

**FEDERALISMO, LEALDADE E PETRÓLEO,
AINDA UMA VEZ: INCONSTITUCIONALIDADE
DA SUPRESSÃO DAS PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS
DEVIDA AOS ESTADOS. INTERPRETAÇÃO
CONFORME A CONSTITUIÇÃO
DO ART. 5º DA LEI Nº 12.276/2010**

Ementa: 1. Viola o art. 20, § 1º, da Constituição, a disposição legal que torne as participações governamentais devidas aos Estados produtores incapazes de compensar a perda decorrente da arrecadação do ICMS no destino da operação e os elevados impactos e riscos ambientais e sociais da exploração do petróleo. 2. As competências legislativas não podem ser exercidas de forma *desleal* pelos entes federativos, que estão proibidos de se valerem delas para impor aos demais os ônus decorrentes da satisfação de seus próprios objetivos. 3. Esses encargos devem ser custeados pelo Tesouro e não podem ser impostos especialmente sobre um indivíduo ou grupo específico, sem qualquer razão legítima para tanto, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Sumário: I. A Consulta; II. Violação ao Art. 20, § 1º, Da Constituição Federal; III. Violação ao Dever de Lealdade Federativa; IV. Violação ao Princípio da Isonomia; V. Conclusões.

I. A Consulta

1. Trata-se de consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro, por sua Procuradora-Geral, Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares, acerca da constitucionalidade de determinada interpretação do art. 5º da Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, que “*autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS 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, e dá outras providências*”.

2. A lei foi editada como forma de permitir que a União Federal – controladora da Petrobras – obtivesse determinada posição acionária na empresa, sem que, para isso, precisasse despende recursos do Tesouro. Nesse sentido, realizou-se uma operação contábil em que a União foi autorizada a ceder à Petrobras a pesquisa e a lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas não concedidas

do pré-sal, em troca de pagamento a ser feito por meio de títulos da dívida pública mobiliária federal (Lei nº 12.276/2010, art. 1º, § 3º). Esses mesmos títulos, porém, seriam empregados pela União para integralizar as ações da Petrobras que viesse a subscrever (art. 9º)¹. Desse modo, a operação não envolveria o aporte de quaisquer recursos pela União Federal.

3. O art. 5º da Lei nº 12.276/2010, mencionado acima, cuida da distribuição de *royalties* nas áreas cuja exploração fosse cedida à Petrobras, e determina, fundamentalmente, a aplicação da Lei nº 9.478/97 à matéria. Confira-se o teor do dispositivo:

“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 6 de agosto de 1997”.

4. Notícia o consulente que a Petrobras vem interpretando o artigo transcrito acima como se a desonerasse de pagar, em relação às áreas objeto da cessão onerosa, todas as outras participações governamentais previstas na Lei nº 9.478/97, dentre as quais a chamada *participação especial* – parcela destinada a compensar os órgãos da União e os entes federativos afetados pela exploração do petróleo em casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade (Lei nº 9.478/97, art. 50)². Nesse

¹ O caráter da medida, bem como seus objetivos, eram claros para o Congresso Nacional. V. Câmara aprova MP que viabilizou a capitalização da Petrobras. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/151651-CAMARA-APROVA-MP-QUE-VIABILIZOU-A-CAPITALIZACAO-DA-PETROBRAS.html>>. Acesso em: 07.dez.2010: “Segundo o Executivo, uma das vantagens da engenharia contábil permitida pela MP é o fato de que ela não influencia o superávit primário, pois o Tesouro não precisou usar receita de arrecadação para comprar ações, o que elevaria os gastos públicos. Outro benefício seria a garantia da manutenção do ritmo de investimentos das estatais. (...) Para não criar um rombo no orçamento federal, o governo fez uma troca de títulos entre a estatal e os principais compradores (BNDES e FSB), usando o mecanismo da cessão onerosa da exploração de 5 bilhões de barris de petróleo em áreas do pré-sal. Essa cessão está prevista na Lei 12.276/10, e o preço médio do barril foi estipulado em 8,51 dólares. Esses valores equivalem aos mesmos R\$ 74,8 bilhões da capitalização, segundo a cotação usada na época. Os títulos que a União, o fundo soberano e o BNDES-par usaram para comprar as ações da Petrobras voltaram para o Tesouro como pagamento da cessão onerosa”.

² O tema é regulamentado pelo Decreto nº 2.705/98, que define as participações especiais como “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” art. 21).

sentido, a empresa estaria lendo a Lei nº 12.276/2010 como um regime diferenciado de exploração de petróleo, diferente seja do regime atual das concessões, seja do regime de partilha proposto, e incidente apenas sobre os campos cuja pesquisa e lavra lhe fossem cedidas nos termos da referida lei.

5. As áreas cedidas à Petrobras foram definidas, não pela lei, mas por um contrato firmado entre a empresa e a União³. Segundo dados divulgados na imprensa, 85% (oitenta e cinco por cento) dessas áreas estão localizadas no território do Estado do Rio de Janeiro⁴. De acordo com o Governador do Estado, isso geraria um prejuízo da “*ordem de dezenas de bilhões [de reais], com graves conseqüências sobre a oferta de serviços públicos e a geração de empregos no território do Estado*”⁵. Diante disso, o Governador propôs, no STF, uma ação direta de inconstitucionalidade, autuada como ADI 4492/RJ e distribuída ao Min. Gilmar Mendes. Na ação, pede-se a interpretação conforme a Constituição do disposto no art. 5º da Lei nº 12.276/2010, a fim de se assentar que ele não exclui “*o pagamento da participação especial devida a Estados e Municípios produtores, nos termos da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.705/1997 sobre a área abrangida pela cessão onerosa contemplada naquele diploma legal*”.

