

Excelentíssimo Senhor
Ministro **GILMAR MENDES**

Ref.: ADI 4492

Excelentíssimo Senhor Ministro:

O Estado do Rio de Janeiro, por seus Procuradores ao final assinados, pede vênua para submeter a V. Exa. o presente Memorial.

I. Breve síntese da petição inicial

1. O Estado do Rio de Janeiro propôs a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para que seja conferida *interpretação conforme à Constituição* ao art. 5º da Lei 12.276, de 30 de junho de 2010. O dispositivo, que se examinará detalhadamente mais adiante, reconhece a incidência de *royalties* no âmbito da chamada cessão onerosa, operação que consistiu em uma das etapas da capitalização da Petrobras.

2. No início de 2010, o nível de endividamento da Petrobras chegou a 34% do seu patrimônio líquido, aproximando-se do teto fixado pela própria companhia (35%). Sem poder se endividar mais, a Petrobras precisava da capitalização para obter recursos. Entretanto, o aumento de capital forçaria a União, principal acionista da companhia, a despender vultosa soma de dinheiro para acompanhar o aporte dos demais acionistas, sob pena de sofrer diluição na sua participação acionária.

3. A solução encontrada para evitar o dispêndio de dinheiro pela União foi a Lei 12.276, que autorizou a transferência à Petrobras, sem licitação, do exercício da atividade de pesquisa e lavra do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas ainda não concedidas do Pré-Sal, até o volume de cinco bilhões de barris de óleo. O valor deste direito cedido à Petrobras foi estimado, à época, em 74,8 bilhões de reais. Seu valor exato, contudo, é ainda indefinido, pois varia conforme o preço do barril de óleo no mercado, a qualidade do óleo extraído e uma série de outros fatores.

4. Justamente por essa razão, e no afã de evitar questionamentos jurídicos,¹ a troca foi realizada de modo indireto, com o uso de títulos da dívida pública. A operação se deu do seguinte modo: (i) a União subscreveu ações da Petrobras, pagando com títulos da dívida pública; (ii) a Petrobras usou os mesmos títulos da dívida pública como pagamento pela cessão onerosa do direito de exploração das áreas do Pré-Sal. Deste modo, a operação foi “neutra” do ponto de vista da União. Nenhum centavo foi retirado dos cofres públicos.

¹ Como se sabe, o art. 7º da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) exige que a subscrição das ações se dê “em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”.

9. A interpretação surpreendeu inteiramente o Estado do Rio de Janeiro. Basta ler o art. 5º da Lei 12.276 para verificar que o dispositivo não excluiu a incidência das participações especiais. Limitou-se a reconhecer a incidência de royalties, sem tratar das participações especiais. E era bem natural que o legislador especial tivesse procedido desta forma, porque as participações especiais são receitas de *caráter eventual*, devidas apenas “nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade” (art. 50 da Lei 9.478). Ao contrário dos royalties, que são devidos em qualquer caso, a necessidade de pagamento da participação especial depende dos níveis de produção e rentabilidade alcançados em cada caso concreto. Assim, não faria sentido que o legislador especial falasse em participações especiais, já que são atualmente desconhecidos os níveis de produção e rentabilidade dos blocos abarcados pela cessão onerosa.

10. Além disso, não é incomum que a expressão royalties seja empregada como gênero, abarcando tanto os royalties propriamente ditos como as participações especiais.⁵ Por todas estas razões, quando pretendeu excluir a incidência das participações especiais, o legislador o fez expressamente, como ocorreu na Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010, cujo art. 44 afasta, claramente, nos contratos de partilha a incidência da referida participação:

Art. 44. Não se aplicará o disposto no art. 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, aos contratos de partilha de produção.

11. Para além da surpresa, a interpretação da Petrobras gerou compreensível apreensão no Estado do Rio de Janeiro. A prevalecer o entendimento da Petrobras, o impacto sobre as finanças do Estado seria desastroso. O prejuízo econômico superaria dezenas de bilhões de reais e atingiria diretamente o povo fluminense, sujeito a elevados riscos ambientais, além de significativos custos sociais gerados pela indústria extrativista do petróleo. 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 como concretização do disposto no art. 20, §1º, da Constituição.

⁵ Confirma-se trecho que consta no site da própria Fazenda Nacional: “Essas mudanças (...) fizeram com que as participações governamentais (que ao longo do trabalho serão chamadas simplesmente de royalties, vocábulo estabelecido para qualificá-las) apresentassem um extraordinário aumento (...)” (www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/estudos/um_estudo_sobre_a_aplicacao_dos_royalties.pdf).

