



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Uma análise crítica da Lei 12.734 de 2012

Bruno Francisco Pires Lopes de Barros

Rio de Janeiro
2015

BRUNO FRANCISCO PIRES LOPES DE BARROS

Uma análise crítica da Lei 12.734 de 2012

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2015

UMA ANÁLISE CRÍTICA À LEI 12.734 DE 2012

Bruno Francisco Pires Lopes de Barros

Graduado em Direito pela Cândido Mendes. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Resumo: Diante das novas reformas legislativas introduzidas pela Lei 12.734 de 2012 foram alteradas as regras distribuição de *royalties*. Com isso, houve a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917 proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro alegando a quebra do pacto federativo estabelecido desde a Constituição de 1988. Dessa forma, a Ministra Relatora Cármen Lúcia proferiu decisão concedendo medida liminar para suspender a eficácia dos dispositivos questionados. Nesse contexto, há uma questão polêmica que deve ser analisada para traçar os acertos ou erros do ato normativo impugnado. O escopo é trazer à luz a melhor solução para a questão de forma crítica e gerar uma reflexão mais profunda sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Tributário Constitucional. Pacto Federativo. Lei 12.734 de 2012. Liminar na ADI4917.

Sumário: Introdução. 1. Não-cumulatividade como regra ou princípio. 2. A divisão do ICMS quando do pacto federativo. 2.1 A natureza jurídica dos *royalties* do petróleo. 3. Do cotejo com a norma Constitucional. 3.1 Lei 12.734 de 2012 constitucional ou inconstitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O dispositivo legal da Lei 12.734 de 2012 que alterou dispositivos da Lei 9.478 de 1997 e da Lei 12.351 de 2010 provocou mudanças nas regras de distribuição de *royalties* e participações especiais de Estados e Municípios.

Com a publicação da Lei 12.734 de 2012 houve profunda alteração no sistema dos denominados *royalties* e na distribuição do ICMS do petróleo que impactaram o Estado do Rio de Janeiro. As alterações ocorridas foram levadas pelo Estado do Rio de Janeiro ao conhecimento do STF por meio da ADI 4.917.

Na ADI 4.917, questiona-se a violação ao art. 20, §1º combinado com a alínea B do inciso II do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição da República. Ademais, alegou violação ao ato jurídico perfeito e ao princípio da segurança jurídica.

No entanto, o pagamento de *royalties* e participações especiais foi inserido no pacto federativo originário da Constituição de 1988, o que foi uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS que incide sobre o petróleo. Desse modo, ao ser discutido o tema foi decidido que o ICMS seria pago no destino e não na sua origem, o que inverteu o sistema comum utilizado até 2015.

Em decorrência desse acordo foram firmadas as alíneas A e B do art. 155, §2º, II da Constituição em respeito a não cumulatividade. A problemática para solução desse imbróglio jurídico poderia ter como norte a análise da não cumulatividade como princípio ou regra. Se considerado princípio, poderia ser flexibilizado para permitir a sua incidência para reequilibrar o pacto federativo afetado pelo advento da Lei. 12.734 de 2012. Se considerado como regra, não haveria a possibilidade de flexibilização, o que tornaria a Lei. 12.734 de 2012 a inconstitucional, pois retiraria os *royalties* do petróleo e o ICMS dos Estados produtores, deixando-os sem nenhuma outra fonte de renda.

Quanto à temática dos *royalties* do petróleo e a violação ao art. 20, §1º da Constituição de 1988, deve-se separar a sua natureza jurídica para melhor compreender se realmente tal denominação procede. Caso não seja, seria mera compensação pelos danos oriundos da extração do petróleo das áreas afetadas, não havendo a possibilidade jurídica de entregá-los aos Estados não produtores.

Desse modo, para melhor análise de toda a temática deve-se assim dividir:

No primeiro capítulo, haverá a análise da não-cumulatividade para saber se é princípio ou regra, pois se for princípio não haveria inconstitucionalidade e a hermenêutica constitucional dar-se-ia no sentido da harmonização da lei com a Constituição.