6. Em linhas gerais, são esses os dados relevantes para a presente consulta, que se volta fundamentalmente a responder a seguinte questão: seria constitucional uma leitura do art. 5º da Lei nº 12.276/2010 que afastasse o dever de pagamento de participações especiais nas áreas abrangidas pela cessão onerosa operada entre a União e a Petrobras? A resposta – já se pode adiantar – é negativa. As razões que conduzem a essa conclusão serão desenvolvidas de acordo com o roteiro apresentado inicialmente.

³ Lei nº 12.276/2010, 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; II - os respectivos volumes de barris equivalentes de petróleo, observado o limite de que trata o § 2º do art. 1º; III - valores mínimos, e metas de elevação ao longo do período de execução do contrato, do índice de nacionalização dos bens produzidos e dos serviços prestados para execução das atividades de pesquisa e lavra referidas no caput do art. 1º; IV - o valor e as condições do pagamento de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 1º; e V - as condições para a realização de sua revisão, considerando-se, entre outras variáveis, os preços de mercado e a especificação do produto da lavra. Parágrafo único. O contrato e sua revisão deverão ser submetidos à prévia apreciação do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE”.

⁴ Míriam Leitão, Conflito criado. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2010/12/03/conflito-criado-346645.asp>>. Acesso em: 07.dez.2010: “O Rio é o estado que mais perde porque ele tem outra fonte de sangria na cessão onerosa: 85% dos blocos cedidos à Petrobras pela União estão na área do Rio, 15%, em São Paulo, e nada, no Espírito Santo. Mesmo que o Rio receba royalties por esse petróleo, quando ele for extraído, não receberá participação especial”.

⁵ V. Petição inicial, ADI 4492/RJ, p. 2.

II. Violação ao Art. 20, § 1º, da Constituição Federal

7. As participações governamentais devidas pela exploração do petróleo são garantidas pela própria Constituição Federal, em seu art. 20, § 1º. A adequada interpretação do dispositivo já foi analiticamente debatida em estudo anterior, também elaborado por solicitação da PGE-RJ⁷. Na ocasião, concluiu-se, entre outros pontos, que:

(i) As receitas atribuídas aos Estados e Municípios pelo art. 20, § 1º, são direito subjetivo constitucional assegurado a esses entes, e não um favor concedido a critério da União. Por essa razão, a legislação que pretender regulamentar o tema não pode esvaziar o sentido do dispositivo, sob pena de inconstitucionalidade.

(ii) As participações ou compensações financeiras devidas em razão da exploração de petróleo e gás natural, e previstas no dispositivo, devem ser pagas: (a) aos Estados e Municípios em cujo território se dê a exploração; e (b) aos Estados e Municípios confrontantes, no caso de exploração marítima. Tal afirmação é sustentada por *todos* os elementos da interpretação jurídica. Vale destacar, aqui, o que apontam os elementos sistemático e teleológico, a saber:

(a) *sistemático* – o art. 20, § 1º deve ser interpretado em conjunto com o art. 155, § 2º, X, *b*, também da Constituição, segundo qual o ICMS incidente sobre a aquisição de petróleo é devido ao Estado de destino e não ao de origem, como se passa com quase todos os bens, de modo que as participações governamentais se destinam a compensar a perda da receita tributária dos Estados produtores⁸;

⁶ CF/88, 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”.

⁷ V. Luís Roberto Barroso, *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100708-01.pdf>. Acesso em: 10.dez.2010.

⁸ Confira-se, a propósito, o trecho a seguir, extraído do voto do Ministro Nelson Jobim, que, baseado em sua atuação como deputado constituinte, explicitou a conexão necessária – e deliberada – entre os dois dispositivos: “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 (...)*” (STF, DJ 19.dez.2003, MS 24312/DF, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; trecho do voto do Min. Nelson Jobim; negrito acrescentado).

(b) *teleológico* – as participações governamentais destinam-se a compensar Estados e Municípios produtores pelos impactos e riscos, ambientais e socioeconômicos, decorrentes da atividade econômica de interesse da União (exploração do petróleo). Aí se inclui, notadamente, o aumento pela demanda de serviços públicos, como abastecimento de água, saneamento básico, educação, saúde, transporte e segurança pública, dentre muitos outros⁹.

8. Tudo isso se aplica claramente aos *royalties* e, como antecipado no estudo anterior, às *participações especiais*. Nada obstante, convém tecer algumas considerações sobre essas últimas, a fim de saber se seria lícito interpretar a Lei nº 12.276/2010 de forma que ela excluísse o seu pagamento. Previstas no art. 50 da Lei nº 9.478/97¹⁰, as participações especiais são assim definidas pelo art. 21 do Decreto nº 2.705/98, que regulamenta as participações governamentais:

“Art. 21. A participação especial prevista no inciso III do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constitui compensação financeira

⁹ São evidentes os elevados impactos e riscos ambientais impostos aos Estados confrontantes às áreas de produção – sua existência e gravidade foram tristemente demonstradas por recente acidente de grandes proporções, ocorrido no Golfo do México. Para que se tenha uma dimensão do problema: estima-se que um vazamento similar afetaria a costa do Rio de Janeiro em apenas dois dias, gerando prejuízos materiais e imateriais incalculáveis (Ramona Ordoñez, Renato Grandelle e Rennan Setti, Vazamento no Golfo expõe riscos do petróleo no Rio. Analistas estimam que acidente similar afetaria praias fluminenses em 2 dias, *O Globo* 16.maio.2010, p. 31). Também esse aspecto finalístico já foi objeto de consideração expressa do STF (v. STF, *DJ* 16.nov.2001, RE 228800/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, *DJ* 9.jun.2006, AI 453025 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes) e da doutrina (v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 258-9; Ricardo Lobo Torres, *Curso de direito financeiro e tributário*, 2005, p. 191. No mesmo sentido, v. também Romeu Thomé, A função socioambiental da CFEM (compensação financeira por exploração de recursos minerais), *Revista de Direito Ambiental* 55:183, 2009).