II. Fundamentos jurídicos do pedido

12. Os fundamentos jurídicos da presente ADI podem ser assim resumidos:

a) Violação ao art. 20, §1º, da Constituição

13. A *participação especial* consiste em elemento concretizador do direito constitucional à plena compensação financeira prevista no art. 20, §1º, da Constituição. Como tal, sua incidência não poderia restar afastada pela mera omissão de uma lei extravagante. Semelhante interpretação incorreria no absurdo de prejudicar a eficácia do art. 20, § 1º, do texto constitucional, a partir do mero silêncio do legislador ordinário, o que representaria intolerável inversão na hierarquia das leis e inegável afronta à supremacia da Constituição. Semelhante interpretação só poderia ser admitida se nenhuma outra pudesse ser extraída do art. 5º da Lei 12.276, o que não é o caso.

14. Como destaca o Professor Luis Roberto Barroso em parecer exarado sobre a questão que ora se discute:

“(…) o art. 5º da Lei nº 12.276/2010 não pode ser interpretado de forma a autorizar a exclusão das participações especiais nas áreas cedidas à Petrobras. Royalties e participações especiais têm a mesma natureza jurídica e o mesmo fundamento – o art. 20, § 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido, existem para compensar os Estados produtores: (i) pela perda na arrecadação do ICMS que, nesses casos, é cobrado excepcionalmente no destino da operação (CF/88, art. 155, § 2º, X, b); e (ii) pelos riscos e impactos sociais e ambientais decorrentes da exploração do petróleo. Como a exploração do petróleo no pré-sal aumentaria consideravelmente o ICMS que se deixaria de recolher, assim como os riscos e impactos sociais e ambientais da atividade, viola o art. 20, § 1º, a disposição legal que reduza as parcelas devidas, tornando claramente insatisfatória a compensação determinada pela Constituição. Nada obstante, na medida em que o próprio art. 5º da Lei nº 12.276/2010 remete à Lei nº 9.478/97, é plenamente possível compatibilizá-lo com a Carta Federal. Para tanto, basta reconhecer que a referência expressa aos royalties não implica a exclusão das participações especiais, igualmente previstas pela Lei nº 9.478/97.”

15. As razões que levaram o Constituinte a estabelecer o direito dos Estados produtores à compensação financeira (quais sejam, ausência de ICMS, elevado risco de acidente ambiental, impacto social derivado do fluxo populacional, necessidade de provimento de infraestrutura e serviços públicos) não apenas permanecem presentes no caso da exploração do Pré-Sal, como se intensificam nesta região. Se as razões

subjacentes ao direito constitucional à compensação financeira se intensificam, não seria razoável extrair de dispositivo da lei ordinária uma interpretação que reduzisse o conteúdo e a efetividade deste direito.

b) Violação ao art. 177, §1º, da Constituição

16. O art. 177, §1º, da Constituição exige que a contratação pela União de empresas estatais ou privadas para a pesquisa e lavra de petróleo se dê nas “condições estabelecidas em lei”. O §2º do mesmo dispositivo exige que “a lei a que se refere o §1º” discipline obrigatoriamente uma série de matérias, como a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União. Trata-se de exigência constitucional de que o setor de petróleo seja regulado por uma lei geral, um “marco regulatório”, que assegure condições gerais e uniformes para a exploração e produção de petróleo. Em outras palavras: não pode o legislador ordinário criar, a seu bel prazer, condições particulares de contratação ou regimes peculiares para casos específicos. Tal exigência exprime a concretização de diversos princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a impessoalidade, a eficiência e a moralidade administrativas (art. 37, *caput*).

17. A Lei 12.276 não atende à exigência do art. 177, § 2º, da Constituição. Por isso mesmo, não pode ter criado, como sustenta a Petrobras, um “novo regime” de contratação para exploração do petróleo, matéria que, por exigência constitucional, somente pode ser tratada na Lei Geral do Petróleo. Assim, a Lei 12.276 não é mais que *lex specialis*, incapaz de derogar as disposições da lei geral senão naquilo que tenha sido expressamente tratado de modo diverso, tudo nos exatos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁶ Se pretendia suprimir uma das receitas devidas aos Estados produtores, deveria a União propor, isto sim, a alteração do marco regulatório, como fez no caso da Lei 12.351, que altera diversos dispositivos da Lei Geral do Petróleo, circunstância que revela o reconhecimento pela União da procedência deste argumento.

c) Violação ao pacto federativo

18. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança 24.312/DF, a *participação especial* consiste em receita *própria* dos Estados e Municípios produtores. Deste modo, a União poderia, como etapa da capitalização de sua principal sociedade de economia mista, abrir mão do percentual de participação especial que lhe pertence, mas não do percentual de participação especial (40%) que configura receita própria do Estado do Rio de Janeiro. Qualquer interpretação neste sentido agrediria duramente o princípio do pacto federativo (arts. 1º, 18, 19, III, e 60, § 4º, I, da Constituição).