No segundo capítulo, haverá a análise de como se deu o pacto federativo em relação à tributação do ICMS. Além de qual a natureza dos *royalties* do petróleo para definir se há a possibilidade de os Estados não produtores ficarem com quase todo o valor como a Lei. 12.734 de 2012 a fez.

No terceiro capítulo, será analisado se a Lei. 12.734 de 2012 é constitucional ou inconstitucional. Desse modo, analisar-se-á a decisão monocrática proferida pela Ministra Carmem Lúcia, que é a relatora e quem deferiu a medida liminar na ADI 4.917, cuja decisão foi a suspensão dos efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012.

Diante dessa matéria que repercute no âmbito do pacto federativo e na confusão dos institutos jurídicos envolvidos é que se propõe uma melhor análise do caso concreto à luz da doutrina e da jurisprudência. O escopo do presente trabalho é analisar as possibilidades tanto de constitucionalidade e inconstitucionalidade da respectiva lei em cotejo.

1. A NÃO CUMULATIVIDADE COMO REGRA OU PRINCÍPIO

A questão da não-cumulatividade como princípio ou regra é um tanto complexa, apresentando diversas acepções e depende do conceito adotado pode levar conclusão dispares. Todavia, o objeto principal é incidir sobre a riqueza agregada pelo contribuinte nas etapas da cadeia produtiva, por isso retoma à sua origem francesa *taxe sur la valeur ajoutée* (TVA)¹.

¹ Em tradução do Francês, que é comentando na doutrina, é o denominado Imposto de Valor Agregado (IVA).

Interessante observar como alguns tributaristas nacionais tratam a não-cumulatividade, alguns como princípios e outros como regra. Também, há aqueles que além dessa dicotomia tratam como técnica a ser aplicada obrigatoriamente no ICMS e no IPI. Conforme passa a expor.

Segundo a concepção do tributarista Ives Gandra Martins sobre o princípio da não-cumulatividade, tem-se que:

No Brasil, para o IPI e o ICMS, o princípio da não-cumulatividade corresponde a uma técnica de arrecadação em que o tributo incidente nas operações anteriores é compensado nas operações posteriores pelo método temporal e não por operação.²

A sua concepção é nitidamente de que estamos diante de um princípio, em que pese denomine-o como técnica de arrecadação. Inclusive é como trata o instituto jurídico em suas diversas obras.

Em sentido contrário, a concepção do tributarista Kiyoshi Harada sobre o tema é:

A técnica da tributação não cumulativa é um dos meios de aliviar a carga tributária e propiciar condições de desenvolvimento econômico. Além da modalidade de incidência monofásica, no início ou no fim do ciclo de comercialização, conhece-se outra modalidade de imposto não cumulativo, consistente na incidência plurifásica, distribuindo o encargo financeiro do imposto ao longo do ciclo de movimentação da mercadoria em direção ao consumidor.³

Tal autor já diverge quanto a ser princípio a não-cumulatividade por entender ser uma técnica, o que diz respeito a sua origem histórica no TVA⁴. Enquanto Gandra classifica como técnica de arrecadação, Harada o faz como técnica da tributação. O consenso entre os dois é apenas quanto ao fato de ser uma técnica aplicada aos impostos ICMS e IPI, o que gera aplicações práticas idênticas. Todavia, a natureza jurídica para ambos é oposta.

Enquanto para Sacha Calmon Navarro Coêlho tem o entendimento de que:

O princípio manteve-se intacto na evolução constitucional posterior. Na CF/67, art. 22, V, § 4º (IPI), e art. 23, II, §5º (ICM). A Emenda 1, também chamada de Constituição emendada de 17.10.1969, manteve o princípio para o IPI no art. 21, V, § 3º, e

² MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Princípio da não-cumulatividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensao Universitária, p. 46, 2004 (Pesquisas tributárias. Nova série:10).

³ *Ibid.*, p. 366.