¹⁰ Lei nº 9.478/97, 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. § 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor. § 2º Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção: I - 40% (quarenta por cento) ao Ministério de Minas e Energia, sendo 70% (setenta por cento) para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incisos II e III do art. 8º desta Lei, e pelo MME, 15% (quinze por cento) para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% (quinze por cento) para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional; II - 10% (dez por cento) ao Ministério do Meio Ambiente, destinados, preferencialmente, ao desenvolvimento das seguintes atividades de gestão ambiental relacionadas à cadeia produtiva do petróleo, incluindo as consequências de sua utilização: (Redação dada pela lei nº 12.114, de 2009) (...) III - quarenta por cento para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção; IV - dez por cento para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção”.

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”.

9. O texto do diploma é claro ao atestar que a natureza jurídica da participação especial é rigorosamente idêntica à dos *royalties* – em ambos os casos, trata-se *compensação financeira*, devida nos termos do art. 20, § 1º. A base de cálculo é a mesma, assim como a lógica de compensação dos institutos. A diferença está apenas nas hipóteses em que cada uma das parcelas é devida: os *royalties* devem ser pagos em toda e qualquer exploração (compensação ordinária), enquanto as participações especiais são devidas apenas nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade (compensação extraordinária). Dessa forma, ela nada mais é que a expressão do *risco*, uma das características mais importantes da indústria do petróleo¹¹, funcionando como uma espécie de “adicional” dos *royalties*. A doutrina especializada é unânime nesse sentido, como se pode ver abaixo:

“A Lei do Petróleo em vigor também prevê no inc. III de art. 45 uma outra cobrança a ser paga pelas concessionárias nas atividades ligadas a petróleo e gás: a chamada ‘participação especial’, que é uma espécie de adicional da participação comum (os *royalties*, já comentados no item anterior), arrecadada em benefício dos Estados, dos Municípios e de órgãos da União Federal.

Seguindo a linha de entendimento já exposta pelo STF no julgamento do RE 228.800/DF (...), podemos concluir que ambas as cobranças no caso possuem a mesma natureza, como espécies de participação no resultado da exploração de petróleo e gás (e não ‘compensação’ ou ‘indenização’), encontrando assim fundamento no § 1º do art. 20 da CF/1988” (negrito acrescentado)¹².

“No caso brasileiro, tanto a participação especial quanto os *royalties* não têm natureza tributária, mas sim indenizatória, porque seu fundamento constitucional é o artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que assegura à União, Estados,

¹¹ Maria D’Assunção Costa Menezello, *Comentários à Lei do Petróleo*, 2000, p. 144.

¹² Rodrigo Caramori Petry, *Compensações financeiras, participações e outras cobranças estatais sobre empresas dos setores de mineração, energia, petróleo e gás*, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 89:268, 2009.

Distrito Federal e Municípios participação no resultados da exploração de petróleo ou gás natural ou compensação financeira (aqui representada pela participação especial e royalties) por essa exploração” (negrito acrescentado)¹³.

“Os royalties e a participação especial constituem, respectivamente, a compensação financeira ordinária e extraordinária pelos resultados da exploração de petróleo ou gás natural a que se refere o § 1º do art. 20 da CF/88. Tais participações têm natureza indenizatória e constituem, assim, uma forma de compensação aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal, e à União, pelos inevitáveis transtornos causados em face das atividades de exploração e produção” (negrito acrescentado)¹⁴.

“Pelo exposto no acórdão MS 24.312-RJ, a participação especial, assim como os royalties, possui fundamento constitucional (art. 20, § 1º da CF), sendo receita própria dos seus beneficiários (União, Estados e Municípios), devendo a União obrigatoriamente repassá-los a título de compensação financeira, dado que não se trata de repasse voluntário. (...)”

Assim, com os royalties e os tributos, a PE possui destinação pública e é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada que, como já discorrido, é desempenhada pela ANP” (grifos no original)¹⁵.

10. Dessa forma, royalties e participações especiais têm a mesma natureza jurídica e o mesmo fundamento constitucional (art. 20, § 1º). São, assim, receitas públicas dos entes periféricos, que têm direito subjetivo constitucional à compensação pela exploração do petróleo no seu território, inclusive na porção do mar adjacente a ele. Sua previsão em parcelas apartadas (royalties e participações especiais) se justifica por uma razão econômica bastante singela: nos casos de grande produtividade ou rentabilidade da área, a incidência dos royalties à razão de 5 a 10% corresponderia a uma compensação insuficiente à luz da base de cálculo, que reflete os riscos da atividade e o retorno a ser obtido. Para evitar esse problema, criou-se a participação especial, parcela progressiva destinada a adaptar, à grande produtividade ou rentabilidade, os

¹³ V., ainda, Daniela Couto Martins, *A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro*, 2006, p. 156-7.

¹⁴ José Alberto Bucheb, *Direito do petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*, 2007, p. 105.

¹⁵ José Gutman, *Tributação e outras obrigações na indústria do petróleo*, 2007, p. 57.

valores cobrados a título de participações governamentais obrigatórias¹⁶.

