indústria do petróleo” (artigo 6º, inciso XIX, da Lei nº 9.478/97) que possa lhe gerar lucros.⁵⁸⁶ Mas esse é seu intento uma vez já produzido o petróleo. Não há como considerar, sob nenhuma perspectiva, que o hidrocarboneto circule antes mesmo de surgir enquanto mercadoria, em forma passível de ser comercializada.

Incorre em equívoco quem considera a atividade de extração, a lavra mineral, como o primeiro elo da cadeia de circulação apto a deflagrar o ICMS. Ela está fora do respectivo ciclo econômico, exata e propriamente porque é atividade precedente, anterior à circulação, na medida em que é aí que se produz, concebe o bem, a partir do que poderá ser ele comercializado, havendo, portanto, a sua circulação. Não se pode exigir ICMS antes da primeira saída do bem.

O petróleo, antes de prospectado, não é mercadoria, na acepção que a Constituição Tributária Nacional emprestou ao termo. Ele é recurso mineral de propriedade da União, ou, noutro dizer, bem da natureza, em estado bruto e natural (permitida a redundância). Antes da extração, não há mercadoria, porque o petróleo no subsolo não se encontra em condições de ser comercializado no mercado, não serve funcionalmente para ser objeto de comércio, pressuposto básico da configuração de um bem como mercadoria. São necessárias inúmeras ações a serem empreendidas pelo agente ou consórcio explorador e detentor do direito de lavra, dentro de sua *expertise* técnica, até que o petróleo recurso mineral em estado bruto seja extraído da natureza,⁵⁸⁷ e com isso, transformado em mercadoria.

Para ser objeto de operação de circulação, é indispensável que a mercadoria já exista. O bem de produção própria, enquanto não impulsionado em direção a um terceiro no ciclo, não é, ainda, mercadoria, mas simples produto. E o ICMS não tem como fato gerador a produção de bens, mas sim a sua circulação, para o que, por óbvio, previamente deve haver a

586 SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a extração do Petróleo*. P. 106.

587 AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. *Esboço de um marco conceitual para análise da indústria do petróleo, pré-sal e desenvolvimento*. P. 249.

mercadoria.⁵⁸⁸ É a afirmação constante de Parecer elaborado por Daniel Hora do Paço, Hélio Siqueira Júnior e Luiz Carlos Alves Delfim:⁵⁸⁹

Mercadoria, na lição de Alcides Jorge Costa, ‘é toda coisa móvel corpórea produzida para ser colocada em circulação, ou recebida para ter curso no processo de circulação’. Ora, se o petróleo está no subsolo, não foi produzido, nem recebido, nem circulou, não sendo, portanto, mercadoria..

Petróleo e gás natural enquanto bens físicos, mensurados e individualizados só surgem a partir da lavra. Imperioso notar que não é qualquer bem ou coisa que pode ser juridicamente qualificado como mercadoria. Há de distingui-la do produto, como chama a atenção Carvalho de Mendonça:⁵⁹⁰

As coisas quando objeto de atividade mercantil, por outra quando objeto de troca de circulação econômica, tomam o nome de mercadorias. Commercium quase commutatio mercium. A coisa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se produto, manufato ou artefato; passa a ser mercadoria logo que é objeto de comércio do produtor ou do comerciante por grosso ou retalho, que a adquire para revender a outro comerciante ou consumidor; deixa de ser mercadoria logo que sai da circulação comercial e se acha no poder ou propriedade do consumidor.

Noutra via, ao contrário do que defende alguma doutrina,⁵⁹¹ o contrato de concessão não é um contrato de alienação sob condição suspensiva do petróleo, tido pelos que nessa corrente advogam como bem móvel por antecipação (artigo 95, do Código Civil),⁵⁹² celebrado entre a União Federal e a empresa exploradora. Tampouco o contrato de partilha o será. Seus objetos são, irremediavelmente, “as atividades de exploração, desenvolvimento e produção do petróleo”, ou, em resumo, a pesquisa e a lavra do bem. Isso o que é contratado com o particular, representado pelo extrator. O seu objeto não é a coisa - o petróleo ou o gás natural - em si, nem mesmo as jazidas que os contêm.⁵⁹³ Por se tratar de atribuição de uma faculdade

588 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS- Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 126-127.

589 PAÇO, Daniel Hora do; SIQUEIRA JÚNIOR, Hélio e DELFIM, Luiz Carlos Alves. Parecer acerca da possibilidade de incidência do ICMS na extração de petróleo. *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 118.

590 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. P. 18, grifo nosso.

591 Por todos: SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. P. 105.

592 Diz o artigo: “Art. 95: Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico”.

593 Assim o voto do Ministro Eros Grau, na ADI nº 3.273/DF. STF: ADI 3.273/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 02/03/2007.

de exercer certas atividades, a União não assume compromisso quanto ao resultado. A exploração pode ter êxito ou não; não há qualquer garantia de que será encontrado petróleo.⁵⁹⁴

O que ocorre é que, se a partir dos esforços envidados naquele campo específico que lhe foi concedido, o contratado produzir petróleo e gás natural, ele poderá apropriar-se dos mesmos. Porém, o que se negocia no pacto é o mero desempenho de atividades, quer no regime de partilha, quer no de concessão. A esse propósito são patentes as redações da cláusula segunda do Contrato de Concessão e da cláusula segunda da Minuta do Contrato de Partilha de Produção, publicado em 09 de julho de 2013 pela ANP.⁵⁹⁵

Recorde-se o que já foi dito: o contratado, ao assumir um contrato petrolífero, nem ao menos sabe se irá encontrar petróleo naquela área, o que deixa claro não se tratar de compra e venda de petróleo.⁵⁹⁶ Afirma Marco Aurélio Greco:⁵⁹⁷

Ou seja, 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, eventualmente, podem resultar na descoberta de petróleo que, se ocorrer, acarretará a aquisição da propriedade ao ensejo da extração. A causa jurídica da aquisição da propriedade, nesse 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.

Ainda que se entenda que há transferência da propriedade do petróleo e do gás natural da União, a qual detém sua titularidade enquanto presente na jazida, para o concessionário extrator, no momento da retirada do petróleo e do gás natural, mais especificamente na passagem pelos pontos de medição da produção, em que surge a chamada “produção

⁵⁹⁴ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 137.

⁵⁹⁵ Vide a redação da cláusula segunda no Modelo do Contrato de Concessão para a 11ª Rodada de Licitações: “CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO. Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. 1.1 Este Contrato tem por objeto: a) a execução, na Área de Concessão, de Operações de Exploração comprometidas no Programa Exploratório Mínimo ou adicionais a ele; b) em caso de Descoberta, a critério do Concessionário, a execução de atividades de Avaliação de Descoberta nos termos de um Plano de Avaliação de Descoberta aprovado pela ANP; c) caso verificada pelo Concessionário a comercialidade da Descoberta, a Produção de Petróleo e Gás Natural na Área de Concessão de acordo com um Plano de Desenvolvimento aprovado pela ANP”. E, também, o teor da mesma cláusula segunda na Minuta do Contrato de Partilha para a 1ª Rodada de Licitações no Pré-Sal: “2 CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO. Operações. 2.1 Este Contrato tem por objeto a execução, por conta e risco do Contratado, na Área do Contrato: 2.1.1 . de Operações de Exploração comprometidas no Programa Exploratório Mínimo ou adicionais a ele, nos termos de um Plano de Exploração aprovado pela ANP; 2.1.2. de atividades de Avaliação de Descoberta, em caso de Descoberta, a critério dos Consorciados, nos termos de um Plano de Avaliação de Descoberta aprovado pela ANP; 2.1.3. de Operações de Produção de Petróleo e Gás Natural, caso verificada pelos Consorciados a comercialidade da Descoberta na Área do Contrato, nos termos de um Plano de Desenvolvimento aprovado pela ANP”. Disponíveis em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/>. Acesso em 09.07.13.

⁵⁹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 118.

⁵⁹⁷ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 137.

fiscalizada”, é imprescindível considerar que não é qualquer transferência de propriedade de um bem com valor econômico que importa na realização de operação de circulação de mercadoria, como bem salientou Carlos Velloso.⁵⁹⁸ O ICMS não é um imposto que incide sobre transmissão.

Endossa a tese da transferência dos recursos entre a União e contratado, o ex-Ministro do Supremo, Ilmar Galvão, alegando que a extração do minério ou do petróleo e do gás natural, pelo regime instaurado pela EC nº 9/1995, implica a translação do produto extraído do domínio da União, seu proprietário anterior, para o patrimônio da empresa extratora. Sem espaço, portanto, para se cogitar de aquisição originária, fenômeno jurídico que só encontraria espaço acaso se estivesse, na hipótese, diante de *res nullius*, conclusão descabida face ao sistema constitucional pátrio, regulamentado pela Lei nº 9.478/97.⁵⁹⁹

Para essa corrente, não há como se sustentar a posição de que a União deteria a propriedade sobre a jazida, mas não sobre o petróleo e gás sitos na mesma, raciocínio que levaria à conclusão de que estes recursos minerais são, em verdade, *res nullius*, o que afronta cabalmente a redação do artigo 20, da CF. Para eles, seguindo o ponto de vista da *res nullius*, haveria, então, dois regimes de propriedade distintos: um atinente à jazida mineral, cuja titularidade detém a União; e outro sobre o petróleo e o gás natural, que, até o momento da extração da jazida pelo contratado, seriam coisa sem dono, de ninguém, e, após, passariam à propriedade originária do extrator.

Difícil separar a propriedade da jazida, da propriedade sobre o próprio bem nela existente, segundo Leonardo Mussi da Silva. Aquela, necessariamente, envolve essa. Afinal, o que empresta conteúdo econômico à jazida é o petróleo, é o gás natural, eles os verdadeiros recursos minerais. A jazida em si, vazia, nada representa: “*o petróleo e a jazida são conceitos indissociáveis. Sem petróleo o reservatório constitui mera formação geológica sem conteúdo econômico. O petróleo, ao fim e ao cabo, é o produto da jazida, que lhe dá conteúdo econômico*”.⁶⁰⁰

A maior parte da doutrina, é sabido, nega que haja, por ocasião da extração dos hidrocarbonetos, transmissão de propriedade da União para o contratado.⁶⁰¹ Sendo o ente federal proprietário das *jazidas minerais*, enquanto recursos naturais, o domínio do petróleo e

598 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Sobre a cobrança de ICMS sobre a exploração de petróleo inconstitucionalidade da Lei nº 4.117/03, do Estado do Rio de Janeiro*. P. 31-33.

599 GALVÃO, Ilmar. *Parecer sobre a possibilidade de tributação, pelo ICMS, do petróleo e gás natural*. P. 8-9.

600 SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração do Petróleo*. P. 20-21 e 117.

601 ARANTES, Cássio Braga. *Do ‘Autoconsumo’ de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 122.

gás nasceria de modo originário para o extrator, no momento da lavra, posto que jazida e hidrocarbonetos não se confundiriam.

Marco Aurélio Greco argumenta que o petróleo não é, originariamente, bem de propriedade da União, ganhando vida somente a partir de sua extração. Assim, o extrator torna-se proprietário por força dos próprios atos materiais que realiza e que fazem com que o petróleo se torne passível de apreensão física e posse direta, objeto autônomo de um direito de propriedade. E adquirir a propriedade de um bem mediante apropriação direta e sem vínculo jurídico que implique transmissão oriunda de outrem, é adquiri-la de modo originário, e não derivado.⁶⁰²

Para José Alberto Bucheb, ainda que os depósitos de hidrocarbonetos pertençam à União, o petróleo e o gás natural só têm valor econômico após sua produção e, portanto, só constituem mercadoria após a extração, uma vez atingido o ponto de medição da produção. A aquisição da propriedade pelo contratado seria, assim, de natureza originária, não havendo que se falar em ocorrência de fato gerador de ICMS, já que ausente a circulação econômica ou jurídica de mercadoria.⁶⁰³ A subcláusula 2.8.1 (“Propriedade do Petróleo e/ou Gás Natural) da recém-divulgada Minuta do Contrato de Partilha da Produção parece querer afastar qualquer indagação sobre a natureza dessa propriedade e estabelece que “*ao Contratado, em caso de Descoberta Comercial, caberá a apropriação originária do volume correspondente ao Custo em Óleo e aos Royalties devidos e pagos, bem como à parcela do Excedente em Óleo (...)*”.

Interessantes, a esse respeito, são as concepções sustentadas por Ricardo Lodi Ribeiro e pelo ex-Ministro Carlos Velloso.⁶⁰⁴ Discrepando do entendimento corrente entre os defensores da “aquisição originária”, segundo o qual a propriedade da jazida do petróleo não deve se confundir com a propriedade do petróleo em si, que nela se contém, sendo a União proprietária apenas e tão-somente da jazida, mas não do petróleo, daí a aquisição originária que se daria pela modalidade da ocupação, pelo extrator,⁶⁰⁵ os autores defendem posição semelhante e peculiar, pela inteligência com que construída.

Para Ricardo Lodi Ribeiro, a jazida e o petróleo nela contido são, indubitavelmente, de propriedade da União, o que, todavia, não pode ser confundido com o resultado da lavra, o

602 Para o autor, não se pode falar em propriedade sobre algo que nem se sabe existir, já que o petróleo enquanto permanece no subsolo e antes da atividade de pesquisa exitosa, é de existência incerta. In: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em Relação à Extração do Petróleo*. P. 134, 135 e 138.

603 BUCHEB, José Alberto. *Direito Petróleo*. P. 60.

604 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. E VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Sobre a cobrança de ICMS sobre a exploração de petróleo. Inconstitucionalidade da Lei nº 4.117/03, do Estado do Rio de Janeiro*. P. 33-34

605 Vide artigo 1.263, do Código Civil (CC/2002): “Seção II - Da Ocupação. Art. 1.263. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

produto extraído após as atividades desenvolvidas pela empresa exploradora, que já nasce na propriedade do concessionário, daí a aquisição originária. O que existe na jazida mineral antes da atividade extrativa não são o petróleo e o gás natural propriamente ditos, são meras substâncias ainda não transformadas nos combustíveis que serão objeto de operação circulatória. Eles só passarão a existir, na forma como o comércio conhece e negocia, após uma série de atos desempenhados pelo extrator, que, injetando compostos, água e outros preparos químicos, torna aquela substância, até então agarrada à jazida, uma mercadoria.⁶⁰⁶

Daniel Hora do Paço, Hélio Siqueira Júnior e Luiz Carlos Alves Delfim preceituam que o petróleo porventura existente no subsolo não é uma mercadoria, mas somente um recurso de propriedade da União, uma vez que não se encontra em condições de ser comercializado no mercado, não serve ainda como objeto mercantil, pressuposto de qualquer mercadoria. E por isso, rechaçam a possibilidade de a extração configurar uma operação mercantil de transmissão onerosa entre União e contratado.⁶⁰⁷

Carlos Velloso, por sua vez, tenta afastar a confusão conceitual entre recurso mineral e produto mineral. O recurso mineral, cuja propriedade pertence à União, em honra ao artigo 20, da CF, é a substância mineral não lavrada, ainda integrante da jazida. Quanto ao produto mineral, que é o resultado da exploração da jazida, a Constituição dá outro tratamento. Assim seria com o petróleo: enquanto existente nos depósitos ou jazidas, pertenceria à União. Uma vez produzido, pertenceria ao extrator, por expressa disposição constitucional. Para o ex-ministro, a análise das disposições constitucionais não permite espaço para se considerar como ato de transferência a assunção, pelo contratado, da propriedade do petróleo por ele produzido. Essa peculiaridade, contudo, não confere ao petróleo, antes de sua extração, a condição de *res nullius*, pois, enquanto integrante da jazida, enquanto recurso mineral, pertence ele à União. Produzido, agora qualificado como produto mineral, pertence ao titular do direito de exercer as atividades de pesquisa e lavra, de modo originário.