⁴ Em tradução do Francês, que é comentando na doutrina, é o denominado Imposto de Valor Agregado (IVA).

para o ICM art. 23, II. A Constituição de 1988, igualmente, realça o princípio da não cumulatividade em relação a ambos os impostos uma vez que são, como já enfatizamos, partícipes da grande família dos impostos sobre valores adicionais, embora ostentem traços fisionômicos próprios e inconfundíveis.⁵

Explicitamente adotou a não-cumulatividade como princípio e inclusive o trata como tal desde sua concepção no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, não questiona se é técnica de tributação ou arrecadação, muito menos tece minúcias sobre a sua aplicação prática como os autores anteriores se preocupam.

Nesse contexto de confusão da natureza jurídica da não-cumulatividade, há importância em se estabelecer se a não-cumulatividade é um princípio ou uma regra. Se for princípio caberia sua mitigação pela ponderação, o que poderia ser uma via interpretativa para declarar a Lei 12.734/12 constitucional. Caso seja uma regra apenas admitirá a sua aplicação e não poderá a Lei 12.734/12 subsistir no ordenamento jurídico, pois afrontaria o instituto previsto na constituição como de aplicação obrigatória.

Observem que Ives Gandra, em que pese denominar de princípio, faz uso em seu conceito teórico de ser uma técnica arrecadatória, o que impõe sua obrigatoriedade e afasta sua mitigação. Preocupa-se, o jurista, mais com os aspectos práticos do que com as divagações do mundo as ideias.

Todavia, não parece correto à luz de pensadores do Direito como Robert Alexy e J. J. Canotilho, que são considerados como verdadeiros marcos sobre o entendimento de regras e princípios. Inclusive se cogita que seria o marco da inversão do paradigma positivista para o pós-positivismo jurídico, que tem por pauta a hermenêutica do exegeta.

Nesse contexto, J. J. Canotilho ao sistematizar a matéria traça o grau de abstração como ponto nodal entre regra e princípio:

⁵ MARTINS, op. cit., p. 106-107.

Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.⁶

Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação dos princípios e das regras no caso concreto, J. J. Canotilho nos informa:

Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediação concretizadoras (do legislador, do juiz) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.⁷

Dessa forma, a não-cumulatividade seria uma regra em nosso ordenamento, inclusive é tratado como uma técnica de tributação por nossos tribunais e doutrinadores com aplicação imediata em decorrência da Constituição. Veja que ao ser classificado como uma regra, sua aplicação independerá de leis de efeito concreto da Administração Pública.

Robert Alexy, por seu turno, concebe as regras da seguinte forma:

São normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁸

Enquanto os princípios para o autor é:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁹

Em que pese não serem uníssonos quanto à classificação entre regras e princípios, deve ser entendido no conceito de Alexy que é uma regra, pois sua incidência no Brasil dá-se de forma prática em decorrência de julgados do STF e STJ. No entanto, observa-se que poderia ser enquadrado como princípio por seu cerne ser um mandamento de otimização, o que

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.138.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., p.140.

⁹ Ibid.

não deixa de ser a não-cumulatividade, apesar de repercutir na prática jurídica diferente do que ocorre hoje.

No entanto, somente enquadrando a não-cumulatividade como regra para haver a interseção entre Alexy e Canotilho. O que parece ser de melhor técnica, mas que irá traçar os destinos da Lei 12.734/12, vertendo-a para a inconstitucionalidade quanto a esse tópico.

Vê-se que a própria não cumulatividade é uma ideia que nasce na gênese da *taxe sur la valeur ajoutée* (TVA)¹⁰ como técnica de propiciar a tributação no valor que se agrega ao produto ou serviço. Nesse contexto que nasceu o ICM na Emenda Constitucional nº 18/1965 à Constituição de 1946, tomando como norte tal inspiração europeia e trazendo consigo a técnica da não-cumulatividade como algo inerente à justiça fiscal em sentido lato.