11. Mas não é só isso. Acima se viu que o art. 20, § 1º, da Constituição tem como objetivo compensar os Estados produtores pela incidência do ICMS, não na origem – como em geral ocorre –, mas no destino da operação. Assim, por maior que seja o espaço de conformação aberto ao legislador federal na matéria, é evidente que as parcelas criadas para atender ao art. 20, § 1º, devem ser tais que compensem os Estados-membros pelo ICMS que deixaram de recolher. Para isso servem as participações especiais: se a produtividade e a rentabilidade do campo são tão maiores, também seria maior a receita decorrente da incidência do ICMS. Nesses casos, aplicar apenas os royalties seria esvaziar o disposto no art. 20, § 1º, da Carta, ignorando sua conexão com o art. 155, § 2º, X, b, também da Constituição.

12. Ademais, também foi mencionado que as participações governamentais têm como principal finalidade compensar Estados e Municípios produtores pelos impactos e riscos, ambientais e socioeconômicos, decorrentes da exploração do petróleo – aí incluído o aumento na demanda por serviços públicos. Pois bem. Vem sendo noticiado pela imprensa que a exploração de petróleo na camada do pré-sal envolve riscos consideravelmente maiores do que aqueles presentes na atividade executada em níveis comuns¹⁷. O ponto foi bem exposto em reportagem

¹⁶ É a mesma lógica econômica que justifica os impostos progressivos: a partir de determinado ponto, o acréscimo de riqueza começa a ensejar menor utilidade para o seu possuidor – tanto assim que 10% (dez por cento) da renda de alguém que receba um salário mínimo mensal é um encargo muito mais pesado do que o mesmo percentual cobrado sobre a renda de quem percebe cem mil reais por mês. Daí a necessidade de graduar a contribuição paga ao Estado em função de aliquotas progressivas – i.e., de percentuais ou frações que aumentem à medida que aumente a própria base de cálculo. É claro que, no âmbito tributário, a questão econômica não é a única justificativa relevante; assumem um peso muito importante também as considerações quanto à justiça fiscal – à justa distribuição dos encargos para o custeio das atividades estatais. Sobre os tributos progressivos e sua justificativa, v., dentre muitos outros, Aliomar Baleeiro, *Introdução à Ciência das Finanças*, 2006, p. 218 e ss.; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, v. II, 2005, p. 314; Roque Antônio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, 2006, p. 86; Ricardo Lodi Ribeiro, O princípio da capacidade contributiva. In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 212 e ss.; José Marcos Domingues de Oliveira, *Direito tributário: capacidade contributiva (conteúdo e eficácia do princípio)*, 1998, p. 59

Ricardo Lodi Ribeiro, O princípio da capacidade contributiva. In: *Temas de direito constitucional tributário*, 2009, p. 215.

¹⁷ V. Marcio Damasceno e Dirk Müller, Prospecções muito profundas ameaçam meio ambiente, diz especialista, *Deutsche Welle* 30.abr.2010. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5524562,00.html>>. Acesso em: 13.dez.2010: “Enquanto as reservas em águas rasas vão se esgotando, as companhias petrolíferas partem em busca de fontes cada vez mais profundas, aumentando o risco de novos desastres ecológicos no mar. Isso também diz respeito à camada de pré-sal da costa brasileira. Reservas gigantescas estão sendo encontradas, sobretudo, em profundidades submarinas a partir dos 2 mil metros. Nessa área, a exploração vem crescendo dramaticamente, sobretudo nas costas do Brasil e do Ocidente africano”, lembrou Schwark [Lorenz Schwark, geocímico da Universidade de Kiel], em entrevista ao jornal alemão *Die Tageszeitung*. “Ao mesmo tempo, ela envolve grandes desafios técnicos. Nessa região só é possível se trabalhar com robôs, porque ninguém consegue mergulhar tão fundo. Além do mais, lá é escuro e vazamentos só conseguem ser reparados com dificuldade. Isso é um problema enorme”, avalia. (...) Apesar dos altos padrões tecnológicos, não há como garantir segurança absoluta. “Essas plataformas petrolíferas são projetos milionários, com enormes investimentos de segurança. Mas a tecnologia já chegou a tamanha complexidade que, apesar de todos os esforços, continua sempre existindo o risco de falha técnica ou humana”, ressalta Christian Bussau, oceanógrafo do Greenpeace. Para ele, as empresas já trabalham nos limites do possível”.

“A explosão da plataforma petrolífera da BP em 20 de abril, que causou um vazamento estimado de 650 milhões de litros de óleo no Golfo do México, na maior tragédia ambiental da história dos Estados Unidos, acendeu um sinal amarelo na indústria. O questionamento ocorre no momento em que o Brasil inicia uma empreitada inédita e arriscada: a extração de petróleo do pré-sal, a mais de 300 quilômetros da costa e 7 mil metros abaixo da superfície, incluindo uma instável faixa de sal de 2 mil metros de espessura. A ONG Aliança Global de Fontes Renováveis já incluiu o campo de Tupi, na Bacia de Santos, entre os dez locais de exploração marítima mais perigosos do mundo. Um dos motivos de apreensão é o fato de a camada de sal ser menos densa e dissolver na água, o que aumenta o risco de o poço ruir durante a perfuração. Foi o que ocorreu em julho na Bacia de Santos no poço Libra, abandonado a um prejuízo estimado em R\$ 30 milhões.

(...)