O julgamento pela improcedência da ADI nº 3.273/DF, em que um dos dispositivos guerreados era o artigo 26 da Lei nº 9.478/97 (assegura a propriedade do produto lavrado ao contratado), não resolveu a querela sobre a natureza da atribuição da propriedade do petróleo

606 RIBEIRO, Ricardo Lodi. Material da Palestra *Tributação no Pré-Sal*. Realizada em 28.05.13, pelo GDT.

607 PAÇO, Daniel Hora do; SIQUEIRA JÚNIOR, Hélio e DELFIM, Luiz Carlos Alves. Parecer acerca da possibilidade de incidência do ICMS na extração de petróleo. *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 118.

ao concessionário, por ocasião da sua extração, uma vez que o tema não foi examinado em toda a sua profundidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF).⁶⁰⁸

É possível retirar tal conclusão do exame do voto de cada um dos Ministros. Se é verdade que em alguns deles há explícita referência à transferência da propriedade do petróleo da União para o concessionário,⁶⁰⁹ o que fortaleceu a tese daqueles que defendem haver uma translação da propriedade e, em virtude dela, a configuração de uma operação tributável pelo ICMS, pode-se notar que os magistrados fazem uma alusão despreziosa à expressão, sem aspirar um juízo definitivo sobre a natureza jurídica da referida atribuição, se seria originária ou derivada.

De fato, o artigo 26 da Lei do Petróleo não fala em transferência em momento algum, mas antes em “conferindo-lhe a propriedade desses bens”. A Constituição Federal, no artigo 176, parte final, também não refere à transferência, prevê, isso sim, a garantia da propriedade do produto da lavra (cláusula de garantia). A única alusão à transferência de propriedade é a constante do título da Cláusula 11.2 dos Contratos de Concessão celebrados entre a ANP e as empresas concessionárias, como o celebrado com a Petrobras em 1998, na chamada Rodada Zero de Licitação. Mas, a par de seu título, a própria redação em si é, de certa forma neutra: “*Transferência da Propriedade. 11.2. O concessionário receberá e assumirá, no Ponto de Medição, a propriedade dos volumes de Petróleo e Gás Natural medidos nos termos desta Cláusula Décima Primeira, observado (...)*”.⁶¹⁰

Mas, ainda que, mesmo assim, seja possível, pelo arquétipo constitucional do petróleo, vislumbrar uma transferência da propriedade, esse elemento, isoladamente, não basta para que haja a exigência do imposto. Isso porque não possui qualquer conotação econômica ou comercial a transferência de propriedade do petróleo e do gás natural que se dá entre a União

608 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Sobre a cobrança de ICMS sobre a exploração de petróleo. Inconstitucionalidade da Lei nº 4.117/03, do Estado do Rio de Janeiro*. P. 25-26.

609 Conforme os votos dos Mins. Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau na ADI nº 3.273/DF. STF: ADI n. 3.273/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 16/03/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 02/03/2007.

610 Dita cláusula esteve presente em todos os Contratos de Licitação, desde a Rodada Zero até a 10ª Rodada. Por ocasião da 11ª Rodada de Licitações, a mais recente delas, o dispositivo deixa de constar no Contrato, e, ao mesmo tempo, na cláusula segunda, relativa ao objeto, é acrescida referência à aquisição originária da propriedade pelo concessionário: “Propriedade do Petróleo e/ou Gás Natural. 2.7 Pertencem à União os Depósitos de Petróleo e Gás Natural existentes no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, de acordo com o artigo 20, inciso V e IX da Constituição Federal e com o artigo 3º da Lei n.º 9.478/97. 2.7.1 Caberá ao Concessionário tão somente a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e a ele conferidos no Ponto de Medição da Produção, por meio de **aquisição originária** e nos termos deste Contrato”. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/>. Acesso em 09.03.13.

e o extrator no momento da extração, aspecto este que, conforme analisado, é considerado essencial para fins de incidência do ICMS.⁶¹¹ Na doutrina de Marcos André Vinhas Catão:⁶¹²

Decorrência da própria teoria geral da tributação, notadamente no que se refere à espécie “imposto”, a incidência fiscal repousa, em sua essência, na captação de uma parcela da riqueza gerada por atividades econômicas. São essas riquezas que contribuem para a geração de “renda” em sentido amplo, seja esta consumida, consolidada ou circulada. (...) o ato jurídico de extração não pode ser por si só considerado como riqueza circulada. A extração de uma riqueza mineral (bem público), em sentido estrito, configuraria na verdade, em um primeiro momento, uma diminuição do patrimônio estatal, mas não negócio jurídico a gerar riqueza passível de ser captada via tributação, ainda que se considere esse fato como uma passagem do bem de um estado dominial para a propriedade privada (concessionário). Renda, portanto, nessa hipótese de atividade econômica, passível de tributação, só ocorrerá no momento da passagem (...) do concessionário ao adquirente, seja esse uma refinaria ou exportador.

Há que se contestar, ainda, a possibilidade de haver tributação da manifestação de riqueza da União, pois ela o verdadeiro sujeito passivo da relação jurídico-tributária,⁶¹³ ela que estaria, em tese, se a operação de circulação de petróleo na extração fosse juridicamente possível, promovendo a saída da mercadoria, a alienação do bem em comento⁶¹⁴ – e não o extrator, que é o adquirente do petróleo.

Segundo Carlos Henrique Bechara e Ana Luísa Varella, caso se admita que a operação de extração implique em uma transferência de propriedade sobre o produto entre a União e o explorador, o contribuinte do imposto deveria ser a própria União Federal, uma vez que, para fins de ICMS, o contribuinte é o alienante da mercadoria, ou aquele que procede à circulação de mercadoria, salvo exceções previstas em Lei Complementar.⁶¹⁵

Marcos André Vinhas Catão reforça dito entendimento. Para ele, em termos objetivos, cogitando-se do que considera “*a descabida possibilidade de que a transmissão do petróleo do patrimônio da União ao concessionário pudesse ser tratada como um negócio jurídico*

611 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 312.

612 CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 535-536.

613 Muito embora no caso particular da Lei nº 4.117/03 do Estado do Rio de Janeiro (Lei Noel), que onerou pelo ICMS a extração do petróleo, tenha sido estabelecida uma substituição tributária, pois o responsável pelo pagamento do tributo é o adquirente (este chamado a pagar tributo por fato gerador - a passagem do petróleo do domínio público ao estabelecimento do contratado - que não realizou). Quanto à violação, pelo diploma, ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea b, que exige previsão em lei complementar para os casos de substituição tributária no ICMS, esse subtítulo, como referido, não irá adentrar nas possíveis irregularidades específicas à lei estadual.

614 Cf. BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. P. 448.

615 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 316.

entre ambos, a fazer nascer a relação jurídico-obrigacional”, o contribuinte só poderia ser a União, pois seria ela a transmitente da propriedade do bem.⁶¹⁶ Contudo, a União jamais poderia ser considerada contribuinte do imposto. Ela não se enquadra na exigência do artigo 4º, outrora mencionado nesse capítulo, da Lei Kandir, pois não pratica com habitualidade e intuito mercantil o comércio de petróleo.

A verdade é que, quer pelo entendimento da aquisição originária, quer pela proposição da aquisição derivada, advinda da translação de petróleo e gás entre União Federal e contratado-extrator, no ponto de medição da produção (contrato de concessão), ou no ponto de partilha da produção (contrato de partilha), a atividade extrativa dos hidrocarbonetos, sob o jugo dos modelos de E&P do setor, não configura uma autêntica *operação de circulação de mercadorias*, tratando-se de mera movimentação física de um recurso.⁶¹⁷ É um evento, no universo do ICMS, que não se materializa para o imposto, por falta de concretização do fato hipoteticamente descrito na regra-matriz de incidência tributária.⁶¹⁸

Portanto, a primeira operação tributável é a posterior à extração, porque a prospecção é, como exaustivamente se demonstrou, fase inicial do ciclo, momento de surgimento do petróleo e do gás natural na cadeia econômica, correspondendo à entrada de matéria-prima no estabelecimento. Somente a partir daí serão eles impulsionados à circulação. Segundo Ives Gandra, a “movimentação” dentro da empresa não existe, em face da inexistência de “circulação interna” dos hidrocarbonetos extraídos para o estabelecimento que os prospecta, antes da primeira saída desses produtos para terceiros.⁶¹⁹

E não se quer concluir, com isso, que nenhuma etapa anterior à circulação no Estado de destino poderia ser tributada, quando o petróleo e o gás natural forem remetidos para outros Estados. É certo que pode haver tributação, como de fato há, quando, por exemplo, da importação e posterior remessa a outro Estado. Mas não se pode permitir, porque não contemplada nos limites da moldura do ICMS definida no corpo da Constituição, por

616 CATÃO, Marcos André Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 539.

617 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 313.

618 ARANTES, Cássio Braga. *Do ‘Autoconsumo’ de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado*. P. 123.

619 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 112.

representar ampliação antijurídica – inconstitucional – da materialidade do imposto,⁶²⁰ a tributação da atividade material de extração do petróleo e do gás natural.

Face às características e às balizas da hipótese de incidência do ICMS, expressadas cuidadosamente pela Constituição Federal, em seu artigo 155, e complementadas pela LC nº 87/96, não pode o legislador ordinário prever a exigência do ICMS (isso só seria possível por Emenda Constitucional) onde não se verifique “operação de circulação de mercadorias”, ampliando ou mesmo desfigurando essa definição para nela abranger fatos não enquadrados nos conceitos econômicos adotados.⁶²¹

Por fim, para que não se deixe de mencionar, mesmo aqueles que se filiam à tese da *circulação jurídica* são explícitos em afirmar que a extração de petróleo não pode ser tributada pelo ICMS. Na esteira de seus ensinamentos, ela não é *operação*, porque não configura um ato jurídico mercantil. O contrato celebrado entre União e empresas exploradoras é um contrato de concessão ou de partilha da produção, não tendo, em ambos os casos, o petróleo e o gás natural como objetos. O que se pactua é o exercício de atividades de exploração, desenvolvimento e produção, em campos designados, até mesmo porque, ao contratar, a parte sequer está segura de que vai efetivamente achar os recursos.

Ainda sob a perspectiva da saída jurídica, a lavra tampouco envolve circulação, posto encerrar a mera retirada de produto bruto da natureza, o petróleo e gás. Não há negócio jurídico translativo da propriedade ou posse do petróleo produzido entre a União e o contratado. A aquisição do domínio pelo explorador é originária, pelo o que não se pode enxergar circulação jurídica.⁶²² Tais hidrocarbonetos, por conseguinte, não podem ser tidos como mercadorias, devido à inexistência de qualquer conotação de mercancia na prospecção. Consequentemente, não há como considerar a atividade de extração um elo da cadeia de circulação, sobre o qual poderia incidir o ICMS: a operação de extração está fora dessa cadeia.⁶²³

620 CATÃO, Marcos Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 534.

621 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 313.

622 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 136, 138.

623 BECHARA, Carlos Henrique Tranjan e VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. *A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro*. P. 310-311.

4.3 Da Ausência de Fato Gerador de ICMS no Momento de Partilha da Produção de Petróleo e Gás Natural

O recém-inserido modelo de E&P das atividades petrolíferas tem, em seu centro, como evidenciado, o regime de partilha de produção. Tanto o contratado (Petrobras e empresa de petróleo vencedora da licitação), quanto a União (contratante), têm direito a uma parcela dos hidrocarbonetos produzidos e extraídos das jazidas minerais, direito esse cujos percentuais precisarão estar definidos desde o edital de licitação,⁶²⁴ devendo constar também dos termos do contrato de partilha firmado.⁶²⁵

Ao contratado, que, por força de disposição legal expressa (artigo 20, da Lei n. 12.351/10), deve atuar em consórcio, compete uma porcentagem a título de *óleo-custo*, para ressarcir-lo das despesas incorridas na empreitada de pesquisa e lavra; e outra, a título de contrapartida pelo sucesso exploratório, o chamado *óleo-lucro*. A União, a seu turno, também participa desse excedente em óleo (*óleo-lucro*), sendo a ela atribuída uma fração do mesmo, em conformidade ao disposto nos documentos que regem a operação.

Logo, será preciso (i) separar o montante a que faz jus cada um dos polos do contrato de partilha – União contratante e consórcio contratado - com respeito ao óleo e demais hidrocarbonetos produzidos, o que ocorre no denominado *ponto de partilha da produção*; e, por outro lado, (ii) repartir, no interior do consórcio, considerando-se as partes que participam da execução do contrato de partilha, e que, assim, recebem a qualificação de “contratados” – conforme analisado no capítulo 2 -, o quinhão de cada uma delas, guardada a proporção de sua participação no consórcio.

Por conseguinte, surge a indagação sobre a caracterização desses dois momentos de *divisão da produção* de petróleo e gás natural como fatos geradores do ICMS. As questões que se colocam quanto a esse ponto são duas, porque, como se viu, duas serão, propriamente,

⁶²⁴ Cf. artigo 15, incisos III, V e VI, da Lei n. 12.351/2010: “Art. 15. O edital de licitação será acompanhado da minuta básica do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente: III - o percentual mínimo do excedente em óleo da União; V - os limites, prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos royalties devidos; VI - os critérios para definição do excedente em óleo do contratado”.

⁶²⁵ Vide artigo 29, incisos IV, V e VII, da Lei n. 12.351/2010. “Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: IV - o direito do contratado à apropriação do custo em óleo, exigível unicamente em caso de descoberta comercial; V - os limites, prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos royalties devidos; VII - as regras e os prazos para a repartição do excedente em óleo, podendo incluir critérios relacionados à eficiência econômica, à rentabilidade, ao volume de produção e à variação do preço do petróleo e do gás natural, observado o percentual estabelecido segundo o disposto no art. 18”.

as divisões. Já que ambas irão englobar, de certa forma, circulação de petróleo e gás natural, discute-se se haveria a configuração de uma *operação de circulação de mercadoria*, deflagrando a cobrança de ICMS. Pré-requisito à desconstrução das supostas incidências tributárias nessas operações é a análise dos dois eventos que implicam a *divisão da produção*.

A primeira repartição da produção, repita-se, ocorrerá entre as duas contrapartes que integram o contrato de partilha: União, na categoria de contratante; e o Contratado, o qual, no contrato de partilha de produção, é representado pelos consorciados, excluída a gestora PPSA,⁶²⁶ que não participa dos direitos e obrigações relativos à execução das atividades.

A distribuição da produção dos hidrocarbonetos extraídos entre a União, a Petrobras e a petroleira, ocorre no chamado *ponto de partilha*. Nos termos da Lei nº 12.351/2010,⁶²⁷ ele é o local em que há divisão, entre a União e o contratado, de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos produzidos, consoante previsto no respectivo contrato de partilha de produção.

No ponto de partilha haverá a especificação da quota-parte de cada um dos polos do contrato, cabendo ao contratado o *óleo-custo*, mais a quantia que, conforme os termos estabelecidos na avença, lhe toque a título de *óleo-lucro*; e à União, por sua vez, a parcela do excedente em óleo, conforme a proporção fixada. Para Carlos Vieira Gomes, nesse momento, verificam-se duas partilhas: uma divide o volume total [extraído] entre o óleo de custo e o óleo de lucro, e outra divide apenas o óleo de lucro, entre a União e o contratado.⁶²⁸

O ponto de partilha difere do *ponto de medição da produção* (PMP), este qualificado tecnicamente como 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*”.⁶²⁹ No sistema de concessão, é no ponto de medição que o contratado assume a propriedade do produto da lavra.⁶³⁰

⁶²⁶ Cf. Subcláusula 1.3.17, da Minuta do Contrato de Partilha da Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 25.07.2013.

⁶²⁷ Cf. artigo 2º, inciso 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”. O artigo 2º enuncia as definições técnicas que devem ser consideradas para efeitos da Lei em comento.

⁶²⁸ GOMES, Carlos Vieira. *A Partilha e a PetroSal*. P. 2.