2. A DIVISÃO DO ICMS QUANDO DO PACTO FEDERATIVO:

Quando da elaboração da Constituição da República em 1988, houve a definição das competências tributárias. Definiu-se o Imposto de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) como competência Estadual e do Distrito Federal, conforme o art. 155, II da Constituição. No entanto, houve algumas alterações pela Emenda Constitucional nº 87 de 2015 que devem ser realizadas para uma melhor compreensão da matéria. Momento esse, que foi redefinida a regra do ICMS que está no art. 155, §2º, VII da CRFB¹¹.

Atente-se que a atual redação foi modificada pela Emenda Constitucional nº 87 de 2015 em 16.04.2015 e estabeleceu noventa dias para a produção de efeitos em seu art. 3º. Inclusive a regra que havia originalmente será modificada até 2019, conforme estabelece o art. 2º da referida emenda, qual seja:

¹⁰ Em tradução do Francês, que é comentando na doutrina, é o denominado Imposto de Valor Agregado (IVA).

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:

Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.¹²

A regra anterior era o ICMS ficar com o Estado de origem, mas será do Estado de destino até 2019.

A exceção que havia na regra quanto se trata de combustíveis e lubrificantes que era do Estado de destino passará a ser a regra para o ICMS, invertendo-o. Ressalta-se que até 16.04.2015 tratava-se de exceção à regra, conforme o §4º da CRFB¹³.

Portanto, veem-se algumas modificações legislativas na regra de distribuição dos valores arrecadados pelo ICMS. Todavia, o petróleo continua a regra anterior de pagar no Estado destino.

Importante observar que em razão do ICMS ser pago no destino houve a regra do art. 20, §1º da Constituição para compensar essa diminuição da arrecadação para o Estado de origem.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO:

Em uma primeira análise, cabe destacar que a denominação *royalties* é originada da língua inglesa, que tem significa uma renda fixa por derivar de um ativo financeiro. Como o

¹² BRASIL. Emenda Constitucional nº 87 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm>. Acesso em:28 maio 2015.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:28 maio 2015.

objetivo desse trabalho não é traçar um exame detalhado das derivações de sentidos que há dos *royalties* na língua inglesa, veremos como a doutrina nacional conceitua.

Royalties estão relacionados com a Propriedade Industrial que em nosso ordenamento jurídico é a Lei 9.279 de 1996. Pode-se observar que o termo em questão advém do direito empresarial e está no art. 61 da Lei 9.279 de 1996¹⁴:

Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração.

Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente.

Veja que o denominado *royalty* é a contraprestação para a celebração de um contrato de licença voluntária, em que o proprietário irá celebrar contrato para outro explorar a patente que detém. Como leciona André Luiz:

Para celebrar o contrato de licença voluntária, obviamente o titular da patente vai exigir do licenciado uma contraprestação, chamada *royalty*. No caso de licenciamento do pedido de patente, embora a lei não vede expressamente a cobrança de *royalties*, o INPI não tem admitido tal prática, negando os pedidos de averbação que contenham tal previsão. Assim, os *royalties* só são admitidos nos casos de licenciamento de patente, mas não nos casos de licenciamento do pedido de patente.¹⁵

Dessa forma, compreende-se que o termo *royalties* possui uma natureza jurídica de contrato de licença voluntária para exploração de uma patente. Portanto, os chamados “*royalties* do petróleo” não teriam essa natureza contratual, já que o art. 20, §1º da CF de 1988 não o denomina assim, qual seja:

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.¹⁶

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

¹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 169.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

Diante da norma constitucional temos duas opções sobre a natureza jurídica dos chamados “*royalties* do petróleo”, quais sejam: participação no resultado ou compensação financeira por essa exploração.

Todavia, a problemática de qual seria a natureza jurídica dos “*royalties* do petróleo” surge da confusão legislativa e da atecnia quanto ao uso dos termos, conforme podemos notar na Lei n. 9.478/1997 sobre o pagamento de *royalties*, em seu art. 47:

Art. 47. Os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.¹⁷

Somente em 1998 com o Decreto 2.705 foi superado o equívoco legislativo da lei anterior que definiu em seu art. 11 o seguinte:

Art 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.¹⁸

Diante dessa última norma, não há dúvidas sobre a natureza jurídica, consolidando-a como compensação financeira, o que corrigiu o equívoco da legislação anterior. Esse emaranhado de confusão legislativa e atecnia somente serviram para gerar confusões.

3. DO COTEJO COM A NORMA CONSTITUCIONAL:

Após essas explicações preliminares, tornar-se-á mais fácil a compreensão do tema e dos principais aspectos que devem ser analisados. Há dois núcleos básicos para o entendimento da matéria: um quanto ao ICMS em relação ao petróleo e a compensação financeira do art. 20, §1º da Constituição.

Interessante notar a tese central que fora resumida pelo autor às fls.15 da ADI 4917, conforme segue, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia:

¹⁷BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

¹⁸BRASIL. Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

A tese central da presente ação direta (...) a de que o pagamento de royalties e participações especiais insere-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural.

A principal ideia que norteou a medida liminar deferida pela Ministra Cármen Lúcia é essa ideia central de equilíbrio federativo e por essa razão que o STF tem competência para análise da questão.

No entanto, o histórico sobre o conflito federativo feito de forma sucinta pela Ministra relatora é no sentido de afirmar que a problemática remonta a data de 1953. Decorre de anos o conflito entre os entes federativos para receber valores da exploração do petróleo a título de compensação. No entanto, somente em 1988 que foi elevado o status constitucional da presente lide, conforme segue:

A exploração marítima do petróleo determinou, em 1985, a mudança das normas referentes àqueles pagamentos (Lei n. 7.453), prevendo-se, então, compensação às pessoas federadas quando o óleo ou o gás natural fossem extraídos de plataforma continental. Os valores passaram a ser devidos a Estados e Municípios confrontantes com os poços produtores.

Em 1988, ganhou estatura constitucional o direito dos Estados e Municípios à participação nos resultados 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 por essa exploração.

Portanto, essa discussão é um embate travado entre os entes federativos desde pelo menos 1953. Todavia, apenas agora que tomou proporções jurídicas com a ADI 4917.

Em um primeiro plano, tem-se o ICMS que durante a constituinte originária resultou na elaboração da Constituição da República de 1988 ficou estabelecido regras específicas para o petróleo. Regras essas, que como visto, era exceção e que até 2019 será a regra de ser pago no destino.

Em outros termos, os Estados em que há a exploração do petróleo não o recebem, conforme o art. 155, §4º da Constituição. Por ser pago no Estado de destino do petróleo e seus

derivados, o Estado de origem não recebe nada. Essa estipulação ocorreu como forma de ceder

Em um segundo plano, houve a compensação financeira pela exploração de petróleo do art. 20, §1º da Constituição que, de forma equivocada, é denominado “*royalties* do petróleo”. Entretanto, a Lei 12.734 de 2012 alterou a distribuição de “*royalties* do petróleo” para retirar dos Estados produtores e Municípios os valores pagos como compensação financeira pela exploração. Como melhor sintetizado às fls. 18 da ADI 4917:

A Lei n. 12.734/2012 (...) editada para alterar as bases da repartição das participações governamentais devidas, nos termos da Constituição, aos Estados e Municípios em cujos territórios ocorra a produção de petróleo. Em síntese, o diploma estabelece uma nova forma de rateio das participações, colocando no centro das preocupações, não os entes produtores – como determina a Constituição -, e sim os Estados que (i) não sofrem os impactos e os riscos associados à exploração de petróleo, e (ii) já se beneficiam de uma regra especial quanto à incidência do ICMS. Não fosse suficiente, a lei sequer excepciona expressamente as concessões já celebradas com base na legislação anterior, pelo que seria possível imaginar que o novo regime poderia ser aplicável aos contratos já em curso.

O intuito do constituinte originário quanto ao petróleo era inverter o ICMS, que é para o Estado destino, e por meio da compensação financeira por sua exploração do art. 20, §1º da Constituição de 1988 atribuiu uma fonte de arrecadação para o Estado de origem. Desse modo, o Estado destino e o de origem teriam uma fonte de renda diferente para cada um, fato que corrobora para orçamento interno de cada ente e o equilíbrio federativo entendido como um escopo final.

