

Estado em Juízo

# EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no exercício de suas prerrogativas constitucionais (Constituição, art. 103, V), representado por Procuradores do Estado (Constituição, art. 132 – Lei nº 9.868/1999, art. 3º, parágrafo único), vem respeitosamente propor

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

em face do art. 5º da Lei Federal 12.276, de 30 de junho de 2010, mediante as razões a seguir expostas.

Esclarece que pretende, com a presente ação direta, seja conferida ao art. 5º da Lei 12.276 *interpretação conforme à Constituição*, de modo a assegurar a intangibilidade do pacto federativo (Constituição, arts. 1º, 18, 19, III, e 60, § 4º, I), a preservação do princípio democrático (Constituição, arts. 1º, 60, §4º, II), além da aplicação desse dispositivo em harmonia com as normas contidas nos arts. 20, § 1º, e 177, § 2º do texto constitucional.

### **I. Inteiro teor do dispositivo**

1. Eis o inteiro teor do art. 5º da Lei 12.276:

Art. 5º Serão devidos royalties sobre o produto da lavra de que trata esta lei nos termos do art. 47 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

§ 1º A parcela do valor dos royalties que representar 5% (cinco por cento) da produção será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

§ 2º A parcela do valor dos royalties que exceder a 5% (cinco por cento) da produção será distribuída nos termos do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.

### **II. Pertinência temática**

2. É manifesta a pertinência temática no presente caso, tendo em vista o impacto que a interpretação do art. 5º da Lei 12.276 pode gerar para a economia do Estado do

Rio de Janeiro. Trata-se, como se verá adiante, de impacto que alcança a ordem de dezenas de bilhões, com graves consequências sobre a oferta de serviços públicos, a implementação de infraestrutura e a geração de empregos no território do Estado, justificando-se, diante de tais circunstâncias, a ação direta, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

“ADIN. Legitimidade ativa de Governador de Estado e pertinência temática. Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn. (...)” (ADIn MC 2.396/MS, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 26.9.2001, DJ 14.12.2001).

3. Não há dúvida, portanto, quanto à pertinência temática, no caso concreto.

### III. Breve histórico da Lei Federal 12.276/2010: a cessão onerosa e seu possível impacto sobre o Estado do Rio de Janeiro

4. Promulgada em 30 de junho de 2010, a Lei 12.276 autorizou a União Federal a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada de licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas não concedidas do Pré-Sal.<sup>1</sup> Nos termos do *caput* do seu art. 1º:

Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

5. Conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional, a cessão onerosa foi parte da operação de capitalização da Petrobras, que se anunciou como urgente e imperativa ao argumento de que o nível de endividamento alcançado pela estatal (34%) aproximava-se do teto fixado pela própria companhia (35%). Sem poder se endividar

<sup>1</sup> “O termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000m. O termo pré é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros.” (explicação disponível no site oficial da Petrobras).

mais, a Petrobras precisava da capitalização para obter recursos. Entretanto, o aumento de capital forçaria a União a despendar vultosa soma de dinheiro para acompanhar o aporte dos demais acionistas, sob pena de sofrer diluição da sua participação na companhia. A solução encontrada para evitar o dispêndio de dinheiro pela União foi a cessão do exercício da atividade de pesquisa e lavra do petróleo em áreas não concedidas do Pré-Sal, até o volume de cinco bilhões de barris, sem licitação.

6. Em outras palavras: para evitar desembolsar as somas de dinheiro necessárias à capitalização da Petrobras, a União Federal entregou diretamente à companhia o direito de produzir cinco bilhões de barris de petróleo em áreas não concedidas do Pré-Sal.<sup>2</sup> A cessão onerosa, como se vê, atendeu exclusivamente ao interesse da União Federal, em seu papel de acionista da Petrobras.

7. A Lei 12.276 não definiu sobre quais áreas não concedidas do Pré-Sal incidiria a cessão onerosa à Petrobras. O art. 2º, inciso I, da Lei 12.276 transferiu “a identificação e delimitação geográfica das respectivas áreas” a um instrumento contratual, objeto de livre negociação entre a União e a Petrobras.

Art. 2º O contrato que formalizará a cessão de que trata o art. 1º deverá conter, entre outras cláusulas que estabeleçam:  
I – a identificação e a delimitação geográfica das respectivas áreas;  
(...)

8. Assim, nem deputados federais, nem senadores, nem Estados ou Municípios produtores, nem empresas do mercado de petróleo, nem qualquer cidadão brasileiro teve conhecimento das áreas do Pré-Sal cuja exploração a Lei 12.276 estava transferindo, sem licitação, à Petrobras. Ainda hoje, passados mais de três meses da publicação da lei, a imensa maioria da sociedade brasileira não tem a mínima noção das áreas que foram entregues à Petrobras. Longe de exprimir desinteresse, a ignorância resulta de uma estratégia deliberada da União e da Petrobras de não atribuir à identificação das aludidas áreas a necessária transparência e publicidade. A postura foi bem sintetizada em declaração do próprio Presidente da Petrobras aos meios de comunicação:

“O presidente da Petrobras, José Sérgio Gabrielli, afirmou nesta terça-feira, em entrevista exclusiva à Agência Estado, que está começando o processo de perfuração dos poços que ajudarão a definir a localização dos reservatórios que a União cederá onerosamente à estatal. “A perfuração está começando no pré-sal da Bacia de Santos”, disse, sem revelar a localização exata dos

<sup>2</sup> Apenas para evitar que a capitalização se desse diretamente em bens de valor ainda imensurável, foram usados títulos da dívida pública como pagamento da cessão onerosa, títulos que a Petrobras havia recebido no processo de capitalização. Assim, a operação foi “neutra” do ponto de vista da União. Nenhum centavo foi retirado dos cofres públicos. Os títulos que foram formalmente transferidos na capitalização, voltaram à União em pagamento pela cessão onerosa, configurando-se uma operação puramente contábil.



13. Não ouvir o Estado do Rio de Janeiro antes, durante ou depois da seleção das áreas, que não foi sequer comunicada ao Governo fluminense, seria compreensível se daí não lhe pudesse resultar qualquer prejuízo. E, de fato, o texto da Lei 12.276 não traz, de modo expresso, qualquer limitação às receitas devidas ao Estado do Rio de Janeiro em virtude da exploração do petróleo no seu território. O art. 5º da Lei 12.276 prevê expressamente o pagamento de *royalties*, nos termos da legislação em vigor, sem afastar a incidência de qualquer outra espécie de compensação financeira devida aos Estados e Municípios produtores, como a chamada *participação especial*, prevista na Lei Geral do Petróleo como específica concretização do art. 20, §1º, da Constituição.