⁶²⁹ Nos termos do artigo 2º, inciso X, da Lei n. 12.351/2010: “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”. E também artigo 3º, inciso IV, do Decreto no. 2.705/98.

⁶³⁰ No modelo de concessão, é no *ponto de medição da produção* que se verifica a aquisição da propriedade dos hidrocarbonetos extraídos pelo concessionário extrator, a teor de diversas cláusulas dos Contratos de Concessão celebrados, como, *exempli gratia*, a 11.2, que versa o tema sob o signo *Transferência da Propriedade*. Eis sua

No que respeita ao sistema de partilha, preceitua Marco Aurélio Greco que, no ponto de medição da produção, verifica-se a aquisição da propriedade do petróleo e gás natural prospectados, de modo *pro indiviso*, pela União e pelo contratado explorador (petroleira privada e Petrobras). Ou seja, ambos assumem os volumes extraídos, conjuntamente, em condomínio, já que o direito aos produtos extraídos compete a ambos, observadas as proporções negociadas no contrato de partilha. Prossegue o autor relatando que, no ponto de partilha, haverá a especificação da parcela cabível a cada um deles, isto é, a divisão do petróleo e gás, ocasião em que se extinguirá a copropriedade.⁶³¹

Embora inteiramente acertada a posição de Marco Aurélio Greco, a preocupação de Paulo Carvalho e André Carvalho parece proceder, porque é exatamente em virtude da dúvida levantada por eles que surge o questionamento em torno da incidência do ICMS nessa divisão. Para os autores, o regime de partilha da produção ainda não foi suficientemente regulamentado, de modo a esclarecer como e quando (ponto de partilha) dar-se-á a apropriação do petróleo e gás. Ainda não está claro “*se a apropriação do custo e excedente em petróleo pela empresa contratada será efetivada por meio de uma aquisição originária, nos moldes do regime concessório, ou se a União reterá a propriedade do petróleo até que este seja partilhado com o contratado*”. O que, para eles, pode ensejar uma nova vestimenta da velha tentativa dos Estados produtores tributarem a extração pelo ICMS.⁶³²

De fato, uma eventual tributação dessa *primeira partilha*, entre União e contratado, traduziria a insistência dos entes federados em fazer incidir o imposto circulatório estadual sobre a atividade extrativa, já agora desempenhada ao amparo do contrato de partilha, e não mais do contrato de concessão, porque no polígono do pré-sal e em áreas estratégicas. Assim, aqueles argumentos utilizados no subitem 4.2 do presente capítulo, para rechaçar a exigência do ICMS na extração, podem ser integralmente transpostos para refutar o ICMS na partilha entre União e contratado.

redação: “11.2. O Concessionário receberá e assumirá, no Ponto de Medição da Produção, a propriedade dos volumes de Petróleo e Gás Natural medidos nos termos desta Cláusula Décima-Primeira, observado o disposto nos parágrafos 2.2, 2.3 e 2.4. A quantificação desses volumes estará sujeita, a qualquer tempo, às correções de que trata o parágrafo 11.1.”. E, em linha análoga, outras, como a Cláusula 2.2 (“Custos e Riscos Associados à Execução das Operações”): “2.2 O Concessionário assumirá sempre, em caráter exclusivo, todos os custos e riscos relacionados com a execução das Operações e suas consequências, cabendo-lhe, como única e exclusiva contrapartida, a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e por ele recebidos no Ponto de Medição da Produção, nos termos deste Contrato”; e a 2.4: “Pertencem à União os depósitos de Petróleo e Gás Natural existentes no território nacional, de acordo com o artigo 20, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil e com o artigo 3º da Lei do Petróleo. Ao Concessionário somente caberá a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e por ele recebidos no Ponto de Medição da Produção, nos termos do parágrafo 2.2”.

⁶³¹ GRECO, Marco Aurélio. *Questões Fiscais dos Investimentos no Pré-Sal*. P. 9.

⁶³² CARVALHO, André de Souza; CARVALHO, Paulo de Oliveira. *O ICMS no Pré-Sal*.

Não existe, na partilha de produção, uma evolução da mercadoria (petróleo e gás) na cadeia econômica, capaz de ensejar oneração fiscal pelo ICMS. Não há operação de circulação de mercadoria, porque ainda se trata do momento inicial, do nascimento do petróleo: a extração. A divisão do óleo prospectado é a parte final da extração, em que ela culmina, deságua, pois é quando o contratado assume a parcela da produção que lhe é cabível, como contrapartida das atividades desenvolvidas.

A partilha ainda integra o período antecessor ao círculo de consumo dos bens petróleo e gás, ainda está abrangida pela ocasião de seu surgimento para a mercancia. Com base na legislação do Marco Regulatório, aliada às disposições da minuta do contrato de partilha da 1ª rodada do pré-sal, percebe-se que o que ocorre no ponto de partilha da produção é a repartição, entre contratante e consorciados contratados, dos volumes extraídos. É o que estabelecem o artigo 2º, inciso XI, da Lei n. 12.351/10 e a cláusula nona da minuta do contrato,⁶³³ sempre citando os termos “*partilha*”, “*repartição*”, e “*divisão*” do resultado da produção entre União e contratados.⁶³⁴

A União não adquire o petróleo e gás natural extraídos, no ponto de partilha, os retêm e depois encaminha os volumes para o consórcio, conforme a quantidade que a ele toca. A União, a Petrobras e a companhia ou grupo petroleiro assumem, juntas, a propriedade dos hidrocarbonetos, por ocasião da extração. No ponto de partilha há apenas a separação, entre essas partes, da quantia adquirida em conjunto. É o que se interpreta a partir das definições legais e das cláusulas contidas na minuta do contrato de partilha.

Essa repartição entre contratante e consorciados contratados do petróleo e gás prospectados é a derradeira ponta da atividade extrativa implementada, não ensejando, por isso mesmo, qualquer cobrança a título de ICMS sobre operação de circulação de mercadoria. Outro não é o pensamento de Marco Aurélio Greco, quando afirma que, no ponto de partilha, os hidrocarbonetos produzidos e recebidos pelas partes do Contrato de Partilha, de modo indivisível, no ponto de medição, são conferidos a eles em obediência aos percentuais de óleo-custo e óleo-lucro já estabelecidos desde o certame licitatório. Por isso, para Greco, a partilha não é fato gerador de ICMS, mas extinção de copropriedade, porque é a divisão dos hidrocarbonetos entre as partes do contrato.⁶³⁵

⁶³³ Podem ser citadas também a subcláusulas 1.2, da Minuta do Contrato de Partilha; e 6.13, do seu Anexo VII (“Procedimentos para apuração do custo e do excedente em óleo”). Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 09.07.2013.

⁶³⁴ Na Lei n. 12.351/10, outros dispositivos contêm referência expressa a esses termos: Cf. Artigos 2º, inciso III e 29, inciso VII.

⁶³⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Questões Fiscais dos Investimentos no Pré-Sal*. P. 9.

Nos termos da subcláusula 2.8 (“Propriedade do Petróleo e/ou Gás Natural”) da minuta do contrato de partilha, é indiferente para fins de atribuição da propriedade do petróleo extraído ao contratado a localização dos pontos de medição e de partilha. Além disso, ela define que a aquisição da propriedade dos hidrocarbonetos pelos consortes é originária. Mas, quanto a tal aspecto da natureza da propriedade, se derivada ou originária, cumpre invocar o exame do que foi discutido no tópico 4.2, lembrando que o entendimento adotado quanto a esse ponto não altera a impossibilidade de incidência do ICMS na extração.

E, se a partilha está abrangida pela etapa da extração dos hidrocarbonetos, sendo, em verdade, seu momento final, como longamente exposto no subtítulo anterior: (i) a extração não integra o ciclo circulatório do petróleo e gás, ela o precede, porque é somente (ii) a partir dela que hidrocarbonetos surgem no mundo negocial como mercadoria, e (iii) então poderão ser objeto de mercancia, e, por conseguinte, estar sujeitos ao ICMS quando da sua saída em direção à primeira etapa na cadeia que os envia ao consumidor final. A fim de evitar repetições, remete-se o leitor ao tópico 4.2, a versar sobre a ilegitimidade da incidência do ICMS na extração.

Por derradeiro, a redação da cláusula sétima (“Propriedade do Petróleo e do Gás Natural”), do Anexo X da minuta do contrato, também contribui para elucidar a questão, deixando notar que é somente no momento da partilha que as porções de hidrocarbonetos pertinentes a cada um dos polos do contrato lhes são atribuídas:

7. CLÁUSULA SETIMA - PROPRIEDADE DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL
7.1. Os volumes de Petróleo e Gás Natural obtidos no Ponto de Medição **serão distribuídos à União e aos Contratados conforme percentuais de Excedente em Óleo estabelecidos no Contrato de Partilha de Produção. A porção de Excedente em Óleo da Produção de Petróleo e Gás Natural, somada aos volumes relativos à restituição do Custo em Óleo e ao volume correspondente aos royalties devidos de cada Consorciado, será distribuída de acordo com as Participações dos Consorciados (...).** (Grifo nosso)

A propósito, a cláusula introduz, em sua parte final, o outro ponto controvertido quanto à incidência do ICMS na partilha de produção, que diz respeito à divisão interna entre as empresas consorciadas contratadas (Petrobras e companhia ou companhias de petróleo vencedoras da licitação), do petróleo e gás extraídos, na proporção correspondente à participação de cada uma delas no instrumento de consórcio.

Cyro Cunha e Jayme Barboza atentam ao fato de que, desde a formação dos primeiros consórcios para participação na 1ª Rodada de Licitações, em 1999, permanecem dúvidas

quanto à tributação das atividades realizadas em conjunto pelas produtoras de petróleo e gás, especialmente no que diz respeito ao ICMS.⁶³⁶

Consoante exposto no capítulo 2, para a exploração e produção de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos localizados na camada do pré-sal, sob o regime de partilha, dever ser formado um consórcio entre a PPSA, a Petrobras e a companhia petroleira. Assim a legislação de regência o determina.

Por ora, a menção à PPSA é deixada de lado, a um porque, como dito, a lei vacila no tratamento dispensado a ela, em alguns artigos se referindo como integrante da estrutura, e em outros a considerando como exterior ao arranjo. O mesmo pode ser dito quanto à minuta do edital e à do contrato de partilha para a 1ª Rodada do pré-sal. Isso sem contar o fato de a empresa pública não ter qualquer participação numérica no consórcio, o que, aliás, depõe contra sua real inserção no grupo associativo, pois, como se verá, ainda que contribuam de formas diversas à realização das atividades, todas as consortes devem participar de seu resultado.

A dois porque, mesmo que se entenda, como definido no capítulo 2 da presente dissertação, que o consórcio é formado pela PPSA, Petrobras e petroleira(s), como aquela não tem quaisquer obrigações e correspondentes direitos no que toca à realização do contrato de partilha, porque sua participação no consórcio é de zero por cento, não faria mesmo sentido mencioná-la quanto à partilha de produção. Ela não é parte nessa partilha, essa discussão lhe é completamente estranha. Aliás, outro não foi o desígnio da Minuta ao definir, na mencionada cláusula 1.3.17: “contratado: consorciados, excluída a gestora [PPSA]”.⁶³⁷

Logo, passa-se a considerar o consórcio em referência apenas entre a Petrobras e a companhia ou grupo petroleiro vencedor da licitação.⁶³⁸ Trata-se, na espécie, de um consórcio para desempenho de atividade econômica, denominado em doutrina de consórcio operacional, em que duas (ou mais) empresas se unem para explorar certa atividade, mantendo cada uma sua personalidade jurídica própria.

Segundo Modesto Carvalhosa, o consórcio decorre de um contrato plurilateral⁶³⁹ firmado entre duas ou mais sociedades com atividades afins e complementares. Há uma comunhão de interesses, de objetivos e de tarefas, que não poderiam ser alcançados na esfera

⁶³⁶ MELO FILHO, Cyro Cunha; FREITAS NETO, Jayme Barboza de. *Aspectos Tributários e Escriturais dos Consórcios Voltados à Indústria de Petróleo e Gás*. P. 227.

⁶³⁷ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=2798>. Acesso em 09.07.2013.

⁶³⁸ Ainda sob o amparo da Lei do Petróleo (artigo 63) já havia a previsão de a Petrobras firmar consórcios com outras empresas, nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, para expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo.

⁶³⁹ Que difere, portanto, do contrato de espécie bilateral, em que há prestações correspectivas entre as partes.

individual de cada empresa, e que, por isso, demandam o somatório de meios, recursos e aptidões para conseguir uma determinada finalidade, de natureza operacional ou instrumental. Será *operacional* o objetivo quando a agregação visar ao exercício de um projeto empresarial próprio e específico, que será desenvolvido no âmbito das sociedades consorciadas.⁶⁴⁰

A disciplina normativa genérica para a constituição dessas organizações empresariais vem posta nos artigos 278 e 279, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.s).⁶⁴¹ Segundo o artigo 278, as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, sem comprometer a identidade de cada sociedade, vez que o consórcio não adquire personalidade jurídica própria (ou seja, não se transforma em uma “supersociedade”). Essa uma das características mais marcantes do instituto, a despersonalização.⁶⁴² Na regra geral, as consorciadas, por conseguinte, somente se obrigam nas condições previstas no respectivo instrumento de constituição, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.⁶⁴³

O artigo 279 elenca os requisitos mínimos do contrato a ser celebrado para constituição do consórcio. Uma das cláusulas que deve obrigatoriamente constar em contrato, sob pena de invalidade contratual, diz respeito à definição das normas sobre **recebimento de receitas e partilha de resultados**.⁶⁴⁴ Note-se que a lei fala propriamente em *partilha de resultados* do consórcio, o que precisa vir definido em contrato, à exata semelhança do que ocorre no sistema inserido pela Lei nº 12.351/2010 para a exploração e produção de petróleo, que, como dito, exige o estabelecimento em contrato das parcelas em óleo a que as

⁶⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. P. 386.

⁶⁴¹ *In verbis*: “CAPÍTULO XXII - Consórcio. Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio. Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; **IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada”.**

 (Grifado).

⁶⁴² ANDRADE, José Maria Arruda de; BONANNO, Paula Cerquera. *Aspectos Tributários e Contábeis da Prestação de Serviços por Consórcios*. P. 36.

⁶⁴³ Esse aspecto foi expressamente excepcionado pela Lei n. 12.351/10, em seu artigo 20, § 3º, que refere à responsabilidade solidária das consorciadas, o que, contudo, não alcança a PPSA.

⁶⁴⁴ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 18.

contratadas têm direito. Ou seja, a base para a divisão de direitos é fundamental e precisa estar clara.

Para Modesto Carvalhosa, esse requisito de literalidade quanto à divisão de resultados deve ser ajustado de forma exaustiva, pois envolve a estrutura do consórcio, quanto aos seus meios e aos fins econômicos que justificam sua composição. E complementa “*parte-se aqui do pressuposto de que as contribuições de cada consorciada para o consórcio serão diversas, em gênero e em relevância*”. Assim, uma consorciada ingressará com sua aptidão técnica, enquanto outra pode contribuir com investimentos e recursos financeiros, e daí por diante, cada uma com sua capacidade agregadora. Pode ocorrer até que uma das consorciadas não esteja obrigada a trazer qualquer aporte de capital ao consórcio. Mas mesmo assim todas terão sua participação no recebimento das receitas auferidas e na partilha de resultados.⁶⁴⁵

Alessandra Bueno reconhece a possibilidade de variar a forma como cada consorte acresce ao agrupamento societário. Sendo a contribuição de todos os participantes elemento central dessa forma associativa, a contribuição deve ser entendida em sentido amplo, ultrapassando o simples aporte de dinheiro, podendo materializar-se com equipamentos, tecnologia, recursos financeiros ou mesmo trabalho. Ou seja, as obrigações de cada consorciada podem ser distintas entre si.⁶⁴⁶ Na visão de Pedro Paulo Cristófarro, o consórcio torna possível que diferentes empresas contribuam, cada uma, com um fator de produção diverso – que lhe esteja disponível ou que lhe seja mais eficiente – para o desenvolvimento da atividade.⁶⁴⁷

O próprio artigo 279 menciona que do contrato deve constar a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas, se houver, o que torna evidente ser possível a diversidade de subsídios pelos consortes. Assim, por exemplo, podem as parceiras exercer atividades complementares ou tarefas em cadeia, a depender da especialização com a qual agregam à associação. Em ambos os casos há consórcio.⁶⁴⁸ O fato de existir aportes distintos, em capital, propriedade, esforços, habilidades, pesquisa, tecnologia, conhecimento, técnica, não macula o objetivo comum visado com intuito de lucro, nem retira o direito à divisão de lucros ou a obrigação de divisão de perdas, todos estes elementos típicos dos consórcios.