Vejam a problemática ao confrontar a alteração legislativa da Lei 12.734 de 2012 em seu art. 48, II, b e o art. 49-A, II:

Art. 48. A parcela do valor dos royalties, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:

b) 17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986;

Art. 49-A. Os percentuais de distribuição a que se referem a alínea “b” do inciso II do art. 48 e a alínea “b” do inciso II do art. 49 serão reduzidos

I - em 2 (dois) pontos percentuais em 2013 e em cada ano subsequente até 2018, quando alcançará 5% (cinco por cento);

II - em 1 (um) ponto percentual em 2019, quando alcançará o mínimo de 4% (quatro por cento).

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de 4% (quatro por cento).¹⁹

Diante dessa inovação legislativa em cotejo, pode-se observar a redução do percentual de 17% para 4% para os Municípios até 2019. Todavia, o valor já foi reduzido de 22,5%, conforme segue a redação anterior dada pela Lei 9.478 de 1997:

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;²⁰

Os Estados tiveram uma redução menor conforme segue a redação atual que foi introduzida pela Lei 12.734 de 2012:

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes;²¹

A redação anterior dada pela Lei 9.478 de 1997 era a seguinte:

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;²²

Nota-se que o percentual do Estado que era de 22,5 % foi reduzido para 20%, o que não significou uma perda como ocorrera com os Municípios.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112734.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

²¹ BRASIL. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112734.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

²² BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

Fato interessante que as reduções serviram para constituir um Fundo Especial para distribuir entre Estados e Distrito Federal, conforme segue:

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

1. os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei;
2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), de que trata o art. 159 da Constituição;
3. o percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
4. o Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item 1;
5. os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;²³

Dessa forma, os 20% serão divididos entre os Estados que não receberam outros recursos dessa origem, o que fará com que a compensação financeira seja repartida de igual monta entre todos os Estados. Ressalta-se que os Estados em que ocorre a exploração também terão 20%. Em outras palavras, os Estados que suportam os danos ambientais sofridos e os que não suportam irão receber 20% do valor a título de compensação financeira pela exploração do petróleo.

Já os Municípios terão outro Fundo Especial pela redação da Lei 12.734 de 2012, conforme segue:

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

²³ BRASIL. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112734.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

1. os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;
2. o rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do FPM, de que trata o art. 159 da Constituição;
3. o percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item 1 será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;
4. o Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item 1;
5. os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item 4 serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea;²⁴

Diante dessa redação, os Municípios que não suportam a exploração terão 20% da compensação financeira para ser repartido entre eles. Todavia, os Municípios que suportam a exploração do petróleo que era de 22,5%, conforme segue a redação anterior dada pela Lei 9.478 de 1997, irá para 4% em 2019 conforme a Lei 12.734 de 2012.

Desse modo, confrontando o art. 20, §1º da Constituição da República de 1988 a qual expressamente informa ser compensação financeira pela exploração do petróleo, sem muita análise jurídica pode-se observar algo de errado. Parece estranho ter Fundo Especial para Municípios e Estados, que não suportam essa exploração, repartirem 40% da compensação financeira pela exploração do petróleo.

Em que pese seja contra a lógica da redação constitucional, parece que o legislador preferiu denominar “*royalties*” e não parece atento ao rigor da nomenclatura e os ditames da Lei Maior.

3.1. A LEI 12.734 DE 2012 É CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL:

Esses equívocos legislativos e a falta de rigor das nomenclaturas podem ter levado nosso Poder Legislativo a equívocos que agora cabe o controle repressivo abstrato de consti-

²⁴ BRASIL. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112734.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

tucionalidade na ADI 4917 pelo STF. No entanto, podemos antecipar certos temas à luz da decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia.