‘Um desastre semelhante ao do Golfo teria impacto monstruoso para a Petrobrás e o País’, diz Edmar de Almeida, do Grupo de Energia do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). *No pré-sal, o risco de acidentes é maior que o normal. A profundidade é bem superior à do Golfo (a BP extraía petróleo a 1.500 metros), o óleo está em alta temperatura e pressão e sua composição favorece a corrosão dos equipamentos. ‘O que funciona para parar um vazamento a 100 metros de profundidade pode não funcionar a 1.000 metros. E assim por diante’, diz Segen Estefen, diretor de Tecnologia e Inovação do Instituto de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (Coppe) da UFRJ.*

Além disso, por ser a primeira vez que uma companhia extrai óleo nessa camada, a operação exigirá o uso de equipamentos novos, ainda não testados em operação, para perfuração e revestimento dos poços. ‘Quando se usa uma tecnologia que ainda não está consolidada, a chance de acontecer uma quebra ou defeito é sempre maior’, diz Carlos Boeckh, diretor da Hidroclean Proteção Ambiental.

‘Quanto mais difíceis e complexas as condições, maior a margem para erros e acidentes’, afirma Almeida. Segundo ele, a Petrobrás está acostumada a gerenciar riscos desde que começou a explorar em águas profundas, há quase 40 anos, mas isso tem custo alto, pois exige medidas de segurança mais rigorosas.

O gasto também será maior com a preparação do plano de emergência para o caso de um acidente: a distância do pré-sal da costa dificulta e encarece o acesso. ‘Isto cria uma dificuldade logística. As embarcações não têm autonomia para chegar e agir rapidamente’, diz Boeckh” (negrito acrescentado)¹⁸.

13. Não se discute, aqui, a capacidade técnica da Petrobras – ou de qualquer outra empresa – para prevenir e lidar com situações de emergência. A rigor, esse ponto não interfere diretamente com o tema em discussão. O que justifica a compensação prevista no art. 20, § 1º, da Constituição – além do aumento na demanda por serviços públicos – não é a incapacidade técnica das empresas ou a efetiva ocorrência de prejuízos, mas os altos riscos sociais e ambientais envolvidos na atividade. Se eles são maiores, devem ser maiores também as participações governamentais. Do contrário, haveria apenas um arremedo de compensação, uma exibição formal destinada a camuflar o descumprimento real do art. 20, § 1º. Assim, se na exploração convencional são devidos *royalties* e participações especiais, não faria qualquer sentido *diminuir* as parcelas devidas quando a empreitada ocorra na camada do pré-sal, onde os riscos só *aumentam*. Seria uma incoerência absurda, além de uma evidente afronta ao art. 20, § 1º, da Constituição Federal.

14. Antes de concluir o tópico, há uma observação importante a ser feita. Nada do que se disse aqui implica que a União esteja proibida de alterar o regime de exploração do petróleo ou mesmo as parcelas devidas a título de participações governamentais em cada hipótese. Em princípio, caso entenda necessário ou conveniente, a União pode substituir o regime vigente por outro, que lhe pareça mais adequado. Afinal, o tema não foi esgotado pela Constituição e a lei federal é o veículo próprio para regulamentá-lo, remanescendo ao Congresso Nacional um espaço considerável de livre conformação na matéria. Mas isso tampouco significa que a União esteja liberada de quaisquer amarras ao transitar neste terreno. Ao contrário, sua competência legislativa não se converte em carta branca para tornar vazio de sentido o próprio dispositivo que a sustenta (o art. 20, § 1º) – notadamente quando estejam em jogo receitas originárias dos demais entes e o próprio equilíbrio de suas contas. Inverter a lógica do art. 20, § 1º, para chamar de *compensação* uma parcela claramente insuficiente para *compensar* seus destinatários, não seria regulamentá-lo, mas pura e simplesmente violá-lo.

15. Em suma: 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,

¹⁸ Afra Balazina, Sombras sobre a camada do pré-sal, *Estadão.com.br* 1º.set.2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100901/not_imp603355,0.php>. Acesso em: 13.dez.2010.

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. De todo modo, além do art. 20, § 1º, diversas outras razões apontam para a mesma conclusão. Uma delas é o dever de lealdade federativa, ao qual se dedicará o tópico que se segue.

III. Violação ao Dever de Lealdade Federativa

16. Uma das classificações mais tradicionais do Direito Público envolve as chamadas *formas de Estado*, que designam os diversos modos de distribuir territorialmente o exercício do poder político¹⁹. Nesse plano, a principal distinção extrema os chamados *Estados simples* ou *unitários*, de um lado, dos *Estados compostos*, de outro: enquanto os primeiros se caracterizam pela existência de um único centro de poder político, os segundos repartem o exercício do poder entre várias entidades territoriais autônomas. Um dos exemplos mais fáceis de Estados compostos são as *federações*, como o Brasil: do ponto de vista interno, as atribuições do Poder Público são distribuídas entre os entes federativos²⁰, que possuem autonomia constitucional para exercê-las²¹. Assim é que a República Federativa do Brasil (ente global e soberano, pessoa jurídica de direito internacional) desempenha suas tarefas por meio de entidades territoriais de

¹⁹ Nesse sentido, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2005, p. 98-9. V. tb; Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 713 e ss.; e Léo Ferreira Leoney, *Controle de constitucionalidade estadual*, 2007, p. 1-10.

²⁰ Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 1997, p. 511.

²¹ A autonomia constitucional é o elemento central da federação. Nesse sentido, v. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Poder constituinte do Estado-membro*, 1979, p. 53; Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*, 1982, p. 25; Ronald L. Watts, *Federalism, federal political systems, and federations*, *Annual Review of Political Science* 1:124, 1998: “Embora as federações tenham muitas vezes sido descritas como sistemas políticos descentralizados, o que distingue as federações dos sistemas unitários descentralizados não é apenas a amplitude das responsabilidades descentralizadas, mas a garantia constitucional de autonomia para as unidades de governo [*constituent governments*] nas competências que desempenham” (tradução livre). Em linhas gerais, essa autonomia significa a “faculdade que possui determinado ente de traçar as normas de sua conduta, sem que sofra imposições restritivas de ordem estranha” (Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*, 1982, p. 23).

direito público interno: a União (ente central), os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios (entes periféricos), “*todos autônomos*” entre si²².