14. A Petrobras, contudo, passou a veicular apresentações que dão conta de outra interpretação do art. 5º da Lei 12.276. Como se vê de inúmeras manifestações a investidores nacionais e estrangeiros, o referido dispositivo legal teria, na interpretação da Petrobras, excluído o pagamento da *participação especial* devida aos Estados e Municípios produtores. Veja-se, a título ilustrativo, o texto de um dos slides apresentados pela Petrobras em seu site oficial: “*Não há incidência de P.E. nas áreas da Cessão Onerosa.*”<sup>6</sup>

#### CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CESSÃO ONEROSA

- ▶ Petrobras exercerá as atividades de pesquisa e lavra por sua conta e risco e terá a titularidade dos volumes produzidos.
- ▶ Petrobras pagará royalties no valor de 10% da produção, calculados na forma da Lei nº 9.478/97 e Decreto nº 2.705/98.
  - ▶ Não há incidência de P.E. nas áreas da Cessão Onerosa.
- ▶ Petrobras estará sujeita ao regime tributário nos âmbitos federal, estadual e municipal.
- ▶ A ANP caberá regular e fiscalizar as atividades exercidas pela Petrobras, aprovando os acordos de utilização que vierem a ser necessários nestas áreas.

15. Na interpretação da companhia, a Lei 12.276 teria criado um novo regime de exploração do petróleo, diverso do atual regime de concessões e também de um

<sup>6</sup> Apresentação disponível em [www.petrobras.com.br/ri/Download.aspx?id=11180](http://www.petrobras.com.br/ri/Download.aspx?id=11180)

futuro e eventual regime de partilha: o regime de cessão onerosa. Neste novo regime, o pagamento de *participação especial* teria sido afastado pelo simples fato de que o art. 5º da Lei 12.276 limitou-se a tratar dos *royalties*. A omissão da lei específica teria, no entendimento da Petrobras, o condão de suprimir a incidência da *participação especial* na produção de petróleo nas áreas abrangidas pela cessão onerosa.

16. Tal interpretação afronta, como se demonstrará adiante, inúmeros dispositivos da Constituição da República. Não bastasse isso, seu impacto sobre a economia do Estado do Rio de Janeiro é desastroso. Como também se verá oportunamente, o prejuízo supera dezenas de bilhões de reais e atinge diretamente o povo fluminense, sujeito a elevados riscos ambientais, que têm gerado constantes acidentes, além de suprimir a receita necessária à administração de diversos custos sociais envolvidos no afluxo populacional gerado pela indústria extrativista do petróleo.

17. Daí não ter restado ao Governador do Estado do Rio de Janeiro outra via que não a propositura da presente ação direta, destinada a atribuir ao art. 5º da Lei 12.276 uma interpretação conforme à Constituição, que assegure o recebimento pelos Estados e Municípios produtores de todas as compensações financeiras previstas na Lei Geral do Petróleo e que não tenham sido expressamente afastadas pelo mencionado dispositivo legal.

#### IV. Cabimento da interpretação conforme à Constituição

18. O art. 5º da Lei 12.276 não faz menção expressa à *participação especial*, de modo que a questão que se coloca na presente ação direta (quanto ao seu afastamento ou preservação no caso da cessão onerosa) é puramente interpretativa, inserindo-se no sistema de controle concentrado de constitucionalidade por meio do instrumento da interpretação conforme à Constituição. Com efeito, “*no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição*”.

19. Como se pretende demonstrar, a interpretação do art. 5º da Lei 12.276 em conformidade à Constituição impõe a preservação do direito dos Estados e Municípios ao recebimento da *participação especial*. A interpretação contrária violaria frontalmente (i) o direito constitucional à plena compensação financeira, prevista no art. 20, § 1º, da Constituição; (ii) o disposto no art. 177, § 2º do texto constitucional; (iii) a intangibilidade do pacto federativo (Constituição, arts. 1º, 18, 19, III, e 60, § 4º, I); e, finalmente, (iv) a preservação do princípio democrático (Constituição, arts. 1º, 60, §4º, II).

<sup>7</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 268.

#### IV.1. Violação ao art. 20, §1º, da Constituição

20. A Constituição estabeleceu expressamente, em seu art. 20, §1º, o direito dos entes federativos à compensação financeira pela exploração do petróleo em seu território:

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.

21. A garantia constitucional à compensação financeira tem por finalidade amenizar os evidentes impactos ambientais decorrentes da atividade extrativista e o aumento da demanda por serviços públicos de distribuição de água, luz, segurança pública, transporte, habitação, dentre outros, suportados pelos entes federativos diretamente afetados. O tema já foi objeto de consideração pelo Supremo Tribunal Federal:

*“A compensação se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera. Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente ambientais (...), sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos. (...) Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo”<sup>8</sup>.*

22. A doutrina segue a mesma orientação, como se vê da lição de Ricardo Lobo Torres:

“Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc., matéria ainda não regulamentada. Ou podem receber compensações financeiras,

<sup>8</sup> STF, RE 228.800/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.11.2001 (trecho do voto relator). Nesse mesmo precedente, vale transcrever trecho do parecer do Ministério Público federal, assinado por João Batista de Almeida, Subprocurador-Geral da República: *“Da mesma forma, a compensação financeira instituída pela atual Constituição Federal, na verdade, como alternativa à participação nos resultados, se faz em virtude de uma atividade especialmente danosa à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no que estes fazem jus a uma recomposição, expressa em valor monetário, dos prejuízos porventura suportados. Essa é, portanto, a natureza da compensação, como querido pelo constituinte. Neste ponto, não há como tergiversar”*.

que têm a natureza de preços públicos pela utilização de recursos naturais situados em seus territórios, justificando-se como *contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo do Brasil”*<sup>9</sup>.

