

**20ª CÂMARA CÍVEL**  
**APELAÇÃO CÍVEL nº 0117460-44.2016.8.19.0001**  
**APELANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**APELADO: FRADE JAPÃO PETRÓLEO LTDA.**  
**RELATOR: DES. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA**

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE PETRÓLEO DESDE OS POÇOS DE EXTRAÇÃO ATÉ A CONCESSIONÁRIA E CORRESPONDENTE ADICIONAL DO FECP (FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA).**

1. O ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, sendo certo que a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 não preveem sua tributação sobre a extração de recursos naturais.

2. Incidência da Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para um outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

3. Aquisição originária da propriedade que, nos termos da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), é conferida ao concessionário somente após a extração.

4. Em que pese a competência dos Estados para instituírem o ICMS, não lhes é permitido legislar fora dos parâmetros fixados na Constituição Federal.

5. Lei Estadual nº 7.183/2015 que, apesar de revogar a Lei nº 4.117/03, instituiu a mesma modalidade de tributação de ICMS, prevendo a incidência do imposto sobre circulação do petróleo desde os poços (extração) até a concessionária, violando os parâmetros fixados na Lei Complementar nº 87/96, o artigo 146, III, “a” c/c 155, XII, “h” da Constituição Federal.

6. Mera extração do petróleo pelo concessionário e a sua passagem pelos pontos de medição da produção não são suficientes para preencher os requisitos previstos pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 87/96 para a incidência do ICMS e do FECP.

7. Precedentes desta E. Corte.
8. Incensurável a sentença recorrida.
9. Desprovemento do recurso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0117460-44.2016.8.19.0001 em que é Apelante Estado do Rio de Janeiro e Apelado Frade Japão Petróleo Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, na forma do voto do Relator.

Cinge-se a controvérsia em analisar se incide ICMS e correspondente adicional FECF (Fundo Estadual de Combate à Pobreza) sobre a atividade de circulação de petróleo desde os poços de extração até a concessionária, consoante o disposto na Lei Estadual nº 7.183/2015.

A Lei Estadual nº. 7.183/2015 regula a alíquota do ICMS incidente sobre operações de circulação de petróleo e, em seus artigos 1º e 2º, dispõe que:

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

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

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

**Parágrafo único – Para os fins do disposto no caput, Pontos de Medição da Produção são aqueles pontos definidos no plano de desenvolvimento de cada campo nos termos da legislação em vigor, onde se realiza a medição volumétrica do petróleo produzido nesse campo, expressa nas unidades métricas de volume adotadas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP e referida**

**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.**

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

- I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;**
- II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;**
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;**
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.” (Grifei)**

Deve-se destacar algumas definições trazidas pelo supracitado diploma legal em seu art. 6º, ex vi:

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

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

II - Gás Natural ou Gás: todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros;

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

IV - Derivados Básicos: principais derivados de petróleo, referidos no art. 177 da Constituição Federal, a serem classificados pela Agência Nacional do Petróleo;

V - Refino ou Refinação: conjunto de processos destinados a transformar o petróleo em derivados de petróleo;

VI - Tratamento ou Processamento de Gás Natural: conjunto de operações destinadas a permitir o seu transporte, distribuição e utilização;

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

XX - Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

XXI - Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

(...)

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

XXVII - cadeia produtiva do petróleo: sistema de produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados, incluindo a distribuição, a revenda e a estocagem, bem como o seu consumo.” (grifo nosso)

Ressalte-se que artigo 26 da Lei do Petróleo indica que a concessionária só passa a ter a propriedade do petróleo ou gás natural após a extração, senão vejamos:

*“Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.” (grifamos)*

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273/DF, declarou constitucional o supracitado artigo 26, não indicando a natureza derivada da aquisição da propriedade do produto pelo concessionário, ao contrário, o Ministro Eros Grau esclareceu que monopólio é de atividade e não de propriedade, consoante trecho que se transcreve, *in verbis*:

*“... Concluo este momento de meu voto relembrando que o monopólio é de atividade, não de propriedade. Isso explica por que a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio, contemplada no artigo 177 da Constituição.*

*A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuída ao concessionário pelo artigo 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção social capitalista.*

*A concessão seria materialmente impossível sem que o proprietário se apropriasse do produto da exploração da jazida. O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do § 1 do artigo 177 da Constituição Federal. Essas contratações [...] seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem,*

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

*direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.” (grifei)*

A Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que dispõe sobre o ICMS dos Estados e do Distrito Federal, em relação ao petróleo, não inseriu regra no sentido de cobrança do imposto desde os poços de sua extração para a empresa concessionária.

Cumpra esclarecer que, inicialmente, a mesma operação ora questionada (extração de petróleo quando a mercadoria passar pelos Pontos de Medição) foi incluída em Lei Estadual (nº 4.117/03 - Lei Noel), por intermédio da edição do Decreto nº 34.761, que acrescentou o inciso XVII ao art. 3º, o que ensejou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.019.

Com a edição da Lei nº 7.183/2015, que expressamente revogou a supracitada Lei Noel, houve a perda superveniente do objeto da ADI nº 3.019, que, contudo, já contava com pareceres da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União pela inconstitucionalidade da norma.

A constitucionalidade da citada Lei, do mesmo modo como a anterior, vem sendo questionada por meio da ADI nº 5.481, em que já há parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela suspensão cautelar de sua eficácia, que, todavia, ainda não foi deferida.

Convém transcrever trechos do referido parecer, ex vi:

**“(…) A Lei 7.183, de 29 de dezembro de 2015, do Estado do Rio de Janeiro, ao estabelecer hipótese de incidência de ICMS fora dos limites previstos na lei complementar federal, violou o art. 146, III, a, combinado com art. 155, § 2, XII, da Constituição da República. Inovou indevidamente o diploma fluminense ao prever incidência de ICMS sobre a simples extração de petróleo (art. 1); considerar como fato gerador a passagem do petróleo extraído pelos pontos de medição da produção (art. 2); definir como base de o cálculo o preço médio de referência do petróleo (art. 3); e estabelecer como local da operação aquele em que tenha ocorrido a medição (art. 6).**”

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

**Além de invadir campo constitucionalmente reservado à Lei complementar, o diploma afronta diretamente a conformação constitucional do ICMS, delimitada pelo art. 155, II, da Carta Política.**

*Devido à rigidez do sistema tributário, veda-se aos estados instituir ICMS quando não verificada a hipótese constitucional de incidência, qual seja, operação relativa à circulação de mercadoria, compreendida como ato de natureza mercantil que transfira propriedade.*

(...)

*Extração de petróleo das jazidas é fase inicial do ciclo exploratório, a qual se equipara à entrada de matéria-prima no estabelecimento do extrator. Como recurso mineral no subsolo, o petróleo ainda não foi produzido ou recebido pela concessionária. Não é mercadoria nem pode ser considerado em circulação para os fins a que se refere o art. 155, II, da CR, ao menos não antes da extração.*

(...).

*Fazer incidir ICMS sobre movimentação de petróleo dos poços de extração até os pontos de medição da produção, nos moldes do diploma questionado, significaria tributar simples transferência de mercadoria entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, contrariando jurisprudência pacífica da Suprema Corte” (grifo nosso)*

Verifica-se, assim, que o recorrente, em 29 de dezembro de 2015, motivado por forte crise financeira e política, revogou expressamente a antiga Lei Noel e instituiu novamente a mesma modalidade de tributação não prevista pela Constituição Federal, por meio da ora questionada Lei nº 7.183/2015.

A edição da novel legislação determinou, mais uma vez a incidência de ICMS sobre circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária, o que se mostra fora dos limites da Lei Complementar nº 87/96, violando os artigos 146, III, letra “a” c/c 155, XII, ambos da Constituição Federal.

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

A propósito:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

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

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;” (Grifei)

“Art, 155. XII - cabe à lei complementar:

(...)

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.” (Grifei)

No que pese a instituição do ICMS seja de competência dos Estados, não lhes é permitido legislar fora dos parâmetros da Lei Complementar e da Constituição Federal, que não mencionam a incidência do imposto na extração de petróleo, sendo certo que este ato não configura operação de circulação de mercadoria, porquanto, nessa fase, ainda não há transmissão da propriedade do bem.

Ressalte-se que o ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, sendo certo que a Constituição Federal e a já mencionada Lei Complementar nº 87/96, não preveem a sua tributação sobre a extração de recursos naturais como estabeleceu o apelante.

Assim, constata-se a aquisição originária da propriedade móvel, na medida em que há desprendimento de coisas acessórias que anteriormente aderiam à coisa principal, ressaltando que, antes da ação do produtor, não há divisibilidade entre as jazidas e os recursos minerais a elas agregados.

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

A circulação de mercadorias não se traduz na mera transmissão de domínio, não podendo se cogitar na incidência do ICMS nos casos em que a propriedade não é adquirida em razão de um negócio jurídico entre o adquirente e o alienante, mas de forma originária, como ocorre na extração mineral.

O petróleo e o gás só são assim considerados após a exploração, isto é, após o aproveitamento econômico do produto in natura, quando o produtor injeta substâncias líquidas para que os hidrocarbonetos se desprendam das paredes rochosas, ganhando autonomia em relação a elas, passando a existir como bem jurídico diverso da jazida, inexistindo transmissão da propriedade do petróleo e do gás natural na extração mineral.

Dessa forma, o ato de extração trata de processo produtivo, não configurando operação de circulação de mercadoria sob a ótica constitucional.

Não há transmissão da propriedade do petróleo e do gás natural na extração mineral e tampouco circulação de mercadorias, pois não se traduzem em bens distintos antes da extração, já que ainda não surgiram como bens separados da própria jazida.

Embora as jazidas pertençam à União, não se confundem com a lavra, cuja propriedade já nasce para o concessionário a quem cabe a exploração, inexistindo transmissão da propriedade do resultado da lavra logo após a extração.

A União detém os recursos (minerais ou não) que estão no subsolo do território, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, sendo que não se confunde com o produto adquirido, sujeito a imediata apreensão material e, portanto, passível de transmissão como mercadoria.

Com efeito, o petróleo extraído não é, imediatamente, de propriedade da União, porquanto somente se da extração surgir material passível de apropriação, será ele incorporado ao patrimônio do concessionário, sendo certo que o contrato tem como objeto exploração e não a alienação do produto que poderá ocorrer ou não.

A operação de extração e transporte do petróleo ao estabelecimento produtor e a conseqüente comercialização cuidam-se do mesmo processo, inexistindo circulação sob a ótica constitucional capaz de torná-las fases distintas, na medida em que o produto final só será comercializado após o exaurimento da atividade produtiva da concessionária.

Não há, portanto, transmissão de propriedade da União para a concessionária na extração do petróleo, na medida em que o domínio é adquirido de forma originária pela empresa exploradora, inexistindo circulação de mercadoria in casu.

Desse modo, o Apelante busca exercer exigência em relação ao petróleo não prevista na Constituição Federal, com base em suposta circulação de mercadoria ocorrida com a transferência de domínio do bem da União (proprietária da jazida) ao concessionário que o extrai do solo ou leito marinho, o que não se sustenta.

O recorrente, por meio da Lei nº 7.183/2015, tenta burlar, por via transversa, a imunidade nas operações interestaduais sobre esses produtos, prevista no art. 155, X, 'b'2, da CRFB/88, bem como do art. 3º, III3, da denominada Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96), o que não se pode permitir.

A mera extração do petróleo pelo concessionário e sua passagem pelos pontos de medição da produção não são suficientes para preencher os requisitos previstos pela Carta Magna e pela LC nº 87/96 para a incidência do ICMS e do FECPE.

Sobre o tema, confira-se os seguintes precedentes desta E. Corte, sendo que esta Relatora já apreciou, em sede de liminar, a matéria em oportunidade anterior:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CIRCULAÇÃO DE PETRÓLEO DESDE OS POÇOS DE EXTRAÇÃO ATÉ A CONCESSIONÁRIA. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR. MANUTENÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE NÃO PREVÊ A TRIBUTAÇÃO DO ICMS SOBRE A EXTRAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS. LEI 7.183/2015 QUE INSTITUIU HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE ICMS FORA DOS LIMITES DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 146, III, LETRA "A" C/C 155, XII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CABE A LEI COMPLEMENTAR ESTABELECEER NORMAS GERAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, ESPECIALMENTE SOBRE DEFINIÇÃO DE TRIBUTOS, SUAS ESPÉCIES, FATOS GERADORES, BASE DE CÁLCULO E CONTRIBUINTES. EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO DIRETAMENTE DA JAZIDA QUE NÃO É CONSIDERADA MERCADORIA E SEQUER POSSUI PODER DE CIRCULAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 58 DESTA E. CORTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (0063254-83.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 15/03/2017 – 20ª CÂMARA CÍVEL**

0411643-23.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a).  
FERNANDO FERNANDY FERNANDES - Julgamento:  
27/03/2019 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA INCIDÊNCIA DO ICMS E CORRESPONDENTE ADICIONAL FECF (FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA) SOBRE ATIVIDADE DE CIRCULAÇÃO DE PETRÓLEO DESDE OS POÇOS DE EXTRAÇÃO ATÉ A CONCESSIONÁRIA, CONFORME DISPOSTO NA LEI ESTADUAL Nº 7.183/2015. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONCEDER A ORDEM PLEITEADA, SUSPENDENDO A EXIGIBILIDADE DO ICMS E DO FECF, AFASTANDO-SE AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 7.183/2015. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA NA EXTRAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS. PROPRIEDADE DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL QUE, NOS TERMOS DA LEI Nº 9.478/97 (LEI DO PETRÓLEO), É CONFERIDA AO CONCESSIONÁRIO SOMENTE APÓS A EXTRAÇÃO. INOBTANTE A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA INSTITUIÇÃO DO ICMS, NÃO LHE É PERMITIDO LEGISLAR FORA DOS PARÂMETROS FIXADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E NA LEI COMPLEMENTAR. LEI ESTADUAL Nº 7.183/2015 QUE, APESAR DE REVOGAR A LEI Nº 4.117/03, INSTITUIU A MESMA MODALIDADE TRIBUTAÇÃO DE ICMS, PREVENDO A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DO PETRÓLEO DESDE OS POÇOS DE SUA EXTRAÇÃO PARA A EMPRESA CONCESSIONÁRIA, FORA DOS PARÂMETROS FIXADOS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, VIOLANDO O ARTIGO 146, III, "A" C/C 155, XII, "H" DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROPOSTA CONTRA A LEI Nº 7.183/2015, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5481, COM PARECER DA PGR FAVORÁVEL AO DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, QUE DESTACA A INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE CONSTITUCIONAL DE INCIDÊNCIA DE ICMS (CR, ART. 155, II) NA MOVIMENTAÇÃO DE PETRÓLEO ENTRE POÇOS DE EXTRAÇÃO E PONTOS DE MEDIÇÃO DA PRODUÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAR MERO DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE. PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

0140781-11.2016.8.19.0001 Apelação Cível - Des(a).  
MARIANNA FUX - Julgamento: 01/08/2018 - VIGÉSIMA  
QUINTA CÂMARA CÍVEL

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. PRETENSÃO AUTORAL DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE PETRÓLEO DESDE OS POÇOS DE EXTRAÇÃO ATÉ A CONCESSIONÁRIA E CORRESPONDENTE ADICIONAL FECF (FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA CONFIRMAR A LIMINAR E CONCEDER A SEGURANÇA. APELAÇÃO DO IMPETRADO.**

1. Ausência de violação ao princípio da dialeticidade, na medida em que o recorrente não está obrigado a refutar todos os capítulos da sentença combatida, sendo certo que as matérias impugnadas possuem correlação com os fundamentos do decisum. 2. Controvérsia que se cinge em analisar se incide ICMS e correspondente adicional FECF sobre a atividade de circulação de petróleo desde os poços de extração até a concessionária, consoante o disposto na Lei Estadual nº 7.183/2015. 3. Compete aos Estados instituir o ICMS, que não poderá ser cumulativo, cabendo à Lei Complementar definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá, bem como a sua base de cálculo, na forma do art. 155, incisos II e XII, da CRFB/88. 4. O ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, sendo certo que a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 não preveem sua tributação sobre a extração de recursos naturais. 5. Incidência da Súmula nº 166 do STJ, in verbis: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para um outro estabelecimento do mesmo contribuinte." 6. Cuida-se de aquisição originária da propriedade móvel, sendo que o petróleo e o gás só são assim considerados após a exploração, isto é, após o aproveitamento econômico do produto in natura, ganhando autonomia em relação as jazidas, passando a existir como bem jurídico diverso dela, inexistindo transmissão da propriedade do petróleo e do gás natural na extração mineral, não configurando operação de circulação de mercadoria sob a ótica constitucional. 7. A Lei Estadual nº 4.117/03 (Lei Noel), com as alterações promovidas pelo Decreto nº 34.761, instituiu, inicialmente, o ICMS sobre a operação sub judice, o que ensejou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.019. 8. A partir da edição da Lei nº 7.183/2015, questionada nestes autos, houve a expressa revogação da Lei Noel e a nova instituição da mesma modalidade de tributação, prevendo a incidência de ICMS sobre circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária, o que se mostra fora dos limites da Lei Complementar nº 87/96 e viola os artigos 146, III, letra "a" c/c 155, XII, ambos da CRFB/88. 9. A ADI nº 3.019 perdeu o objeto diante da

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
*Gabinete da Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira*

revogação da Lei Noel, sendo proposta nova ação questionando a inconstitucionalidade da Lei sub judice (ADI nº 5.481), pendente de julgamento. 10. O impetrante tenta burlar, por via transversa, a imunidade nas operações interestaduais sobre esses produtos, prevista no art. 155, X, 'b', da CRFB/88, bem como do art. 3º, III, da denominada Lei Kandir, o que não se pode permitir. 11. A mera extração do petróleo pelo concessionário e a sua passagem pelos pontos de medição da produção não são suficientes para preencher os requisitos previstos pela Constituição Federal e pela LC nº 87/96 para a incidência do ICMS e do FECF, merecendo manutenção a sentença. 12. Desprovimento do recurso.

Por outro lado, ao caso em comento, deve-se aplicar o verbete de Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça:

***“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para um outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.***

Assim, não merece reparo a sentença ao confirmar a liminar e conceder a segurança para suspender a exigibilidade do crédito tributário do ICMS e correspondente adicional ao FECF sobre a circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a concessionária, afastando as disposições da Lei nº 7.183/2015, obstando o apelado ao cumprimento de eventuais obrigações acessórias estabelecidas pelo Estado do Rio de Janeiro em relação aos fatos geradores do exercício de 2016.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2019

*Marília de Castro Neves Vieira*  
*Desembargadora Relator*