⁶⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. P. 418-419.

⁶⁴⁶ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 2-3.

⁶⁴⁷ CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Consórcio de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes*. P. 15.

⁶⁴⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 36.

O contrato de consórcio deve ainda prever que aquela consorciada que contribuiu com recursos financeiros arcando com os custos do empreendimento tem direito à reposição de tais custos – o que difere da sua participação nos resultados (lucros), que também deve estar assegurada.⁶⁴⁹ E isso é justo o que ocorre no regime da Lei nº 12.351/2010, no que se refere ao óleo-custo e óleo-lucro cabíveis ao contratado.

Fábio Ulhoa Coelho⁶⁵⁰ caracteriza os consórcios como uma “*união de esforços empresariais*” para executar determinado empreendimento. Rubens Requião destaca que “*nesse grupo de sociedades, uma delas pode trabalhar para as outras, combinando recursos e esforços para a consecução dos respectivos objetos*”. Consiste o consórcio, diz o autor, em uma “*modalidade técnica de concentração de empresas*”, sendo que, através dele, podem, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que, isoladamente, não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica, para executar, visando a sua exploração econômica.⁶⁵¹

Na avalizada doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, essa associação de empresas conjuga recursos humanos, técnicos e materiais para a consecução do empreendimento, tendo lugar quando o vulto, complexidade ou custo supera a capacidade das consortes separadamente consideradas.⁶⁵² O instituto jurídico do consórcio é dirigido a organizar a cooperação de empresas, para obtenção de determinado bem que proporcione vantagens aos envolvidos.⁶⁵³ Conforme ressaltou o STF, em seu primeiro julgado sobre o tema, cujo objeto era o consorciamento de empresas mineradoras, o consórcio tem a seu cargo a exploração unificada dos bens (no caso, as minas), estando sua função relacionada a tais bens e aos serviços conexos.⁶⁵⁴

Parece ser esse o espírito do sistema introduzido pelo Novo Marco Regulatório no Brasil que, no intuito de desenhar um modelo exploratório para um segmento da economia que demanda investimentos intensivos, buscou propiciar a agregação de conhecimentos, esforços e/ou recursos entre a Petrobras, empresa estatal nacional com reconhecido *know-how* na matéria, e as empresas petroleiras privadas; permitindo, assim, uma maior participação e controle do Governo na exploração dessas *commodities* tão estratégicas.

⁶⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. P. 419.

⁶⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – volume 2*. P. 488.

⁶⁵¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial – 2o volume*. P. 290-291 e 293-294.

⁶⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 131.

⁶⁵³ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Tributação de consórcio de empresas. Incidências fiscais normais e Refis. Diferentes fórmulas de pagamento. Repercussões fiscais. Normas vigentes*. P. 102-103.

⁶⁵⁴ STF: RE 24.034/DF. 1ª Turma. Relator Min. Barros Barreto. Julgamento em 12.11.1953.

A propósito, Maria Helena Diniz ressalta que o consórcio de empresas, em geral, é formado para a realização de um empreendimento de grande vulto ou de custo muito elevado, exigindo para a sua execução conhecimento especializado e instrumental técnico de alto padrão.⁶⁵⁵ Modesto Carvalhosa acentua sua ampla adoção na consecução de empreendimentos que ultrapassam a capacidade empresarial de cada sociedade.⁶⁵⁶

A doutrina especializada em petróleo também destaca a frequência com que o instituto é utilizado no setor. Disserta Alexandre Aragão que a indústria do petróleo, em função das elevadas margens de risco, como também dos altíssimos valores envolvidos nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção (*upstream*) é campo fértil para a proliferação das parcerias operacionais.⁶⁵⁷

É da tradição das companhias de petróleo, como forma de diluir os perigos de insucesso da aventura exploratória e das vertiginosas quantias de investimento de capital, formar “alianças estratégicas” para operações conjuntas.⁶⁵⁸⁻⁶⁵⁹ Em várias situações, a alternativa da associação empresarial é condição de sobrevivência para a sociedade, que precisa atingir certos patamares de eficiência e produção, inclusive para enfrentar o mercado internacional.⁶⁶⁰

É de recordar que, com a nova redação dada ao § 1º do artigo 177, da CF, pela EC n. 9/95, a Petrobras deixa de ser a única sociedade responsável pela execução do monopólio estatal, sendo permitida a contratação de outras sociedades, de natureza pública ou privada. Nesse contexto que o instituto dos consórcios adquire extrema relevância na condução das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás.⁶⁶¹

No direito do petróleo, os dispositivos mais importantes ligados aos consórcios são o artigo 38 da Lei do Petróleo, que regula a hipótese de participação de associações de empresas na licitação para outorga do contrato de concessão; e o artigo 20 da Lei n. 12.351/10, que determina a formação de consórcio entre PPSA, Petrobras e o vencedor da licitação para cumprimento do contrato de partilha. Lembre-se de que os comentários postos nessa seção não dizem respeito à PPSA, pois ela não participa do desempenho material das atividades e, por conseguinte, não participa da partilha de resultados.

⁶⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. P. 263.

⁶⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. P. 385-386.

⁶⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 106.

⁶⁵⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 32, 36, 85.

⁶⁵⁹ BROCK, Horace et al. *Petroleum Accounting: Principles, Procedures and Issues*. P. 148.

⁶⁶⁰ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 9.

⁶⁶¹ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 1.

Considerando a hipótese específica da pesquisa e lavra do petróleo e gás sitos na camada do pré-sal, a empresa petrolífera ou grupo de empresas (porque também podem estar elas reunidas em um grupo, que não se confunde com o consórcio determinado pela Lei n. 12.351/10, no artigo 20) ingressa no consórcio arcando com os custos e investimentos para o desempenho e execução das atividades de exploração e produção dos hidrocarbonetos. A presença da Petrobras, por sua vez, visa agregar os conhecimentos específicos que detém nessa seara.

As consorciadas compõem, conjuntamente, o mesmo polo da relação contratual, havendo uma unicidade no objeto com elas contratado, que é o direito de exploração, no momento da celebração e execução do contrato.⁶⁶² Todos os produtos extraídos sob o jugo dessa parceria de empresas pertencem ao próprio consórcio e serão destinados as suas partes integrantes conforme as proporções, termos e condições fixadas no contrato, concretizando a chamada *partilha de resultados* entre elas.

Uma vez expostas as características societárias da associação de sociedades, na forma de consórcio, mostra-se importante, para afastar a suposta oneração dessa *partilha de resultados* pelo ICMS, uma visita aos ensinamentos da doutrina acerca da tributação a que o mesmo se sujeita. É o que se passa a fazer.

Em trabalho pertinente ao regime tributário do consórcio, Alberto Xavier estatui que cada empresa em consórcio “*deve atuar coletivamente e de mãos dadas*”.⁶⁶³ Alexandre Aragão refere à *unidade orgânica* desse tipo de associação, de modo que os contratantes do consórcio não devem nem podem ser encarados de forma isolada.⁶⁶⁴ E é assim que agem quando há a partilha, precedida pela exploração da atividade levada a efeito em conjunto pelas empresas.

Há quem defenda que, se o consórcio em si praticar ato que configure operação de circulação de mercadorias, poderá ele próprio ser tributado pelo ICMS, mesmo que despido de personalidade jurídica.⁶⁶⁵ Trata-se de admitir às sociedades consorciadas a possibilidade de cumprir coletivamente a obrigação tributária, via consórcio, o que, contudo, restringir-se-ia aos tributos incidentes diretamente sobre a atividade realizada em grupo (ICMS ou ISS, *exempli gratia*).⁶⁶⁶ Mas nem mesmo essa é a hipótese.

⁶⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás*. P. 101.

⁶⁶³ XAVIER, Alberto. *Consórcio: Natureza Jurídica e Regime Tributário*. P. 19.

⁶⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 117.

⁶⁶⁵ É o que preveem algumas regulamentações estaduais, como a do Rio de Janeiro (Decreto Estadual n. 26.064/2000).

⁶⁶⁶ OSORIO, Fernando. *O Código Tributário Nacional e a Tributação dos Consórcios*. P. 347.

Na verdade, na partilha, elas apenas estão dividindo entre quem de direito os frutos cultivados em conjunto no negócio comum. Aliás, outro ponto de discórdia centra-se exatamente em saber se o consórcio tem capacidade de gozo de direitos e assunção de obrigações (capacidade consorcial na esfera negocial), civis e até fiscais.⁶⁶⁷

Para uma primeira corrente de entendimento, por ser ente despido de personalidade jurídica, não pode ser sujeito de direitos ou titular de obrigações, não dispondo de capacidade contratual própria. Uma vez que não configura uma coletividade autônoma, o consórcio não age no mundo do Direito em nome próprio, mas por intermédio das empresas que o constituem, as quais assumem as responsabilidades, cabendo-lhes, igualmente, exercer as prerrogativas oriundas dos atos praticados. Assim, os direitos e obrigações decorrentes dos contratos de E&P no segmento petrolífero, e também os deveres perante terceiros, tanto de origem contratual como extracontratual, seriam assumidos diretamente pelas empresas consorciadas, estas sim dotadas de personalidade e autonomia patrimonial, indispensáveis para tanto.⁶⁶⁸

O contrato de concessão ou de partilha, não seria, portanto, com o consórcio, mas com todas as consorciadas, já que aquele não tem existência jurídica. Daí a necessidade de delimitação precisa dos direitos e deveres de cada uma: o sujeito de direito não é o grupo, mas cada qual dos copartícipes, e na medida em que disponha o contrato exploratório.⁶⁶⁹ Negócios jurídicos pactuados, por conseguinte, o são por todas as partes do consórcio, individualmente e em nome próprio, de acordo e na medida de sua quota consorcial.⁶⁷⁰ E a elas que cabe, portanto, a prerrogativa de exercer os respectivos direitos decorrentes dos atos jurídicos praticados.

O entendimento oposto defende, porém, que embora destituído de personalidade jurídica, o consórcio tem aptidão para celebrar contratos em nome próprio (a exemplo do que ocorre com o espólio e com o condomínio), o que lhe viabilizaria um tratamento unificado nas suas relações com terceiros. Alguns atributos permanecem, mesmo para aquele agente sem personalidade jurídico-formal, sendo um deles a personalidade contratual para negociar em seu nome, auferir lucros, etc.⁶⁷¹ É como entende Modesto Carvalhosa, para quem o consórcio,

⁶⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria*. P. 118-121.

⁶⁶⁸ Por todos: BUCHEB, José Alberto. *Direito Petróleo*. P. 79.

⁶⁶⁹ NOBRE, Augusto. *Consórcio de empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens*. Revista Forense, n. 300. P. 25.

⁶⁷⁰ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 16.

⁶⁷¹ RODRIGUES, Bruno Leal. *Formas de associação de empresas estatais. Acordo de acionistas, formação de consórcios e participação em outras empresas*. P. 129.

embora seja contrato associativo sem personalidade de Direito, tem personalidade judicial e negocial, que se expressa pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade processual e negocial, ativa e passiva.⁶⁷²

A conclusão, todavia, não tem grandes diferenças. Acaso se entenda que o consórcio, por não ter personalidade jurídica, não atrai subjetividade jurídica, a aquisição de propriedade do petróleo e gás extraídos após a passagem pelos pontos de medição da produção repercute imediatamente sobre as consorciadas, guardada a proporcionalidade à participação que cada uma detém no contrato.

Se, por outro lado, a opção for pela tese da existência de capacidade, o domínio advém em nome do consórcio, e, após, há a repartição do volume produzido consoante as prerrogativas de cada parte, a título de distribuição de resultados. Em nenhuma dessas situações, porém, estará autorizada a cobrança de ICMS, porque não existe subsunção de quaisquer desses fatos à norma do imposto.

Todos os ensinamentos expostos acerca do instituto do *consórcio* demonstram que é bastante corriqueiro no mundo negocial a agregação de sujeitos societários para a exploração de certo fim econômico, podendo, sem nenhum empecilho, cada um deles contribuir para a associação de forma diferente (com recursos diversos).

Nada obstante, todos terão participação nos resultados do empreendimento, que serão partilhados entre eles conforme estipulado no contrato originário do grupo. Ainda, aquele que incorreu em custos pode ter suas despesas descontadas e a ele retribuídas em forma de participação no resultado da atividade. Isso é a *partilha* da produção entre os consorciados. Essa também é a *partilha da produção* entre Petrobras e empresa(s) petroleira(s), que ocorre no âmbito interno ao consórcio, como decorrência da atividade explorada através do contrato de partilha de produção no pré-sal.

Por conseguinte, o que se pode vislumbrar na hipótese da partilha de produção, no sistema de E&P da Lei n. 12.351/10, é a repartição, pelos associados, dos bens produzidos em consórcio, em caso de sucesso exploratório, como ocorre em qualquer outro ramo ou segmento em que um empreendimento é explorado em consórcio.

E a distribuição dos resultados da atividade econômica explorada em *consórcio* entre os membros componentes do grupo, a se dar na forma do contrato de partilha, no caso específico, jamais poderá ser entendida como fato gerador de ICMS. Isso porque a divisão dos hidrocarbonetos, internamente, entre a Petrobras e a empresa petroleira vencedora da

⁶⁷² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. P. 339-340.

licitação, que com ela formou a associação para desempenho do contrato de partilha, destinando-se ao contratado que incorreu em despesas ressarcíveis o óleo correspondente aos custos verificados, mais o valor devido de *royalties*, e, ainda, a parcela que lhe cabe no excedente em óleo, não pode ser caracterizada como uma *operação de circulação de mercadorias* nos termos colocados na moldura do ICMS.

Essa afirmação mantém-se sob a ótica de qualquer uma das correntes existentes, e já analisadas no item 4.1.2 desse capítulo, acerca da caracterização das “*operações de circulação de mercadorias*”. Não se considera a corrente da circulação física posto, como dito, ela não abriga situações em que pudesse ocorrer, validamente, a cobrança do ICMS.

Adotando-se a teoria da *circulação jurídica*, vê-se que não há transmissão da propriedade no momento de divisão das parcelas cabíveis a cada um dos integrantes do consórcio. Não há sequer como imaginar uma transferência de domínio sobre petróleo, gás ou demais hidrocarbonetos extraídos entre as consortes na ocasião da divisão da produção entre elas. São elas, juntas, unidas, em grupo, que produzem, e que adquirem o direito ao petróleo e gás extraídos. A repartição tem mera finalidade de conferir a cada uma seu quinhão no negócio, não havendo qualquer translação de propriedade ou posse.

Noutro giro, pela via da *evolução econômica*, não se pode conceber que a partilha da produção com a atribuição, no bojo do contratado, da parcela que incumbe a cada uma das consortes, caracterize uma evolução desses bens na cadeia econômica. Tal evolução não há, de forma alguma. Os hidrocarbonetos produzidos e lavrados naquele campo de exploração pelo consórcio são por ele extraídos e com ele permanecem, na proporção a que cada consorte tem direito, desde esse momento inicial até uma eventual comercialização a ser realizada.