23. Tal compensação financeira faz-se especialmente necessária porque, segundo a própria Constituição, a tributação do petróleo, ao contrário do que acontece com os demais produtos, não ocorre no Estado produtor, mas sim no Estado de destino do produto. Com efeito, o art. 155, §2º, inciso X, alínea “b”, do texto constitucional inverte a regra geral de tributação do ICMS, criando em relação ao petróleo (e também à energia elétrica) uma exceção: a tributação no destino.<sup>10</sup> Como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, essa disciplina foi criada para beneficiar o “Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo”.<sup>11</sup> Ciente de que privava os Estados de origem de significativa receita tributária, o Constituinte lhes assegurou, em contrapartida, a compensação financeira do art. 20, §1º, como se extrai de voto do Ministro Nelson Jobim, que atuou como deputado constituinte:

*“Daí por que preciso ler o § 1º do Art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição Federal. O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica –, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS. (...) Assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí criou-se o § 1º do art. 20 (...)”<sup>12</sup>*

24. Consagrado o direito constitucional à percepção de contrapartida financeira, o legislador ordinário cuidou de regulamentar o tema. Como resultado de um longo

<sup>9</sup> Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 191.

<sup>10</sup> Constituição, art. 155, § 2º: “O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: (...) X – não incidirá: (...) b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

<sup>11</sup> STF, RE 198.088/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 5.9.2000.

<sup>12</sup> STF, MS 24312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie (trecho do voto do Min. Nelson Jobim), DJ 19.12.2003.

percurso histórico, a Lei Geral do Petróleo (Lei 9.478/1997) consagrou, em seu art. 45, um minucioso sistema de participações governamentais decorrentes da atividade de exploração de petróleo e seus derivados:

Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

II - royalties;

III - participação especial;

IV- pagamento pela ocupação ou retenção de área.

25. Estas quatro espécies de participações governamentais permitem que os diversos entes federativos usufruam, por diferentes maneiras, da receita derivada da exploração do petróleo. Trata-se do chamado *government take*, fatia que os países procuram legitimamente conservar dos lucros provenientes da indústria do petróleo. A propósito, assevera Maria D'Assunção Costa:

“Um dos procedimentos legais e contratuais de um Estado soberano, detentor de bens públicos, é participar das rendas da sua exploração através de mecanismos institucionais do gênero ‘participações governamentais’. No caso brasileiro elas se dividem em várias espécies, que são: as compensações financeiras para o uso dos potenciais hidroelétricos e para as atividades de petróleo e gás natural: (i) o bônus de assinatura, (ii) os royalties, (iii) as participações especiais e o (iv) pagamento pela ocupação da área”<sup>13</sup>.

26. Dentre as diversas modalidades de participações governamentais previstas na legislação brasileira, destaca-se a chamada *participação especial*, importante elemento da plena compensação financeira dos entes federativos pela extração petrolífera. A Lei Geral do Petróleo e o Decreto Presidencial que a regulamentou assim caracterizam a modalidade de compensação:

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. (Lei 9.478/97)

Art. 21. A participação especial prevista no inciso III do art.

45 da Lei nº 9.478 de 1997, constitui compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, conforme os critérios definidos neste Decreto, e será paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção. (Decreto 2.705/1998).

27. A *participação especial* constitui, assim, “um pagamento a que estão sujeitos os campos de grandes volumes de produção ou grande rentabilidade, permitindo à sociedade capturar parte da renda petrolífera extraordinária oriunda destes cenários”.<sup>14</sup> *Veja-se que tal modalidade de participação governamental não se confunde com os royalties*: possui tratamento próprio e critérios de apuração e pagamento singulares, conforme prescrevem a Lei Geral do Petróleo e o citado Decreto Presidencial. Sua incidência justifica-se pelos grandes volumes de produção ou pela grande rentabilidade, que atrai riscos ambientais ainda maiores que os habituais na exploração de petróleo e impactos sociais profundos derivados de fortes fluxos migratórios. Tais riscos e impactos são suportados, em larga medida, pelos Estados produtores, que, como se viu, restaram privados pelo Constituinte das receitas que decorreriam do ICMS incidente sobre o petróleo, mas receberam, em contrapartida, o direito constitucional à compensação financeira.

28. É a *participação especial*, portanto, elemento concretizador do direito constitucional à plena compensação financeira prevista no art. 20 do texto maior. Como tal, sua incidência não poderia estar afastada pela mera omissão de uma lei extravagante, que sequer trata do tema. Semelhante interpretação incorreria no absurdo de prejudicar a eficácia do art. 20, § 1º, do texto constitucional, a partir do mero silêncio do legislador ordinário. Ter-se-ia intolerável inversão na hierarquia das leis e inegável afronta à supremacia da Constituição.

29. tivo à plena compensação financeira assegurada no art. 20, § 1º, como se daria no caso da supressão do direito à *participação especial*, somente poderia ser admitida na impossibilidade de conferir-se ao texto legal interpretação mais adequada ao contexto normativo da Constituição. Não é o que se verifica aqui. Vale dizer: não tendo havido na Lei 12.276 a expressa exclusão da incidência da *participação especial*, continua a valer a *máxima* concretização do art. 20, §1º, da Constituição, que abrange, segundo a lei reguladora deste dispositivo constitucional, a *participação especial*.

<sup>13</sup> Maria D'Assunção Costa, *Comentários à Lei do Petróleo*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 231. *Impacto da tributação nas atividades de E&P em águas profundas no Brasil*. In SUSLICK, Saul B. (Org.). *Regulação em petróleo e gás natural*. Campinas: Komed, CEPETRO e UNICAMP, 2001, p. 62.

<sup>14</sup> *Impacto da tributação nas atividades de E&P em águas profundas no Brasil*. In SUSLICK, Saul B. (Org.). *Regulação em petróleo e gás natural*. Campinas: Komed, CEPETRO e UNICAMP, 2001, p. 62.

## IV.2. Violação ao art. 177, § 2º, da Constituição

30. Para escapar à interpretação constitucional da Lei 12.276, a Petrobras tem afirmado que o referido diploma instituiu um novo regime de exploração do petróleo, diverso tanto do atual regime de concessões quanto de um futuro e eventual regime de partilha: o regime de cessão onerosa. A interpretação afronta diretamente o disposto no art. 177, § 2º, da Constituição:

Art. 177. (...)