17. O que se acaba de dizer corresponde ao conhecimento convencional na matéria. Por essa razão, não há necessidade de desenvolver o ponto analiticamente. Basta observar que a autonomia das subunidades de um Estado composto não se traduz em liberdade absoluta: além dos limites explicitamente previstos na Constituição, os componentes do Estado não podem perder de vista que se inserem em um todo maior – a República, ente global –, cuja unidade seria posta à prova se cada ente pudesse ignorar os interesses e competências dos demais ao buscar e exercer os seus próprios. Assim, da própria organização do Estado composto decorre uma exigência, dirigida a todas as entidades autônomas, no sentido de que respeitem os fins e os interesses legítimos das demais.

18. Nos Estados federais, essa exigência se traduz no *dever de lealdade federativa* (*Bundestreue*)²³, identificado principalmente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão²⁴ e aplicado em diversos outros Estados compostos²⁵. Extraído diretamente do pacto federativo, esse dever pressupõe a atuação coordenada dos entes políticos, que, afinal, constituem partes integrantes da República Federativa do Brasil e não estranhos entre si, muito menos inimigos. A convivência harmônica e equilibrada de todos é um imperativo para que a “unidade na diversidade”, própria da

²² CF/88, art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

²³ Sobre o tema, confira-se Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 212 e ss., onde se fala em “princípio da conduta amistosa federativa” e “fidelidade para com a federação”.

²⁴ Sobre o chamado dever de lealdade federativa, confira-se a seguinte manifestação do Tribunal Constitucional alemão, plenamente compatível com a realidade institucional brasileira: “No Estado federal alemão, toda a relação constitucional entre o Estado como um todo e seus membros, bem como a relação constitucional entre seus membros [entre si], é regida pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da União e dos Estados-membros, de comportamento leal ao princípio federativo (...). O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu, a partir disso, uma série de deveres jurídicos concretos. (...) Esse limite jurídico baseado na idéia de fidelidade federativa torna-se ainda mais forte quando do exercício de competências legislativas: ‘Se os efeitos de uma regulamentação jurídica não estão limitados à área de um Estado-membro, o legislador estadual deve, então, levar em consideração os interesses da União e dos demais Estados-membros’ (BVerfGE 4, 115 [140]). (...) A jurisprudência até aqui revela que a partir desse preceito se desenvolveram tanto deveres concretos dos Estados-membros em face da União e da União em face dos Estados-membros, que vão além dos deveres expressamente normatizados na Constituição federal, quanto [também] limites concretos no exercício de competências atribuídas à União e aos Estados-membros pela *Grundgesetz*” (1. Rundfunkentscheidung – 1ª Decisão da Radiodifusão – BVerfGE 12, 205. In: Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, 2005, p. 823-4. Negrito acrescentado)..

²⁵ É o caso, e.g., da Espanha que, apesar de não ser uma federação, é um Estado composto (regional), o Tribunal Constitucional desenvolveu linha semelhante à alemã, falando em um *dever de colaboração*. V. STC nº 18/1982: “*El deber de colaboración dimanante del general deber de auxilio recíproco entre autoridades estatales y autonómicas, deber que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución*”.

federação, não se desfaça em nome dos interesses específicos de um ou de alguns dos entes que a compõem. Nesse sentido, cuida-se de um elemento imprescindível para o funcionamento dos Estados compostos²⁶.

19. Como se percebe, esse dever de lealdade funciona como uma manifestação constitucional da boa-fé objetiva, dando ensejo a uma série de exigências específicas, relativas ao relacionamento amigável entre os entes federativos²⁷. O ponto assume especial relevância quando se trata de exercer competências de natureza *legislativa*; nesses casos, o ente não pode se valer das suas competências legislativas para atender aos seus próprios interesses à custa dos demais; ao contrário, ele está obrigado a levar em consideração os interesses dos outros quando puderem ser negativamente afetados por um diploma que pretenda editar²⁸.

20. À semelhança do que ocorre na Alemanha, o princípio da lealdade federativa não foi previsto explicitamente na Constituição de 1988, mas pode ser facilmente construído a partir das cláusulas que: (i) estruturam a forma federal de Estado (e.g., arts. 1º e 18)²⁹; (ii) exigem o reconhecimento mútuo dos atos oficiais de todos os entes federativos e proíbem distinções entre eles (arts. 19, II e III; 151, I e II; e 152)³⁰; (iii)

²⁶ Adolfo Hernández Lafuente, Coordinación, colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación. In: Adolfo Hernández Lafuente (Coord.), *El funcionamiento del Estado autonómico*, 1999, p. 567.

²⁷ John Bell, *Judiciaries within Europe: a comparative review*, 2006, p. 163; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, 1994, p. 77: “*The Bundestreue principle is a constitutional analog of the general civil-law duty of an obligor to act in good faith*”.

²⁸ 1. Rundfunkentscheidung – 1ª Decisão da Radiodifusão – BVerfGE 12, 205. In: Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, 2005, p. 824: “Esse limite jurídico baseado na idéia de fidelidade federativa torna-se ainda mais forte quando do exercício de competências legislativas: ‘Se os efeitos de uma regulamentação jurídica não estão limitados à área de um Estado-membro, o legislador estadual deve, então, levar em consideração os interesses da União e dos demais Estados-membros’ (BVerfGE 4, 115 [140])”.