Na ocasião de sua partilha nada se modifica: trata-se de mero encaminhamento do *produtor ao próprio produtor*, pelo o que não se verifica evolução na cadeia econômica do bem, da sua fonte produtora originária em direção ao consumidor final. O produto não migra de uma *unidade produtiva* para outra em virtude da repartição da produção, ao revés, permanece nessa mesma *unidade* responsável pela sua produção originária. Em sendo assim, como os bens não transitam por elos diversos do ciclo circulatório, etapas estas em que se lhes agreguem novos elementos, mas antes remanescem em poder de seu provedor inicial, é de se considerar a ausência de fato gerador de ICMS.

A relação interempresarial que se estipula pela via contratual, a partir da formação consorcial, não é de subordinação entre as sociedades componentes, mas de coordenação. Não há entre elas prestação de serviços ou realização de operações de circulação de mercadoria tributáveis, quando atuam envidando esforços para a realização do objetivo comum. O que

existe é colaboração, cooperação institucional, em que cada célula empresta ao conjunto o que lhe couber, que pode perfeitamente ser um serviço, ou o exercício de uma atividade material.⁶⁷³ Nada disso pode ser tido como fato gerador de tributação autônoma.

As partes contribuem para a operação em consórcio esperando receber alguma forma de compensação pela sua contribuição e, embora o lucro seja incerto, os consorciados só suportam os ônus porque têm expectativa de obtenção de vantagens. Se os consórcios têm conteúdo econômico, visto que seu objeto está inserido no contexto de uma atividade econômica, que tem a associação empresarial por fundamento, nada mais natural do que haver a divisão do produto do esforço comum entre elas, divisão esta imune a qualquer gravame de cunho fiscal.⁶⁷⁴

Tomando por empréstimo a disciplina para a tributação das atividades desenvolvidas em consórcio pelo Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza da Pessoa Jurídica (IRPJ) e pela Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), é possível fazer alguns esclarecimentos. Conforme o artigo 215, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR – Decreto n. 3.000/1999), os consórcios devem se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), embora tal não tenha o condão de dotá-los de personalidade jurídica.

Dispondo sobre o regime jurídico-tributário a ser observado, a Lei n. 12.402/2011 estatui, não apenas em relação ao IRPJ e à CSLL, mas aos tributos federais em geral,⁶⁷⁵ que as empresas integrantes de consórcio constituído nos termos da Lei das S.A.s respondem, pelos tributos devidos em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento (artigo 1º). Para tanto, cada pessoa jurídica deverá apropriar-se de receitas, custos e despesas incorridos, proporcionalmente a sua participação no empreendimento, conforme documento arquivado no órgão de registro, observado o regime tributário a que estão sujeitas cada uma das pessoas jurídicas consorciadas.⁶⁷⁶

Especificamente quanto aos consórcios na área de petróleo e gás natural, tal procedimento é o único que se imagina aplicável, segundo a doutrina. Afinal, diferentemente

⁶⁷³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. P. 73-74.

⁶⁷⁴ BUENO, Alessandra Belfort. *O Consórcio na Indústria do Petróleo*. P. 11-12.

⁶⁷⁵ FIORENTINO, Marcelo Fróes Del; FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes Del. *A Tributação dos Consórcios, de Conformidade com a Lei n. 12.402/2011 e a Apresentação de Possíveis Questionamentos quanto à Legalidade do art. 1º da Medida Provisória n. 510/2010 Caso seja Aceita (por Absurdo) a vigência da Mesma no Período de 29 de outubro de 2010 até 2 de maio de 2011*. P. 47.

⁶⁷⁶ Com a nova lei, a Secretaria da Receita Federal do Brasil expediu a Instrução Normativa n. 1.199/2011, em substituição à IN SRF n. 834/2008. Vide artigo 3º. Porém, Hiromi Higuchi faz dura crítica ao regramento, destacando que, por impossibilidade, muitas empresas não irão observá-lo, vez que há certos casos em que custos e despesas são incorridos em cada consorciada, embora a receita seja apropriada no percentual fixado em contrato. Cf. HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. P. 217.

de um consórcio que tenha por objeto a realização de uma construção civil, em que a receita será auferida em parceria, na ocasião da conclusão da obra, o petróleo bruto e gás extraídos em consórcio são *repartidos* entre as consortes, as quais têm liberdade para conceder a destinação que lhes aprouver quanto a sua parte na produção. Ou seja, embora as despesas e custos de exploração, desenvolvimento, avaliação e produção tenham sido assumidos em consórcio, as receitas vão ser realizadas individualmente.⁶⁷⁷

Para o ICMS, como o consórcio não tem personalidade jurídica própria, ele não pode figurar como comerciante ou agente que, com habitualidade, pratique operações com mercadorias destinadas à mercancia, embora haja quem entenda o contrário, sendo possível até mesmo encontrar previsão legal nesse sentido, como já citado. Além disso, “*via de regra, não há operação de saída de petróleo e gás natural em consórcio, e sim operação em nome próprio das consorciadas após a partilha de produção*”, pelo o que não haveria “atividade consorcial” sujeita ao ICMS.⁶⁷⁸

Mas não é esse o caso que envolve a partilha. Na partilha, não é a operação de circulação de petróleo e gás porventura praticada pelo consórcio com direção a terceiro que se cuida de caracterizar, para determinar se a capacidade tributária passiva deveria ser imputada ao grupo ou a cada uma das consorciadas. O que ocorre na partilha de produção de hidrocarbonetos nos consórcios formados para a pesquisa e lavra de petróleo e gás é divisão de resultados entre as partes que integram o acordo consorcial, não há envolvimento nem encaminhamento a terceiro, tudo ocorre no âmbito interno ao consórcio.

Nesse sentir, cumpre notar que a própria doutrina citada só cuida de mencionar possíveis saídas, em consórcio ou não, posteriores à partilha. Nem sequer vislumbra uma “saída interna” por conta da partilha dos hidrocarbonetos produzidos. Nas palavras de João Luiz Rocha, em trabalho sobre o tratamento tributário a ser dispensado aos consórcios de empresas, a repartição dos direitos decorrentes dos atos jurídicos celebrados no interesse comum é assunto do trato interno, de caráter obrigacional, entre os consortes.⁶⁷⁹ Não surge daí qualquer implicação para fins de ICMS.

Entretanto, é notícia que algumas autoridades fiscais, como no caso do Estado do Rio de Janeiro, exigem, para a concessão de regimes especiais aplicáveis às operações praticadas em consórcio que, a título de obrigação acessória, as consorciadas se comprometam a emitir

⁶⁷⁷ MELO FILHO, Cyro Cunha; FREITAS NETO, Jayme Barboza de. *Aspectos Tributários e Escriturais dos Consórcios Voltados à Indústria de Petróleo e Gás*. P. 231-232.

⁶⁷⁸ MELO FILHO, Cyro Cunha; FREITAS NETO, Jayme Barboza de. *Aspectos Tributários e Escriturais dos Consórcios Voltados à Indústria de Petróleo e Gás*. P. 235.

⁶⁷⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. *Os Consórcios de Empresas e seu Trato Tributário*. P. 83.

notas fiscais de entrada de petróleo e gás quando da partilha da produção entre as consorciadas. O que mais parece, novamente, remanescência da antiga intenção de tributar a atividade de extração, como se essa entrada decorresse de operação interna de saída efetivada pelo consórcio, após a passagem dos hidrocarbonetos pelo ponto de medição (no caso do contrato de concessão, o que equivaleria à passagem pelo ponto de partilha, no contrato de partilha da produção), para o estabelecimento das consorciadas.⁶⁸⁰

Por isso, repita-se: o que ocorre é a repartição de produto de atividade desenvolvida em parceria (no caso, sob a forma de consórcio, nos termos em que estabelece a legislação específica de regência) entre os membros que integram o grupo. A partilha da produção com a atribuição a cada uma das partes da parcela que lhe compete a título de óleo e gás, no âmbito interno do consórcio, é mera distribuição dos resultados da atividade econômica explorada em conjunto.

O inter-relacionamento que, no seu início, visa conjugar esforços para a realização de atividades, culmina na repartição dos lucros do empreendimento comum, e só. Tal momento não tem o condão de deflagrar legítima hipótese de incidência de ICMS, posto não implicar em operação de circulação de mercadorias, mas apenas e tão-somente em distribuição de resultados (produtos) obtidos pela exploração de atividade econômica em consórcio, com especificação da quota-parte das consortes.

4.4 Inexistência de Operação Tributável no Deslocamento de Óleo

A operação de que aqui se cogita consiste no deslocamento do petróleo bruto, do local onde são realizadas as atividades materiais de exploração e produção, dando origem aos produtos extraídos, para o estabelecimento da companhia petroleira destinado ao armazenamento. No caso da Petrobras, por exemplo, esses estoques são denominados terminais aquaviários.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ MELO FILHO, Cyro Cunha; FREITAS NETO, Jayme Barboza de. *Aspectos Tributários e Escriturais dos Consórcios Voltados à Indústria de Petróleo e Gás*. P. 235-236.

⁶⁸¹ Ver em: <http://www.petrobras.com.br/pt/energia-e-tecnologia/tecnologia-e-pesquisa/agregacao-de-valor-e-diversificacao-dos-produtos/>. Acesso em 20.05.2013.

Trata-se de operação intermediária, efetivada após a extração dos minerais das jazidas, e antes de seu envio a outras unidades econômicas, estranhas à produção, como as refinarias, envio esse que irá representar o primeiro elo da cadeia econômica do bem petróleo, seu impulso inicial em direção ao consumo final, e, portanto, a primeira *operação relativa à circulação* da mercadoria citada, sujeita ao ICMS. Anote-se que o hidrocarboneto saído dos terminais de estocagem pode ser diretamente exportado, havendo, na hipótese, imunidade ao ICMS, por conta do artigo 155, § 2º, inciso X, alínea *a*, da CF. Vale lembrar que, no presente capítulo, a reflexão é sempre em torno do ICMS sobre operações de circulação de mercadoria.

Veja: a operação da qual se cogita não é nem (i) a de extração de petróleo, atividade material sem conotação de operação circulatória, em termos jurídico-fiscais; nem a (iii) comercialização do óleo extraído, essa a primeira operação do ciclo econômico – impulso do produtor ao consumidor – do petróleo. Mas sim a (ii) primeira parada do petróleo bruto após a extração, representada pela etapa em que o hidrocarboneto é conduzido do local de extração, localizado em mar, para o ponto (estabelecimento) de estocagem da companhia, a partir do que será iniciada, então, a comercialização do hidrocarboneto.

Parte-se do pressuposto de que as tarefas de pesquisa e lavra ocorrem no oceano, pois é sabido que a grande maioria das reservas no território brasileiro está localizada no subsolo aquático. Mas, ainda que isso não ocorra, a proposição construída permanece válida. O que está em xeque, ao fim e ao cabo, é a remessa de um (local de extração, unidade produtiva responsável pela produção, como as plataformas⁶⁸²) para outro estabelecimento (estabelecimento de armazenagem) da mesma unidade econômica da empresa, grupo ou consórcio petrolífero, responsável pela realização das atividades de exploração e produção. Cogita-se a possibilidade de exigência do aludido tributo pela Fazenda Estadual sob a alegação de que haveria uma efetiva *operação de circulação de mercadoria* nesse trajeto, aspecto material⁶⁸³ da hipótese de incidência do ICMS.

682 No Estado do Rio de Janeiro, as plataformas marítimas de petróleo são consideradas “estabelecimentos”, para fins de incidência do ICMS. Cf. Resolução da Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro nº 2.861, de 28.10.1997, artigo 31: “SUBSEÇÃO I - DA INSCRIÇÃO OBRIGATÓRIA. Art. 31. Estão obrigados à inscrição no Cadastro de Pessoa Jurídica, antes do início de suas atividades: XXV - os estabelecimentos de empresas que se dediquem à atividade de extração e/ou beneficiamento de minerais, inclusive de petróleo e gás natural. § 2º Consideram-se estabelecimentos, para fins do disposto no inciso XXV, as plataformas de produção e armazenamento de petróleo e gás natural, ainda que estejam em construção”.

683 A respeito do aspecto material, Geraldo Ataliba leciona: “O aspecto mais complexo da hipótese de incidência é o material. Ele contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h.i.) consiste; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h.i.; é a descrição dos dados substanciais que servem de suporte à h.i. (...), é a imagem abstrata de um fato jurídico”. Cf.. *Hipótese de Incidência Tributária*. P. 106-107.

Novamente, quer se adote a posição formalista, ou chamada teoria da circulação jurídica, que exige a transferência da titularidade do bem para a caracterização de uma verdadeira operação de circulação de mercadorias, ajustável à moldura do ICMS; quer o leitor se filie à teoria da evolução da mercadoria na cadeia econômica, não se poderá aquiescer com a cobrança de ICMS na transferência física do petróleo lavrado, do local de exploração ao estabelecimento da empresa concessionária (contrato de concessão), ou da empresa parceira (contrato de partilha), que vise a armazená-lo. Não existe subsunção do fato à hipótese de incidência do ICMS. Não é o fenômeno uma circulação de mercadorias para fins de deflagração da exação tributária.

Tendo em vista os conceitos explicitados acerca do fato gerador do imposto estadual, é impossível haver cobrança de ICMS nessa movimentação do hidrocarboneto, que, por meramente física, não enseja a incidência do tributo insculpido no artigo 155, inciso II, da CF. É que, como já visto, o núcleo do seu fato gerador (também chamado de suporte fático, fato imponível, situação base ou pressuposto de fato, como ensina Amílcar de Araújo Falcão)⁶⁸⁴ consiste na realização de operações relativas à circulação de mercadorias.

Não pode o legislador complementar de normas gerais do imposto, ou o legislador ordinário, cuja atribuição é editar a sua norma de instituição, nem sequer a autoridade da Fazenda Estadual, pretender manipular o conceito constitucional, para nele apreender fatos da rotina das empresas que desempenham as atividades de E&P na indústria do petróleo que, embora possam ter alguma consequência no mundo fenomênico e/ou empresarial, são inteiramente despidos de repercussão em termos jurídico-fiscais.

Vários são os argumentos que podem ser considerados no intuito de descaracterizar tal operação como fato gerador do ICMS, dentre os quais merecem destaque (i) não ser o petróleo, nesse momento inicial, mercadoria, e sim produto, de modo que a existência de uma mercadoria é pressuposto para a realização do que se prescreve na moldura do ICMS; ou (ii) ainda que se considere o petróleo remetido do local de extração para outro estabelecimento da unidade econômica, desde logo, uma mercadoria, *operação de circulação* não há nesse trajeto, vez que tal deslocamento consubstancia mera saída física. E é mera saída física exatamente porque o terminal de estocagem e o local de extração, quando compõem a mesma

684 O saudoso Amílcar de Araújo Falcão, em suas festejadas linhas no clássico *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, anota que “fato gerador é, pois, o fato, conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado”. E, mais adiante, aponta ele as diversas denominações empregadas como sinônimas do fato gerador. Cf. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. P. 26-27.

unidade econômica, ainda afeta à produção do produto petróleo, não praticam fato gerador de ICMS, quando das remessas de hidrocarbonetos entre si.

Somente as operações que envolvam a circulação de mercadorias é que podem ser tributadas pelo imposto estadual. Diz Roque Antonio Carrazza⁶⁸⁵ “*o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias (e não sobre a simples circulação de mercadorias)*”. Em ausente uma operação circulatória de mercadoria, não há que se cogitar da aludida cobrança, como na hipótese sob análise, de encaminhamento dos produtos recém-extraídos, de um, para outro ponto da mesma unidade econômica produtiva do extrator mineral. Trata-se de momento anterior e independente da primeira comercialização efetiva pelo explorador, essa sim apta a deflagrar tributação pelo imposto estadual.

E, como dito, tal conclusão é inafastável tendo em vista qualquer uma das teorias que explica a hipótese de incidência do ICMS. Isso porque as ponderações da teoria da circulação jurídica, as da evolução econômica, ou ainda a tese mista, denominada de *jurídico-econômica*,⁶⁸⁶ desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais superiores, só têm espaço se e quando a mercadoria já exista e possa, portanto, ser objeto de uma operação com tal característica.

O bem de produção própria, enquanto não enviado em direção a um terceiro no ciclo, não é mercadoria ainda, é simples produto.⁶⁸⁷⁻⁶⁸⁸ Quando se diz que o petróleo nasce com a prospecção, e, a partir daí, torna-se mercadoria, o que se quer explicitar, na verdade, é que uma vez que for extraído, já poderá ser introduzido na cadeia econômica, ou seja, já está hábil a qualificar-se como mercadoria. Contudo, somente irá alcançar a caracterização de mercadoria no momento em que, pela primeira vez, for colocado no mercado, impulsionado no ciclo circulatório. Antes disso, quando ainda está na posse e controle daquele que o produziu, é produto, embora na iminência de virar um bem destinado à mercancia.

Em conformidade a tal visão, não se pode conceber que a etapa de envio do óleo da extração ao estabelecimento de armazenagem da companhia petroleira responsável pela exploração e produção do óleo negro, subsuma-se à norma tributária do ICMS.

De fato, tal pretendida “circulação” equivaleria, por exemplo, a se tributar todas as etapas da linha de montagem de um veículo ou de qualquer outro produto no interior de uma fábrica, sempre que houvesse passagem do bem, de uma área industrial, para outra, dentro da

685 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 42.

686 Ricardo Lobo Torres assim se refere à teoria. Vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – vol. IV*. P. 244.

687 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. P. 18.

688 GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 126.

mesma unidade, sem, contudo, nada a ele ser agregado, em termos de valor econômico. A movimentação física entre o setor de produção e o de estocagem, por exemplo, de uma só unidade econômica, pertencente, aliás, a mesma pessoa jurídica, não pode levar à incidência de ICMS. O que não é circulação perante a Constituição e a Lei Kandir, não pode, no entendimento do fisco, passar a ser, pois traduz burla à regra da não tributação do bem antes de sua primeira saída.⁶⁸⁹

O ICMS onera operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só terá legitimidade se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. Portanto, o imposto só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias dos produtores originários aos consumidores finais. As portas não estão abertas a que o ICMS alcance qualquer fato que o legislador considere revelador de capacidade contributiva, da parte de quem o pratica.⁶⁹⁰ Inexistente o substrato econômico que dê vazão à tributação, não há como se legitimar a incidência do tributo, sob pena de violar a capacidade contributiva do sujeito passivo.⁶⁹¹

Como reverbera Ives Gandra Martins, em lição que se pode estender ao que ora se examina: “à evidência, não constitui operação de circulação de mercadoria a circulação dentro do próprio estabelecimento do contribuinte”. O que resta embasado por farta jurisprudência, segundo o autor.⁶⁹² Dada pertinência ao tema, é possível trazer à baila pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal repetidamente citados na doutrina. Muito embora não se refiram ao petróleo, o raciocínio neles desenvolvido pode ser perfeitamente aplicado à questão em voga. Versando sobre o *momento inicial do ciclo econômico da mercadoria*, eles apontam em sentido contrário à possibilidade de hipóteses como a extração de petróleo ensejarem cobrança de ICMS.

O primeiro deles diz respeito à ausência de fato gerador do imposto no ato de produzir bens, pela empresa. Nesse sentido, nunca é demais lembrar que o ICMS não é um tributo que onera a produção da mercadoria. Embora tenha como pressuposto de fato o ciclo circulatório, pois é sobre essa circulação que incide, é mister que previamente exista a própria mercadoria em si, o bem como objeto autônomo de apreensão física e de relações jurídicas. Pretender tributar a fase de produção é tributar o ato de produzir ou gravar o patrimônio do

689 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 116-117.

690 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. P. 38-39 e 57.

691 CATÃO, Marcos Vinhas. *Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03*. P. 536.

692 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 113.

contribuinte, ambas as situações não recepcionadas em nosso ordenamento tributário na norma constitucional do ICMS.⁶⁹³

Na medida em que o ICMS incide sobre eventos que impulsionem a mercadoria em direção ao consumo, ou que impliquem circulação jurídica, na percepção dos formalistas, é imperativo lógico que, para haver operação de circulação de mercadoria, exista, antes, a mercadoria. As atividades materiais que dão vida, fazendo a coisa a ser impulsionada nascer ou surgir, correspondem a eventos que antecedem o próprio ciclo econômico. Portanto, tais atos estão fora do quadro de incidência do imposto, porque o ICMS só começa a existir a partir da primeira operação envolvendo a mercadoria, que, depois da sua produção, é encaminhada a terceiros. Nesse momento de concepção, em que o bem com valor econômico está nascendo, a mercadoria ainda nem pode ser batizada como tal, sendo qualificável como produto.⁶⁹⁴

A constatação de que produzir mercadoria não está abrangida pela norma do artigo 155, inciso II, da CF, foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 158.834, pelo Plenário.⁶⁹⁵ Discutia-se a tentativa dos Estados de, através do artigo 2º, do Convênio nº 66/88,⁶⁹⁶ gravar pelo ICMS os atos materiais pelos quais se origina uma mercadoria nova.

Mencionado dispositivo foi declarado inconstitucional, pela Corte Maior, por corresponder à criação de uma nova hipótese de incidência, alheia ao parâmetro constitucional e complementar do imposto, dado que não se pode falar de mercadoria em se tratando de bem que advém pela primeira vez nas instalações do contribuinte. A coisa só poderia ser considerada mercadoria quando houvesse a sua saída do estabelecimento, com algum relevo econômico, - ainda que não para terceiro, mas direcionada a outro estabelecimento desse contribuinte -, essa sim uma verdadeira operação de circulação de mercadoria.⁶⁹⁷

O outro precedente a citar refere-se à hipótese de transferência de cana-de-açúcar de produção própria entre o local da plantação e o estabelecimento onde se encontram as máquinas e equipamentos da usina. Alguns Estados⁶⁹⁸ pretenderam “autonomizar” essas áreas de plantio, como se estabelecimentos fossem, e exigir o imposto sobre o mero *deslocamento*

⁶⁹³ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 128.

⁶⁹⁴ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 128.

⁶⁹⁵ STF: RE no 158.834-9/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 05.06.2003.

⁶⁹⁶ Rezava o dispositivo do Convênio no 66/88: “Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto: § 1º Para efeito destas normas, equipara-se à saída: II - o consumo ou a integração no ativo fixo de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento ou adquirida para industrialização ou comercialização”.

⁶⁹⁷ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 128.

⁶⁹⁸ A exemplo do Estado da Paraíba no artigo 9º, do Decreto Estadual n. 11.222/1986.

físico da cana própria entre esses dois pontos. Situação bastante similar à condizente ao possível envio do petróleo da área onde é retirado da natureza ao local onde fixado o terminal de estocagem da empresa petrolífera.

Essa ficção jurídica criada pelos Estados, obviamente, não tem o condão de introduzir um novo elo na cadeia econômica, mais parecendo uma investida visando ao aumento das receitas fiscais. Como esperado, a previsão não se sustentou perante o crivo da Corte Suprema brasileira, que julgou inconstitucionais as disposições das legislações estaduais, sob o argumento de que consistiriam em tributar o mero deslocamento físico do bem, que não gera circulação de mercadoria passível de enquadrar-se na regra constitucional definidora da competência do ICMS.

À usina de cana-de-açúcar (local produtivo) estava inteiramente integrado o campo de plantação (local de cultivo, um dos momentos da produção), compondo, ambos, uma só unidade. No voto do Ministro Rafael Mayer,⁶⁹⁹ proferido no bojo da Representação de Inconstitucionalidade^o 1.181/PA, ainda à época da vigência do ICM, restou assentado que:

Quer se entenda o conceito constitucional sob o prisma de uma circulação jurídica ou de uma circulação econômica da mercadoria na direção do consumo, a operação que as suscita somente assume relevo quando significa uma exteriorização relativamente ao âmbito do estabelecimento.

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 e não dão causa à incidência do tributo.

A Corte Maior, em conclusão festejada, considerou que os dois estabelecimentos – plantação e usina – pertenciam a uma mesma unidade produtiva, não havendo, por isso, circulação econômica entre eles, passível de enquadrar-se na definição material, plasmada na Constituição, do ICMS. Em sintonia, houve manifestação em outro julgado,⁷⁰⁰ cuja ementa restou assim fixada (esclareça-se que, à época, assentado na Constituição Federal de 1967/1969, o ICM era previsto no artigo 23):

Ementa.

Representação. Inconstitucionalidade do artigo 9o de Decreto no 11.222, de 05/02/1986, do Estado da Paraíba. Ao declarar estabelecimento autônomo para autorizar a incidência do ICM estabelecimentos – engenhos, sítios e demais divisões fundiárias – da mesma usina – unidade econômica – contrariou o artigo 23, II, da CF, pois taxa o simples deslocamento físico de insumos destinados à composição do produto final da mesma empresa.

699 STF, RP no 1.181/PA, Rel. Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno, DJ 08.11.1984.

700 STF, RP no 1.355-3/PB, Rel. Min. Oscar Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 10.04.1987.

Em seu voto, o Ministro Oscar Corrêa deixa claro que, ainda que se verifiquem várias etapas do processo econômico realizadas no âmbito da mesma pessoa jurídica, tal não é suficiente para autorizar a incidência do imposto:

O que se há de aguardar é a *operação de circulação de mercadorias* – isto é, quando, após percorrer o ‘iter’ produtivo na unidade *produtiva* (da *empresa*), ainda que integrando elementos (materiais, produtos semi-acabados, etc.) de mais de um estabelecimento - só aí então incide o imposto, porque só aí se verifica a *operação* de mercadoria tributável.

Enquanto o produto se completa, se *integra*, com a participação de *estabelecimentos* de uma *mesma unidade econômica* (em geral, da própria *empresa* jurídica) não há falar em operação de circulação de mercadorias.

A menos que o *estabelecimento* não remeta a outro da mesma *unidade* o seu produto, mas o transfira a *outra empresa* – de outro proprietário – quando então se terá verificado igualmente a operação sobre a qual incide a exação – e isto porque agiu como *autônomo*. (Grifo do autor)

Essa decisão foi proferida, como dito, diante de situação relativa à produção de cana-de-açúcar pela própria usina. O Supremo, então, reconheceu que a produção de certo bem pela unidade pode ter relevância econômica, já que nasce um bem jurídico novo, que começa a fazer parte do patrimônio de seu produtor. Todavia, o evento não é suficiente para autorizar a cobrança do ICMS, pela singela razão de que, na mera produção de um bem ou produto pelo contribuinte, ainda não há introdução dele, o bem, no ciclo de circulação.⁷⁰¹

Hamílton Dias de Souza⁷⁰² entende que o ICMS “*só pode ser devido quando a operação encaminha o bem rumo ao consumidor final*”. Por sua vez, Ricardo Lodi Ribeiro,⁷⁰³ ao comentar o tema, explica que não existe circulação econômica com a mera saída física da mercadoria para outro estabelecimento, do mesmo titular, se ainda não foi concluído o processo produtivo realizado. Mesmo que tal processo seja implementado por mais de um estabelecimento da mesma unidade produtiva. Para embasar sua tese, o autor cita o precedente do STF que considerou não haver circulação econômica na saída de cana-de-açúcar do estabelecimento agrícola produtor com destino ao estabelecimento industrial da mesma empresa.⁷⁰⁴

Com isso, depreende-se que as operações que, no âmbito exclusivo e interno do seu titular (na sua relação direta com a coisa), tenham por objeto o bem ou produto, se não tiveram o condão de introduzi-lo e impulsioná-lo no seu ciclo de circulação, não despertam a

⁷⁰¹ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 127.

⁷⁰² SOUZA, Hamílton Dias de. *O fato gerador do ICMS*. P. 241-242.

⁷⁰³ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 146.

⁷⁰⁴ Referência à citada RP 1.355/PB, STF.

incidência do imposto estadual, pela singela razão de que o bem, até esse momento, não surgiu para a cadeia econômica. O que pode ocorrer em casos do tipo, quando muito, é a mera circulação física.⁷⁰⁵

Produzir o bem, enquanto ele permanece com o mesmo contribuinte, não é em si atividade que se inclua no ciclo econômico da circulação. Antecede o próprio ciclo, não sendo, de forma alguma, sua primeira etapa.⁷⁰⁶ Mesmo que essa produção encontre-se fracionada em mais de um local do estabelecimento. Aliomar Baleeiro, em voto exarado nos autos do RE n. 75.026, assim explica o fenômeno: “*isso é o que, em economia, se chama de integração: o produto final da Empresa é processado em diferentes etapas por dois ou mais estabelecimentos dela. A empresa é uma só, embora tenha vários estabelecimentos ou unidades de produção ou comércio*”.⁷⁰⁷

Novamente, toda a questão diz respeito ao conceito de circulação de mercadorias, ou melhor, de operação relativa à circulação de mercadorias.⁷⁰⁸ Se todos os pontos participam de um mesmo momento do produto, de uma só fase/etapa da criação do bem, quer dizer, nesse caso, seu momento inicial, de produção, de concepção, de surgimento no mundo negocial, o contribuinte limita-se a ‘dar vida’ ao bem, sem ainda colocá-lo em movimento com efeitos jurídicos, não efetuando nenhuma operação relativa a sua circulação.

E mais: se todos esses pontos emprestam sua contribuição à formação de um produto que possa, uma vez concluído o processo de que todos eles participam, ser disparado na economia, então é vedada a cobrança de ICMS, pois, embora possa haver saídas físicas, não se verifica a movimentação econômica, e é sabido que aquela, sem essa, não é suficiente para autorizar a tributação da etapa. É especificamente isso o que ocorre no envio do óleo do local de extração a um estoque da empresa.

E que não há circulação jurídica em hipótese assim configurada (de ponto extrativo para terminal de estocagem) também resta claro, pois não houve translação de posse ou de domínio – ambos os estabelecimentos pertencem à mesma pessoa jurídica. Daí, seja pela corrente da evolução econômica, seja pela teoria da circulação jurídica, ou da mista, haverá óbice a reconhecer incidência fiscal em casos do tipo.

⁷⁰⁵ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 139.

⁷⁰⁶ GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração de Petróleo*. P. 127.

⁷⁰⁷ In: STF, RE no 75.026/RS, Rel. Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, Publ. 20/03/74.

⁷⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fato Gerador de ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados*. P. 113.

Para o adequado entendimento da questão, Ricardo Lodi Ribeiro⁷⁰⁹ anota a importância de se estabelecer a necessária distinção entre *estabelecimento*, *personalidade jurídica* e *unidade econômica*. Conforme o Código Civil (CC), em seu artigo 1.142, “*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”, ou seja, o estabelecimento é uma universalidade de fato desses bens, corpóreos ou incorpóreos.

Quanto à *personalidade jurídica*, esta só se adquire com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, a partir de que começa a existência legal das pessoas coletivas de direito privado, nos termos do artigo 45, do CC. *Unidade econômica*, a seu turno, pode ser entendida como a forma organizada de produção no âmbito de um mesmo elo da cadeia circulatória da coisa. Assim, o estabelecimento é uma unidade da empresa que pertence à sociedade e funciona como instrumento de sua atuação. Cada pessoa jurídica pode ter tantos estabelecimentos quantos pretender, não gozando eles de autonomia, em termos de personalidade jurídica própria.

Logo, não importa se a transferência de bens se dá de um estabelecimento da empresa para outro da mesma pessoa jurídica, ou se para terceiros. O cerne da problemática está em saber se houve trespasse de unidade econômica à outra, distinta, independente de ambas estarem ou não sob o jugo de uma só personalidade jurídica.

Se a unidade A termina seu papel no ciclo econômico da mercadoria, colocando-a em circulação em direção à unidade B, a quem incumbe função diversa na cadeia, é cabível a incidência do ICMS, pois há a realização do fato gerador *operações relativas à circulação de mercadorias*, descrito na Carta Cidadã.

Ao revés, se a referida unidade A não conclui sozinha o processo produtivo iniciado - que pode (ou, ao menos, deveria poder), sem consequências fiscais, estar pulverizado em inúmeros estabelecimentos, já que a sociedade não é obrigada a concentrar suas atividades produtivas em um só local -, mas ela apenas fornece elementos ao estabelecimento B (e aos demais que, porventura, integrem a mesma fase da cadeia iniciada por A), que, por sua vez, irá concluir as atividades concernentes àquela etapa do ciclo, quando então, poderá ser posta a mercadoria em circulação, sendo impulsionada em direção ao primeiro elo, não é possível cogitar de fato gerador do imposto. Nesses casos, operação de circulação não existe. Ela irá

709 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 147.

existir a partir do impulso dado por B, para o qual A contribuiu, atuando na mesma etapa da cadeia.

Conforme referenciado, a unidade econômica, seja ela fornecedora, produtora, distribuidora, pode ter suas atividades fracionadas em vários pontos, diferentes estabelecimentos, sem que isso seja, isoladamente considerado, motivo capaz de deflagrar a exigência do ICMS. É preciso que o próximo elo *agregue* valor ao bem na cadeia tributada para que ele sofra tributação. Em outras palavras: é indispensável que ele acrescente algo, a partir de uma função diversa e particular que exerce no ciclo econômico. Abordando o tema da circulação de mercadoria na extração mineral do solo, Ricardo Lodi Ribeiro⁷¹⁰ atesta que o imposto só irá incidir quando o concessionário/parceiro colocar as mercadorias em circulação no mercado.

Ante o exposto, conclui-se que a remessa de petróleo, do terminal extrator, a outro estabelecimento da sociedade empresária exploradora, a quem foi outorgado o contrato de concessão ou o contrato de partilha da produção, conforme o regime a que submetida a área em questão, estabelecimento este destinado a armazená-lo até que ocorra a primeira operação de impacto econômico no seu ciclo, configura simples transporte de um produto, desde que ambos, como dito, integrem a mesma etapa do processo econômico do bem.

Tratam-se de estabelecimentos que atuam de forma integrada na produção do hidrocarboneto, uma vez que, após a extração do óleo cru por meio de processos complexos realizados no âmbito, por exemplo, da plataforma marítima, ele pode ser levado a outro estabelecimento da empresa petrolífera concessionária ou parceira, que pode estar localizado em terra firme, para que seja guardado (por exemplo: lavra de petróleo e gás na Bacia de Campos pela Petrobras, após o que tais bens são encaminhados aos terminais de estocagem da mesma empresa, localizados no município de Macaé, área contígua àquela).

O deslocamento do bem de que aqui se cogita pode ser facilmente equiparado à passagem da matéria-prima do setor rural para o industrial da mesma empresa, de uma só pessoa jurídica, uma única *unidade produtiva*, passagem essa que, com o aval da jurisprudência pátria mencionada, não dá ensejo à cobrança de ICMS. Até porque o ICMS não é um imposto que possa alcançar atividade material, realizada pelo contribuinte, desligada da circulação de mercadoria.

De fato, sob qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão será a mesma: não existe, nesse percurso, que ainda se insere antes do início do ciclo comercial do petróleo,

710 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *O Fato Gerador do ICMS*. P. 149.

operação de *circulação* de mercadoria, seja *jurídica*, seja *econômica*, e, por isso mesmo, está ele fora da competência tributária prevista no artigo 155, inciso II, da CF. Se o objeto da disciplina jurídica é um só, a produção, não cabe à lei tributária segmentar as atividades materiais de que ele se compõe para, com isso, buscar construir uma autonomia artificial, apta a ensejar incidência fiscal do imposto estadual. Outro ponto: a circulação, em si, não é tributada. Só há oneração pelo ICMS quando se verifique a *operação de circulação de mercadoria*, com o teor já detalhadamente exposto ao longo do capítulo.⁷¹¹

⁷¹¹ Lição nesse sentido está em: GRECO, Marco Aurélio. *ICMS – Exigência em relação à Extração do Petróleo*. P. 139-140.

CONCLUSÃO

O petróleo é o ouro negro que move o mundo. Como principal matriz energética, ele deixa de ser uma mera *commodity*, para tornar-se bem estratégico, que confere aos países produtores poder geopolítico e destaque na economia global. A partir das descobertas das imensas e promissoras acumulações da camada do pré-sal, o Brasil ascende no contexto da pesquisa e lavra de hidrocarbonetos.

Mas não é só. O cenário, que parece garantir pujança e desenvolvimento ao país, trouxe consigo uma série de perplexidades. A primeira delas repousa em questão já amplamente debatida, que toca no tema da manutenção ou extinção do monopólio público federal sobre o petróleo, o gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, de sede constitucional. Quando advém a EC n. 9/95 e altera a redação do artigo 177, § 1º, da CF, a doutrina busca definir a real amplitude da reforma efetuada.

A segunda liga-se ao Novo Marco Regulatório do Setor no Brasil. De certa forma como um desdobramento daquela primeira perplexidade, sobre o monopólio público e a cláusula da Constituição que o prescreve, surge a pergunta se o principal aspecto do Novo Marco, aquele atinente ao contrato de partilha da produção, estaria albergado pela expressão “*a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades*”.

E, exatamente por se tratar de um modelo recém-inserido, outras dúvidas são suscitadas, a maior parte em torno do regime de partilha da produção, mas algumas também dizendo respeito à empresa pública a ser criada, a PPSA; e à cessão onerosa autorizada à Petrobras, que foi efetivada em 2010. Comentários quanto ao Fundo-Social a ser criado, a partir das rendas do pré-sal, também são bem-vindos.

A primeira parte da presente dissertação está, na íntegra, voltada a esses aspectos gerais e regulamentares que circundam o tema. Mas o cerne da discussão a que se dedica o presente trabalho é outro, e repousa na tributação, pelo ICMS, imposto de competência estadual, de certas atividades desempenhadas ao abrigo do contrato de partilha da produção. Mais questões são lançadas. E uma, preliminar a todas as demais, é o reconhecimento do poder de tributar exercido pelos entes federativos em regiões marítimas. Se não houvesse competência tributária, sequer seria possível cogitar das incidências de ICMS que foram levantadas nessa dissertação. Afinal, as acumulações do pré-sal localizam-se *offshore*.

E, então, vieram as indagações específicas sobre o ICMS. Uma delas, já antiga, que parecia mesmo superada, renasce após a constatação da perda de receitas com a diminuição dos *royalties*. Trata-se da exigência de ICMS na extração de petróleo e gás natural, pelo o que se pretende tributar a fase de nascimento dos hidrocarbonetos, o surgimento dos produtos. Porém, o novo sistema regulatório do setor petrolífero trouxe outras questões, que lhe são peculiares. A suposta incidência de ICMS na partilha de óleo e gás (i) entre União e contratado, e (ii) entre os contratados, no bojo do consórcio por eles formado para explorar os campos outorgados, é tema novo e exigiu alguma dedicação argumentativa. Há também a discussão em torno do ICMS sobre operação de circulação de mercadorias, possivelmente capaz de gravar a saída do petróleo lavrado do local de extração para algum terminal de armazenagem integrante da mesma unidade produtiva.

O que se pretendeu, ao longo dessa dissertação, foi lançar subsídios, doutrinários, jurisprudenciais e mesmo de cunho prático, capazes de auxiliar na difícil tarefa de solucionar cada um dos pontos colocados em xeque. Ante todo o exposto no trabalho, é que se extraem as conclusões abaixo enumeradas:

1. O monopólio estatal sobre o petróleo e o gás natural, enunciado na Constituição de 1988, através do artigo 177, *caput*, permanece íntegro. A EC n. 9/95, que modifica o § 1º do dispositivo mencionado, flexibiliza a exclusividade da União Federal no que toca à realização das atividades jungidas à indústria do petróleo, especialmente a pesquisa e lavra dos hidrocarbonetos. Mas não a extingue. Com o advento da reforma, a União pode celebrar pactos, com sociedades de natureza pública ou privada, envolvendo o exercício dessas atividades.
2. Contribuem para se alcançar a definição do real significado das mudanças perpetradas pela emenda em comento, os métodos clássicos de interpretação, o literal, o histórico, o sistemático e o teleológico. E também dois princípios particulares de hermenêutica constitucional, o Princípio da Unidade e o da Efetividade.
3. A evolução da normatização do setor de petróleo e gás no Brasil revela como o segmento esteve, e está, relacionado às questões políticas, econômicas, sociais, e tecnológicas que o país experimentou. Fato que, aliás, não é exclusividade do Brasil, já que, mundialmente, essas variáveis sempre se colocaram em relação

íntima, por exemplo, ao preço dos barris de petróleo. O que, por óbvio, repercute em toda a teia do segmento, inclusive naquela que diz respeito à disciplina jurídica.

4. Há a descoberta de uma nova camada geológica: o pré-sal. O grandioso pré-sal, que traz consigo promessa de riqueza e desenvolvimento, uma vez que as jazidas existentes no polígono, ao que indicam as pesquisas, descobertas e estudos realizados, armazenam quantidades abundantes de petróleo e gás natural de alta qualidade, isso aliado a riscos exploratórios baixos, exige mudanças na legislação-quadro do setor. Esta, até então liderada pelo sistema de concessões, demanda alteração frente às possibilidades oferecidas pelo pré-sal.
5. A alteração da legislação concentra-se na identificação de um novo modelo exploratório, mais consentâneo ao momento de estabilidade vivenciado pelo Brasil, e ao retorno que as novas camadas estão aptas a oferecer ao país. Diversas são as modalidades de E&P relatadas pela doutrina nacional e estrangeira. Além dos contratos de concessão, há os acordos de prestação de serviços, que podem ser com ou sem cláusula de risco, as *joint ventures*, os modelos híbridos, e, enfim, o contrato de partilha de produção.
6. Surge o Novo Marco Regulatório do Setor de Petróleo e Gás Natural no Brasil, composto pelas Leis n^os 12.276/2010, 12.304/2010 e 12.351/2010. Ele insere profundas alterações na legislação do segmento. O marco é quase tão polêmico, quanto necessário, pois, com razão, identificou o governo que era o momento de mudar as regras do jogo e garantir ao país maior controle sobre a produção de hidrocarbonetos, bem como participação nas riquezas geradas com a exploração das atividades.
7. Lidera as modificações perpetradas a inserção do contrato de partilha de produção, como modelo exploratório aplicável às áreas localizadas no polígono do pré-sal e àquelas consideradas estratégicas. A concessão mantém-se para os campos de petróleo e gás natural localizados fora do pré-sal e aqueles que nele se encontrem, mas que já tenham sido licitados.

8. Embora tenha suscitado questionamento em torno de sua constitucionalidade, a dicção do artigo § 1º do artigo 177, da CF, parece deixar clara a possibilidade de adoção de qualquer forma contratual para a realização das atividades da indústria petrolífera. Adotar o contrato de partilha de produção para a exploração de hidrocarbonetos no pré-sal, e em áreas estratégicas, foi uma opção política de governo. A melhor doutrina e o STF assim entendem.
9. O contrato de partilha deverá ser precedido de licitação, na modalidade leilão, para sua outorga aos interessados. Após a vitória, o licitante deverá celebrar consórcio com a empresa pública a ser criada pela União (PPSA) e a Petrobras, para o cumprimento do contrato de partilha. A Petrobras sempre terá o papel de operadora exclusiva dos campos, assegurando-se a ela participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios. A legislação prevê hipóteses de consorciamento apenas entre PPSA e Petrobras.
10. A PPSA, além de compor os consórcios formados para cumprimento do contrato de partilha, terá em seu objeto a gestão dos contratos de partilha da produção e dos contratos de comercialização dos hidrocarbonetos da União.
11. A nova legislação autorizou, ainda, a União a ceder onerosamente à Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra, já tendo sido celebrado o respectivo contrato. Foi também prevista a criação de um Fundo Social específico para as rendas oriundas do pré-sal.
12. Os problemas tributários atinentes ao marco regulatório do pré-sal, respeitantes, especificamente, ao ICMS, exigem que se estabeleça, *a priori*, a plena possibilidade de exercício de competência tributária nas regiões marítimas. É preciso reconhecer a existência de poder tributário no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, especificamente dos Estados-membros, para que se possa discutir e refutar supostas incidências de ICMS em operações relacionadas à exploração de petróleo e gás no pré-sal.
13. Novamente, a doutrina e a jurisprudência oferecem os fundamentos para que se estabeleça a legitimidade de incidências fiscais, inclusive de ICMS, em operações

ocorridas nesses espaços de oceano. Embora em alguns deles, como na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, os países costeiros detenham soberania relativa, o poder de tributar atividades relacionadas à exploração de recursos minerais é plenamente legítimo.

14. A tributação relaciona-se com a exploração econômica de recursos, e sobre essa exploração, seja no mar territorial, na plataforma continental ou na ZEE, as nações costeiras têm ampla jurisdição. O alcance tributário dos entes periféricos, dentre eles os Estados-membros, a quem compete instituir o ICMS, também chega a tais regiões.
15. A regra-matriz do ICMS prevista no artigo 155, inciso II, da CF, comporta cinco fatos geradores, dos quais apenas o primeiro, a exigir seja verificada a realização de operação relativa à circulação de mercadorias, para que reste caracterizado o fato tributável pelo imposto, assume relevância para o trabalho ora desenvolvido.
16. A expressão *operação de circulação de mercadorias*, vez que composta de conceitos jurídicos indeterminados, gera algumas controvérsias. A tese que, com maior acerto, parece explicar seu conteúdo é a da evolução econômica. Estará caracterizada a hipótese de incidência do ICMS quando houver circulação da mercadoria na cadeia econômica que implique sua evolução da fonte produtora originária com destino ao consumidor final, independente de ocorrer, ou não, trespasse de domínio. Certo é, todavia, que a mera saída física do bem, sem efeitos econômicos, não é hábil a deflagrar a cobrança do aludido tributo estadual.
17. Face aos apontamentos acerca do fato gerador do ICMS, tal como configurado pela norma do artigo 155, inciso II, da CF, a afirmação de que não incide o imposto na extração de petróleo e gás natural, impõe-se. Não há operação de circulação de mercadoria na retirada dos hidrocarbonetos das jazidas minerais pelo detentor do direito de lavra. Essa operação não tem repercussão na cadeia circulatória dos bens, porque a precede, traduz apenas o momento de surgimento do petróleo e gás, ainda qualificáveis como produtos.

18. A inexistência de hipótese de incidência de ICMS na partilha dos hidrocarbonetos é evidente. A partilha de produção entre União e contratados que compõem o consórcio, não caracteriza operação de circulação de mercadoria, pelo fato de que ela ainda é remanescente da atividade extrativa, que, no modelo de partilha, culmina na divisão do óleo e gás adquiridos de modo *pro indiviso* pelas partes por ocasião da prospecção. Também não há ICMS na partilha dos hidrocarbonetos que ocorre no interior do consórcio explorador. Trata-se apenas de especificação da quota-parte a que cada consorte, na proporção de sua participação, tem direito nos resultados da atividade explorada em conjunto.

19. A remessa de petróleo do local de extração a outro estabelecimento da sociedade empresária exploradora, destinado à armazenagem do óleo prospectado, configura simples circulação física do produto, desde que ambos integrem a mesma etapa do processo econômico do bem. Não incide ICMS sobre essa operação, portanto.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, José Maria Arruda de; BONANNO, Paula Cerquera. Aspectos Tributários e Contábeis da Prestação de Serviços por Consórcios. In: GAIA, Fernando Antonio Cavanha; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coord.). *Cadernos de Direito Empresarial*. São Paulo: Gaia, Silva Rolim e Associados, 2005. v.3.

ANDRADE, Fábio Martins de. O Regime Tributário do Consórcio de Empresas. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário, e a Reforma da Lei das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 3.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da Agência Nacional do Petróleo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n.44, 2002.

_____. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 379, 2005.

_____. *Curso de direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 1, 2006.

_____. Direito Administrativo – Retrospectiva 2007. *Revista de Direito do Estado, RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 9, jan./mar. 2008.