⁶ “Art. 2º (...) § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (Decreto-lei 4.657/1942).

19. Registre-se que, em suas apresentações públicas, a Petrobras veiculou notícias de que a União teria recebido um valor maior pela cessão onerosa justamente em decorrência de não ter sido contemplado o pagamento das participações especiais:

CESSAO ONEROSA:
Valoração e Participação Especial

- No Projeto de Lei não há previsão de incidência de participação especial na Cessão Onerosa:
 - isto levará a uma maior valoração da Cessão Onerosa, a ser paga pela Petrobras à União
- Com a incidência de participação especial, a valoração da Cessão Onerosa será menor, e portanto o valor a ser pago pela Petrobras à União também será menor

Petrobras pagará participação especial de qualquer forma: ou embutida na valoração da Cessão Onerosa ou, periodicamente, ao longo da produção a ser feita sob Cessão Onerosa

20. E, após a propositura da presente ADI, o Presidente da Petrobras, José Sérgio Gabrielli, confessou ao jornal *O Globo*: “(...) as participações especiais foram pagas implicitamente na discussão do preço do barril de petróleo (que foi cedido). *Isso já foi pago para a União.*” Confira-se a reportagem:

O GLOBO ECONOMIA

Petrobras pagou participação especial sobre cinco bilhões de barris do pré-sal, diz Gabrielli

Henrique Gomes Brito

BRASÍLIA - O presidente da Petrobras, José Sérgio Gabrielli, afirmou nesta quarta-feira, ao sair da posse da nova presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), que a estatal já pagou a participação especial sobre os cinco bilhões de barris de petróleo do pré-sal que foram cedidos para a empresa na capitalização que visa preparar a Petrobras para a exploração do pré-sal. O governo do Rio entrou com uma ação no Supremo Tribunal Federal (STF) para cobrar estes tributos, em partes destinados aos cofres de governo do estado:

- Os royalties (sobre estes cinco bilhões de barris) serão pagos normalmente na exploração deste petróleo. Já as participações especiais foram pagas implicitamente na discussão do preço do barril de petróleo (que foi cedido). Isso já foi pago para a União - disse Gabrielli, em referência à ação judicial, que está em fase de espera de obtenção de informações pedidas pelo relator do processo no Supremo: o ministro Gilmar Mendes. Essa fase do processo não deve acabar antes de fevereiro, por causa do recesso forense.

21. A impressionante declaração do Presidente da Petrobras revela que não houve a criação de um terceiro regime de exploração do petróleo, desprovido de participação especial. A participação especial foi computada, mas paga à União! O que houve, então, foi a apropriação pela União de uma receita própria do Estado do Rio de Janeiro, em nítida afronta ao equilíbrio federativo. É evidente que a União não pode enriquecer às custas de uma receita própria do Estado do Rio de Janeiro. Como ensina Luis Roberto Barroso em seu parecer:

“O dever de lealdade federativa é ínsito a todas as federações, inclusive o Brasil. Ele impõe aos entes políticos uma série de exigências concretas no sentido de adotarem uma postura amigável e de boa-fé, considerando os interesses e competências dos demais ao exercerem as suas. Seria desleal – e, por isso, inválido – que a União pudesse se valer de sua competência legislativa para impor aos Estados e Municípios produtores os custos de uma operação societária contratada entre ela e uma de suas empresas controladas.”

22. Tivesse conestado expressamente da Lei 12.276, tamanho ardil resultaria na nulidade da norma. Não tendo havido, contudo, o exposto afastamento da participação especial, cumpre escapar à inconstitucionalidade por meio de uma interpretação conforme à Constituição, que preserve as receitas próprias dos Estados.

d) Violação ao princípio democrático

23. A interpretação proposta pela Petrobras viola, ainda, o princípio democrático. Relembre-se o contexto legislativo ao tempo da aprovação da Lei 12.276. O projeto de lei foi apresentado pelo Governo Federal como providência emergencial e imperativa para superar o impasse gerado pelo limite de endividamento da Petrobras. Tratava-se, como se percebe da própria leitura da lei, de mera autorização de uma operação econômica específica de capitalização entre a União e a sua principal empresa estatal. 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.