²⁹ CF/88, arts. 1º e 18: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...). Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

³⁰ CF/88, arts. 19 e 152: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (...) Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País; II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes; (...) Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

demandam a cooperação entre os entes federativos (e.g., art. 241)³¹; (iv) procuram impedir a guerra fiscal (e.g., arts. 155, § 2º, XII, g; e 156, § 3º, I)³²; (v) buscam garantir as finanças dos entes em face da tributação pelos demais e da criação de isenções heterônomas (arts. 150, VI, a, e § 6º; e 151, III)³³; (vi) obrigam os entes a se pautar pela moralidade e pela boa-fé nas suas condutas (art. 37, *caput*)³⁴⁻³⁵. A plena exigibilidade

³¹ CF/88, art. 241: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

³² CF/88, arts. 155 e 156: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) § 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) XII - cabe à lei complementar: (...) g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados; (...) Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) § 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002) I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas”.

³³ CF/88, art. 150: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (...) § 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) § 2º. A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. § 3º. As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. (...) § 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) Art. 151. É vedado à União: (...) III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”.

³⁴ CF/88, art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 109: “De acordo com ele [o princípio da moralidade], a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu fotos de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se, em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encaixados pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em

do dever de lealdade federativa no Brasil pode ser confirmada na passagem a seguir, extraída de voto do Min. Gilmar Mendes:

“Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, e não apenas político e moral”³⁶.

21. Pois bem. Não é difícil perceber as repercussões do que se acaba de dizer sobre a hipótese da presente consulta. A Lei nº 12.276/2010 foi o instrumento utilizado pela União para atingir certa posição acionária na Petrobras. A cessão onerosa da pesquisa e da lavra foi realizada apenas para permitir que essa operação societária fosse efetivada sem dispêndio direto de recursos públicos federais. Nada disso é controverso. Contudo, se o cômputo dos valores envolvidos excluísse as participações especiais devidas a Estados e Municípios, a decisão empresarial da União teria sido barateada artificialmente à custa dos entes periféricos. Ou seja: a União teria empregado a competência legislativa prevista no art. 20, § 1º, da Carta apenas para evitar gastos próprios, impondo os custos de sua operação aos demais entes federativos, que seriam forçados a arcar com uma enorme perda de receita.

monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”. O princípio da moralidade aplica-se também ao legislador, inclusive ao poder constituinte decorrente – v. STF, DJ 24.fev.2006, ADI 3578 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (...), assim como dos depósitos judiciais (...): autorização genérica, cuja constitucionalidade – não obstante emanada de diploma legislativo federal – é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade – como aventado em precedentes do Tribunal (...)”; STF, DJ 26.out.2007, ADI 3853/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia: “(...) Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em ‘caráter permanente’, receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular (...) Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (...)”.

³⁶ STF, DJ 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto (trecho do voto do Min. Gilmar Mendes).

22. Assim, o art. 5º da Lei nº 12.276/2010 não pode ser interpretado de forma a afastar o dever de pagar as participações especiais previstas na Lei nº 9.478/97. Do contrário, a União estaria autorizada a deixar de pagar as parcelas devidas aos demais entes – por força da própria Constituição – sempre que isso conviesse ao seu caixa ou à satisfação dos interesses de suas empresas. Tal situação seria claramente incompatível com a lealdade que se exige de todos os entes da federação e, por isso, inconstitucional.

23. Essa conclusão se confirma, ainda, por outra razão que, embora diretamente associada à lealdade federativa, assume contornos autônomos. Com efeito, foi mencionado que 85% das áreas cedidas à Petrobras nos termos da Lei nº 12.276/2010 estão situadas no território do Estado do Rio de Janeiro. Se já seria inadmissível, do ponto de vista da lealdade federativa, que outros entes fossem forçados a custear a atuação empresarial da União, com muito maior razão não se poderia admitir que a União impusesse todo ou a grande maior parte desse ônus a *um único Estado-membro*. O ponto – que parece bastante claro – é corroborado, ainda, por uma aplicação simples do *princípio da isonomia*. A esse tema se dedica o tópico que se segue.

IV. Violação ao Princípio da Isonomia

24. O princípio da isonomia ou da igualdade, subjacente às ideias de república, democracia e Estado de direito, permeia todo o texto constitucional brasileiro. Em diferentes dispositivos, a Constituição veda discriminações, distinções e preferências indevidas, seja entre pessoas ou entre entidades estatais (e.g., arts. 3º, IV; 5º, *caput*; e 19, III). Na formulação clássica do princípio, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade. O que a isonomia veda, portanto, são as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio. O princípio da isonomia forma uma imperativa parceria com o princípio da razoabilidade. A razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação levada a cabo por qualquer agente público é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo³⁷. Em suma: o princípio pode ser violado pela desequiparação injusta de iguais ou pela equiparação injusta de desiguais.

25. A isonomia cumpre um relevante papel no custeio das atividades públicas. Na medida em que a atuação estatal se destina a beneficiar a sociedade como um todo, os encargos que a sustentem devem ser igualmente suportados pela coletividade

³⁷ Sobre o tema, vejam-se, dentre muitos outros: San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: *Problemas de direito público*, 1953; M. Seabra Fagundes, *O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*, *Revista dos Tribunais* 285:3, 1955; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993; Luís Roberto Barroso, *A igualdade perante a lei*. In: *Temas atuais do direito brasileiro*, 1987; e *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 230 e ss..

(*igualdade perante os encargos públicos*)³⁸. Trata-se de uma manifestação específica do princípio da isonomia, já aplicada há muito tempo, *e.g.*, no âmbito do direito administrativo³⁹ e tributário⁴⁰. O tema abarca diversas questões, que vão desde as limitações à propriedade privada até progressividade dos tributos – e não é o caso de aprofundá-las aqui. Por ora, importa apenas observar o seguinte: não é possível impor a alguns indivíduos em particular, ou a um grupo determinado deles, um ônus específico como meio de viabilizar uma ação estatal, pois isso violaria a isonomia⁴¹. Caso a imposição do ônus seja justificável à luz da razoabilidade, a coletividade deve compensar o prejudicado pelo dano que ele sofreu para que se satisfizesse um interesse coletivo – daí a exigência de indenização nas desapropriações⁴².

26. A aplicação do ponto ao caso não envolve maiores complexidades. Acima se disse que a isonomia é ofendida por diferenciações normativas arbitrárias, caprichosas ou irrazoáveis, bem como que ninguém pode ser chamado a suportar, mais do que outros, os ônus das atividades estatais. Pois bem. No caso, não há qualquer motivo racional para que se imponha ao Estado do Rio de Janeiro a maior parte dos prejuízos

³⁸ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1998, p. 393: “Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos* (*égalité devant les charges publiques, Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados”.

³⁹ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003, p. 110: “Os sacrifícios de direito, embora resultantes de atos estatais legítimos, demandam o ressarcimento dos prejuízos suportados. (...) Os sacrifícios retiram de um ou alguns indivíduos possibilidades de fruição garantidas à generalidade dos que se encontram na mesma situação. Tais direitos são suprimidos em benefício da sociedade. Tem-se assim prejuízo individual em proveito coletivo, que deve ser reparado pelo Poder Público, *De outro modo, os ônus para atendimento dos interesses públicos seriam lançados sobre poucos, e não divididos entre todos, em clara afronta à isonomia*” (negrito acrescentado).

⁴⁰ Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, 2006, p. 78: “o princípio republicano leva ao princípio da generalidade da tributação, pelo qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos com *isonomia e justiça*. Por outro raio semântico, o sacrifício econômico que o contribuinte deve suportar precisa ser igual para todos os que se acham na mesma situação jurídica”.

⁴¹ José de Oliveira Ascensão, A violação da garantia constitucional da propriedade privada por disposição retroativa, *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 18: 87, 1977: “O mais importante é o princípio da justa repartição dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (...) A expropriação, não sendo um castigo, implica um sacrifício especial do patrimônio de um dado sujeito para a obtenção de uma finalidade de interesse público. Todos vão se beneficiar, mas só um em particular vai ser sacrificado. Isso não é justo e representa uma quebra da igualdade”.

⁴² CF/88, art. 5º, XXIV: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

decorrentes da operação societária descrita – salvo, é claro, pelo interesse secundário da União e de sua controlada. Nesse sentido, o tratamento desfavorecido do Estado não teria sido instituído para atender a qualquer finalidade constitucional relevante, sendo apenas o resultado de uma negociação contratual entre a União e a Petrobras, com o objetivo exclusivo de reduzir os recursos federais a serem gastos com uma operação empresarial.

27. Ademais, por mais relevante que seja o interesse federal envolvido, os encargos para sua satisfação não podem ser impostos com tamanha intensidade sobre um grupo ínfimo de Estados – em especial, sobre o Estado do Rio de Janeiro. Caso se considere importante a capitalização da Petrobras e a assunção, pela União, de determinada posição acionária na empresa, os custos dessa operação não podem ser impostos à população de um ou de poucos Estados-membros, mas devem ser repartidos por toda a coletividade beneficiada – vale dizer: devem ser pagos pela receita pública federal, concentrada no Tesouro Nacional, que existe justamente para custear as atividades da União. Do contrário, apenas algumas pessoas seriam chamadas a suportar os ônus decorrentes de atividades que – se supõe – interessam a todos em caráter indivisível.

28. Em suma: o princípio da isonomia não tolera que um indivíduo ou um grupo específico seja sacrificado especialmente para atendimento de interesses coletivos. Os ônus decorrentes das atividades da União devem ser suportados pela sociedade como um todo e, assim, custeados pelo Tesouro Nacional. Assim, além de importar em manifesta deslealdade federativa, a supressão das participações especiais pela Lei nº 12.276/2010 ainda violaria o princípio da igualdade, ao impor os encargos referentes à integralização de ações da Petrobras pela União apenas sobre as populações de alguns Estados produtores – em particular, do Rio de Janeiro, onde se localizam 85% das áreas cedidas.

V. Conclusões

29. É possível compendiar as conclusões apuradas ao longo do presente estudo nas proposições objetivas abaixo:

a) *Royalties* e participações especiais têm a mesma natureza jurídica e o mesmo fundamento – o art. 20, § 1º, da Constituição Federal. Nessa linha, 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.

b) 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.

c) O princípio da isonomia não tolera que um indivíduo ou um grupo específico seja sacrificado especialmente para atendimento de interesses coletivos. Os ônus decorrentes das atividades da União devem ser suportados pela sociedade como um todo e, assim, custeados pelo Tesouro Nacional. Assim, a supressão das participações especiais pela Lei nº 12.276/2010 violaria o princípio da igualdade, ao impor os encargos referentes à integralização de ações da Petrobras pela União apenas sobre as populações de alguns Estados produtores – em particular, do Rio de Janeiro, onde se localizam 85% das áreas cedidas.

d) Por todas essas razões, o art. 5º da Lei nº 12.276/2010 somente será compatível com a Constituição caso interpretado de forma a que não exclua o dever de pagar participações especiais pela exploração das áreas cedidas à Petrobras. Dessa forma, a referência expressa aos *royalties* não afasta as participações especiais, que continuam exigíveis nos termos da Lei nº 9.478/97.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2010.

LUÍS ROBERTO BARROSO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro