

EXMO. SR. DR. MINISTRO RELATOR DIAS TOFFOLI.

Referência: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.481.

*“the power to tax involves the power to destroy;
(...) the power to destroy may defeat
and render useless the power to create”*

Justice Marshall
McCulloch v. Maryland, 1819

“The power to tax is not the power to destroy while this Court sits.”

Justice Holmes
Panhandle Oil Co. v. Knox, 1928

ABEP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, por meio de seus advogados que assinam ao final (**doc. nº 01**), expor e requerer o que segue, nos termos que seguem.

1. SÍNTESE DOS FATOS.

Trata-se de Ação Direta que visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183/2015, cujo art. 1º pretende instituir a cobrança de ICMS sobre a *“circulação de petróleo desde os poços de sua extração para a empresa concessionária”*.

Recebida a inicial, o Exmo. Min. Dias Toffoli, verificando a relevância e urgência na apreciação da medida cautelar requerida, aplicou à presente ação o rito célere do art. 10 da Lei nº 9.868/99.

O Governador do Rio de Janeiro e a ALERJ apresentaram informações sustentando, em linhas gerais, a constitucionalidade da referida lei. Por sua vez, tanto a AGU quanto a PGR defenderam acertadamente a concessão da medida cautelar, por estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Com relação ao mérito da ação, a Requerente entende que já se pronunciou de maneira satisfatória e que os argumentos trazidos nas informações dos interessados não foram capazes de infirmar os fundamentos da inicial.

Até o momento, o pedido de medida cautelar ainda não foi apreciado. No entanto, considerando que a referida Lei já se encontra em vigor desde março deste ano, e considerando ainda os graves efeitos dela decorrentes, a Requerente vem reiterar o pedido de apreciação da medida cautelar em regime de urgência, conforme passa a demonstrar.

2. DA URGÊNCIA NO DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.

O *fumus boni iuris* já foi amplamente demonstrado pela Requerente ao longo de suas exposições nesta Ação Direta, o que foi inclusive corroborado pela AGU e pela PGR.

Por sua vez, o *periculum in mora* decorre, em suma, do fato de que a tributação da extração de petróleo indubitavelmente impacta todo o regime de concessões e partilhas, especialmente se considerarmos que (i) a maior parte das empresas produtoras de petróleo estão situadas no Estado do Rio de Janeiro; (ii) a quase totalidade da produção de petróleo no país provém desse Estado; e (iii) a nova e inédita incidência de ICMS implicará a oneração excessiva da operação, aumentando consideravelmente os custos de produção, pois sobre o preço de venda será adicionado um novo custo que chega à alíquota efetiva de ICMS de 25% (“alíquota efetiva”).

Vale notar que **o deferimento da medida cautelar não causará qualquer impacto nas finanças do Estado do Rio de Janeiro**. Isso porque, conforme exposto na petição inicial, **a antiga Lei Noel** (Lei nº 4.117/2003) **jamais chegou a entrar em vigor**, já que no dia seguinte ao da edição do Decreto regulamentador nº 34.761/04, o Estado voltou atrás e suspendeu sua eficácia por tempo indeterminado, por meio do Decreto nº 34.783/04.

Daí que, antes da edição da Nova Lei Noel (Lei nº 7.183/2015), não havia propriamente urgência na análise da medida cautelar na ADI nº 3.019, relatada pelo Exmo. Min. Celso de Mello.

Assim, apesar de haver lei anterior de conteúdo idêntico instituindo a cobrança de ICMS sobre a extração do petróleo, essa lei jamais produziu efeitos, pois o Estado do Rio de Janeiro sequer teve coragem de cobrar o ICMS sobre a extração do petróleo.

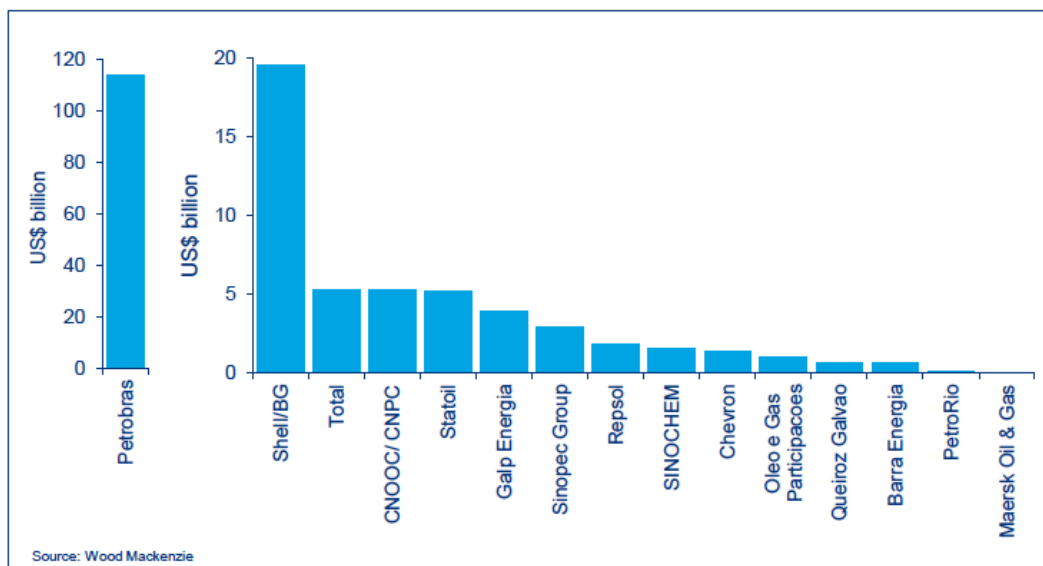
Situação diferente é a dos presentes autos, pois **a Nova Lei Noel** (7.183/2015) **passou a produzir efeitos em marco do presente ano**, com a edição do Decreto Estadual nº 45.611/2016 (**doc. nº 02**), representando uma expectativa de **novas receitas** pelo Estado do Rio de Janeiro.

E com a vigência dessa gravosa e inconstitucional exigência do ICMS sobre a extração do petróleo, **as empresas do setor já estão submetidas à fiscalização do Estado do Rio de Janeiro** e serão autuadas em valores astronômicos.

E não se trata de mera retórica. Para que se tenha uma dimensão do problema, a cobrança de ICMS com fulcro na Lei nº 7.183/15 sobre a produção de petróleo de **apenas quatro das empresas associadas à ABEP (Shell, BG, Petrogal e Chevron) somaria o montante de mais de R\$ 600 milhões (seiscentos milhões de reais)**, conforme relatórios anexos (**doc. nº 03**). E, caso se considere nesse cálculo a parte referente à Petrobrás, que responde por aproximadamente 90% da produção fluminense, e às demais empresas, nota-se facilmente que a cifra ultrapassa, em muito, a casa do bilhão de reais.

Tudo isso levará a Petrobrás – que é a maior empresa do Brasil e detém a maior participação nos campos de petróleo –, a sofrer duríssimos impactos financeiros e operacionais. Para se ter a dimensão, estudo elaborado pela conceituada empresa de consultoria Wood Mackenzie (**doc. nº 04**) demonstra que, com a nova tributação instituída pelo Estado do Rio de Janeiro sobre o petróleo (que, além da nova Lei Noel, abrange também a TFPG instituída pela Lei nº 7.182/15– objeto da ADI 5480), a **Petrobrás terá redução de receitas** de até **US\$ 114 bilhões**:

Redução no NPV10 remanescente em 2016 por empresa¹



¹ Denomina-se *net present value* (NPV), do fluxo de caixa de um projeto de investimento, a soma algébrica de todos os recebimentos e pagamentos atualizados com base em uma taxa de descontos. Esse modelo é usado para analisar a viabilidade econômica de um projeto.

Fonte: http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialproj2/pagina_7.asp.

Outrossim, o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) elaborou estudo conclusivo sobre a matéria, já anexado à inicial, confirmando a **inviabilidade econômica dos projetos de exploração e produção de petróleo no Estado do Rio de Janeiro no cenário atual (barril a menos de US\$ 50,00), se considerada a nova tributação trazida pela Lei nº 7.183/15²**.

Não bastasse isso, um estudo coordenado pelo IBP e pelo Instituto de Economia da UFRJ demonstra que, se considerarmos o novo cenário tributário fluminense, seria necessário que o preço do barril de petróleo atingisse um nível impensável de US\$ 122/barril para que se pudesse ultrapassar o piso marginal de investimento (“break-even”), e, mesmo assim, a rentabilidade do projeto seria de apenas 2,6%. É o que se vê na tabela abaixo (**doc. nº 05**):

| | Pré-sal 5.000 MMbl | | Pós-sal 500MMbl | | Pós-sal 150 MMbl | |
|-------------------|--------------------|-----------------------------|-----------------|-----------------------------|------------------|-----------------------------|
| | TIR | Break-even (US\$/barril) | TIR | Break-even (US\$/barril) | TIR | Break-even (US\$/barril) |
| Referência | 11,6% | 64,21 | 13,4% | 59,28 | 2,7% | 86,52 |
| Sem REPETRO | 9,0% | 74,38 | 10,8% | 67,38 | - | 107,84 |
| Com ICMS e TFPG | 2,6% | 122,98 | 8,5% | 75,07 | - | 114,93 |
| Todas as Maldades | 1,3% | 151,47 | 5,7% | 85,19 | - | 128,55 |
| Capex | | 8,9 | | 13,7 | | 22,4 |
| Opex | | 10,0 | | 8,0 | | 15,0 |

Fonte: Elaboração própria com base no Modelo GEE-IBP-*Upstream*

Nesse contexto, as projeções indicam que as empresas do setor abandonarão antecipadamente os poços de petróleo, devido ao impacto no custo de produção (**doc. nº 03, cit**). Com a fuga das empresas em razão da nova carga tributária imposta pelo Estado do Rio de Janeiro, pode-se afirmar que haverá inclusive a redução das receitas de outros entes da federação, eis que (i) a cobrança do imposto de renda deverá diminuir em até US\$ 21 bilhões (vinte e um bilhões de dólares); (ii) a arrecadação de royalties e de participações especiais seria reduzida em até US\$ 19 bilhões (dezenove bilhões de dólares).³ Ademais, haveria, por consequência lógica, uma significativa diminuição de recolhimento dos tributos atrelados à toda a cadeia indireta da indústria (fornecedores de materiais, equipamentos e serviços).

Tais números evidenciam que não só o setor regulado, mas também o próprio equilíbrio federativo será negativamente influenciado pela legislação do Estado do Rio de

² Bem como pela Lei nº 7.182/15, que instituiu a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG), equivalente a R\$ 3,0023 para cada barril de petróleo ou unidade equivalente de gás natural extraído no Rio.

³ Fonte: <http://www.woodmac.com/reports/upstream-oil-and-gas-brazil-tax-hike-in-rio-de-janeiro-could-reduce-oil-companies-remaining-value-by-75-36801036> (doc. nº 04, cit.). No mesmo sentido, o estudo elaborado pelo IBP juntado à inicial.

Janeiro, o que por si só demonstra a inviabilidade econômica da cobrança de ICMS sobre a atividade de extração do petróleo aqui tratada.

Ora, o que aqui se vê é uma tentativa do Rio de Janeiro de resolver, por meios escusos, o seu problema de baixa arrecadação fiscal. No entanto, as medidas tributárias adotadas pelo Estado poderão levar ao colapso da indústria de óleo e gás fluminense, que poderá não apenas deixar de explorar novos campos como também terá de abandonar os já em produção.

Nesse contexto, apesar de datar de 1819, nunca foi tão atual a frase do *Justice Marshall* citada na capa desta petição, no sentido de que **o poder de tributar tem o poder de destruir**.

Diante do exposto, impõe-se a urgente concessão de medida cautelar para se suspender as disposições contidas na totalidade dos artigos das Leis do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183/15 e nº 4.117/03.

3. DOS EFEITOS DA MEDIDA CAUTELAR.

Nesse contexto, a cautelar que vier a ser concedida deverá ter efeitos *ex tunc* – o que desde já se requer.

A possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à medida cautelar em ADI encontra amparo na parte final do art. do § 1º do art. 11 da Lei nº 9.868/99, em aplicação conjunta com o art. 21, incisos IV e V do Regimento Interno deste Tribunal.

Tal providência vem sido concedida até mesmo por decisões monocráticas⁴, em hipóteses nas quais a ausência desse efeito possa causar prejuízo de grave ou difícil reparação e sendo a inconstitucionalidade patente.

É exatamente o que ocorre no caso aqui tratado, tendo em vista que, nos poucos meses de sua vigência, a nova Lei Noel já criou um passivo bilionário para as empresas do setor, que, a princípio, não será suspenso caso a medida cautelar aqui pleiteada seja deferida apenas no efeito *ex nunc*.

Nesse cenário, a cobrança de ICMS pretendida pela nova legislação fluminense é manifestamente inconstitucional, de modo que as Leis nº 7.183/2015 e nº 4.117/2003 devem ser suspensas *in totum* – de plano e com urgência.

⁴ Cf., p. ex.: ADI 3395 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Decisão Proferida pelo Ministro Nelson Jobim, julgado em 27/01/2005, DJ 04/02/2005 PP-00002; ADI 5298 MC, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 15/04/2015, DJe-072 PUBLIC 17/04/2015; ADI 5145 MC, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 19/12/2014, DJe-021 PUBLIC 02/02/2015.

4. DOS PEDIDOS.

Diante do exposto, a Requerente pede a urgente apreciação da medida cautelar para suspender, **inclusive com efeitos retroativos**, as disposições contidas na totalidade dos artigos das Leis do Estado do Rio de Janeiro nº 7.183/15 e nº 4.117/03.

Por fim, pleiteia-se a juntada da nova procuração em nome dos patronos, ratificando-se todos os atos anteriormente praticados.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 16 de agosto de 2016.

SACHA CALMON NAVARRO COELHO
OAB/DF nº 20.118

MISABEL ABREU MACHADO DERZI
OAB/DF 20.114

EDUARDO MANEIRA
OAB/RJ nº 112.792-A

IGOR MAULER SANTIAGO
OAB/RJ nº 112.791-A

DONOVAN MAZZA LESSA
OAB/RJ nº 121.282

TIAGO CONDE TEIXEIRA
OAB/DF nº 24.259