24. Enquanto este último projeto de lei deflagrou amplo debate democrático, justamente por conta da expressa previsão de modificação no pagamento das participações governamentais, o projeto de lei que deu origem à Lei 12.276 foi aprovado sem maiores discussões, justamente porque não continha expressa previsão de modificação das participações governamentais. Seu art. 5º limita-se a repetir o que já constava da Lei Geral do Petróleo e a ausência de previsão expressa de participação especial explicava-se pelo caráter eventual desta receita, que, como já visto, só é devida em casos concretos onde se verifica elevada produção.

25. É surpreendente que a União e a Petrobras pretendam, agora, após a aprovação da Lei 12.276, extrair do seu art. 5º uma profunda e impactante alteração

no pagamento das participações governamentais, matéria que, como se sabe, quase inviabilizou a aprovação daquele segundo projeto de lei (PL 5.938/2008), suscitou um veto presidencial e promete, já agora em novo projeto de lei, despertar intensos e acalorados debates no Congresso Nacional. Note-se, a propósito, que o novo projeto de lei enviado pelo Governo prevê, em contrapartida à supressão das participações especiais, um aumento no percentual de *royalties*. Neste cenário, a interpretação que a Petrobras atribui à Lei 12.276 cria um cenário paradisíaco para a companhia (e infernal para os Estados), já que combinaria o não-pagamento de participações especiais com o cálculo de royalties na forma da Lei 9.478, ou seja, em valor inferior àquele que o próprio Governo propõe atualmente para as áreas do Pré-Sal.

26. Como se vê, a discussão das participações governamentais incidentes sobre a exploração do petróleo é altamente complexa e multifacetada. Esvaziá-la inteiramente por meio de uma interpretação calcada no que não restou escrito em uma lei extravagante, de caráter específico, é atitude que viola frontalmente o princípio democrático, consagrado já no preâmbulo do texto constitucional e em outras tantas passagens da Constituição (art. 1º, art. 60, §4º, II), por exprimir falta de transparência e absoluta deslealdade por parte da União, em uma condução verdadeiramente abusiva do processo legislativo. Outros argumentos ainda poderiam ser invocados como, por exemplo, a flagrante violação ao princípio da isonomia, já que a seleção de áreas para a cessão onerosa prejudica exclusivamente o Estado do Rio de Janeiro, sacrificando um único ente em favorecimento a todos os demais. O quadro já está, contudo, suficientemente delineado.

III. As informações prestadas e a resposta da União

27. A pedido de V. Exa., foram prestadas informações pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal e pela Presidência da República. A Câmara dos Deputados afirmou que, por se tratar de pedido de interpretação conforme de norma e, em face do disposto no art. 103, § 3º, da Constituição Federal, não tinha qualquer informação a prestar.⁷ Já o Senado e a Presidência da República apresentaram argumentos muito semelhantes aos que vieram a constar da resposta da União e que podem ser assim resumidos: (i) a cessão onerosa consiste mesmo em um “novo regime” distinto da concessão e da partilha; (ii) a criação do novo regime é possível em razão da Constituição não ter eleito um modelo específico para as atividades na área de petróleo e gás; (iii) a participação especial não possui assento constitucional, pois o art. 20, § 1º, da Constituição determina apenas que haja compensação financeira aos Estados e Municípios produtores; (vi) não há que se falar em interpretação conforme à Constituição, mas, sim, em conformidade à Lei 9.478/97.

28. Os argumentos são superficiais. Ignoram a exegese do art. 20, §1º, da Constituição, negando a afronta ao dispositivo, quando, a toda evidência, o que se discute nos autos é a redução da compensação financeira que consiste em direito

⁷ Ofício 1799/10/SGM/P.

constitucional do Estado do Rio de Janeiro. Deixam de enfrentar, ainda, o disposto no art. 177, §§1º e 2º, fechando os olhos à clara exigência constitucional de uma “mesma lei” que represente o marco regulatório do setor, exigência que, diga-se, a própria União respeitou ao inserir no projeto de lei da partilha inúmeras alterações na Lei Geral do Petróleo, demonstrando que, também no seu entendimento, mudanças nas “condições de contratação” precisam encontrar amparo na Lei 9.478/97, por força da diretriz constitucional. Quanto às violações ao equilíbrio federativo e ao princípio democrático, as respostas apresentadas permaneceram, ao contrário da inicial, no nível das afirmações genéricas e abstratas, evitando-se, deliberadamente, a análise dos propósitos específicos do projeto de lei que deu origem à Lei 12.276 e do seu curioso processo legislativo.

29. O que a União e os órgãos ouvidos procuraram, em síntese, Excelência, foi negar a flagrante constitucionalidade da discussão trazida pelo Estado do Rio de Janeiro a este Supremo Tribunal Federal. A União recebeu ações da Petrobras, cedendo em troca o direito de exploração de cinco bilhões de barris de óleo do Pré-Sal. Recebeu mais ações porque abriu mão de receitas que, conforme entendimento já consolidado desta Suprema Corte, são receitas próprias do Estado do Rio de Janeiro e que encontram fundamento constitucional no art. 20, §1º, da Lei Maior. Não bastasse isso, a interpretação proposta viola inúmeros dispositivos constitucionais, já mencionados e cuja incidência no presente caso nenhuma das respostas oferecidas logrou elidir.

IV. Efeitos da interpretação conforme à Constituição

30. Consciente da importância da capitalização da Petrobras para os interesses do país, e guiado pela lealdade federativa que faltou aos demais personagens desta trama, o Estado do Rio de Janeiro limita-se a pleitear interpretação conforme à Constituição. Assim, o provimento da presente ADI não afeta a operação de capitalização da Petrobras, nem causa qualquer impacto irreversível sobre a cessão onerosa. Muito ao contrário: é importante registrar que o Contrato de Cessão Onerosa possui cláusula de *revisão necessária* do preço do contrato.

31. De fato, como já se advertiu, o valor da cessão onerosa foi estimado em 74,8 bilhões de reais. Seu valor real depende, todavia, de fatores ainda imprevisíveis, como o preço que o barril de óleo terá alcançado ao tempo da extração. Por conta disso, a cláusula 8ª do contrato estabelece um mecanismo de revisão, que ocorrerá “imediatamente após a Declaração de Comercialidade em cada campo” (item 8.2). A revisão será realizada com base em “laudos técnicos elaborados por certificadoras independentes”, que levarão em consideração diversos parâmetros, “incluindo, mas não se limitando, os seguintes itens: (a) as informações constantes do Relatório Final do Programa de Exploração Obrigatório; (b) os preços de mercado do Petróleo e Gás Natural; e (c) as especificações do produto da Lavra” (item 8.4).

32. Vale dizer: o valor pago pela Petrobras à União (Valor Inicial do Contrato) será necessariamente reajustado a partir do momento em que os barris de petróleo estiverem prontos para ser extraídos. Assim, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que garanta o pagamento de participação especial aos Estados produtores no

âmbito da cessão onerosa, tem um efeito puramente financeiro, que será incorporado no processo de revisão. Confira-se o disposto no item 8.9 do Contrato de Cessão Onerosa:

“8.9. Na data de conclusão da Revisão, caso o Valor Revisado do Contrato seja inferior ao Valor Inicial do Contrato, a Cedente (União) deverá restituir a diferença à Cessionária (Petrobras).

8.9.1. A restituição referida no parágrafo 8.9 poderá ocorrer em dinheiro, títulos da dívida pública, valores mobiliários emitidos pela Cessionária, ou por outro meio acordado pelas Partes, sujeita às leis orçamentárias.”

33. Vale dizer: se o reconhecimento do dever de pagar a participação especial, bem como outros fatores (preço do barril, qualidade do petróleo etc.), fizerem a cessão onerosa valer menos do que o valor inicialmente estimado (74,8 bilhões de reais), a União restituirá a diferença à Petrobras em dinheiro ou em outros meios, conforme já expressamente previsto no contrato celebrado entre as partes. O provimento da presente ADI pelo Supremo Tribunal Federal não teria, portanto, outro efeito que não a mera restituição pela União daquilo que lucrou injustamente, às custas da participação especial devida aos Estados.

V. Conclusão

Em face do exposto, o Estado do Rio de Janeiro requer seja deferida a liminar pleiteada e, no momento oportuno, seja julgada procedente a presente ADI, 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 9.478/1997 e do Decreto 2.705/1998 sobre a área abrangida pela cessão onerosa.

Rio de Janeiro, 1º de fevereiro de 2011.

LUCIA LÉA 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