§ 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

31. A atual redação do dispositivo é fruto da Emenda Constitucional 9/1995, que flexibilizou o monopólio do petróleo, autorizando a União a contratar empresas públicas ou privadas para o exercício das atividades ligadas ao setor (pesquisa, lavra, refino, transporte etc.). Pela importância da inovação, e pela imensa polêmica despertada à época, o Constituinte Derivado adotou inúmeras cautelas no processo de abertura do setor. Assim, a autorização para contratação, contida no §1º do art. 177, veio vinculada à observância das “condições estabelecidas em lei”, e o §2º exigiu que “a lei a que se refere o §1º” discipline obrigatoriamente as seguintes matérias: (i) a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional, (ii) condições de contratação e (iii) estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

32. Trata-se, pois, da exigência de uma Lei Geral, que deverá observar o conteúdo enunciado pela Constituição. Em outras palavras, a Constituição requisitou, em seu art. 177, §§1º e 2º, a edição de um marco regulatório para a matéria, ou seja, um diploma legal único que regulasse os assuntos ali contemplados, entre os quais as “condições de contratação” (art. 177, §2º, inciso II). Longe de um capricho formal do Constituinte Derivado, a exigência de uma Lei Geral do Petróleo atende a propósito substancial: assegurar que as condições para contratação de “empresas estatais ou privadas” neste campo serão enunciadas de *modo geral e uniforme*, sem privilégios ou favorecimentos, de modo a se construir um mercado sólido, competitivo e transparente para o setor no Brasil.

33. No caso do petróleo, lembre-se que um dos objetivos centrais da Emenda Constitucional 9/1995 foi criar um ambiente propício para o desenvolvimento da indústria nacional, por meio da atração de investimentos e tecnologia estrangeira

que permitissem não apenas a formação de parcerias para o aproveitamento de descobertas que a Petrobras não tinha condições de explorar por si mesma, com o devido *government take*, mas sobretudo o aprimoramento do setor no Brasil, para alcançar, progressivamente, níveis de qualidade e competitividade internacional. Tudo isso só se torna possível em um ambiente econômico seguro, no qual as regras do jogo estejam bem definidas e valham igualmente para todos. Daí a exigência constitucional de um diploma único, um marco regulatório, uma lei geral do petróleo.<sup>15</sup>

34. A tarefa constitucional foi cumprida pela Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, denominada não por outra razão de Lei Geral do Petróleo. Ali, foram reguladas as matérias determinadas pelo art. 177, §2º, da Constituição, fixando-se as condições para a contratação de empresas privadas e públicas, a estrutura e as atribuições da agência reguladora e a garantia de fornecimento do petróleo para todo o território nacional. Eis o marco regulatório do setor.

35. A Lei 12.276 não atende à exigência do art. 177, § 2º, da Constituição e, portanto, não pode ter criado um “novo regime” de contratação para exploração do petróleo, matéria que, por exigência constitucional, somente pode ser tratada na Lei Geral do Petróleo. Poderia a União propor, isto sim, a alteração do marco regulatório, como fez por meio de projeto de lei específico, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

36. A Constituição não admite, porém, que crie “micro-regimes” específicos, por meio de leis isoladas. Trata-se de exigência expressa do art. 177, §2º, voltada a garantir a generalidade e uniformidade das condições de contratação, de modo a evitar justamente que a União crie, a seu livre talante, regimes específicos de cessão da atividade conforme as áreas, blocos, empresas, Estados ou Municípios envolvidos. Tal exigência exprime a concretização de diversos princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a impessoalidade, a eficiência e a moralidade administrativas (art. 37, *caput*).

37. Neste cenário, resta evidente que a Lei 12.276 não inaugurou um novo regime de exploração do petróleo. Limitou-se a dispensar de licitação, em área específica e limitadamente a certo volume de barris, a concessão da pesquisa e lavra do petróleo à Petrobras, aplicando-se em tudo o mais a Lei Geral do Petróleo, aí incluído o dever de pagar as participações governamentais pertinentes, entre elas, a *participação especial* prevista no art. 50 da Lei 9.478.

38. Nem faria qualquer sentido a expressão “dispensada de licitação” contida no art. 1º da Lei 12.276, não fosse a evidente aplicação da Lei 9.478, cujo art. 23 exige o prévio procedimento licitatório:

Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei.

<sup>15</sup> Daí afirmar a doutrina especializada: “O próprio texto constitucional, ao prever que a União Federal poderá contratar empresas para a atuação no mercado, na forma da lei, e ao determinar questões que devem ser necessariamente tratadas por essa lei, institui abertura do mercado indissoluvelmente ligada à garantia de fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e à regulação.” (Daniela Couto Martins, *A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. (27)

39. A Lei 12.276 assume, nitidamente, a feição de *lex specialis*, que não derroga as disposições da lei geral senão naquilo que tenha sido expressamente tratado de modo diverso. Nesse sentido, aliás, tem plena incidência o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu § 2º dispõe:

Art. 2º (...) § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

40. Não bastasse a máxima hermenêutica, o art. 7º da Lei 12.276 dispõe expressamente sobre a aplicação da Lei Geral do Petróleo:

Art. 7º. Caberá à ANP regular e fiscalizar as atividades a serem realizadas pela Petrobras com base nesta Lei, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

41. Os vários caminhos conduzem, como se vê, à mesma conclusão: a Lei 12.276 é lei especial, voltada a dispensar de licitação a transmissão à Petrobras da atividade de pesquisa e lavra do petróleo sobre certas áreas do Pré-Sal, como contrapartida por um processo mais amplo de capitalização da companhia. Não se trata de um novo marco regulatório para o setor, nem de um novo regime de contratação para exploração do petróleo, que excepcione a disciplina da Lei Geral do Petróleo. À chamada “cessão onerosa” resta plenamente aplicável a Lei 9.478 em tudo aquilo que não tenha sido objeto de disposição legal em contrário. É exatamente o caso da *participação especial*, elemento de concretização do direito constitucional à plena compensação financeira (art. 20, §1º), cuja incidência não restou expressamente afastada pela Lei 12.276.

42. Conferir ao art. 5º da Lei 12.276 a interpretação de que teria o dispositivo restringido o direito dos entes federativos à plena compensação financeira, afastando o direito à percepção da *participação especial*, seria conferir à lei extravagante uma interpretação que incorreria em afronta não apenas ao art. 20, §1º, da Constituição, mas também ao art. 177, § 2º, do texto constitucional.

### IV.3. Violação ao princípio federativo

43. A Lei 12.276 teria excluído a *participação especial* devida aos Estados e Municípios produtores fere de morte o princípio federativo. Estampado em diversos dispositivos da Constituição (arts. 1º, 18, 19, III, e 60, § 4º, I), o princípio federativo não exprime apenas uma organização formal do Estado, mas traduz um imperativo substancial de equilíbrio e aliança entre as entidades federativas.