Um desses temas é a federação como foi constituída em 1988 e a tentativa de realizar um reequilíbrio federativo que se encontrava comprometido nos ordenamentos jurídicos anteriores à atual Constituição. Nesse sentido, Raul Machado Horta:

A Constituição de 1988 promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro, estabelecendo a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam essa forma de Estado no conjunto das formas políticas. Esse processo de reconstrução envolveu o abandono do modelo fixado na Constituição Federal de 1967 e na Emenda n. 1 de 1969, as quais, sob a inspiração do autoritarismo político, concentraram na União a sede praticamente exclusiva da legislação e dos recursos tributários, relegando Estados e Municípios a situação de meros caudatários da União. As relações de subordinação adquiriram predominância no federalismo constitucional de 1967 e 1969 e esse período, que perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, assinalou a crise mais profunda do federalismo brasileiro...O constituinte de 1988 teve a consciência da crise do federalismo e se empenhou na retomada dos fundamentos definidores do Estado Federal. É nesse retorno às fontes republicanas do federalismo constitucional que reside a relevante tarefa de reconstrução do federalismo, mérito inegável da Constituição de 1988.²⁵

Dessa forma, alterar um equilíbrio federativo tão tênue é no mínimo temerário para o Estado entendido em seu sentido amplo. Retirar e alocar percentagens sem a respectiva compensação no orçamento do ente federado que perdeu, mostra-se assunto que demanda uma discussão profunda e não apenas a vontade da maioria para alterar.

Ainda, que se defendesse a eventual constitucionalidade e que se mantivesse o equilíbrio federativo, temos o veto da Presidenta da República que declara expressamente a inconstitucionalidade da norma. Manifestou-se no sentido de vetar os dispositivos quando inicialmente votados pelo Congresso Nacional, como segue:

A imposição de limites máximos para o recebimento de valores referentes aos royalties viola o disposto no § 1º do art. 20 da Constituição. A compensação financeira aos municípios produtores, confrontantes ou afetados deve guardar equivalência com o impacto decorrente da produção e da exploração de petróleo e gás natural. Ao determinar um teto de receita, os dispositivos desvirtuam tal sistemática constitucional de proporcionalidade entre a exploração e a compensação. Além disso, ao adotar como critério para a definição dos limites o ano de 2011, o projeto impõe tratamento não isonômico entre municípios produtores. (...)

Não há justificativa constitucional para o pagamento de compensações financeiras

²⁵ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.522.

aos municípios que sediarem pontos de entrega de gás natural. [...]

Essas razões para alegar a inconstitucionalidade desde a primeira votação no Congresso Nacional é bem elucidativa em relação à matéria tratada pelo então projeto de lei que originou a Lei 12.734 de 2012.

O que se percebe diante do veto presidencial é o que a Ministra Cármen Lúcia observou e resumiu toda a controvérsia enfrentada e que norteia toda a decisão da medida cautelar deferida na ADI 4917.

[...] O debate legislativo, a impor novo modelo definidor de critérios para a fixação e distribuição de recursos referentes à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou de compensação financeira por essa exploração, parece ter tido como causa a fragilidade e a necessidade financeira das entidades federadas, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No afã de obter mais recursos, os parlamentares encaminharam-se para solução que é de sua competência (formulação da lei mencionada no § 1º do art. 20 da Constituição), alterando o modelo de distribuição dos recursos ali previstos para destinar pagamentos a outras pessoas federadas que não apenas aquelas até agora aquinhoadas. Legislar é direito-dever do Congresso Nacional. [...]

Perante esse resumo, tem-se além de uma discussão jurídica, uma discussão política que envolve nosso modelo de federação e como se pactuou a divisão das fontes de renda de cada entidade. A complexidade do tema demanda uma discussão ampla e não apenas a vontade da maioria para a implementação de modificações que teriam a contrapartida da compensação financeira por danos suportados pela exploração do petróleo.

A mera vontade da maioria por meio de uma lei ordinária para modificar comando constitucional é no mínimo duvidosa constitucionalidade. No entanto, a Ministra Cármen Lúcia elucidou bem tal questionamento, conforme segue:

De se anotar, ainda, que se for (ou se fosse) constitucionalmente possível – e há densa plausibilidade de não o ser – possa ser promovida alteração da matéria na forma feita (alteração legislativa é certo ser possível, porque a matéria cuidada no § 1º do art. 20 da Constituição assegura direito “nos termos da lei”), poder-se-ia chegar, talvez, a duas incongruências da nova legislação com os princípios e regras constitucionais: em primeiro lugar, Estados e Municípios não dotados dos requisitos constitucionais para titularizar direito à participação no resultado da exploração de petróleo e de gás natural passariam a receber recursos que, em contrapartida, seriam retirados do que se tem como direito de outros Estados e Municípios, em afronta ao que dispõe o § 1º do art. 20 da Constituição.

De fato, há no mínimo um problema quanto à forma legislativa utilizada para realizar a modificação na legislação. Além da incongruência destacada acima, como poderia ser compatibilizado a compensação financeira pela exploração do petróleo aos Estados que não sofrem. Soma-se que há vedação constitucionalmente de instituir ICMS, conforme o art. 155, §2º, X, b da Constituição²⁶.

Desse modo, a situação é delicada por não haver outra possibilidade para gerar renda aos entes federados afetados com as reduções percentuais. Sem contar as diversas questões não enfrentadas nesse trabalho que fulminam a iniciativa legislativa federal e sua tentativa de alterar o que denominam de “*royalties*”.

CONCLUSÃO:

Diante de diversas complicações de ordem formal e material, conforme abordado minuciosamente acima, há problemas constitucionais graves que fulminam a Lei 12.734 de 2012. Além de um problema político, há o entrave ao abalar o tênue equilíbrio federativo encontrado pelo constituinte originário quando da elaboração da CRFB.

No afã de gerar recursos financeiros, os parlamentares alteraram a distribuição dos recursos do art. 20, §1º da Constituição para entes federados que não titularizam o direito a compensação financeira pela exploração do petróleo, uma vez que não suportam tal atividade em seus territórios. Portanto, ao elaborar uma lei ordinária que não observou a constituição, padece de sua inconstitucionalidade.

Por mais nobre que seja a intenção daqueles que assim permitiram a aprovação da Lei 12.734 de 2012, não agiram de acordo com as regras existentes em nossa democracia. Haver a possibilidade de alteração da regra é algo inegável, mas não se pode realizar essa alteração pelo veículo normativo que fizeram uso. Uma norma constitucional, somente poderia

²⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 87 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc87.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

ter sido alterada por meio de emenda. Fato que demandaria uma discussão política muito mais ampla por ser a forma de aprovação mais dificultosa, o que enseja um amplo debate.

Nota-se que a contrapartida imediata das pessoas federadas afetadas seria o estabelecimento do ICMS para compensar a perda orçamentária, mas lhes são vedados pelo art. 155, §2º, X, b da Constituição. Dessa forma, há uma perda financeira que não poderá se quer ser compensada.

Todavia, o art. 20, §1º da Lei Maior é claro que é compensação financeira pela exploração para os entes federados que suportem a exploração de petróleo e derivados em seus territórios. A norma é nitidamente de caráter indenizatório. Portanto, se não há exploração dessa atividade empresarial na pessoa federada, não há motivo para compensar o que não suportou.

Dessa forma, a razão para a elaboração da Lei 12.734 de 2012 atenta a própria lógica do sistema jurídico brasileiro. Inclusive há uma argumentação sugestiva da Ministra Cármen Lúcia na decisão monocrática de deferimento da medida cautelar requerida na ADI 4917 de que é inconstitucional. No entanto, a inconstitucionalidade tem diversos argumentos a ser perquirido pelos julgadores, inclusive não abordados nesse trabalho.

Como há diversos equívocos legislativos na Lei 12.734 de 2012, o mais correto é posicionarmos pela sua inconstitucionalidade. O desequilíbrio federativo proporcionado por ela é de tal monta que dificilmente irá subsistir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Emenda Constitucional nº 87 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 9.279, de 14 maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112734.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Princípio da não-cumulatividade*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2004 (Pesquisas tributárias. Nova série:10).

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.