_____. Princípios de Direito Regulatório do Petróleo. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Os Joint Operating Agreements – JOAs no Direito do Petróleo Brasileiro e na Lex Mercatoria. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 910, 2011.

ARANTES, Cássio Braga. Do ‘Autoconsumo’ de gás natural nas plataformas. Não incidência do ICMS e efeitos sobre o crédito de bens do ativo imobilizado. In: CARNEIRO, Daniel Dix; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Aspectos Tributários Relacionados à Indústria do Petróleo e Gás*. São Paulo: MP, 2011.

ARTETA, Hilda Guillén. Derecho Ambiental y contratación petrolera: armonización y dificultades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; GIARDINO, Cleber. Núcleo da Definição Constitucional do ICM. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 25-26, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. ICM sobre a importação de bens de capital para uso do importador. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 250, 1975.

_____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5521>>. Acesso em: 05.mar.2012.

_____. A natureza jurídica da concessão minerária. In: SOUZA, Marcelo Mendes Gomes de. *Direito Minerário Aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARRETO, Aires F. ISS: não incidência sobre as atividades desenvolvidas em águas marítimas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 200, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: TEMAS de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 4.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; VARELLA, Ana Luisa Tavares Nobre. A Inconstitucionalidade da Exigência do ICMS sobre a Atividade de Extração de Petróleo, nos Moldes Pretendidos pelo Estado do Rio de Janeiro. In: TORRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (Coord.). *Tributação no Setor de Petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA, Luís Gustavo Escorcio. Aspectos jurídicos da proteção ambiental na indústria de petróleo upstream: panorama e reflexões. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 1, 2006.

BORGES, José Souto Maior. *Questões Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

_____. Sobre a imunidade das operações interestaduais de circulação do petróleo e combustíveis e manutenção do crédito de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.168, 2009.

BROCK, Horace; Klingstedt, John P; JONES, Donald M. *Petroleum Accounting: Principles, Procedures and Issues*. 7. ed. Houston: Professional Development Institute, 2007.

BUCHÉB, José Alberto. *Direito do Petróleo: A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUENO, Alessandra Belfort. O consórcio da indústria do petróleo. In: PIRES, Paulo Valois (coord.). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Reimpressão.

CANRNEIRO, Daniel Dix; FARO, Maurício Pereira; ALMEIDA, Leonardo José Muniz de. Particularidades tributárias relacionadas com o biodiesel destinado às refinarias de petróleo e às distribuidoras de combustíveis. In: CARNEIRO, Daniel Dix; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Aspectos Tributários Relacionados à Indústria do Petróleo e Gás Natural*. São Paulo: MP Editora, 2011.

CARNEIRO, Roberto dos Santos; GOMES, Elisa Sesana. A Indústria do Petróleo e a Evolução dos Investimentos nas Operações Offshore – Um Histórico dos Aspectos Tributários Inerentes. In: PIRES, Paulo Valois (Coord.). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *ICMS*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, André de Souza. Do Conceito de Estabelecimento Permanente e as Atividades Negociais Móveis realizadas na Plataforma Continental. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, André de Souza; CARVALHO, Paulo de Oliveira. *O ICMS no Pré-Sal: brazilian business*. *Revista da Câmara de Comércio Americana para o Brasil*, São Paulo, n. 272, p.36, nov. /dez. 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (Universalidade). In: *IBET: Justiça Tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. ISS sobre Serviços de Limpeza, Manutenção e Conservação de Plataformas de Petróleo Prestados Onshore e Offshore. (Novas) Considerações Sobre a (Velha) Questão da Competência do Município do Local da Prestação Vs. A do Local do Estabelecimento Prestador. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Brasília-DF, v.106, set. 2012.

CASTRO, Morella M. de; ROGERS, Aaron M. Petróleo e Gás Canadense. *Revista do Direito da Energia*, ano 4, n. 9, São Paulo, set. 2009.

CATÃO, Marcos André Vinhas. Incidência do ICMS no momento da extração do petróleo. (In)constitucionalidade da lei estadual (RJ) nº 4.117/03. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. CONVÊNIO ICM 66/88 — Art. 27, par. 8º — Conflito com a Constituição Federal — Disposições do Convênio e as da legislação estadual — Territórios dos Estados e Municípios litorâneos — Plataforma continental — Mar Territorial — Zona econômica exclusiva. Parecer n. 21/89. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 41, s.d.

CAVALCANTI, Marcelo Castello Branco. *Análise dos Tributos Incidentes sobre os Combustíveis Automotivos no Brasil*. Dissertação de Pós-Graduação apresentada à UFRJ em 2006. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/mbcavalcanti.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na Lei Complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 3 e 8.1996.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcio de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 44, 1989.

CUNHA, Thadeu Andrade da. O contrato com cláusula de risco para a exploração de petróleo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 127, jul./set. 1995.

DERZI, Misabel e COELHO, Sacha Calmon Navarro. A hipótese de incidência do ICMS: irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega de mercadorias. In: *“Direito Tributário Aplicado – Estudos e Pareceres”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, v. 2 e 4, 2003.

DZIENKOWSKY, John S. Concessions, production sharing, and participation agreements for developing a country's natural resources. In: DZIENKOWSKY, John S. et. al. *Materials on International Petroleum Transactions*. 2. ed. Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

ENGISCH. Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FEIJÓ, Carlos; MELO, Solange. Atribuições do Poder Concedente em Angola em Matéria Petrolífera. In: *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, ano 4, n. 9, set. 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto Barroso. (Org.). *Direito Constitucional. Doutrinas Essenciais*. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. ICMS: não-cumulatividade e suas exceções constitucionais. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, 1989. v. 48, ano 13.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIORENTINO, Marcelo Fróes Del; FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes Del. A Tributação dos Consórcios, de Conformidade com a Lei n. 12.402/2011 e a Apresentação de Possíveis Questionamentos quanto à Legalidade do art. 1º da Medida Provisória n. 510/2010 Caso seja aceita (por Absurdo) a vigência da Mesma no Período de 29 de outubro de 2010 até 2 de maio de 2011. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 192, 2011.

FREDERICO, Daniel Braga. Alguns apontamentos acerca da natureza jurídica das participações governamentais do petróleo e do gás e seus reflexos práticos. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro, n. 1, Gramma, 2006.

FRIED, Edward R.; TREZISE, Philip H. *Oil Security: Restrospect and Prospect*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1993.

GALVÃO, Ilmar. *Parecer sobre a possibilidade de tributação: pelo ICMS, do petróleo e gás natural*. Apresentado nos autos da ADI nº 3.019-1/RJ, Brasília-DF, STF, 2009.

GAO, Zhiguo. *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*. Londres: Graham & Trotman, 1994.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *A Partilha e a PetroSal*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/conleg/CENTRO.../CarlosJacques.ppt>>. Acesso em: 05. mar. 2013.

_____. *O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo e Gás no Brasil: entre o regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. Brasília-DF, Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2009. Texto para discussão n. 55, mar. 2009.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES FILHO, Manoel Ferreira. Parecer. Parecer Anexo à ADI n. 2.080/RJ. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 mar.2013.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990.

_____. Constituição e Serviço Público. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação: aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. *Consulta sobre o regime da não-cumulatividade do ICMS*. Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Elaborada a pedido do SINDICOM. [S.I.], [s.n.], s.d.

_____. ICMS - exigência em relação à extração do petróleo. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 100, 2004.

_____. Impossibilidade de cobrar ICMS em operações ocorridas no mar territorial e na Zona Econômica Exclusiva. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 133, 2006.

_____. *Questões Fiscais dos Investimentos no Pré-Sal*. Rio de Janeiro, Escola Naval do Rio de Janeiro, 2011. Material da Palestra Proferida no II Seminário do Pré-Sal, na Conferência sobre Questões Fiscais, realizado na Escola Naval do Rio de Janeiro, em 13.05.2011.

GUTMAN, José. *Tributação e Outras Obrigações na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 38. ed. São Paulo: IR Publicações, 2013. Atualizado até 10.jan.2013.

HORTA, Raul Machado. *Mar Territorial – Plataforma Continental – ICMS – Serviço de Transporte Interestadual, Intermunicipal – Transporte Aéreo de Cargas e Passageiros para Plataformas de Exploração situadas no Mar Territorial Brasileiro. Inconstitucionalidade. Não incidência*. Parecer Anexo à ADI n. 2.080. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Tendências do Federalismo Brasileiro. *Revista de Direito Público*, Londrina, 1969. n.9.

ITAYLOR, Michel P. G.; WINSOR, Thomas P. *The Joint Operating Agreements, Oil and Gas Law*. Londres: Longman, 1990.

JETE, Jane Fiorati. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

JOBIM, Nelson. Aspectos Jurídicos da Abertura do Mercado do Petróleo. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. Oklahoma: Penn Well, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KARL, Terry Lynn. *The paradox of plenty: oil booms and petro-states*. Los Angeles: The Regents of the University of California, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Tradução de Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LOWE, John. *Oil and Gas Law in a Nutshell*. Saint Paul: West Publishing Company, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTHA, Rutsel Silvestre J. *The jurisdiction to tax in international law. Theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*. Boston: Kluwer, 1989.

MARTINS, Carolina de O. Project Finance na indústria do petróleo brasileira. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fato Gerador do ICMS nas Operações Interestaduais com Petróleo e Derivados. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 96, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Consolidação e redação das leis: Lei Complementar 95/98 e Decreto 2.954/99*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/853/consolidacao-e-redacao-das-leis-lei-complementar-95-98-e-decreto-2954-99>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. rev. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Marco Aurélio. *Considerações acerca da flexibilização do monopólio do petróleo*. In: REZEK, Francisco; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *CF. 20 anos*. São Paulo, RT, 2008.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – Teoria e Prática*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MELO FILHO, Cyro Cunha; FREITAS NETO, Jayme Barboza de. Aspectos Tributários e Escriturais dos Consórcios Voltados à Indústria de Petróleo e Gás. In: CARNEIRO, Daniel

Dix; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Aspectos Tributários Relacionados à Indústria do Petróleo e Gás Natural*. São Paulo: MP Editora, 2011.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Regime Jurídico da Concessão para exploração de petróleo e gás natural. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 36. São Paulo: RT, 2001.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Almedina, 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Monopólios estatais: sobrevivência anacrônica*. Disponível em: <http://www.institutoliberal.org.br/series_detalhes.asp?cds=4&cdc=28>. Acesso em: 20 fev. 2012.

MOTHÉ, Cheila Gonçalves; S. JÚNIOR, Clenilson da Silva. *Petróleo pesado e ultrapesado: reservas e produção mundial*. Disponível em: <<http://www.tnpetroleo.com.br>> Acesso em: 05. fev. 2012.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24. ed. ver. e atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAKHLE, Carole. *Petroleum Taxation – Sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*. New York: Routledge, 2008.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto B Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-Sal: O Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. In: *Revista da AGU*, ano 4, n. 24, Brasília-DF, abr./jun. 2010.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos tributários do direito do petróleo. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ONORATO, Willian T. *Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development*. Washington: The World Bank – Legal Department, 1995.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OSORIO, Fernando. O Código Tributário Nacional e a Tributação dos Consórcios. In: “*Cadernos de Debates Tributários – Tema: Aspectos Controvertidos do CTN*”, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 6. ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIRES, Adilson Rodrigues. Breve ensaio sobre as participações governamentais nas atividades de exploração e extração de petróleo. In: CARNEIRO, Daniel Dix e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Aspectos Tributários Relacionados à Indústria do Petróleo e Gás*. São Paulo: MP editora, 2011.

PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do Monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

QUINTANS, Luiz Cezar P. *Pescar paga ICMS? O princípio da Lei Noel*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=804>>. Acesso em: 25. abr. 2011.

_____. *Os desafios jurídicos no Upstream e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás*. In: Revista do Direito da Energia, ano 4, n. 9, São Paulo, 2009.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Edição ajustada ao novo código civil.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª Edição, atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Fato Gerador do ICMS*. Revista Fórum de Direito Tributário, n. 52, ano 9, jul/ago. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____; LOPES, Livia Pinheiro. A Industrialização por Encomenda e os Conflitos de Competência entre o IPI e o ISS. *Revista Fórum de Direito Tributário*. Belo Horizonte, n. 4, 2011.

_____; VIEIRA, Carlos Renato. Interpretação da imunidade prevista pelo artigo 155, § 2º, X, B, da Constituição Federal. Possibilidade de manutenção e aproveitamento dos créditos relacionados à aquisição de insumos, serviços de transporte e bens do ativo imobilizado. In: CARNEIRO, Daniel Dix e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Aspectos Tributários Relacionados à Indústria do Petróleo e Gás*. São Paulo: MP, 2011.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *A Compulsória Licitação nos contratos de exploração petrolífera*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5929>>. Acesso em 02 mar. 2012.

_____. Os Consórcios de Empresas e seu Trato Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 83, 2002.

RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de associação de empresas estatais. Acordo de acionistas, formação de consórcios e participação em outras empresas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAMPSON, Anthony. *The Seven Sisters: The Great Oil Companies & The World They Shaped*. Nova Iorque: The Viking Press, 1975.

SCAFF, Fernando Facury; PINHEIRO FILHO, Pedro Bentes. ICMS sobre as operações interestaduais com petróleo e seus derivados, e os efeitos da coisa julgada tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.152, 2008.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Daniel Coutinho da. Tributação de consórcio de empresas. Incidências fiscais normais e Refis. Diferentes fórmulas de pagamento. Repercussões fiscais. Normas vigentes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 153, 2008.

SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de La Constitución de los EE.UU. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, 1989.

SHWADRAN, Benjamin. *The Middle East Oil and The Great Powers*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, Leonardo Mussi da. *ICMS sobre a Extração de Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SMITH, Ernest E., et al. *Materials on International Petroleum Transactions*. 2. ed. Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

_____. *Typical World Petroleum Arrangements*. Institute on International Resource Law: Rocky Mountain Mineral Law Foundation 9-1, 1991.

SOARES, Humberto Ribeiro. Mar Territorial, Plataforma Continental, Zona Econômica Exclusiva e o ICMS do Estado do Rio. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. São Paulo: América Jurídica, 2003.

SOUZA, Hamílton Dias de. O fato gerador do ICMS. *Cadernos de Pesquisas Tributárias*, São Paulo, n.3 , 1978.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Co-operative Agreements in the Extractive Petroleum Industry*. Londres: Kluwer Law International, 1996.

_____. *Petroleum Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International, 1999.

THOMAS, José Eduardo (Org.). *Fundamentos de Engenharia do Petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2001.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado e de los contribuyentes*. Tradução de Pedro Herrera de Molina. Madrid: Marcial Pontes, 2002.

TOLEDO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional do Petróleo - ANP. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 28, 1999.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*. 2. ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Editora RT, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e Integração do Direito Tributário*. 4. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a Tributação - Imunidades e Isonomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v.3, 2005.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 4, 2007.

VARGAS, Tiago de Oliveira. Da não incidência do ICMS na venda do bem arrendado pelo arrendador na finalização do contrato de arrendamento mercantil: dedução extraída do entendimento do STF no RE n. 592.905/SC. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 195, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Inconstitucionalidade da Lei nº 4.117/03, do Estado do Rio de Janeiro*. Parecer apresentado nos autos da ADI nº 3.019/RJ, STF, em 14 de setembro de 2010. Sobre a cobrança de ICMS sobre a exploração de petróleo. Brasília, DF: STF, 2010.

VIVACQUA, Attílio. *A nova política do subsolo e o regime legal das minas*. São Paulo: Panamericana, 1942.

WÄLDE, Thomas. *Innovations in petroleum and mining licensing: Energy and Resources Law*, [S.I], n. 92, 1992.

XAVIER, Alberto. Consórcio: Natureza Jurídica e Regime Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 64, 2001.

_____. *Direito Tributário e Empresarial: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

YERGIN, Daniel. *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money and Power*. Nova Iorque: Touchstone Book, 1990.