“Etimologicamente, a federação (do latim foedus) quer dizer

pacto, aliança. O Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados.”<sup>16</sup>

“Todos os componentes do Estado Federal (sejam estados, distritos, regiões, províncias, cantões ou municípios) encontram-se no mesmo patamar hierárquico, ou seja, não há hierarquia entre essas diversas entidades, ainda que alguma seja federal e outras estaduais ou municipais.”<sup>17</sup>

44. Daí empregar-se a expressão *pacto federativo*, para denotar a igual posição assumida por cada um dos entes da federação, aos quais se assegura, inclusive, “autonomia financeira, constitucionalmente prevista, para que os entes federados não fiquem na dependência do Poder Central”.<sup>18</sup> Evita-se, com isto, um federalismo de fachada, composto de “unidades federadas que se formam à simples imagem e semelhança de um *todo-poderoso* poder central”.<sup>19</sup> Impõe-se, ao contrário, um federalismo efetivo, caracterizado pela cooperação, integração e equilíbrio entre as diversas entidades da Federação.

45. Neste ambiente federativo, seria intolerável que a União dispusesse livremente, por meio de ajuste contratual com empresa estatal vinculada à administração pública federal, das mais importantes receitas pertencentes a um dos Estados federados. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, ao julgar o Mandado de Segurança 24.312/DF, que a *participação especial* consiste em receita própria dos Estados e Municípios produtores:

“Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são *receitas originárias destes últimos entes federativos* (CF, art. 20, § 1º). (...) É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais.”<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215.

<sup>17</sup> André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 991.

<sup>18</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 156.

<sup>19</sup> Augusto Zimmermann, *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 65.

<sup>20</sup> STF, MS 24.312/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19.12.2003.

46. Ainda que a União possa abrir mão dos valores que lhe pertencem a título de *participação especial*, jamais poderia abdicar, total ou parcialmente, do percentual de *participação especial* (40%) que configura receita própria do Estado do Rio de Janeiro. A disposição do bem alheio, neste caso, violaria, a um só tempo, (i) o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 24.312/DF, (ii) o direito constitucional do Estado do Rio de Janeiro à compensação financeira, consagrado no art. 20, § 1º da Constituição, e (iii) o princípio federativo.

47. Convém destacar que, em suas apresentações públicas, a Petrobras veiculou notícias de que a União teria recebido um valor maior pela cessão onerosa (títulos públicos e participação acionária) justamente em decorrência de não ter sido contemplado o pagamento das participações especiais. Ora, a União não poderia se valer da operação de capitalização da Petrobras para enriquecer à custa dos Estados e Municípios, sob pena de brutal violação ao pacto federativo. A Lei 12.276, lei de conteúdo específico, restrita a uma operação econômica entre a União e sua estatal, não poderia autorizar tamanha captura das receitas dos Estados e Municípios produtores, uma vez que a Constituição reserva ao pacto federativo, também em sua dimensão substancial (não-formal), o *status* de cláusula pétrea, imune a iniciativas do Constituinte Derivado e, com ainda maior razão, do legislador ordinário (art. 60, §4º, I).

48. Pior: a supressão da *participação especial* decorreria, a rigor, de mero contrato entre a União e empresa estatal integrante da administração pública federal. Isto porque, recorde-se, a *participação especial* não é compensação financeira que incida em todos os casos, mas apenas naquelas hipóteses em que se verifique “grande volume de produção” ou de “grande rentabilidade” (Lei 9.478, art. 50). Assim, a ausência de previsão na Lei 12.276 não é apenas compreensível, mas neutra sob o ponto de vista jurídico: não produz qualquer efeito. Foi apenas no momento em que a União e a Petrobras delimitaram como áreas da cessão onerosa zonas altamente promissoras do Pré-Sal que a interpretação ora impugnada ganhou relevância. De fato, a ausência de *participação especial* seria normal em áreas não caracterizadas por grande volume de produção ou grande rentabilidade. O que deflagrou o risco sobre as receitas dos Estados e Municípios produtores não foi a lei em si, mas a delimitação das áreas da cessão, pactuada privada e sigilosamente entre a União e sua principal empresa estatal.

49. Haveria grave violação ao equilíbrio federativo se um contrato celebrado entre a União e uma empresa pública federal pudesse ter o efeito de atingir de modo tão intenso as receitas públicas, constitucionalmente asseguradas a Estados e Municípios que sequer foram comunicados da contratação. E aqui se descortina, como visto, o efeito mais sombrio do negócio jurídico firmado pela União: as áreas cedidas situam-se em sua absoluta maioria no território do Estado do Rio de Janeiro.

50. Vale dizer: a interpretação de que a Lei 12.276 excluiria, por simples omissão, a *participação especial* sobre as áreas contratualmente selecionadas pela União prejudica praticamente um único Estado da federação. A prevalecer tal interpretação, a União teria causado, em sua taciturna operação contratual, um prejuízo bilionário para o Estado fluminense. A capitalização da Petrobras teria sido financiada não pela União, mas por um único Estado da federação, ferindo-se gravemente não apenas o equilíbrio federativo, mas também a isonomia entre os Estados-membros. Configurar-

se-ia evidente desfavorecimento do Estado do Rio de Janeiro, em detrimento dos outros Estados produtores, cujas áreas (inclusive, as situadas no Pré-Sal) teriam sido mantidas a salvo do esdrúxulo mecanismo da cessão onerosa.

51. Além disso, a chamada cessão onerosa não teria gerado nenhum ônus para a Petrobras, mas sim um bônus, como destacam os analistas da operação:

“(…) apenas a participação especial que a Petrobras deixará de pagar, de cerca de US\$ 10 dólares por barril, é maior que o “ônus” de US\$ 8,51 por barril. Ou seja, não é uma “cessão onerosa”, é uma cessão com bônus.”<sup>21</sup>

52. O extraordinário enriquecimento da Petrobras, da União e de todos os seus demais acionistas – nacionais e estrangeiros – teria se dado às custas do povo do Rio de Janeiro. O impacto econômico da cessão onerosa sobre as finanças do Estado seria devastador. O prejuízo não abrangeria apenas os bilhões derivados da *participação especial* incidente sobre os cinco bilhões de barris cedidos à Petrobras, mas teria ainda outros efeitos, como a impossibilidade de exploração de larga área do Pré-Sal do Rio de Janeiro. Isto porque a área definida no contrato de cessão onerosa abrange nada menos que sete blocos, cuja produção estimada é muito superior aos cinco bilhões de barris cedidos à estatal.

#### VOLUMES E VALORES DO CONTRATO

Bloco	Área (km <sup>2</sup> )	Volume do contrato (MM boe)	Volume 3G (MM boe)	Valor (US\$/boe)
Franga	1.285	3.098	3.098	9,04
Entorno de Iara	811	800	1.088	6,82
Flumim	282	461	417	9,01
NE de Tupi	291	428	428	8,64
Sul de Guara	144	319	319	7,94
Sul de Tupi	203	128	128	7,85
Petrobrás (bloco contingente)	1.088		1.789	

Cessão Onerosa	Área (Km <sup>2</sup> )	Volume do Contrato (MM boe)	Valor Médio (US\$/boe)
Total	3.065	5.000	8,51

Total (milhões):  
US\$ 42.533 / R\$ 74.808

<sup>21</sup> Paulo César Ribeiro Lima, *Cessão Onerosa: Uma Grande “Jogada” da Petrobras*, artigo cujo inteiro teor segue anexo à presente inicial. O texto também se encontra disponível para leitura na internet, no seguinte endereço eletrônico: [www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-capitalizacao-da-petrobras-3?page=1](http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-capitalizacao-da-petrobras-3?page=1)

53. A extensa área cedida à Petrobras não poderá ser explorada até que os cinco bilhões de barris sejam alcançados. Fica, assim, a depender das decisões empresariais da estatal e do seu ritmo de produção a liberação dos blocos indicados, que só ocorre após a obtenção dos cinco bilhões de barris. Assim, a prevalecer a interpretação de que a *participação especial* não incide sobre a área da cessão onerosa, o Rio de Janeiro perderia não apenas a receita esperada sobre aqueles cinco bilhões de barris, mas também a oportunidade de obter *participação especial* sobre a produção que esperava ver logo alcançada nestas áreas, que restam “bloqueadas” em favor da Petrobras.

54. A pretendida supressão da *participação especial* afigura-se especialmente grave por se referir a áreas do Pré-Sal. Tais apresentam três características que intensificam a necessidade de atuação do Governo do Estado: (i) riscos ambientais elevadíssimos; (ii) retorno comparativamente baixo para a indústria local; e (iii) expectativas de imensos volumes de produção com alta rentabilidade.

55. Toda exploração de petróleo traz riscos ambientais. O Estado do Rio de Janeiro tem sofrido intensamente nos últimos anos, e ainda sofrerá por indefinidas gerações, com os impactos de acidentes ambientais ligados ao petróleo. O evento mais emblemático talvez tenha ocorrido em 18 de janeiro de 2000, quando a Baía de Guanabara foi tomada por mais de um milhão de litros de óleo bruto, que vazaram de um duto da Refinaria da Petrobras em Duque de Caxias:

“A mancha de óleo se estendeu por uma faixa superior a 50 quilômetros quadrados, atingindo o manguezal da área de proteção ambiental (APA) de Guapimirim e várias praias banhadas pela Baía de Guanabara. E em poucas horas, manguezais e a fauna da região sucumbiram à contaminação e com isso os pescadores perderam o sustento. O vazamento provocou danos irreparáveis ao meio ambiente, com grandes reflexos na economia das famílias de pescadores e catadores de caranguejos. Até hoje os poucos pescadores que ainda pescam na Baía de Guanabara, verificam uma queda na produção superior a 70% na captura do pescado, sem falar que após o desastre ambiental de 2000, muitas espécies de peixes desapareceram, muitos pescadores trazem as redes de pesca sujas de óleo, que ficou depositado no fundo da Baía de Guanabara e até a data de hoje se verifica muito óleo bruto no interior dos manguezais.”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> *A Indústria do Petróleo e Gás e seus Impactos no Estado do Rio de Janeiro*, relatório da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro, p. 18.

56. O acidente de janeiro de 2000 inclui-se em uma longa lista de catástrofes ambientais resultantes da exploração do petróleo no Estado do Rio de Janeiro.<sup>23</sup> Riscos ainda mais elevados decorrem da exploração do petróleo na camada do Pré-Sal, cujos campos são enquadrados entre os mais perigosos do mundo. Como destacou reportagem da *Revista Exame*, a viscosidade da camada de sal multiplica as chances de acidentes, intensificadas, segundo especialistas, por decisões econômicas da Petrobras:

“Divulgados recentemente pelo jornal O Globo, os planos da Petrobras para acelerar em três meses o cronograma de exploração do campo de petróleo de Tupi, no pré-sal brasileiro — fazendo com que extração do óleo coincida com o auge da campanha eleitoral — revela que a empresa estaria subestimando o risco de um acidente, como aconteceu no Golfo do México com a petroleira BP.

“Esta decisão da Petrobras de apressar o cronograma é preocupante, pois como a própria ANP já reconheceu, a exploração do pré-sal demandará a criação de um Plano Nacional de Contingência, para lidar com acidentes em campos submarinos,” disse ao blog Adriano Pires, um dos maiores especialistas do mercado de energia do país. (...)

Recentemente, a Global Renewable Fuels Alliance, a GRFA, instituição que representa 60% dos produtores de combustíveis renováveis produzidos mundialmente, divulgou um relatório no qual incluía o Campo de Tupi, localizado na Bacia de Santos, entre as 10 áreas de exploração offshore mais perigosas do mundo.

A justificativa dada pela GRFA para o alto risco de Tupi é justamente a camada de sal, de aproximadamente 2 km de espessura, que é similar em viscosidade ao lodo, uma formação geológica instável cuja exploração tem sido tradicionalmente evitada.”<sup>24</sup>

57. Além disso, a exploração na camada do Pré-Sal é a que menos beneficia a indústria local. Como destacou reportagem publicada há poucos dias no jornal *O Globo* sob o título *Legião Estrangeira no Pré-Sal*:

<sup>23</sup> Ver o relatório mencionado na nota anterior, pp. 18-20, onde são listados, a título meramente ilustrativo, os dez acidentes mais graves ocorridos no Estado do Rio de Janeiro em decorrência da exploração do petróleo, incluindo o afundamento da plataforma P-36 que ainda contém a bordo 1.500 toneladas de óleo bruto.

<sup>24</sup> *Pressa da Petrobras na exploração do Pré-Sal ignora Princípio da Precaução*, reportagem de 27.7.2010, cujo inteiro teor segue anexo à presente inicial. O texto está disponível para leitura também no site da *Revista Exame* em: <http://portalexame.abril.com.br/blogs/esquerda-direita-e-centro/tag/campo-de-tupi/>

“Um estudo encomendado pela Organização Nacional da Indústria do Petróleo (Onip) concluiu que as empresas estrangeiras devem ficar com US\$ 240 bilhões das encomendas de US\$ 400 bilhões que o setor do petróleo vai realizar no pré-sal nos próximos dez anos, o que representa 60% dos investimentos previstos no período.”<sup>25</sup>

58. Para completar o quadro, o Pré-Sal tem sido envolvido em grandes expectativas de produção, que prometem atrair para as regiões litorâneas do Estado do Rio de Janeiro migrações de todo o país, gerando impactos sociais bem maiores que aqueles que já foram experimentados em diversas cidades do Estado, como Macaé, exigindo a rápida implementação de políticas e serviços públicos:

“Desde a década de 1970, com a descoberta das jazidas de petróleo da Bacia de Campos e a posterior construção das instalações da Petrobras em Macaé, a cidade recebe anualmente milhares de pessoas de todo o Brasil em busca de emprego. Muitas não conseguem trabalho e acabam marginalizadas, o que gera, além da violência, a invasão de áreas de preservação ambiental.”<sup>26</sup>

59. Como se vê, o Pré-Sal traz menor retorno à indústria local e riscos ambientais elevadíssimos, além de intensos impactos sociais, que exigem forte atuação do Governo Estadual. Trata-se de exemplo típico de situação que justifica o pagamento da *participação especial* ao Estado do Rio de Janeiro, a qual não poderia ser suprimida por ato da União, justamente em hipótese que reserva à Administração Pública Estadual um desconcertante aumento de suas atribuições e responsabilidades. Tal interpretação do art. 5º da Lei 12.276 reservaria efeitos devastadores ao contrato de cessão onerosa e jogaria por terra o equilíbrio federativo entre a União e os Estados.

60. Portanto, a interpretação do art. 5º da Lei 12.276 que se conforma ao texto constitucional é a aquela que identifica a ausência de menção à *participação especial*, no máximo, como renúncia da própria União Federal, sem prejuízo da percepção dessa modalidade de compensação financeira pelos Estados e Municípios, nos termos previstos na Lei Geral do Petróleo (Lei 9.478/1997), marco regulatório do setor vigente ao tempo da promulgação da Lei 12.276.

<sup>25</sup> *Legião Estrangeira no pré-sal*, reportagem constante na edição de 31.10.2010 do jornal O Globo, cujo inteiro teor segue anexo à presente inicial. O texto está disponível para leitura no site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2010/10/31/legiao-estrangeira-no-pre-sal>

<sup>26</sup> *A Indústria do Petróleo e Gás e seus Impactos no Estado do Rio de Janeiro*, relatório da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro, p. 16.

#### IV.4. Violação ao princípio democrático

61. Além de todos os vícios mencionados até aqui, a interpretação segundo a qual a omissão da Lei 12.276 implica na supressão das participações especiais devidas aos Estados e Municípios produtores é interpretação que viola o princípio democrático, consagrado já no preâmbulo do texto constitucional e em outras tantas passagens da Constituição (art. 1º, art. 60, §4º, II).

62. De fato, se a intenção da União e da Petrobras tivesse sido realmente excluir a incidência da *participação especial*, a aprovação da Lei 12.276 e da própria operação de capitalização da estatal ganharia ares de manobra sombria, de cunho nitidamente autoritário. Relembre-se o contexto da aprovação da Lei 12.276: enviado pelo Governo Federal, com ares de urgência, o projeto que deu origem à lei restringia-se, como se extrai da sua própria leitura, a uma operação econômica específica de capitalização entre a União e a estatal, anunciada como emergencial e imperativa para superar o impasse gerado pelo limite de endividamento da Petrobras. Ao mesmo tempo, o Governo Federal enviou ao parlamento brasileiro outro projeto de lei, PL 5.938/2009, este sim destinado a rediscutir o modelo de exploração do petróleo no Brasil, inclusive com proposta de redistribuição das participações governamentais incidentes sobre as riquezas do Pré-Sal. Este segundo projeto de lei não foi aprovado; encontra-se ainda em discussão no Congresso Nacional.

63. Neste cenário, sustentar que a Lei 12.276 já modificou, por mera omissão do seu art. 5º, o regime das participações governamentais incidentes sobre a exploração do petróleo no Pré-Sal, maior riqueza da história recente do Brasil, significa não apenas esvaziar a discussão do novo marco regulatório no Congresso Nacional, mas atentar gravemente contra o princípio democrático. A transparência do processo legislativo não pode ser ultrapassada por jogos de palavras ou camuflagens normativas. Matéria tão relevante como a repartição das receitas oriundas do Pré-Sal não pode ser definida sem um amplo debate democrático, por meio de lei marginal, que sequer alude nominalmente ao assunto.

64. O que a Lei 12.276 previu, isto sim, foram os *royalties*, mantendo por meio do seu art. 5º exatamente o regime vigente na Lei Geral do Petróleo. A previsão sequer se faria necessária. Explica-se, contudo, precisamente pelo contexto de rediscussão da repartição dos *royalties* que já tomava o Congresso Nacional. O propósito do art. 5º foi, portanto, preservar o mesmíssimo sistema de cálculo previsto na legislação em vigor, escapando à intensa polêmica que se instaurava no Congresso em torno do PL 5.938/2009, cuja tramitação se encontra atualmente paralisada, à espera do amadurecimento necessário ao prosseguimento da discussão. A Lei 12.276 nunca foi a sede de tão relevante debate.

65. É inusitada, também por esta razão, qualquer tentativa de usurpar a *participação especial* devida ao Estado do Rio de Janeiro por conta da exploração de petróleo em áreas ainda não concedidas do Pré-Sal, incluídas, por mero acordo contratual entre a União e a Petrobras, no âmbito da chamada cessão onerosa. Tal contrato, aliás, assumiria a condição de genuína anomalia jurídica, porque, em

flagrante contrariedade aos princípios da segurança jurídica e da relatividade dos pactos (*res inter alios acta*), produziria efeito prejudicial – e muito! – sobre terceiro que não fez parte da avença. Também aqui se vislumbra grave déficit democrático: o Estado do Rio de Janeiro, sem qualquer aviso ou alerta, teria sido privado da sua mais importante receita por um acordo celebrado entre a União e sua estatal, a revelar que o poder da Petrobras transcende os direitos constitucionais das entidades federativas, perigo para o qual já alertava a doutrina especializada:

“(...) o aporte dos horizontes do pré-sal na Petrobras traria um sério risco de perda de controle de políticas públicas ligadas a esses horizontes. Uma das grandes dificuldades inerentes ao controle das empresas estatais de petróleo é o seu potencial de se tornarem excessivamente poderosas no contexto político interno, de forma que, apesar de originalmente serem criadas para defesa dos interesses de seu Estado instituidor, representado por seu respectivo governo, com muita frequência elas passam a utilizar os governos para a proteção de seus próprios interesses, especialmente quando há poucas forças para contrabalancear tal situação. Sinteticamente, há o risco dessas empresas estatais tornarem-se ‘estados dentro dos estados’.”<sup>27</sup>

66. Com efeito, não se compreende por qual razão a estatal restaria isenta do pagamento da *participação especial*, obtendo tratamento verdadeiramente privilegiado em face das demais empresas do setor, todas sujeitas ao referido pagamento nas explorações de grande volume ou rentabilidade. Também por esse ângulo, a propósito, restaria ferida a isonomia: não só pelo desfavorecimento do Rio de Janeiro em face dos demais Estados, mas também pelo favorecimento da Petrobras em face das demais companhias do setor.

67. O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de enfrentar este tema, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273/DF. Merecem destaque os seguintes trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau, relator para o acórdão:

“De mais a mais, a suposição de que essa contratação deva ser operada sem que a propriedade do produto da exploração seja atribuída direta ou indiretamente aos contratados da União porta em si a proposta de que a Petrobras seja reduzida à condição de mera prestadora de serviços. Pois é certo, como enfatizei mais adiante, que ela atua, no regime instalado pelo § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, redação da EC 9/95, na qualidade de empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e não serviço público; em regime de competição com a empresa privada, portanto. (...)”

<sup>27</sup> Rafael Bapstita Baleroni e Jorge Antônio Pedrosa Júnior, *Pré-Sal: Desafios e uma Proposta de Regulação*, cit., p. 166.

Embora, na dicção do Ministro Carlos Britto, possa ser tida como “expressão do setor público, e não do setor privado da Economia”, explora atividade econômica em sentido estrito, estando sujeita, portanto, ao disposto no § 1º, II, do artigo 173 da Constituição do Brasil. Vale dizer: está sujeita ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios, as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil.”

68. A Constituição não se compadece com o favorecimento da Petrobras, que restaria, na sua interpretação do art. 5º da Lei 9.478, isenta do pagamento de *participação especial* ao Estado do Rio de Janeiro, ao contrário de qualquer outra empresa que explore petróleo nas mesmas condições. Além de anti-isonômico, seria absurdo extrair tal significado de uma lei marginal, que sequer aludiu à *participação especial* e que deixou a definição das áreas exploradas a um contrato livremente celebrado entre a União e sua estatal. Admitir tal interpretação implicaria em severo prejuízo para o povo do Rio de Janeiro e grave violação aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

69. Revela-se, por todas estas razões, a necessidade de se conferir ao art. 5º da Lei 12.276 interpretação que não retire dos Estados e Municípios afetados o recebimento da modalidade de compensação financeira denominada *participação especial*, relativamente às áreas integrantes da cessão onerosa instituída pela Lei 12.276.

#### V. A Necessária e Urgente Medida Liminar

70. Caracterizada a relevância dos fundamentos jurídicos do pedido, cumpre ressaltar o *periculum in mora* e a necessidade do urgente deferimento da medida liminar para se conferir ao art. 5º da Lei 12.276/2010 interpretação harmônica com o texto constitucional, de forma a assegurar a Estados e Municípios o direito de, relativamente aos campos explorados em virtude da cessão onerosa instituída pela referida lei, perceberem a compensação financeira titulada de *participação especial*, na forma prevista na Lei 9.478/97 e no Decreto 2.705/98.

71. Afinal, são perceptíveis os relevantes prejuízos que advirão para Estados e Municípios em virtude da ausência do pagamento da *participação especial*, fonte de receitas utilizadas especialmente na consecução de políticas públicas direcionadas às comunidades afetadas pelos efeitos colaterais da indústria do petróleo.

72. De fato, na hipótese de não se conceder a liminar pleiteada, consolidar-se-á uma situação de fato em detrimento de Estados e Municípios, que ficarão por longo e indeterminado tempo tolhidos no seu legítimo direito à compensação financeira prevista no art. 20, § 1º da Constituição da República. A urgência se amplia diante da já mencionada notícia de que a Petrobras pretende antecipar a exploração do petróleo no Pré-Sal, com riscos ambientais intensos e impactos sociais que já começam a se fazer sentir na faixa litorânea do Estado.

73. Assim, a grave lesão, que já se materializa, vai se irradiar para o futuro e prejudicar ainda mais o atendimento de políticas públicas prioritárias no Estado do Rio de Janeiro.

## **VI. Conclusão e Pedido**

74. Em face de todo o exposto, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requer seja deferida, como providência necessária e urgente, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a medida liminar pleiteada, de forma a se conferir ao art. 5º da Lei 12.276 interpretação harmônica com a Constituição da República, de modo que, até o julgamento definitivo da presente ação direta, os Estados e Municípios continuem a receber o pagamento da *participação especial*, na forma da Lei 9.478/97, sobre as atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, desenvolvidas nas áreas abrangidas pela cessão onerosa contemplada na Lei 12.276.

75. Requer, ainda, nos termos do art. 6º da lei 9.868/99 sejam requisitadas informações à Presidência da República e à Presidência do Congresso Nacional.

76. Requer, também, sejam colhidas as manifestações da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, em obediência ao disposto no art. 103, §§ 1º e 3º, da Constituição da República.

77. Por fim, requer seja julgado procedente o pedido formulado na presente ação direta, conferindo-se interpretação conforme à Constituição ao art. 5º da Lei 12.276, com vistas a assegurar que a norma não seja interpretada de modo a excluir o pagamento da *participação especial* devida a Estados e Municípios produtores, nos termos da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.705/1998 sobre a área abrangida pela cessão onerosa contemplada naquele diploma legal.

Rio de Janeiro, 8 de novembro de 2010.

**SÉRGIO CABRAL FILHO**  
Governador do Estado do Rio de Janeiro

**LÚCIA LEA GUIMARÃES TAVARES**  
Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro

**ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR**  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

**ANDERSON SCHREIBER**  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro