

Claudio Madureira  
Kelen Carolina Altenerath  
Luiz Claudio Nogueira de Souza

# AUTOCOMPOSIÇÃO E CONFLITO FEDERATIVO:

---

proposta teórica para a resolução do litígio  
subjacente à distribuição das rendas de  
petróleo e gás às unidades federadas

2ª edição



**AUTOCOMPOSIÇÃO E  
CONFLITO FEDERATIVO:  
proposta teórica para a resolução  
do litígio subjacente à distribuição  
das rendas de petróleo e gás às  
unidades federadas**



Claudio Madureira  
Kelen Carolina Altenerath  
Luiz Claudio Nogueira de Souza

**AUTOCOMPOSIÇÃO E  
CONFLITO FEDERATIVO:  
proposta teórica para a resolução  
do litígio subjacente à distribuição  
das rendas de petróleo e gás às  
unidades federadas**

2ª edição



Conhecimento  
Editora

Belo Horizonte  
2022

Copyright © 2022 by Conhecimento Editora

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográfica, sem autorização expressa e prévia da Editora.

---

Conhecimento  
www.conhecimentolivrraria.com.br

**Editores:** Marcos Almeida e Waneska Diniz

**Revisão:** Responsabilidade do autor

**Diagramação:** Reginaldo César de Sousa Pedrosa

**Capa:** Waneska Diniz

**Imagem capa:** Imagem Please Don't sell My Artwork AS IS por Pixabay.com.br

**Conselho Editorial:**

Fernando Gonzaga Jayme

Ives Gandra da Silva Martins

José Emílio Medauar Ommati

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Maria de Fátima Freire de Sá

Raphael Silva Rodrigues

Régis Fernandes de Oliveira

Ricardo Henrique Carvalho Salgado

Sérgio Henriques Zandona Freitas

---

Conhecimento Livraria e Distribuidora

Rua Maria de Carvalho, 16 - Ipiranga

31140-420 Belo Horizonte, MG

Tel.: (31) 3273-2340

Whatsapp: (31) 98309-7688

Vendas: comercial@conhecimentolivrraria.com.br

Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com

www.conhecimentolivrraria.com.br

341.4618    Madureira, Claudio  
M183a      Autocomposição e conflito federativo: proposta teórica  
2022        para a resolução do litígio subjacente à distribuição das rendas  
de petróleo e gás às unidades federadas / Claudio Madureira,  
Kelen Carolina Altenerath e Luiz Claudio Nogueira de Souza.  
2.ed. - Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022.  
96p. ; 21cm

ISBN: 978-85-93869-93-8

1. Direito civil. 2. Ciência jurídica. 3. Direito processual. 4.  
Processo civil. 5. Conflitos federativos. 6. Arbitragem. 7. Petróleo-  
Rendas- Distribuição. 8. Ordenamento jurídico. I. Altenerath, Kelen  
Carolina. II. Souza, Luiz Claudio Nogueira De. III. Título.

CDDir – 341.4618  
CDD(23.ed.)– 347.09

Este trabalho se associa a pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), que estudou autocomposição como método adequado à resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública (Edital nº 06/2015), ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo), ao Laboratório de Processo e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (LAPROCON-PPGDI-UFES) e à linha de pesquisa Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos, do mesmo Programa de Pós-Graduação, com área de concentração em Justiça, Processo e Constituição, que assume como objetivo geral a estruturação do processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio do crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.



“[...] a maioria não pode dispor de toda ‘legalidade,’ ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”.

**Jose Joaquim Gomes Canotilho<sup>1</sup>**

“Mais vale mau acordo que boa demanda”.

***Dito popular***

“O Brasil poderá suceder os Estados Unidos na produção do petróleo – disse o Visconde, que apesar de simples sabugo, raciocinava melhor do que milhões de rabanetes bípedes que andam por aí negando o petróleo. – Teremos o poço nº 1 aqui no sítio e o nº 2 no Riacho Doce, em Alagoas, onde os trabalhos estão muito adiantados. E a seguir teremos lá mesmo mais outros, mais dez, mais cem – quinhentos poços! E a febre do petróleo pegará o Brasil inteiro, que nem gripe, e começarão a aparecer poços por toda parte. Surgirão os de Mato Grosso, tremendos, de dezenas de milhares de barris por dia, como no México. E surgirão os poços de Goiás. E os de São Paulo. E os do Paraná. E os da Bahia. E os do Espírito Santo. E os do Rio Grande do Sul. E os de Minas... Tudo dependerá da abertura do primeiro”.

**Monteiro Lobato<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 329.

<sup>2</sup> LOBATO, José Bento Renato Monteiro. *O poço do Visconde*.



# SUMÁRIO

PREFÁCIO ..... 11

INTRODUÇÃO ..... 23

## **CAPÍTULO 1**

DIREITO, CIÊNCIA E RESOLUÇÃO DO CONFLITO  
FEDERATIVO SOBRE A REDISTRIBUIÇÃO DAS RENDAS DE  
PETRÓLEO E GÁS ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS..... 33

1.1. A celebração de acordos para a resolução de conflitos envolvendo  
a Fazenda Pública como tecnologia jurídica voltada à resolução  
de conflitos federativos ..... 34

1.2. A viabilidade teórica da utilização dessa tecnologia também  
para induzir a celebração de acordos em Ações Diretas de  
Inconstitucionalidade ..... 40

## **CAPÍTULO 2**

APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: A PROPOSTA DE  
ACORDO QUE ESTÁ SOBRE A MESA NAS ADINS Nº 4.916,  
4.917, 4.918, 4.920 E 5.038 ..... 47

2.1. Ganhos percentuais estimados para as unidades federadas não  
impactadas ..... 53

2.2. Ganhos imediatos estimados para as unidades federadas não  
impactadas ..... 55

2.3. Elementos que orientam a adesão da União Federal ao acordo  
proposto..... 66

## **CAPÍTULO 3**

OUTROS ELEMENTOS QUE ORIENTAM UMA TOMADA DE  
POSIÇÃO DAS UNIDADES FEDERADAS POR COMPOR OU  
LITIGAR ..... 69

3.1. Riscos assumidos pelas unidades federadas não impactadas caso  
o acordo não seja celebrado..... 69

3.2. Redistribuição das rendas de petróleo e gás <i>versus</i> equilíbrio federativo .....	72
3.3. Redistribuição de rendas de petróleo e gás <i>versus</i> segurança jurídica.....	76
À GUIA CONCLUSÃO .....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	89

## PREFÁCIO

Este livro que propusemos à Conhecimento Editora para chamar a atenção para experiências concretas de efetiva integração entre atividades acadêmicas desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) e a resolução de problemas práticos que surgem no ambiente social. Agesandro da Costa Pereira foi Professor da Faculdade de Direito da UFES entre os anos de 1978 e 1999, mas também foi um importante Advogado Brasileiro, que presidiu a Seccional da OAB no Estado do Espírito Santo por nove gestões consecutivas e que sempre esteve envolvido em causas humanitárias e no enfrentamento à violência e à corrupção. Como poucos, mas como muito poucos mesmo, o Agesandro soube aliar os saberes da universidade às necessidades da sociedade, e por isso simboliza, melhor do que ninguém, esta nossa coleção editorial, que, como ele, procura aliar a teoria à prática, e que foi concebida tendo em vista a compreensão segundo a qual as discussões jurídicas travadas no plano da Ciência encerram pensamento tecnológico, porque resultam de atividade intelectual voltada a conferir sistematicidade ao ordenamento, e por isso contribuem para a resolução de conflitos individuais e coletivos.

É comum que se diga, inclusive fora do ambiente jurídico, que o Direito é instrumento de ordenação social, porque dele resultam as normas gerais e abstratas (encartadas em textos legais) que a própria sociedade (por meio de seus representantes eleitos) impõe ao cidadão e ao poder público. Essas normas suscitam, entre nós, dois regimes de legalidade: a *legalidade comum*, voltada ao cidadão, autorizado pela Constituição Brasileira (art. 5º, II) a fazer tudo que o Direito não proíbe e a deixar de fazer o que o Direito não lhe impõe; e a *legalidade estrita*, voltada ao poder público, que somente pode fazer o que o Direito autoriza<sup>3</sup>. Porém, a despeito dessa distinção teórica entre

---

<sup>3</sup> Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um território” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 118. Sobre a argumentação que se segue,

*legalidade comum e legalidade estrita*, é fato que (ao menos no plano das ideias<sup>4</sup>) tanto o cidadão (submetido à *legalidade comum*) quanto

cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 33-34). Ora, se o Estado, enquanto institucionalização política de uma sociedade, resulta de uma ordem jurídica, por óbvio não lhe assiste, sob qualquer perspectiva, desafiá-la. Destarte, a sua atuação frente à sociedade pressupõe atenção aos limites que lhe atribui essa mesma ordem jurídica. Afinal, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a lei [...] estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de [...] direitos em benefício da coletividade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 67). Disso decorre a noção de legalidade, que, na feliz observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, traduz o propósito político “de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições e desmandos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 100). Até porque, como lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “a legalidade a que a Administração está sujeita é antes de tudo uma técnica para garantir a liberdade”, de tal sorte que “a violação à legalidade que leve o cidadão a suportar o que a lei não permite é uma agressão à sua liberdade e sua oposição a isto é uma defesa dela” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, p. 48; *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, p. 186). Nessa senda, Bandeira de Mello acentua que “através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal”, isto é, da “lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”, pretendeu-se “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 100). Por esse motivo é que os agentes públicos têm a sua atuação vinculada aos estritos limites do que lhes determinam a lei e a Constituição. Cumpre-lhes, pois, em suas atividades cotidianas, aplicar corretamente o Direito, servindo, assim, aos interesses juridicizados pelos legítimos representantes do povo. Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 78). Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 76 e 101). Ou, ainda, como sintetiza Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 68).

<sup>4</sup> No ponto, é importante recobrar que o discurso científico não se ocupa das patologias. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento (Muito embora também afixem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.). Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um

o poder público (submetido à *legalidade estrita*) devem obediência e acatamento aos textos normativos aprovados pelo Parlamento.

Se o Direito fosse uma Ciência exata (como, por exemplo, a Matemática e a Física), a tão só vinculação dos destinatários das normas aos preceitos nelas contidos teria a potencialidade de prevenir a configuração de conflitos jurídicos entre os cidadãos, ou entre eles e o poder público. Para tanto, bastaria que todos cumprissem o Direito (regra geral aplicável a situações de normalidade) e que (nas situações excepcionais em que isso não acontecesse) as instituições democráticas responsáveis pela sua aplicação e acatamento (Poder Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, etc.) atuassem para restabelecer a ordem natural das coisas.

Todavia, na prática, as coisas não são assim tão simples. É que por vezes o Direito não se realiza automaticamente nos casos concretos, seja porque os destinatários das normas (por razões inerentes aos campos de análise da sociologia ou, talvez, da psicanálise) ao cumprimento dos seus preceitos, seja porque ele têm dúvida sobre como elas devem ser aplicadas<sup>5</sup>.

---

sistema (cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 199-204, passim). Este é um trabalho científico, e por isso deve se ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes. Destarte, se os destinatários das normas de conduta aprovadas pelo Parlamento a elas encontram-se vinculados (como, de fato, eles se encontram), não é adequado supor, no plano da Ciência, que eles virão a descumpri-las. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento àqueles que descumprirem o Direito.

<sup>5</sup> O problema foi exposto com singular clareza por Chaïm Perelman, quando observou que “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que “se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade”, visto que, em seu íntimo, “cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 146). De todo modo, como adverte o filósofo na sequência de sua fala, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 146). Para Perelman, “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 146). Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman assinala que essa “é também uma noção confusa” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, p. 146).

Quanto a esse último particular (configuração de dúvida sobre como deve se dar a sua aplicação), lembramos que o Direito de nosso tempo tornou-se flexível<sup>6</sup>, o condiciona a incidência jurídica a exercícios de interpretação (inclusive semântica) dos textos normativos<sup>7</sup>, em

<sup>6</sup> Ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*).

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 212). O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 212-213). Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 213). Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da semiótica (cf. PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*) ou semiologia (cf. SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de linguística geral*), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas signícos (cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 11). O signo, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o *suporte físico*, o *significado* e o *significante*. Nesse contexto, o *suporte físico* é designado como a *expressão material do signo*, o *significado* como o *seu objeto real ou imaginário* e o *significante* como a *ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico*. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (Direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto cognoscente (cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p. 06-07). Destrichada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do Direito, em vista da compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa

especial após a derrogação do paradigma normativo liberal-burguês, marcada pela utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados<sup>8</sup>, pela influência da jurisdição constitucional

*ideia* (significação) formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos. Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea, e que concebe, em sua “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica como “esquema de interpretação”, dispondo, no corpo daquela sua obra seminal, que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 04). Kelsen adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 05). E acentua, em passagem doutrinária anteriormente transcrita, que “somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 265). Disso resulta que, mesmo sob a ótica estrita da Teoria Pura do Direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes põem norma no sistema, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de norma concreta, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho como “norma de decisão” (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.221). Sobre o assunto, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, p. 118-122 e MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 301-303).

<sup>8</sup> Essa constatação é reforçada por um dado histórico. Com efeito, consolidou-se, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo” (cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, p. 179), uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas de nosso tempo. A partir de então, desenvolveu-se uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos abertos (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*, p. 174), mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (cf. MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais). Tinha indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então assumia conformação e motivações

na atividade dos intérpretes (principalmente os países que, como o Brasil, adotam o controle difuso de constitucionalidade as leis)<sup>9</sup>, e pela consolidação, na literatura jurídica, da distinção teórica entre regras e princípios, que introduziu o elemento axiológico no campo da sua aplicação<sup>10</sup>. Essa especificidade da aplicação do Direito faz com que,

---

claramente distintas às da certeza jurídica, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 21). Na prática, essa prerrogativa acabou atribuída a todo e qualquer intérprete autorizado, na esfera de suas relações jurídicas e/ou de suas atividades profissionais, a interpretar e aplicar do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito administrativo, contexto em que, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade, os agentes estatais são chamados, em suas atividades cotidianas, a interpretar e aplicar o Direito (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 34-44, passim). Quanto ao pormenor, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, p. 122-128 e MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, 2016, p. 303-305.

<sup>9</sup> Mas esse não é, certamente, o único elemento histórico a ser considerado nesse processo. Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior observa que se “o Direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação”, tal não decorre apenas da “profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*, p. 56), mas abarca, ainda, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*, p. 54). A partir de então, prossegue Zaneti, “o Direito se constitucionalizou [...], com a principalização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa”, de modo que “todo o Direito hoje ou é Direito Constitucional (conforme à Constituição) ou não é Direito” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*, p. 54). Por esse motivo, a consolidação da jurisdição constitucional também teve influência decisiva para a conformação da interpretação e aplicação do Direito, tal como ela hoje se apresenta, em seu “estado da arte”. No ponto, cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, p. 128-133.

<sup>10</sup> A esses elementos assoma-se, ainda, a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão entre Hart (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*) e Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*). Quanto ao particular, recobre-se a lição de Humberto Ávila quando afirma, referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 28). Ávila expressa, nesse contexto, que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou

em concreto, conforme variam os intérpretes, da sua interpretação possam resultar diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema<sup>11</sup>.

Porém, essas dificuldades podem ser superadas com suporte em atividade intelectual desenvolvida no plano da Ciência. É que, nele, os juristas (pesquisadores, professores, autores jurídicos, etc.) partem da descrição das normas positivadas nos textos legislativos<sup>12</sup> para procurar estruturar o modo como Direito deve ser aplicado (campo de atuação dos intérpretes, também chamados operadores jurídicos), discorrendo (inclusive) sobre o fenômeno da decidibilidade<sup>13</sup>. Nessa

---

preservado”, ao passo que “os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 95). Quanto ao particular, cf., também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, p. 122-128 e MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 305.

<sup>11</sup> Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Grau observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Sobre o assunto, cf., também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 300-306 e MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 36-50.

<sup>12</sup> A Ciência Jurídica é o campo da atuação dos juristas (pesquisadores, professores de Direito, autores jurídicos, etc.), que tem por objeto de análise as normas jurídicas que compõem o ordenamento (cf. MADUREIRA, Claudio. *A Ciência Jurídica e sua função social*, p. 02-03).

<sup>13</sup> Do ponto de vista estritamente científico, compreende-se, sob certa ótica, que o jurista não deve descrever o modo como se dá a aplicação do Direito (decidibilidade) (cf. cf. MADUREIRA, Claudio. *A Ciência Jurídica e sua função social*, p. 03-05). Hans Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, pretendeu purificar a Ciência Jurídica, quando procurou conferir-lhe um objeto próprio e encontrar uma metodologia própria para a atividade dos juristas. Para Kelsen, os juristas só podem estudar normas editadas por autoridades consideradas competentes por norma superior, segundo o procedimento estabelecido por essa norma superior. Assim, em Kelsen, os juristas não podem discorrer sobre o modo como o Direito deve ser aplicado. Nessa acepção teórica, a Ciência Jurídica tem por função exclusiva a descrição de normas, mediante a formulação de proposições, sendo que o resultado dessa atividade descritiva é o sistema jurídico (cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 79-119 e DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*,

perspectiva, a função da Ciência Jurídica vai além do estudo do Direito (ou das fontes normativas), para também abarcar o estudo da aplicação jurídica, e por isso se apresenta como ferramenta voltada ao controle do

---

p. 116-131. Ocorre que, a prevalecer esse ponto de vista, a Ciência, conquanto se dedique a conferir sistematicidade ao Direito, não ostentaria função social; precisamente porque não se dedicaria a orientar a resolução de conflitos estabelecidos entre os indivíduos que compõem a sociedade (campo de incidência da decidibilidade). Isso não quer dizer, em absoluto, que Kelsen ignorava o problema da decidibilidade. Com efeito, a Ciência Jurídica, para Kelsen, apresenta duas facetas: a teoria jurídica estática, que estuda o direito posto pelo legislador (sistema de normas) (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 121-213); e a teoria jurídica dinâmica, que estuda o Direito como aplicação da norma superior para criação da norma inferior, cujo objeto consiste em averiguar se o emissor da norma tem competência estabelecida em norma superior para analisar os fatos condicionantes do conteúdo das normas (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 215-308). Sob a perspectiva da teoria dinâmica, o Direito é descrito como sistema de atos aplicadores de normas superiores e criadoras de normas inferiores. Em atenção a esse específico aspecto de suas formulações teóricas, Kelsen afirma, categoricamente, que “somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 265). No entanto, a despeito de enunciar, nesses termos, o caráter normativo das decisões judiciais, Kelsen entende que a construção da norma individual não é problema do jurista, mas dos aplicadores do Direito (intérpretes). É que, para esse professor austríaco, “na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica”, representada pelos órgãos que compõem a comunidade jurídica, num contexto em que “a Ciência Jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento”, ao passo que “os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela Ciência Jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 81). Quando faz essa opção teórica, Kelsen isola o problema das lacunas no Direito, transportando-o do plano da Ciência para o campo da atuação dos aplicadores. E tal se dá porque, em Kelsen, o sistema é fechado, visto que é composto pela descrição, pelos juristas, apenas do conteúdo das normas postas por autoridades consideradas competentes por norma superior (cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 141-143). É fato, contudo, que a questão da decidibilidade foi aprofundada, a partir de Kelsen, pelos teóricos (cf. MADUREIRA, Claudio. *A Ciência Jurídica e sua função social*, p. 05-06). Para Reale, como para Kelsen, o objeto da Ciência Jurídica é a descrição do Direito. Ocorre que, em Reale, o Direito não se manifesta, como em Kelsen, apenas através da norma, abarcando, também, a sua interação com os fatos e os valores (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 64-65). Essa referência de Reale aos fatos e aos valores transmuda o objeto da Ciência da simples descrição das normas postas no ordenamento por autoridades competentes para uma perspectiva pragmática (cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 114). A teoria de

comportamento humano, porque confere aos textos normativos aplicados flexibilidade interpretativa que propicia a adequação do seu conteúdo aos fatos e aos valores que sobressaem do ambiente social<sup>14</sup>. Enfim, a Ciência Jurídica se configura, sob essa ótica, como instrumento voltado à viabilização do Direito<sup>15</sup>, ostentando, assim, função social e natureza tecnológica, porque delimita as possibilidades de variação na sua aplicação e controla, por essa via, a consistência das decisões adotadas pelos intérpretes/operadores<sup>16</sup>.

Essa forma de enxergar o Direito e (sobretudo) a sua Ciência é fortemente realçada pelas linhas de pesquisa do PPGDIR-UFES, que tem área de concentração em *Justiça, Processo e Constituição*. Nossos estudos acomodam-se em duas linhas de pesquisa: a primeira delas (*Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais*) é voltada ao estudo do constitucionalismo contemporâneo, com o propósito de analisar a sua influência na conformação do direito processual e de induzir tutela dos direitos através da prestação jurisdicional adequada e efetiva<sup>17</sup>; enquanto que outra (*Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos*) analisa o fenômeno processual a partir da necessidade de concretização da justiça, discutindo temáticas relacionadas ao exercício da jurisdição<sup>18</sup>.

---

Reale é prática. Nela, os juristas conhecem para decidir. O papel dos juristas é, pois, analisar decisões e enunciar respostas, para demonstrar uma decisão solucionadora de um problema, contexto em que a resposta adequada a solucionar um conflito é aquela que causa o menor número de perturbações no ambiente social. A Ciência Jurídica assume, então, a conotação de pensamento tecnológico, que requer dos juristas pleno conhecimento e domínio de meios para chegar a um fim, uso correto do vocabulário jurídico e uso de técnicas interpretativas, integrativas e corretivas. Além disso, o sistema, porque abarca, além da norma, fato e valor, é múltiplo, aberto, dinâmico, prospectivo e incompleto, e por isso ostenta lacunas; o que justifica a preocupação dos juristas com a sua resolução (cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 141-143).

<sup>14</sup> MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do Direito a partir da interação entre norma, fato e valor. Sobre o assunto, ainda: cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 199.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 199. Sobre a argumentação que se segue, cf. cf. MADUREIRA, Claudio. A Ciência Jurídica e sua função social, p. 06-07.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 199.

<sup>17</sup> Disponível na internet: <<https://direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=428>>; acesso em 16/11/2020.

<sup>18</sup> Disponível na internet: <<https://direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=427>>; acesso em 16/11/2020.

Mas ambas incidem (ainda que sob pontos de vistas distintos) sobre como o Direito deve ser aplicado pelos intérpretes/operadores, portanto sobre o fenômeno da decidibilidade.

Posto isso, e considerando a importância conferida pela CAPES<sup>19</sup> à inserção social da produção científica dos Programas de Pós-Graduação submetidos à sua avaliação<sup>20</sup>, decidimos lançar aos colegas do PPGDIR-UFES o desafio de procurar identificar, no campo da aplicação do Direito, situações concretas em que o pensamento tecnológico que sobressai de suas atividades acadêmicas auxiliaram, auxiliam ou podem auxiliar na resolução de problemas práticos. O que desejamos, com isso, é ampliar o espectro da pesquisa desenvolvida pelo nosso Programa, de modo a que, para além de produzir saberes jurídicos, também possamos investigar se o produto do trabalho que desenvolvemos no plano da Ciência vem sendo empregado em benefício da sociedade. Almejamos, enfim, recobrando a genial alegoria construída por Oswald de Andrade<sup>21</sup>, demonstrar que o nosso Programa “produz biscoitos finos para a massa”, porque a sua pesquisa é voltada (como se espera dos estudos realizados nas Ciências Sociais Aplicadas) a construir conhecimento que possa ser aplicado na prática, alcançando, assim, a desejada inserção social.

As obras desta Coleção são voltadas a público-alvo ampliado, na medida que se destinam não apenas à comunidade jurídica, mas (também) aos teóricos de outros ramos do conhecimento científico e (sobretudo) aos homens do povo, cujos modo de vida e convivência mútua almejamos impactar positivamente. Daí a nossa veemente

---

<sup>19</sup> Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

<sup>20</sup> Descrita por José Pedro Boufleue no seguinte trabalho: BOUFLEUE, José Pedro. Inserção social como quesito de avaliação da pós-graduação. Em suas próprias palavras, “a inserção social é constitutiva de uma boa pós-graduação, não sendo, portanto, uma dimensão secundária ou dispensável”, e por isso não deve ser “percebida como uma sobrecarga de trabalho para os professores ou alunos, nem como uma espécie de desvio em relação a tarefas que seriam propriamente essenciais à pós-graduação”, “precisamente porque “conseguir dizer de que forma o programa se articula com a sociedade, no sentido de perceber de modo articulado a sua vinculação com a transformação social, a modificação do conhecimento e a contínua qualificação dos processos de formação, passa a ser um sinal de qualidade indispensável” (BOUFLEUE, José Pedro. Inserção social como quesito de avaliação da pós-graduação, p. 381-382).

<sup>21</sup> A frase enunciada pelo célebre escritor, nascido em 1890 e falecido em 1954, e que foi um dos organizadores da Semana de Arte Moderna, em 1922, marco inicial do modernismo brasileiro, foi a seguinte: “Um dia a massa ainda comerá o biscoito fino que eu fabrico”.

recomendação aos autores para que utilizem linguagem acessível e procurem construir textos curtos e diretos, bem como para que evitem fazer citações diretas de fontes doutrinárias, deixando a sua identificação para as notas explicativas que serão apresentados (pelo mesmo motivo) ao final dos seus respectivos trabalhos (utilização de notas de fim em substituição às notas de rodapé).

Todos esses elementos são encontrados neste livro, construído por um de nossos Professores (Claudio Madureira) em coautoria com pesquisadores de outras áreas (Kelen Carolina Altenerath, com formação em Engenharia de Petróleo, e Luiz Claudio Nogueira de Souza, com formação em Economia), lançado, agora, em sua 2ª edição. Ele encarta a proposta teórica para a resolução do conflito federativo subjacente à redistribuição das rendas de petróleo e gás às unidades federadas (submetido ao STF no corpo das ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038), concebida mediante a conjugação de elementos econômicos e financeiros a elementos jurídicos extraídos de pesquisa desenvolvida no âmbito do PPGDIR-UFES, afeta à indução da contenção da litigiosidade do poder público como forma de induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo.

Esperamos que esse esforço teórico realizado pelos seus autores possibilite a resolução do conflito analisado, a suscitar (inclusive) a publicação (no futuro) de novas edições que detalhem o seu deslinde no campo da aplicação do Direito. Porém, mesmo que essa expectativa não se concretize, ainda assim esta obra é merecedora da atenção de todos, quer porque congrega ferramentas teóricas que podem ser empregadas para a resolução de outros litígios envolvendo o poder público, inclusive daqueles encartados em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quer as aplica ao conflito analisado, demonstrando, com isso, que a atividade de pesquisa desenvolvida no plano da Ciência Jurídica pode ser operativa para a resolução de problemas práticos que afetam o ambiente social.

Vitória/ES, janeiro de 2022.

**Prof. Dra. Adriana Pereira Campos,  
Prof. Dr. Claudio Jannotti da Rocha e  
Prof. Dr. Claudio Madureira**



# INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira (art. 20, p. 1º) determina a destinação de receitas advindas da exploração e produção de petróleo e gás às unidades federadas impactadas por essa atividade econômica (comumente chamados Estados e Municípios produtores<sup>22</sup>)<sup>23</sup>, ao mesmo tempo em que transfere aos Estados consumidores (com reflexos sobre os seus Municípios<sup>24</sup>) o ICMS incidente sobre o petróleo e os seus derivados (gasolina, óleo diesel, etc.). Essas duas modalidades de receitas públicas geradas pela indústria do petróleo e do gás natural integram o que em doutrina se convencionou chamar *rendas de petróleo e gás*<sup>25</sup>.

Este trabalho incide, mais especificamente, sobre o conflito federativo que se instaurou acerca da destinação às unidades federadas das

---

<sup>22</sup> A divisão dos Estados e Municípios em “produtores” e “não produtores” é imprecisa, porque não reflete as opções político-normativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. É que, o legislador, ao mesmo tempo em que atribuiu às participações governamentais recolhidas como resultado da produção em terra (*onshore*) aos Estados e Municípios *onde ocorrer a produção* (daí falar-se em Estados e Municípios “produtores”), também as conferiu, nesse âmbito (produção em terra) aos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque, além de as haver destinado, relativamente à produção marítima (*offshore*) aos Estados e Municípios confrontantes, aos Municípios compreendidos áreas geoeconômicas àqueles afetados pelas operações de embarque e desembarque (a propósito, cf. o disposto no artigo 7º da Lei nº 7.990/1989 e nos artigos 48 e 49 da Lei nº 9.478/1997). Por esse motivo, e porque tanto a Assembleia Nacional Constituinte (*mens legislatoris*), quanto a doutrina jurídica e a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal (*mens legis*), fixaram que a finalidade das participações governamentais é cobrir, como receitas extraordinárias, os impactos da exploração e produção do petróleo e do gás natural (a propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e federação*, p. 49-99), optou-se, neste trabalho, por distinguir as unidades federadas, por efeito didático, entre Estados Municípios impactados e não impactados.

<sup>23</sup> Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 25-27.

<sup>24</sup> Que recebem, dada a incidência do inciso IV do artigo 158 da Carta de 1988, “vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

<sup>25</sup> cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*.

retribuições financeiras conferidas pelo parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição às unidades federadas, comumente chamadas *royalties*. A Lei nº 2.004/1953 já previa o pagamento dessa modalidade de receita pública. Porém, com a promulgação da Carta de 1988 essa opção político-normativa ganhou *status* constitucional. É que, desde então, o parágrafo 1º do artigo 20 da Lei Maior passou a assegurar, “nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural” (entre outros recursos naturais) “no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”<sup>26</sup>.

No ano seguinte à promulgação da Constituição, foi editada a Lei nº 7.990/1989, que substituiu o regramento inaugurado pela Lei nº 2.004/1953. Na vigência de um e outro diploma legislativo (isto é, da Lei nº 2.004/1953 e da Lei nº 7.990/1989) a atividade de exploração e produção de petróleo e gás era exercida em regime monopolista pela Petrobrás, que pagava *royalties* à União e aos Estados e Municípios impactados pela exploração e produção de petróleo e gás. Anos depois, com a quebra do monopólio da Petrobrás sobre a atividade<sup>27</sup>, foi editada a Lei nº 9.478/1997, que instituiu o regime de concessão (pelo qual o país passou a conferi-la a operadores privados, mediante prévia

<sup>26</sup> A redação original do dispositivo conferia a distribuição dessa receita pública “aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, *bem como a órgãos da administração direta da União*” (destaques pessoais). Porém, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 102/2019, substituiu essa expressão em seu texto, passando a destinar as participações governamentais diretamente à União.

<sup>27</sup> Instrumentalizada pela edição da Ementa Constitucional nº 09/1995, que (i) modificou o parágrafo 1º do artigo 177 da Constituição da República, de modo a que, donde constava “o monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º”, passou a prescrever que “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”; e (ii) incluiu um parágrafo 2º no mesmo dispositivo, que estabelece que “a lei a que se refere o § 1º disporá sobre [...] a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional” (inciso I), “as condições de contratação” (inciso II) e “a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União” (inciso III).

licitação) e criou a ANP<sup>28</sup> (órgão desconcentrado<sup>29</sup> da Administração Pública Federal a quem o legislador atribuiu a tarefa de regular e fiscalizar a atividade concedida<sup>30</sup>).

A partir de então, além dos *royalties*, as unidades federadas passaram a auferir a participação especial, espécie de *royalty* incidente sobre lucros ou rentabilidade, que somente é paga quando a produção alcança volumes expressivos ou quando há grande rentabilidade, e é recolhida mediante incidência de alíquotas que variam, nominalmente, conforme o volume da produção, entre 10% e 40%<sup>31</sup>. Além disso, os *royalties* passaram a ser arrecadados em percentual de até 10%<sup>32</sup>, do seguinte modo: 5% com distribuição às unidades federadas disciplinada pelo artigo 48 da Lei nº 9.478/1997<sup>33</sup> (primeiros 5% de *royalties*) e até 5% com distribuição disciplinada pelos critérios especificados no artigo 49 da Lei nº 9.478/1997 (segundos 5% de *royalties*).

<sup>28</sup> Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

<sup>29</sup> A propósito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello leciona que a distribuição de atribuições do Estado gera dois institutos distintos: o da concentração (ou desconcentração) e o da centralização (ou descentralização) (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II). A desconcentração refere-se à “distribuição de competências entre os órgãos de dada entidade”, de maneira que “os órgãos com poderes desconcentrados, quanto ao exercício das suas competência, se sujeitam ao poder hierárquico dos órgãos superiores, a fim de ser mantida a unidade no aparelho governamental”; a descentralização, por sua vez, comporta a distribuição de competências entre distintas pessoas jurídicas, “em virtude do qual se faz a distribuição de poderes entre diversas entidades”, sendo que, nela, os entes descentralizados sujeitam-se, nos termos da lei, “ao poder de controle do ente maior, do qual se desdobrou, a fim de manter a unidade do todo, formado pelos diversos aparelhos governamentais” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, p. 145-146).

<sup>30</sup> Lei nº 9.478/1997. “Art. 8º - A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis [...]”.

<sup>31</sup> Observados os critérios estabelecidos no Capítulo VII do Decreto Federal nº 2.705/1998, que regulamenta a Lei nº 9.478/1997.

<sup>32</sup> Lei nº 9.478/1997. “Art. 48. A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. [...] Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição [...]”.

<sup>33</sup> Que remete aos critérios de distribuição previstos pela Lei nº 7.990/1989, que, por sua vez, remete à Lei nº 2.004/1953.

Esses recursos financeiros (*royalties* e participação especial<sup>34</sup>) passaram a ser denominados pelo legislador infraconstitucional, juntamente com o bônus de assinatura<sup>35</sup> e o pagamento por ocupação ou retenção de áreas<sup>36</sup>, como participações governamentais<sup>37</sup>.

No regime da Lei nº 9.478/1997, os *royalties* e a participação especial eram distribuídos quase que integralmente à União e aos Estados e Municípios impactados pela exploração e produção de petróleo e gás<sup>38</sup>. Ocorre que no ano de 2010 foram editados dois novos diplomas legislativos com o propósito de disciplinar a atividade. O primeiro deles foi a Lei nº 12.276/2010, que instituiu o regime de cessão onerosa, por meio do qual a Petrobrás recebeu, sem licitação, áreas produtivas para explorar até o limite de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo. O outro foi a Lei nº 12.351/2010, que instituiu o regime de partilha de produção<sup>39</sup>. Ambos os diplomas disciplinam a exploração e produção

<sup>34</sup> Responsáveis, segundo Luiz Henrique Travassos Machado, “pela quase totalidade dos recursos distribuídos a esse título, correspondendo a cerca de 95,75% entre janeiro de 2005 e julho de 2010” (MACHADO, Luiz Henrique Travassos. *Federalismo e os royalties do petróleo*).

<sup>35</sup> O bônus de assinatura é pago exclusivamente à União.

<sup>36</sup> Essa espécie de participação governamental é devida aos proprietários da terra onde se situam as jazidas, entre elas a União, que a recebe em regime de exclusividade quando se tem em vista a produção marítima.

<sup>37</sup> Lei nº 9.478/1997. “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”.

<sup>38</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 30-35.

<sup>39</sup> Atualmente existem, entre nós, três distintos regimes de exploração de petróleo e gás: o *regime de concessão* (regido pela Lei nº 9.748/1997), o *regime de partilha de produção* (regrado pela Lei nº 12.351/2010) e o *regime de cessão onerosa* (disciplinado pela Lei nº 12.351/2010). Os regimes se diferenciam, em apertada síntese, (i) porque na concessão o bem passa à propriedade da concessionária (Lei nº 9.478/1997, artigo 26), que, em contrapartida, obriga-se a pagar retribuições financeiras ao poder público pelo exercício dessa atividade econômica (CRFB, artigo 20, parágrafo 2º); (ii) porque na partilha de produção o bem persiste sob a propriedade da União Federal (CRFB, artigo 20, V e IX), mas as empresas que atuam no ramo adquirem “o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato”, como contrapartida por haverem exercido, “por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção” (Lei nº 12.351/2010, artigo 2º, VI e VII); e (iii) porque a cessão onerosa consiste em autorização para que a Petrobrás a explore e produza petróleo e gás em áreas não concedidas do pré-sal, sem licitação e mediante pagamento

do petróleo e do gás natural em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, para as quais foi suprimido o pagamento da participação especial. Neles, os *royalties* foram fixados, respectivamente, em 10%<sup>40</sup> (cessão onerosa) e 15%<sup>41</sup> (partilha de produção).

Da tramitação desses diplomas legais no Congresso Nacional resultou a ideia (posteriormente encartada em opção político-legislativa<sup>42</sup>) por distribuir os *royalties* (relativos aos regimes de concessão, cessão onerosa e partilha de produção) e a participação especial (relativa apenas ao regime de concessão) obtidos com a exploração e produção de petróleo e gás a todas as unidades federadas de forma indistinta, portanto sem considerar a situação peculiar vivenciada pelas Estados e Municípios impactados. Inicia-se, assim, no âmbito político-parlamentar, conflito federativo de tormentosa solução, que envolve discussão pela viabilidade (ou inviabilidade) jurídica da redistribuição dos *royalties* e da participação especial a todas as unidades federadas, e não apenas àquelas que são impactadas pela atividade extrativista.

---

tão somente de *royalties* (o pagamento das demais participações governamentais foi dispensada por lei), até o volume de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo.

<sup>40</sup> Lei nº 12.276/2010. “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”.

<sup>41</sup> Lei nº 12.351/2010. “Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais: I - *royalties*; e II - bônus de assinatura. [...] § 1º - Os *royalties*, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo” (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012).

<sup>42</sup> O dispositivo legal que resultou dessa iniciativa do Congresso Nacional tinha a seguinte redação: “Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea *d* do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a parcela restante dos *royalties* e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma: I - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE; e II - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM”.

Nessa primeira oportunidade, a ideia não foi à frente, dada a oposição à matéria de veto presidencial fundamentado na necessidade de prevenir a judicialização do tema<sup>43</sup>. No entanto, o veto criou um problema operacional. Afinal, a Constituição estabelece, no dispositivo anteriormente mencionado (art. 20, p. 1º), que o exercício da atividade de exploração e produção de petróleo e gás (entre outros recursos naturais) está condicionado ao pagamento de compensações financeiras. As Leis nº 9.478/1997, 12.276/2010 e 12.351/2010 preveem o pagamento dessas compensações financeiras sob a forma de *royalties* (quantificados em 10% na concessão/cessão onerosa e em 15% na partilha de produção) e participação especial (quantificados nominalmente entre 10% a 40% na concessão). Porém, diversamente do que ocorre nos regimes de concessão e cessão onerosa (nos quais a distribuição dessa receita pública é feita com base em parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.478/1997<sup>44</sup>), não havia dispositivo legal aplicável ao regime de partilha de produção prevendo a forma como se daria a sua destinação às unidades federadas. Assim, o tema voltou ao Parlamento para deliberação, do que resultou a edição, no ano de 2012, da Lei nº 12.734.

Esse diploma legal induziu, na prática, a quebra do paradigma que desde sempre governou a distribuição dos *royalties* e da participação especial às unidades federadas: se antes da sua edição a parcela dessa receita pública destinada aos Estados e Municípios era distribuída majoritariamente a unidades federadas impactadas, com a sua publicação

<sup>43</sup> Cf. as razões do veto: “Da forma como redigido, o artigo não estabelece a fórmula ou a alíquota para obtenção do montante total dos recursos provenientes dos *royalties*. Igualmente, não é fixado o percentual desses valores que corresponderá à participação da União nem, conseqüentemente, o percentual que será destinado aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais dados são imprescindíveis ao cálculo da parte a ser dividida entre a União e os demais entes, na forma do caput e dos incisos, e de eventual compensação, prevista no § 2º. [...] A proposta também não deixa claro se as regras para divisão dos recursos se restringem aos contratos futuros ou se são aplicáveis aos já em vigor. Também se observa que não foi adotado critério para a compensação de receitas aos Estados e Municípios pela União. Em ambos os casos, a consequência poderia ser uma alta litigiosidade entre os diversos atores” (Disponível na internet: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12351-22-dezembro-2010-609797-veto-131111-pl.html>>; acesso em 16/11/2020).

<sup>44</sup> No ponto, reitere-se que os *royalties* decorrentes da Cessão Onerosa são distribuídos de acordo com os critérios previstos na Lei nº 9.478/1997, de modo que a Lei nº 12.734/2012, quando modificou os critérios previstos na Lei nº 9.478/1997, também alterou os critérios aplicáveis à Cessão Onerosa (Lei nº 12.276/2010).

esse quadro foi invertido, de modo a que os Estados e Municípios não impactados passassem a receber mais *royalties* e participação especial que os Estados e Municípios impactados<sup>45</sup>.

Esse quadro resulta, em primeiro lugar, da queda nos percentuais de distribuição aplicáveis às unidades federadas impactadas, com a consequente elevação dos percentuais empregados para a destinação de recursos financeiros aos fundos especiais que remetem parcela dos *royalties* e da participação especial arrecadados a unidades federadas não impactadas. Quanto aos *royalties*, os Estados impactados saem de um percentual médio de 26,25% para 20% nos regimes de concessão e cessão onerosa (com perda de 23,8%) e de um percentual médio de 26,25% para 22% no regime de partilha de produção (com perda de 16,2%), enquanto que os Municípios impactados saem de um percentual médio de 26,25% para 4% nos regimes de concessão e cessão onerosa (com perda de 84,76%) e de um percentual médio de 26,25% para 5% no regime de partilha de produção (com perda de 80,9%). Já quanto à participação especial, os Estados impactados saem de um percentual de 40% para 20% (com perda de 50%), os Municípios impactados saem de um percentual de 10% para 4% (com perda de 60%), sendo que a União, destinatária de metade dos valores distribuídos a esse título, pouco contribui para a redistribuição proposta, porque sai de um percentual de 50% para 46% (com perda de apenas 8%)<sup>46</sup>.

Porém, essas não são as únicas modificações legislativas que afetam o recebimento dos *royalties* e da participação especial (em valores nominais) pelos Estados e Municípios impactados e não impactados. Somam-se a elas, no texto da Lei nº 12.734/2012, duas outras opções político-legislativas que contribuem para que os Estados e Municípios não impactados (conjuntamente considerados) recebam mais *royalties* e participação especial do que os Estados e Municípios impactados.

A primeira delas diz respeito à possibilidade de os Estados e Municípios que suportam os efeitos da atividade de exploração e produção de petróleo e gás virem optar por receber *royalties* e participação especial

<sup>45</sup> Sobre a argumentação que se segue cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 29-36.

<sup>46</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 30-31.

(i) ou como unidades federadas impactadas, (ii) ou pelos critérios do FPE<sup>47</sup>/FPM<sup>48</sup> (regime dos fundos especiais)<sup>49</sup>. É que o legislador previu, como contrapartida, que as receitas originalmente conferidas aos Estados e Municípios que migrarem para o regime dos fundos especiais serão transferidas a esse regime. O que com isso se quer dizer é que, por taxativa previsão legal, parcela dos *royalties* e da participação especial conferidos pelo legislador aos Estados e Municípios impactados (conjuntamente considerados) poderá ser destinada ao regime dos fundos especiais ao sabor das escolhas realizadas pelas unidades federadas (regime de livre conversibilidade das participações governamentais)<sup>50</sup>.

A outra, é simples decorrência dessa primeira modificação. O que ocorre é que o legislador, quando previu a migração também dos valores originalmente devidos às unidades federadas migrantes, acabou com a possibilidade, anteriormente verificada, de os Estados e Municípios impactados receberem, concomitantemente, os recursos que lhes são devidos por deterem essa condição e os recursos anteriormente destinados à distribuição a todas as unidades federadas.

Disso resulta que, na prática, a perda de receitas imposta pela Lei nº 12.734/2012 às unidades federadas impactadas (conjuntamente consideradas) será ainda maior do que aquela indicada pela modificação nos percentuais de distribuição dos *royalties* e da participação especial.

Como consequência disso, *o conflito federativo* iniciado no Congresso Nacional ao tempo da discussão/aprovação dos textos das Leis nº 12.276/2010 (que disciplina a exploração e produção de petróleo e gás sob o regime de cessão onerosa) e 12.351/2010 (que disciplina a

<sup>47</sup> Fundo de Participação dos Estados.

<sup>48</sup> Fundo de Participação dos Municípios.

<sup>49</sup> O que, isoladamente, seria uma boa notícia para os Estados e Municípios atualmente enquadrados como impactados, porque se espera que eles somente adiram ao regime dos fundos especiais quando verificarem que a distribuição de recursos pelo FPE ou pelo FPM lhes será mais favorável que o recebimento proporcionado por seus respectivos percentuais de destinação. Porém, não se pode perder de vista que, pelas razões dantes expostas, essa não é uma decisão simples.

<sup>50</sup> Vide art. 48, II, “d.5” e “e.5”, art. 49, II, “d.5” e “e.5” e art. 50, IV, “e” e V, “e” da Lei nº 9.478/1997 e art. 42-B, II, “d.5”, e “e.5” da Lei nº 12.351/2010, na redação que lhes conferiu a Lei nº 12.734/2012.

exploração e produção de petróleo e gás sob o regime de partilha de produção), e adiante retomado com as deliberações político-parlamentares que conduziram à edição da Lei nº 12.734/2012 (que introduziu novos critérios para a distribuição dos *royalties* e da participação especial entre as unidades federadas), *acabou sendo submetido ao STF*. Ao todo, foram ajuizadas cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADIN nº 4.916 (proposta pelo Governador do Estado do Espírito Santo), a ADIN nº 4.917 (proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro), a ADIN nº 4.918 (proposta pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), a ADIN nº 4.920 (proposta pelo Governador do Estado de São Paulo) e a ADIN nº 5.038 (proposta pela ABRAMT<sup>51</sup>).

Ocorre que, mais recentemente, a Presidência do STF propôs aos Governadores dos Estados que considerassem a possibilidade de resolver o conflito encartado nessas Ações Diretas pelo método autocompositivo<sup>52</sup>, isto é, por acordo que evite o julgamento dos processos.

<sup>51</sup> Associação Brasileira dos Municípios com Terminais Marítimos, Fluviais e Terrestres de Embarque e Desembarque de Petróleo e Gás Natural.

<sup>52</sup> O método autocompositivo apresenta-se como alternativa ao método heterocompositivo, que abarca a jurisdição estatal e a arbitragem. Quanto a ele, Francisco José Cahali leciona que “as principais formas autocompositivas de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 43. Diferentemente do que ocorre na jurisdição e na arbitragem, métodos heterocompositivos que conferem a resolução do litígio a um terceiro, na autocomposição promovida no âmbito da negociação, da conciliação e da mediação, “a solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 44-45). Na negociação, “as partes tentam resolver suas divergências diretamente”, ambiente em que “negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética”; tudo isso com o objetivo de obter uma composição, que “deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 45). Trata-se, pois, de técnica empregada pelos próprios interessados; mas que também pode ser promovida por terceiro, chamado negociador; embora esse terceiro não seja “um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas”, que em seu nome defenderá seus interesses (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 45). A conciliação e a mediação, por sua vez, “pressupõem a intervenção de um terceiro, imparcial”, que atuará como facilitador da composição entre os interessados, com função de “ajudar as partes a encontrar a melhor solução ao conflito” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 45), e por isso foram elencadas, no código de 2015, como técnicas voltadas a orientar a resolução dos litígios pelo método autocompositivo. Sobre o assunto, ler também:

A iniciativa é louvável, e encontra fundamento de validade na lei processual brasileira, que impõe ao Estado (inclusive ao Estado-Juiz) que promova, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, p. 2º), e que estabelece, em complementação, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, p. 3º)<sup>53</sup>.

Essa proposta formulada pelo STF no campo da aplicação do Direito suscita, para os juristas (assim compreendidos os pesquisadores, professores e autores jurídicos que atuam no plano da Ciência) questão jurídica da maior relevância teórica e prática, que consiste em saber se é viável (num plano mais geral) a formalização de acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade que congregam unidades federadas (portanto, pessoas jurídicas associadas ao conceito de poder público) e (mais especificamente) nas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 (que impugnaram a distribuição dos *royalties* e da participação especial resultantes da exploração de petróleo e gás em maior proporção a unidades federadas não impactadas pela atividade extrativista). Disso resultou a nossa iniciativa por construir este trabalho, que busca conjugar a metodologia empregada pela literatura jurídica para orientar a resolução de conflitos por autocomposição (em especial a identificação das posições e interesses subjacentes ao litígio) às limitações impostas pelo regime jurídico administrativo à utilização dessa técnica pelo poder público (ambas inerentes a pesquisa científica desenvolvida no âmbito do PPGDIR-UFES), com o propósito de construir proposta de acordo que seja viável sob a ótica do Direito e que abarque elementos econômicos e financeiros possibilitem a resolução do conflito pelo método autocompositivo mesmo diante das precitadas limitações jurídicas.

---

(CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 45-49 e p. 85); (BUITONI, Aldemir. *Mediar e conciliar: as diferenças básicas*); (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos*, p. 88); (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, p. 208); (LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exército do poder familiar*, p. 122); (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 34); e (MADUREIRA, Claudio; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. *Autocomposição, conciliação e mediação no regime do CPC-2015*).

<sup>53</sup> MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 85-97.

# CAPÍTULO 1

## DIREITO, CIÊNCIA E RESOLUÇÃO DO CONFLITO FEDERATIVO SOBRE A REDISTRIBUIÇÃO DAS RENDAS DE PETRÓLEO E GÁS ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS

A doutrina identifica como técnica adequada à resolução de conflitos mediante acordos (autocomposição) a identificação das posições (teses defendidas pelos contendores) e interesses (o que eles efetivamente pretendem com a demanda)<sup>54</sup>. Na hipótese analisada, confrontam-se nos polos ativo e passivo das ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 unidades federadas (Estados e Municípios) impactadas e não impactadas pela exploração e produção de petróleo e gás<sup>55</sup>, cujas posições e interesses podem ser sintetizados da seguinte forma:

UFS	POSIÇÕES	INTERESSES
ESTADOS E MUNICÍPIOS IMPACTADOS	(1) A incidência do princípio constitucional da segurança jurídica (CRFB, art. 5º, XXXVI) impede que lei nova (Lei nº 12.734/2012) se aplique a fatos consolidados na vigência da lei revogada (Lei nº 9.478/1997). (2) Dada a incidência do disposto no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, do princípio da isonomia (art. 5º, caput) e do princípio federativo (art. 1º c/c art. 60, p. 4º, I), as participações governamentais têm por finalidade compensar os impactos da atividade extrativista e por isso pertencem aos Estados e Municípios impactados.	Preservar a sua arrecadação atual
ESTADOS E MUNICÍPIOS NÃO IMPACTADOS	(1) A Lei nº 12.734/2012 se aplica aos contratos celebrados na vigência da Lei nº 9.478/1997, ainda que apenas com relação a operações realizadas após a sua edição. (2) É viável a utilização das participações governamentais para distribuir riqueza às unidades federadas com menor desenvolvimento econômico, o que possibilita a sua repartição base nos critérios do FPE <sup>53</sup> e FPM <sup>54</sup> .	Aumentar a sua arrecadação atual

<sup>54</sup> Quanto ao particular, cf. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*.

<sup>55</sup> Ente as unidades federadas que defendem a redistribuição das participações governamentais também a Estados e Municípios não impactados pela exploração e produção de petróleo e gás também figuram Estados e Municípios com produção ainda pouco expressiva (em sua maioria Estados do Nordeste e seus respectivos Municípios impactados) e percentuais elevados de FPE e FPM (como é comum aos Estados e Municípios do Norte, Nordeste e Centro-Oeste). Essas unidades federadas assumem (pelo menos por ora, enquanto suas respectivas bases de produção não se ampliam e/ou os seus percentuais do FPE e FPM não diminuem) as mesmas posições e interesses das unidades federadas não impactadas, e por isso cogitam aderir ao regime dos fundos especiais instituído pela Lei nº 12.734/2012. Assim, neste estudo, passaremos a designá-las, por efeito didático, juntamente com os Estados e Municípios que não sediam unidades produtivas, como unidades federadas não impactadas, num contexto em que apenas RJ, SP, ES e seus respectivos Municípios “produtores” (que juntos detêm 97% da produção nacional) são qualificadas como unidades federadas impactadas.

Além dessas posições/interesses, o litígio também abarca o interesse da União Federal (que não articulou posições nos processos) por também preservar a sua arrecadação atual.

### **1.1. A celebração de acordos para a resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública como tecnologia jurídica voltada à resolução de conflitos federativos**

Essa técnica auxilia os contendores a conciliar seus interesses, porque possibilita que eles prevaleçam (nos litígios) sobre as posições sustentadas. Isso é possível em contendas travadas entre partes privadas, porque elas se orientam (em suas tomadas de posição por compor ou litigar) com base na autonomia da vontade. Assim, nesse âmbito os acordos são construídos com base na vontade (ou boa vontade) dos contendores.

Ocorre que o poder público não se orienta em suas tomadas de posição por compor ou litigar com base na vontade (ou boa-vontade) dos governantes e dos demais agentes estatais, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade<sup>56</sup> (CRFB, art. 37, *caput*<sup>57</sup>). Esse princípio impõe à Administração Pública e a seus agentes rígida adesão ao que prescrevem os textos normativos (vinculação dos agentes estatais ao Direito<sup>58</sup>) e suscita (como consequência) a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos<sup>59</sup>. O que com isso se quer dizer

<sup>56</sup> Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Hely Lopes Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 78). Ou, como expressa Celso Antônio Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 76 e 101). Ou, ainda, como sintetiza Mara Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 68). Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 36-40.

<sup>57</sup> CRFB. “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: [...]” (destaques pessoais).

<sup>58</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 235-241.

<sup>59</sup> Afinal, se é verdade que os agentes estatais devem aplicar corretamente o Direito, também é certo que se suponha que os seus atos pretéritos foram praticados mediante observância à Constituição e às Leis Brasileiras. A propósito, cf. a seguinte passagem da

é que as tomadas de posição do poder público por compor ou litigar encerram (sempre) uma decisão jurídica, o que impede que os agentes estatais (entre eles os governantes) se orientem (em suas tomadas de posição por compor ou litigar) com base na autonomia da vontade<sup>60</sup>. É que eles, quando atuam em nome do poder público, não têm vontade própria; sua vontade será (inafastavelmente) a vontade do legislador.

Posto isso, o poder público somente pode cogitar resolver litígios de que participa pelo método autocompositivo em duas situações.

A primeira delas é a *transação*, que se realiza quando há autorização legislativa expressa para a construção do acordo aventado, editada com base na compreensão do corpo legislativo de que a demanda não vale a pena. A transação se instrumentaliza mediante concessões mútuas das partes envolvidas na controvérsia (CCB, art. 840<sup>61</sup>). Nela, o acordo tem por fundamento um ato de vontade, que é expressado, quando se cogita de tomadas de posição do poder público por compor ou litigar, na edição de lei autorizativa da sua celebração. Enfim, o ajuste terá por fundamento a expressão, pelo legislador, de que a sua vontade é que o poder público componha com seu adversário<sup>62</sup>.

---

obra de Hely Lopes Meireles: “Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa a atuação governamental (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 135).

<sup>60</sup> No ponto, recobre-se a lição de Humberto Ávila, para quem “a Administração não possui autonomia da vontade”, devendo, portanto, “executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhes ótima aplicação concreta” (ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, p. 173). Em suas próprias palavras, “a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função” (ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, p. 173). Nesse mesmo sentido se posiciona, em doutrina, Ricardo Marcondes Martins, quando acentua que o regime privado, porque “baseado na liberdade individual e na autonomia da vontade, na assegurada possibilidade de busca de interesses egoísticos”, incompatibiliza-se “com a natureza do Estado, que, por definição, é um ente instrumental”, isto é, “existe para o cumprimento de uma função, vale dizer, para a busca do bem comum, para a concretização do interesse público” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e administração pública*, p. 200). Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*.

<sup>61</sup> CCB. “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

<sup>62</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 346-351.

A outra é o que em doutrina se convencionou chamar *composição do litígio*, que tem lugar quando o poder público verifica, no caso concreto, que a parte adversária tem razão. Nessa modalidade, o acordo se fundamenta nas circunstâncias de o legislador haver manifestado (anteriormente) normas de condutas a serem seguidas pela Administração e pelos administrados e de os agentes estatais (inclusive os governantes) não estarem juridicamente autorizados (dada a incidência do princípio administrativo de legalidade) a descumprir essas normas de conduta, o que inclui a proibição (resultante da incidência do mesmo princípio constitucional) a que eles sustentem (em juízo) a legalidade de atos manifestamente ilegais<sup>63</sup>.

Todavia, na hipótese analisada, é muito pouco provável que o Congresso Nacional e os Poderes Legislativos dos 26 Estados, do Distrito Federal e dos 5.770 Municípios que compõem a Federação Brasileira entendam, concomitantemente<sup>64</sup>, que litígio que envolve bilhões de reais<sup>65</sup> não vale a pena. Disso resulta a opção do Espírito Santo, quando formulou a proposta de acordo apresentada ao STF para a resolução do conflito jurídico encartado nas ADINS nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 (posteriormente ratificada por Rio de Janeiro e São Paulo), pela sua adesão ao formato da composição do litígio, que somente pode ser instrumentalizada quando há, sobre o tema, consenso hermenêutico ancorado (num plano mais geral) na jurisprudência consolidada nos Tribunais Brasileiros e (no caso específico do conflito analisado) no STF.

Porém, adotado esse direcionamento, o consenso desejado (porque pressupõe convencimento dos contendores de que a parte adversária tem razão) precisaria se fundar não apenas nos interesses anteriormente expostos (que certamente podem ser conciliados), mas (inclusive) nas posições sustentadas pelas partes que se inserem em um e outro polo do litígio.

<sup>63</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 346-351.

<sup>64</sup> Se essa modelagem vier a ser adotada, o acordo cogitado, porque seria celebrado em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e porque (posto isso) tem a potencialidade de afetar todas as unidades federadas (já que a lei impugnada disciplina a distribuição das participações governamentais a todas elas), exigiria manifestação legislativa dos Poderes Legislativos de todas as unidades federadas.

<sup>65</sup> Estudo elaborado pela FIPE, disponível no site da SEFAZ/ES (FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. Estudo sobre os impactos econômicos da aplicação Lei nº 12.734/2012 sobre RJ, SP, ES e seus respectivos Municípios produtores de petróleo e gás. Disponível na internet: <<https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/publicacoesnupetro.php>>; acesso em 16/11/2020), dá conta de que somente as perdas estimadas para RJ, SP, ES e seus Municípios impactados alcançam R\$ 155.427.000.000,00.

Essa particularidade da hipótese analisada, traz uma primeira dificuldade para a implementação do acordo, consistente em saber se seria possível superar a existência de contraposição entre as posições manifestadas por unidades federadas impactadas e não impactadas. Contudo, o problema pode ser resolvido mediante utilização de ferramentas jurídicas.

É que, se é verdade que o poder público encontra-se vinculado ao Direito e que essa vinculação o impede de abrir mão de suas posições jurídicas com fundamento tão somente na vontade (ou na boa-vontade) dos governantes e dos demais agentes estatais<sup>66</sup>, também é certo que essa presunção é relativa, admitindo prova em contrário, em especial quando questionada em juízo<sup>67</sup>. Com efeito, podem ocorrer (na prática) equívocos na aplicação do Direito pelo poder público, preordenados (sobretudo) pela circunstância de nem todos os agentes estatais terem sido formados para aplicar as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico-positivo<sup>68</sup>. Assim, ressalvada a configuração de decadência do direito de rever o ato praticado<sup>69</sup> (que claramente não se aplica à espécie), esses equívocos precisam<sup>70</sup> ser corrigidos pela Administração, sob a invocação do instituto da autotutela<sup>71</sup>.

Por certo, a conjugação dessa compreensão à constatação teórica e prática de que o Direito de nosso tempo é flexível<sup>72</sup> suscita uma segunda

<sup>66</sup> Dada a conjugação do princípio administrativo da legalidade e ao atributo de presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 135).

<sup>67</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 419.

<sup>68</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 108.

<sup>69</sup> Que se opera após 05 (cinco) anos da sua realização, conforme se depreende do texto do artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 (“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”). Esse dispositivo disciplina a decadência do direito de a Administração Pública Federal rever os seus atos, mas também pode ser aplicável aos Estados e Municípios, na falta de lei estadual/local, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), AGA 506167, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Fonte DJ/DATA: 26/03/2007).

<sup>70</sup> Mais do que autorizada, sua correção é impositiva, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade; inclusive par efeito da celebração de acordos (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 351-355).

<sup>71</sup> Ao ensejo, cf., por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 71.

<sup>72</sup> Com efeito, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos, o que conduz à necessidade de investigação do real sentido das

dificuldade que precisa ser enfrentada para instrumentalização do acordo cogitado<sup>73</sup>, que consiste em saber quando o poder público pode (ou deve<sup>74</sup>) admitir que a parte adversária tem razão e quando não poderá fazê-lo. Mas também esse problema pode ser solucionado mediante utilização de ferramentas jurídicas, mais precisamente da conjugação da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos à eficácia vinculante dos precedentes judiciais<sup>75</sup> e da jurisprudência consolidada nos Tribunais de Vértice<sup>76</sup> (que obrigam

---

palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual, ou sistemática, do ordenamento jurídico positivo, por meio da qual se procura descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir de uma referência do intérprete (aplicador) ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Nesse contexto, também cumpre ao intérprete (aplicador) investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador. Posto isso, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Grau observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Sobre o assunto, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 300-306.

<sup>73</sup> Assim como, num plano mais geral, para a construção dos demais acordos fundados na compreensão de que a parte adversária tem razão.

<sup>74</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 351-355.

<sup>75</sup> Cf. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*), (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*), (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*), (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 124-177) e (MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e federação*, p. 175-195).

<sup>76</sup> Como cediço, a lei processual instituiu rol exaustivo de precedentes para o Direito Brasileiro, composto por decisões uniformizadoras proferidas pelo STF e pelo STJ (art. 927, I a IV) e por essas Cortes de Vértice e pelos Tribunais de 2ª Instância (art. 927, V). As demais decisões exaradas pelos Tribunais Brasileiros compõem o que em doutrina de convencionou chamar *jurisprudência persuasiva*. No ponto, recobre-se o posicionamento

juízes<sup>77</sup> e orientam a tomada de posições jurídicas pelos agentes estatais<sup>78</sup>).

de Hermes Zaneti Júnior, para quem “os chamados ‘precedentes persuasivos’ ou ‘*de facto*’ devam ser “desconsiderados como precedentes, sendo agregados a uma categoria por ele denominada ‘jurisprudência persuasiva’; opção teórica adotada “justamente para marcar fortemente a passagem de um modelo de ‘jurisprudência’” (em que as decisões não vinculam, embora o seu conteúdo possa produzir certo grau de convencimento) “para um modelo de ‘precedentes’” (que vinculam independentemente de o julgador considerar suas razões boas ou ruins) (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 21). Porém, mesmo as decisões persuasivas ostentam vinculatidade (porque precisam ser observadas quando invocadas pelas partes), ainda que relativa (porque podem deixar de ser observadas - se invocadas pelas partes - quando houver precedente ou outra decisão persuasiva que a supere). É que o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015 estabelece que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...] deixar de seguir” (a não ser que demonstre “a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”) não apenas precedentes (já que a o dispositivo refere “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente” e, como cediço, lei não contém palavras inúteis), mas também a jurisprudência (inclusive súmulas) invocada pelas partes. A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 124-177.

<sup>77</sup> Ao ensejo, cf. o que prescrevem os seguintes preceitos do CPC-2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Esses dispositivos disciplinam a eficácia horizontal e vertical dos precedentes, que consistem, respectivamente, (i) na imposição jurídico normativa (colhida do artigo 926) a que os tribunais apliquem “seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação”, atingindo, assim, “o próprio tribunal que estabeleceu o precedente” e (ii) na obrigatoriedade (imposta pelo artigo 927) da sua observância por juízes e tribunais hierarquicamente vinculados (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 353-354). Muito embora esses dispositivos apenas refiram à vinculatidade dos precedentes, o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 da lei processual estende essa vinculatidade à jurisprudência invocada no curso do processo, quando expressou, em literalidade, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...] deixar de seguir” não apenas precedentes, mas também enunciado de súmula ou jurisprudência “invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Portanto, tanto os precedentes, quanto a jurisprudência consolidada nos tribunais (desde que, nos precisos termos da lei, tenha sido invocada pelas partes) vinculam a atividade jurisdicional.

<sup>78</sup> Sobre a extensão da vinculatidade do modelo de precedentes à Administração Pública, cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e federação*, p. 194-201.

Destarte, se é verdade (i) que milita em favor dos atos administrativos presunção de veracidade e legitimidade (que assume a forma de presunção de constitucionalidade quando se está diante de atos legislativos) e (ii) que (entre nós) os precedentes/jurisprudência consolidada vinculam juízes (diretamente) e (por extensão) agentes estatais, a conclusão que se impõe é que *uma tomada de posição pela resolução do conflito pelo método autocompositivo pressupõe (necessariamente) a existência de consenso hermenêutico sobre o tema, expressado em precedentes/jurisprudência consolidada. Assim, havendo dúvida sobre quem tem razão na contenda, prevalece o ato impugnado; que apenas pode ser revisto, sob essa específica modalidade de acordo (composição do litígio, única cuja instrumentalização não demanda a edição de leis autorizativas<sup>79</sup>), quando existir consenso hermenêutico sobre qual(is) das posições jurídicas que se contrapõem no litígio está(ão) correta(s)<sup>80</sup>.*

## **1.2. A viabilidade teórica da utilização dessa tecnologia também para induzir a celebração de acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade**

A CRFB também consagra a independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e recomenda a convivência harmônica entre eles (art. 2º). Ocorre que nem sempre, na prática, essa convivência é harmoniosa. Em especial quando se tem em vista o paradoxo induzido pelo regime jurídico brasileiro, quando prevê a produção, pelo Poder Legislativo, de atos legislativos que devem ser cumpridos por todos (inclusive pelos julgadores), ao mesmo tempo em que admite a

<sup>79</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 335-339.

<sup>80</sup> Na verdade, havendo consenso hermenêutico (fundado em precedentes/jurisprudência consolidada) sobre que tem razão no litígio, a correção do equívoco e (por conseguinte) a celebração do acordo se torna impositiva. Afinal, a mesma razão que impede o poder público firmar acordos fundados tão somente na vontade (ou boa vontade) dos governantes (consistente na vinculação da Administração Pública e de seus agentes ao Direito), se não impede de forma absoluta (sempre há a possibilidade de os contendores sustentarem posições inadmissíveis), ao menos torna reprovável (com as consequências que disso podem advir, inclusive a imposição de multa por litigância de má-fé ao poder público) que agentes estatais se preordenem (deliberadamente) a sustentar a validade de ato administrativo ou legislativo sobre cuja invalidade já não mais persiste dúvida (cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e federação*, p. 194-201).

inaplicabilidade desses textos legais (com regra pelos integrantes do Poder Judiciário) no contexto de atividade interpretativa dedicada à preservação da supremacia da Constituição. Refere-se, nesse ponto, ao que juridicamente se convencionou chamar controle judicial da constitucionalidade das leis, que comporta, em apertada síntese, a investigação sobre se o ato legislativo controlado contraria Constituição ou se, por outro lado, ele é compatível com o seu texto<sup>81</sup>.

Essa atividade intelectual desenvolvida pelos intérpretes/operadores ancora-se na ideia de que a Constituição coloca-se num plano hierárquico superior ao que se situam as demais normas que compõem o ordenamento jurídico<sup>82</sup>. Além disso, as leis também precisam ter a sua constitucionalidade controlada pelo Poder Judiciário porque, em concreto, a posição da maioria (tal como expressada nos textos legais aprovados pelo Parlamento) pode entrar em conflito com os direitos das minorias (assegurados pelo texto constitucional)<sup>83</sup>. Disso resulta a imposição jurídico-normativa a que os Tribunais afastem a aplicação de leis que contrariem a Constituição; com destaque para a atuação das Cortes Constitucionais, que uniformizam a interpretação do Direito Constitucional, vinculando a atividade cognitiva realizada por juízes e Tribunais de 2ª Instância no controle indireto (ou difuso) de

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*.

<sup>82</sup> Gestada e gerida no corpo dos estudos que embasaram a construção da Constituição dos Estados Unidos da América, colhidos da obra “O federalista”, de Hamilton, Jay e Madison (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*), e sobretudo a partir do julgamento pela Suprema Corte daquele País do célebre caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo Juiz Marshall (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 40), no curso do qual pela primeira vez reconheceu-se ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, de modo a que, havendo contrariedade entre a lei e a Constituição, deverá o julgador aplicar a Lei Maior (cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 40; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 541; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 639-640). Destarte, o controle de constitucionalidade das leis tem por escopo a preservação da Constituição, a defesa de seu texto e de seu espírito dos golpes porventura desferidos contra a sua eficácia, partam essas agressões do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou da própria sociedade.

<sup>83</sup> Ao ensejo, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que “a maioria não pode dispor de toda legalidade, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”, e por isso adverte que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 329).

constitucionalidade das leis, e que também são investidas, nos países que admitem o controle direto (ou concentrado), de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis que considerar incompatíveis com o texto constitucional, retirando-as do ordenamento jurídico<sup>84</sup>.

No Brasil, o controle judicial da constitucionalidade das leis assume essas duas distintas modalidades de intervenção jurisdicional. Incide, por um lado, o controle concentrado (ou direto), reflexo da experiência constitucional austríaca<sup>85</sup>, que é exercido pelo STF (e também pelos Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tem em vista a investigação sobre a verificação da adequação de normas locais e estaduais às Leis Orgânicas dos Municípios e às Constituições de seus respectivos Estados) de forma abstrata, isto é, com o intuito de retirar do ordenamento jurídico aquelas normas que se mostrarem incompatíveis com a Lei Maior ou (quando menos) de modular a sua interpretação (de modo a conformá-las ao texto constitucional)<sup>86</sup>. Também incide o controle difuso (ou indireto), dito incidental, recepcionado da tradição jurídica norte-americana<sup>87</sup>, que é efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre eles e o poder público, com a finalidade específica de promover a aplicação do Direito aos casos concretos, no corpo do qual o controle da constitucionalidade pode ser exercido por todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional, contexto em que a inconstitucionalidade será reconhecida (ou rejeitada) de forma incidental, figurando, assim, na fundamentação das decisões proferidas em ações judiciais que comportam pedidos específicos.

Essas modalidades de controle se diferenciam porque, enquanto que no controle difuso se postularia (quando se tem em vista a hipótese analisada neste trabalho) a condenação dos órgãos federais competentes para promover a apuração (ANP) e a distribuição (Tesouro Nacional) dos *royalties* e da participação especial a absterem-se de

<sup>84</sup> Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*, p. 471.

<sup>85</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 108.

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 346-349.

<sup>87</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*, p. 104.

empregar os critérios previstos na lei impugnada (Lei nº 12.734/2012) para a destinação dessas modalidades de receita pública ao Estado (ou Município) que figura como autor da demanda, no controle concentrado (instaurado, na hipótese analisada, pela propositura das ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038) o que se requer é a declaração da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) do mesmo ato legislativo, com a sua consequente exclusão do ordenamento jurídico. Assim, além do modo de exercício, distinguem-nas os seus efeitos, já que, diversamente do que ocorre no controle concentrado, em que a eficácia da decisão proferida pelo Poder Judiciário impõe-se a todos os homens (eficácia *erga omnes*), no controle difuso os efeitos da decisão via de regra operam-se entre as partes que litigam no processo (eficácia *inter partes*)<sup>88</sup>.

No controle difuso, a celebração de um acordo para a hipótese analisada poderia resultar de autorização legislativa para que os órgãos federais envolvidos componham com o Estado (ou Município) postulante, a suscitar, inclusive, a celebração de ajuste mediante concessões mútuas entre as partes (transação). Mas ela também poderia decorrer da consolidação, na jurisprudência do STF, de consenso hermenêutico pela constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da lei impugnada, hipótese em que o acordo assumiria a forma de composição do litígio. Em uma e outra situação, o acordo poderia dispor sobre o modo como se daria a distribuição dos *royalties* e da participação especial ao Estado (ou Município) postulante, substituindo a decisão que seria proferida pelo Poder Judiciário.

Porém, as coisas não são assim tão simples quando se cogita da celebração de acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade. É que a sua resolução ultrapassa o âmbito do consenso obtido entre as partes envolvidas no litígio (eficácia *inter partes*); precisamente porque voltada a induzir a retirada do ordenamento dos preceitos considerados inconstitucionais pelos contendores.

Uma primeira dificuldade que poderia ser levantada nesse contexto decorre da circunstância de os acordamentos de direito promovidos no controle concentrado produzirem efeitos a todos os homens

<sup>88</sup> MADUREIRA, Claudio; PAVAN, Luiz Henrique Miguel. Recurso extraordinário, p. 16-18.

(eficácia *erga omnes*), e deles induzirem, ainda, a vinculação formal dos julgadores para a apreciação de questões semelhantes (eficácia vinculante dos precedentes)<sup>89</sup>. Assim, na prática, o acordo poderia vincular pessoas físicas e jurídicas que não participaram do processo, do que resultaria, pelo menos em tese, contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório (art. 5º, LIV<sup>90</sup>) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI<sup>91</sup>). Ocorre que esse risco já se encontra assimilado pelo texto constitucional (art. 102, p 2º<sup>92</sup>), que admite a extensão dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade mesmo àqueles que não integram um dos polos do litígio encartado nas Ações Diretas em que elas foram proferidas. Além disso, muito embora eventual acordo celebrado em Ações Diretas de Inconstitucionalidade tenha a potencialidade de induzir, em concreto, a retirada da lei impugnada do ordenamento, dele não resulta a formação de precedente vinculante, e tampouco de decisão cuja eficácia (*erga omnes*) afete a incidência de outras leis que desafiem o acertamento jurídico realizado pelas partes envolvidas na sua celebração. Afinal, o constituinte e o legislador apenas conferiram essa eficácia às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado (heterocomposição), que não podem ser substituídas, pelo menos para esse efeito, por acordo que resulte da resolução do conflito pelo método autocompositivo. Enfim, se é verdade que a eficácia do acordo fica circunscrita à retirada da lei impugnada do ordenamento, a conclusão que se impõe é que a sua celebração apenas demanda, sob a ótica do contraditório e da segurança jurídica, o assentimento dos Estados-Membros representados no Congresso Nacional ao tempo da edição da lei impugnada.

<sup>89</sup> Quanto a esse pormenor, cf. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*) e (MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 163-214).

<sup>90</sup> CRFB. “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>91</sup> CRFB. “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>92</sup> CRFB. “Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Outra dificuldade inerente à celebração de acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade diz respeito ao modo como se dará a sua construção. É que, nelas, a liberdade das partes para compor sobre o objeto litigioso acaba limitada (i) pelo próprio objeto da pretensão jurídica conduzida ao Poder Judiciário, circunscrito, pelas razões dantes expostas, à exclusão (ou manutenção) os dispositivos impugnados do ordenamento, ou (quando muito) a atribuir a eles interpretação compatível com a Constituição, e (ii) pela constatação teórica de que não é dado ao Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo quando atua no controle direto (ou concentrado) de constitucionalidade (tese da inviabilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo<sup>93</sup>), que impede que essa consequência resulte de acordo judicial celebrado no mesmo processo. Sendo assim, *a discussão do acordo pelas partes envolvidas no litígio pressupõe a construção de proposta que contemple a exclusão dos dispositivos da lei impugnada* (limite imposto pelo objeto das ADINs) *que se contrapõem a posições sustentadas pelas partes processuais alinhadas a um e outro polo do litígio e que estejam ancoradas em precedentes/jurisprudência consolidada no STF* (limites impostos pela modelagem proposta para o acordo).

Observados esses cuidados é perfeitamente viável, sob a ótica do Direito, a utilização da metodologia descrita no tópico anterior também para induzir a celebração de acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

<sup>93</sup> A propósito, cf., a título de exemplo, este recente julgado do Tribunal Constitucional: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ADICIONAL DE 2,5% SOBRE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE NA FOLHA DE SALÁRIOS. § 2º DO ART. 3º DA LEI 7.787/1989. CONSTITUCIONALIDADE. EXAÇÃO FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, EQUIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. POSTULADOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL. APORTES ORIGINADOS DE DISTINTAS FONTES DE CUSTEIO. INEXIGIBILIDADE DE CONTRAPARTIDA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - É constitucional a alíquota adicional de 2,5% (dois e meio por cento), estabelecida pelo § 2º do art. 3º da Lei 7.787/1989, incidente sobre a folha de salários de bancos e entidades assemelhadas. II - É defesa ao Poder Judiciário atuar na condição anômala de legislador positivo, com base no princípio da isonomia, para suprimir ou equiparar alíquotas de tributos recolhidos pelas instituições financeiras em relação àquelas suportadas pelas demais pessoas jurídicas. III - Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (STF, Plenário, RE 599309, Repercussão Geral (Mérito), Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento em 06/06/2018 e Publicação em 12/12/2019) (destaques pessoais).



## CAPÍTULO 2

# APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA: A PROPOSTA DE ACORDO QUE ESTÁ SOBRE A MESA NAS ADINS Nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 E 5.038

Esses elementos jurídicos (expostos no capítulo precedente) orientaram o Estado do Espírito Santo a apresentar ao STF proposta de acordo que pode conduzir à resolução do conflito relativo à redistribuição das rendas de petróleo e gás (encartado nas ADINS nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038) pelo método autocompositivo, construída tendo em vista posicionamentos jurídicos consolidados na sua jurisprudência (do STF), e que circunscrevem a celebração do acordo à observância das seguintes premissas<sup>94</sup>:

- a) a distribuição dos *royalties* e da participação especial devidos às unidades federadas como decorrência da execução dos contratos de concessão assinados na vigência da lei anterior (Lei nº 9.478/1997) deve permanecer regida por esse diploma legal (lei do tempo do fato), dadas a configuração

---

<sup>94</sup> A literatura jurídica aponta que os acordos em processos envolvendo a Fazenda Pública somente podem ser realizados quando há, em concreto, (i) ou consenso hermenêutico sobre o tema, (ii) ou lei autorizativa (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 356-365). Todavia, considerando que as ADINS nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 congregam interesses de todas as unidades federadas (qualificando-se, portanto, como processos que envolvem a Fazenda Pública), considerando que, posto isso, a celebração de acordo fundado na segunda modalidade aventada (autorização legislativa) estaria a demandar a edição de leis autorizativas por todos os Estados e Municípios que compõem a Federação Brasileira, e considerando que, dadas complexidade do tema e a magnitude dos valores envolvidos, é muito pouco provável que esse consenso legislativo seja obtido em curto e médio prazo, a proposta que está sobre a mesa procura orientar a construção de acordo fundado em consenso hermenêutico, ancorado em entendimentos fixados pelo STF em julgamentos anteriores, que indiciam que a tendência é que os pedidos nelas formulados sejam acolhidos pelo Tribunal.

de ato jurídico perfeito (CRFB, art. 5º, XXVI<sup>95</sup>) e o afastamento (pela jurisprudência do STF) da tese da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (comumente aplicada em questões relativas a servidores públicos) quando está em discussão o regramento (por lei nova) dos efeitos de atos e contratos celebrados sob a égide de regramento pretérito<sup>96</sup>;

- b) mesmo com relação aos contratos celebrados posteriormente à edição da lei nova (Lei nº 12.734/2012) os Estados e Municípios não impactados (conjuntamente considerados) não podem receber mais *royalties* e participação especial do que os Estados e Municípios impactados (conjuntamente considerados), dada a consolidação na jurisprudência do STF do entendimento segundo o qual essa modalidade de receita pública tem por finalidade compensar os impactos da atividade extrativista<sup>97</sup>, e por isso pertence às unidades federadas impactadas<sup>98</sup>.

Posto isso, e considerando que antes da edição da Lei nº 12.734/2012 não havia no ordenamento critério legal para a distribuição dos *royalties*<sup>99</sup>

<sup>95</sup> CRFB. “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>96</sup> Cf. (STF, RE nº 388.607-AgR/BA, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 28-04-2006), (STF, AI nº 363.159-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJ 03-02-2006), (STF, RE nº 205.999/SP, 1ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 03-03-2000) e (STF, AI nº 240.302-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 26-11-1999).

<sup>97</sup> Cf. (STF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/2001), (STF, AgRg nº 453.025-AI, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 09/06/2006), (STF, RE nº 381.830, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJE de 15/09/2011) e (STF, ADIN nº 4.606, Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 15/03/2019).

<sup>98</sup> Cf. (STF, MS nº 24312, Plenário, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 19/12/2003) e (STF, ADIN nº 4.606, Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 15/03/2019).

<sup>99</sup> Não há pagamento de participação especial nesse regime de produção. Conforme exposto, o veto presidencial ao dispositivo da Lei nº 12.351/2010 que disciplinava a distribuição dos *royalties* entre as unidades federadas criou um problema operacional, porque a Constituição (art. 20, p. 1º) estabelece que o exercício da atividade de exploração e produção de petróleo e gás (entre outros recursos naturais) está condicionado ao pagamento de participações governamentais (denominação empregada pela Lei nº 9.478/1997 para definir a retribuição financeira prevista pelo constituinte). As Leis nº 9.478/1997, 12.276/2010 e 12.351/2010 preveem o pagamento dessas receitas públicas sob a forma de *royalties* (quantificados em 10% na concessão/cessão onerosa e em 15% na partilha de produção) e participação especial (quantificados nominalmente entre 10% a 40% na concessão). Porém, diversamente do que ocorre nos regimes de concessão e cessão onerosa (nos quais a

devidos aos Estados e Municípios pela exploração e produção de petróleo e gás no regime de partilha de produção, o Estado do Espírito Santo propôs:

- a) em vista do primeiro desses elementos (impossibilidade de a lei nova atingir os efeitos de contratos celebrados na vigência da lei antiga) que os critérios de distribuição de *royalties* e participação especial previstos na Lei nº 12.734/2012 apenas sejam aplicados aos contratos de concessão celebrados após a sua edição;
- b) em vista do outro elemento mencionado (impossibilidade de as unidades federadas não impactadas receberem mais *royalties* e participação especial do que as unidades federadas impactadas), que o acordo contemple:
  - b.1) a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que retiraram os Estados e Municípios impactados do rol de unidades federadas habilitadas a receber participações governamentais pelo regime dos fundos especiais<sup>100</sup> e (com base nessa opção político-normativa) autorizaram a livre conversibilidade entre esse regime e o regime específico aplicável às unidades federadas impactadas<sup>101</sup>;

---

distribuição dessa receita pública é feita com base em parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.478/1997), não havia dispositivo legal aplicável ao regime de partilha de produção prevendo a forma como se daria a sua destinação às unidades federadas. Assim, o tema voltou ao Parlamento para deliberação, resultando na edição, no ano de 2012, da Lei nº 12.734.

<sup>100</sup> No regime da Lei nº 9.478/1997 o fundo especial concebido (um único fundo, que distribuía recursos a Estados e Municípios) é repartido entre todas as unidades federadas (impactadas e não impactadas), enquanto que no regime da Lei nº 12.734/2012 foram instituídos dois fundos especiais (um para os Estados e outro para os Municípios), para a distribuição de recursos apenas aos Estados e Municípios que optarem por esse regime (livre conversibilidade entre o regime geral de distribuição de *royalties* e participação especial aos Estados e Municípios impactados e o regime dos fundos especiais)

<sup>101</sup> Vide redação conferida pelo artigo 2º da Lei nº 12.734/2012 aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “d” do inciso I do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2012, aos itens 3, 4 e 5 da alínea “e” do inciso I do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2012, aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “d” do inciso I do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2012, aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “e” do inciso I do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2012, aos parágrafos 1º, 2º e 4º do inciso I do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2012, bem como redação conferida pelo artigo 3º da Lei nº 12.734/2012 aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “d” do inciso II do artigo 48 da Lei nº 9.478/1997, aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “e” do inciso II do artigo 48 da Lei nº 9.478/1997, aos parágrafos 1º, 2º e 4º do artigo 48 da Lei nº 9.478/1997, aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “d” do inciso II

- b.2)** a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que possibilitaram aos Estados e Municípios não impactados<sup>102</sup> o recebimento, no regime de concessão, de *royalties* e participação especial em maior proporção que os Estados e Municípios impactados<sup>103</sup>;
- b.3)** a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que instituíram critérios para a distribuição dos *royalties* recolhidos pela exploração de petróleo e gás no regime de partilha de produção (também conferindo mais recursos às unidades federadas não impactadas do que às impactadas)<sup>104</sup>, com a sua substituição (mediante interpretação conforme a Constituição) pelos critérios de distribuição previstos na Lei nº 9.478/1997 (observadas as modificações introduzidas pela Lei nº 12.734/2012 e as supressões propostas para o acordo);
- b.4)** a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que equipararam os pontos de entrega de gás (*city gates*) a instalações de embarque e desembarque<sup>105</sup>; e

---

do artigo 49 da Lei nº 9.478/1997, aos itens 1, 3, 4 e 5 da alínea “e” do inciso II do artigo 49 da Lei nº 9.478/1997, aos parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 49 da Lei nº 9.478/1997, às alíneas “a”, “c”, “d” e “e” do inciso IV do artigo 50 da Lei nº 9.478/1997, às alíneas “a”, “c”, “d” e “e” do inciso V do artigo 50 da Lei nº 9.478/1997 e aos parágrafos 5º, 6º e 7º do artigo 50 da Lei nº 9.478/1997. Esses dispositivos, porque retiram das unidades federadas impactadas a possibilidade de receber *royalties* e participação especial também pelo regime dos fundos especiais e preveem a livre conversibilidade entre esse regime e o regime específico dedicado a elas, inviabiliza a construção de modelo normativo que possibilite que a distribuição dessa receita pública seja feita em maior proporção a elas (unidades federadas impactadas) do que às unidades federadas não impactadas.

<sup>102</sup> Assim compreendidos todos aqueles dispostos a aderir ao regime dos fundos especiais instituído pela Lei nº 12.734/2012.

<sup>103</sup> Vide redação conferida pelo artigo 3º da Lei nº 12.734/2012 aos artigos 49-A, 50-A, 50-B (inclusive parágrafo único), 50-C (inclusive parágrafo único), 50-D (inclusive parágrafo único) e 50-E (inclusive parágrafo único) da Lei nº 9.479/1997.

<sup>104</sup> Vide redação conferida pelo artigo 2º da Lei nº 12.734/2012 ao artigo 42-B da Lei nº 12.351/2010 (com todos os seus incisos, alíneas itens e parágrafos).

<sup>105</sup> Vide redações conferidas pelo artigo 2º da Lei nº 12.734/2012 ao parágrafo 3º do artigo 42-B da Lei nº 12.351/2010 e pelo artigo 3º do mesmo diploma legal ao parágrafo 3º do artigo 48 da Lei nº 9.478/1997 e ao parágrafo 7º do artigo 49 do mesmo ato legislativo. A inclusão dessa proposição no acordo aventado resulta de dois elementos: um primeiro, de ordem jurídica, consistente na circunstância (que orienta a sua fundamentação no quadro que será adiante apresentada) desses dispositivos conferirem participações

**b.5)** a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que destina o bônus de assinatura (uma das retribuições financeiras instituídas pelo legislador em regulamentação ao texto constitucional<sup>106</sup>) exclusivamente à União<sup>107</sup>, com a atribuição de interpretação conforme a Constituição que determine a aplicação (para a sua repartição nos contratos novos) dos critérios previstos na Lei nº 13.885/2019, que dispõe sobre a distribuição de 30% dos bônus de assinatura apurados no leilão do excedente da cessão onerosa<sup>108</sup> aos Estados (com base

---

governamentais que o constituinte (art. 20, p. 1º) destinou tão somente a unidades federadas impactadas pela exploração e produção de petróleo e gás a Municípios que não se inserem nesse contexto (porque os *city gates* se situam em instalações de transporte/distribuição, não integrando, assim, a atividade de exploração e produção); e um segundo, de ordem pragmática, consistente na constatação de que uma das ações diretas propostas contra os novos critérios de distribuição introduzidos pela Lei nº 12.734/2012 é titularizada pela Associação Brasileira dos Municípios com Terminais Marítimos Fluviais e Terrestres de Embarque e Desembarque de Petróleo e Gás Natural (ABRAMT), que muito dificilmente concordaria com a prejudicialidade do litígio se esses preceitos fossem mantidos.

<sup>106</sup> Lei nº 9.478/1997. “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” (destaques pessoais).

<sup>107</sup> Vide redação conferida pelo artigo 2º da Lei nº 12.734/2012 ao parágrafo 2º do artigo 42 da Lei nº 12.351/2010. Esse dispositivo vai de encontro ao que prescreve a Constituição, porque centraliza na União receita que o constituinte também conferiu aos Estados e Municípios (art. 20, p. 1º). Posto isso, e considerando que o mesmo dispositivo constitucional condiciona a exploração e produção de petróleo e gás ao pagamento de retribuições financeiras pela exploração e produção de petróleo e gás (entre elas o bônus de assinatura) às unidades federadas das três esferas e a existência de texto legal que encarta critérios objetivos (aplicáveis diretamente apenas ao leilão da produção adicional da cessão onerosa) para a distribuição do bônus de assinatura a todas as unidades federadas (positivados na Lei nº 13.885/2019 após consenso firmado entre o Parlamento e o Governo Federal), o seu afastamento (do dispositivo impugnado) também está a demandar do STF (como forma de preservar a atividade extrativista) a aplicação (mediante interceptação conforme a Constituição) desses critérios de distribuição também aos contratos subsequentes.

<sup>108</sup> A cessão onerosa, disciplinada pela Lei nº 12.276/2010, consiste em autorização para que a Petrobrás a explore e produza petróleo e gás em áreas não concedidas do pré-sal, sem licitação e mediante pagamento tão somente de *royalties* (o pagamento das demais participações governamentais foi dispensada por lei), até o volume de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo (BEP). Entretanto, estudos contratados pela ANP (GAFFNEY,

no FPE e nas perdas da Lei Kandir) e aos Municípios (com base no FPM).

A comparação entre os percentuais de distribuição de receitas adotados pela Lei nº 9.478/1997 (“redação original”) e pela Lei nº 12.734/2012 (“redação inicial”) e aqueles que resultam da proposta de acordo formulada pelo ES (“redação alterada”) pode ser extraída das seguintes tabelas<sup>109</sup>:

BENEFICIÁRIO	ROYALTIES CONCESSÃO						ROYALTIES PARTILHA					
	Redação Original Lei 9478/1997		Redação Inicial Lei 12734/2012		Redação Alterada Lei 12734/2012		Redação Original		Redação Inicial Lei 12734/2012		Redação Alterada Lei 12734/2012	
	5%	>5%	5%	>5%	5%	>5%	5%	>5%	5%	>5%	5%	>5%
Estados confrontantes	30,0%	22,5%	20,0%	20,0%	20,0%	20,0%	30,0%	22,5%	22,0%	22,0%	20,0%	20,0%
Municípios confrontantes e áreas geoeconômicas	30,0%	22,5%	4,0%	4,0%	17,0%	17,0%	30,0%	22,5%	5,0%	5,0%	17,0%	17,0%
Municípios com Instalação de embarque e desembarque	10,0%	-	-	-	-	-	10,0%	-	-	-	-	-
Municípios afetados por operações de embarque e desembarque	-	7,5%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	-	7,5%	2,0%	2,0%	3,0%	3,0%
Comando da Marinha	20,0%	15,0%	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Fundo Especial (Estados + Municípios)	10,0%	7,5%	-	-	-	-	10,0%	7,5%	-	-	-	-
Ministério de Ciência e Tecnologia	-	25,0%	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Educação	-	-	-	-	-	-	15,0%	30,0%	-	-	-	-
Saúde	-	-	-	-	-	-	5,0%	10,0%	-	-	-	-
Fundo Especial (Estados e DF)	-	-	27,0%	27,0%	20,0%	20,0%	-	-	24,5%	24,5%	20,0%	20,0%
Fundo Especial (Municípios)	-	-	27,0%	27,0%	20,0%	20,0%	-	-	24,5%	24,5%	20,0%	20,0%
União (Fundo Social)	-	-	20,0%	20,0%	20,0%	20,0%	-	-	22,0%	22,0%	20,0%	20,0%
<b>Somatório</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>101,0%</b>	<b>101,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

#### PARTICIPAÇÃO ESPECIAL CONCESSÃO

BENEFICIÁRIOS	Redação Original	Redação Inicial Lei 12734/2012	Redação Alterada Lei 12734/2012
União	50,0%	46,0%	42,0%
Estado Produtor/Confrontante	40,0%	20,0%	34,0%
Município Produtor/Confrontante	10,0%	4,0%	5,0%
Fundo Especial (Estados e DF)	-	15,0%	9,5%
Fundo Especial (Municípios)	-	15,0%	9,5%
<b>Somatório</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

CLINE & ASSOCIATES) informam que os volumes de óleo existentes nas áreas da cessão onerosa são muito superiores aos 5 bilhões de BEP autorizados à Petrobras, apurando um excedente de aproximadamente 10 bilhões de barris equivalentes de petróleo. Por esse motivo, o CNPE publicou a sua Resolução nº 02/2019, que traçou diretrizes para a realização de leilão, realizado em 28/10/2019, para licitar a exploração e produção desse volume excedente de óleo nas áreas de Atapu, Búzios, Itapu e Sépia. Dessas áreas, apenas foram arrematadas Búzios e Itapu, sendo que a licitação resultou deserta com relação aos campos de Atapu e Sépia. Com isso, somente foram arrecadados, a título de bônus de assinatura, R\$ 69.960.000,00 dos R\$ 106.561.000,00 inicialmente estimados pelo CNPE para a venda de todas as áreas. Atualmente o Governo Federal avalia a realização de novo leilão para a venda das áreas remanescentes (Atapu e Sépia).

<sup>109</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 30-31. Para maior detalhamento da conta, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. ADINs dos royalties: memória de cálculo do acordo proposto.

Os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo (que detém, juntamente com o ES, 97% da produção nacional) manifestaram nos autos a sua adesão à proposta. Todavia, o Rio de Janeiro solicitou, em adendo ao que foi proposto pelo Espírito Santo, que os novos critérios de distribuição de *royalties* e participação especial apenas passem a vigorar para os contratos assinados após a homologação do acordo pelo STF, no que foi acompanhado, adiante, por Espírito Santo e São Paulo.

Há, pois, uma proposta sobre a mesa, a suscitar tomadas de posição pela União (que em tese precisaria abrir mão de parte da sua arrecadação como forma de viabilizar o acordo) e pelos Estados/Municípios não impactados (que almejam receber mais recursos do que recebem atualmente) por compor (resolvendo o conflito por meio de acordo) ou prosseguir litigando (remetendo, assim, a sua resolução ao STF).

## **2.1. Ganhos percentuais estimados para as unidades federadas não impactadas**

No que diz respeito aos Estados e Municípios, a proposta tem a potencialidade:

- a) de ampliar a arrecadação futura dos Estados não impactados com *royalties* e participação especial em até 1.767%, além de apresentar majoração significativa para os Estados com produção pouco expressiva; e
- b) de ampliar a arrecadação futura dos Municípios não impactados (que tendem a experimentar elevação de arrecadação semelhante àquela estimada para os Estados impactados) e (em menor proporção) dos Municípios situados nos Estados não impactados (mas ainda assim com ganhos financeiros expressivos).

Confirmam-se os percentuais de ganho/perda arrecadatário(a) estimados pelo Espírito Santo para cada um dos Estados que compõem e para os seus respectivos Municípios<sup>110</sup>, oportunamente apresentados

<sup>110</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Royalties* de petróleo e autocomposição, p. 15. Optou-se por não estimar os ganhos/perdas percentuais de cada Município (o que demandaria a construção de planilha que considerasse os 5.570 Municípios do Brasil e aplicasse dados relativos a produção de petróleo e gás, às variações do seu preço no mercado internacional e das

ao STF em petições acostadas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038:

UNIDADE FEDERADA	% DE PRODUÇÃO	ESTADO		UNIDADE FEDERADA	% DE PRODUÇÃO	ESTADO	
		GANHO/PERDA (%)	MUNICÍPIOS GANHO/PERDA (%)			GANHO/PERDA (%)	MUNICÍPIOS GANHO/PERDA (%)
AC Acre	0,0%	1767%	367%	PB Paraíba	0,0%	1767%	167%
AL Alagoas	0,2%	754%	35%	PE Pernambuco	0,0%	1767%	170%
AM Amazonas	2,8%	109%	44%	PI Piauí	0,0%	1767%	367%
AP Amapá	0,0%	1767%	354%	PR Paraná	0,0%	973%	357%
BA Bahia	1,5%	244%	58%	RJ Rio de Janeiro	73,8%	-16%	-38%
CE Ceará	0,1%	1115%	111%	RN Rio Grande do Norte	1,0%	124%	7%
DF Distrito Federal	0,0%	1767%	367%	RO Rondônia	0,0%	1767%	367%
ES Espírito Santo	8,4%	-11%	-33%	RR Roraima	0,0%	1767%	367%
GO Goiás	0,0%	1767%	367%	RS Rio Grande do Sul	0,0%	1767%	175%
MA Maranhão	1,2%	599%	160%	SC Santa Catarina	0,0%	1767%	151%
MG Minas Gerais	0,0%	1767%	340%	SE Sergipe	0,6%	245%	-14%
MS Mato Grosso do Sul	0,0%	1767%	367%	SP São Paulo	10,4%	-16%	4%
MT Mato Grosso	0,0%	1767%	367%	TO Tocantins	0,0%	1767%	367%
PA Pará	0,0%	1767%	357%	TOTAL	100,0%		-

Esses percentuais decorrem de estimativa obtida a partir de simulação que considerou a produção, os preços de mercado e as variações na cotação do dólar do ano de 2018 (último ano completo ao tempo da formulação da proposta); aos quais foram aplicados (na sequência) os critérios de distribuição previstos na lei antiga (Lei nº 9.478/1997) e na lei nova (Lei nº 12.734/2012) modificada pelo acordo (“redação alterada” mencionada nas duas primeiras tabelas); o que possibilitou a obtenção dos quantitativos de receitas que seriam distribuídos (mantidas as mesmas condições de produção, preço e cotação do dólar) às unidades federadas em um e outro regime normativo<sup>111</sup>. Muito embora sejam comuns variações nesses elementos (produção, preço e cotação

cotações do dólar e aos seus respectivos percentuais de recebimento de receitas pelo critério do FPM), sob pena e risco de não ser possível concluí-lo a tempo para que ele possa ser empregado como parâmetro para as tomadas de posição das unidades federadas por compor ou litigar. Essa opção teórica também se justifica pela circunstância de a proposta apresentada pelo ES (posteriormente retificada pelo RJ) adotar como premissa a necessidade de preservação dos critérios previstos na Lei nº 9.478/1997 (lei do tempo do fato) para a distribuição dos *royalties* e da participação especial resultantes da exploração e produção de petróleo e gás nos campos relativos aos contratos de concessão assinados anteriormente à edição da Lei nº 12.734/2012 (proposta original do ES) ou à celebração do acordo (retificação da proposta pelo RJ). Mas isso não impede que as unidades federadas não impactadas (ou qualquer uma delas isoladamente, como fez o ES quando elaborou o presente estudo), se desincumbam dessa tarefa. Também o STF poderá fazê-lo, se assim entender pertinente (por exemplo, se considerar que a Lei nº 12.734/2012 poderia ser aplicada a contratos celebrados anteriormente à sua edição), determinando, para tanto, a realização de perícia nos processos.

<sup>111</sup> Para maior detalhamento da conta, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. ADINs dos royalties: memória de cálculo do acordo proposto.

do dólar), a tendência é que os números que resultam da estimativa realizada pelo Espírito Santo permaneçam estáveis<sup>112</sup>; porque a análise tem em vista apenas os percentuais obtidos; num contexto em que eventual ampliação/redução de produção, preço e/ou cotação do dólar (que em tese pode modificar os valores nominais apurados) incidirá de igual modo (e em mesma proporção) sobre os montantes estimados para todas as unidades federadas nos dois regimes de distribuição de receitas comparados.

## 2.2. Ganhos imediatos estimados para as unidades federadas não impactadas

É importante destacar, todavia, que esses percentuais de ganho/perda são relativos à arrecadação futura dos Estados e Municípios com *royalties* e participação especial. Afinal, a proposta formulada pelo Espírito Santo (posteriormente retificada, a pedido do Rio de Janeiro, e que também mereceu a adesão de São Paulo) mantém os critérios de distribuição previstos na Lei nº 9.478/1997 aplicáveis aos contratos de concessão assinados até a data de homologação do acordo pelo STF.

No entanto, o acordo também tem a potencialidade de trazer expressivos ganhos financeiros imediatos aos Estados e Municípios não impactados, que resultariam proposição atinente à redistribuição de 30% do bônus de assinatura (atualmente destinados à União em sua integralidade) pelos critérios da Lei nº 13.885/2019.

Nas petições juntadas aos processos, o Espírito Santo projetou os ganhos futuros das unidades federadas a título de bônus de assinatura com base nas previsões do MME<sup>113</sup>, do CNPE<sup>114</sup> e da ANP para a realização de leilões nos próximos anos e nas estimativas por eles divulgadas para o recolhimento dessa receita pública<sup>115</sup>. Porém, em razão da pandemia da COVID-19 e da queda nos preços do petróleo e do gás

<sup>112</sup> Eventuais variações apenas poderiam resultar da hipotética modificação dos percentuais de distribuição de receitas pelo FPE e FPM, mas esse evento, por configurar causa externa, não compromete a estimativa.

<sup>113</sup> Ministério das Minas e Energia.

<sup>114</sup> Conselho Nacional de Política Energética.

<sup>115</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Royalties* de petróleo e autocomposição, p. 19-22.

natural no mercado internacional verificada a partir de março de 2020, os leilões que estavam previstos para os próximos anos foram adiados/suspensos, prejudicando a estimativa anterior e impedindo (pelo menos por ora) a construção de nova estimativa com base em planos de ação projetados pelo Governo Federal (que ainda não estão disponíveis). Por esse motivo, optou-se por refazer os cálculos relativos aos possíveis ganhos das unidades federadas com a implementação dessa cláusula do acordo proposto (distribuição de 30% do bônus de assinatura aos Estados e Municípios com base nos critérios de distribuição previstos na Lei nº 13.885/2019) mediante consideração da média dos valores pagos a esse título entre 2013 (ano em que foi publicada a Lei nº 12.734/2012) e 2019 (último ano completo ao tempo da realização desta estimativa).

Nessa nova apuração, chegou-se a dois cenários diferentes:

- a) um primeiro, mais conservador, que excluiu os valores arrecadados com a licitação das áreas relativas ao excedente da cessão onerosa<sup>116</sup> (cujo resultado superou o quantitativo médio da arrecadação do país com bônus de assinatura como decorrência da licitação de áreas nos outros anos considerados);
- b) uma outra, mais otimista, que considerou inclusive esse último leilão (como uma aposta de que a conflito do litígio tende a ampliar o interesse dos investidores no país, possibilitando a licitação de áreas cada vez maiores e a elevação do quantitativo dos bônus de assinatura pagos pelos licitantes vencedores).

<sup>116</sup> Reitere-se, a propósito: (i) que a cessão onerosa, disciplinada pela Lei nº 12.276/2010, consiste em autorização para que a Petrobrás a explore e produza petróleo e gás em áreas não concedidas do pré-sal, sem licitação e mediante pagamento tão somente de *royalties* (o pagamento das demais participações governamentais foi dispensada por lei), até o volume de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo (BEP); (ii) que, todavia, estudos contratados pela ANP (GAFFNEY, CLINE & ASSOCIATES) informam que os volumes de óleo existentes nas áreas da cessão onerosa são muito superiores aos 5 bilhões de BEP autorizados à Petrobras, apurando um excedente de aproximadamente 10 bilhões de barris equivalentes de petróleo; (iii) que, por esse motivo, o CNPE publicou a sua Resolução nº 02/2019, que traçou diretrizes para a realização de leilão, realizado em 28/10/2019, para licitar a exploração e produção desse volume excedente de óleo nas áreas de Atapu, Búzios, Itapu e Sépia; (iv) dessas áreas, apenas foram arrematadas Búzios e Itapu, sendo que a licitação resultou deserta com relação aos campos de Atapu e Sépia; (v) que, com isso, somente foram arrecadados, a título de bônus de assinatura, R\$ 69.960.000,00 dos R\$ 106.561.000,00 inicialmente estimados pelo CNPE para a venda de todas as áreas; (vi) que, todavia, o Governo Federal avalia a realização de novo leilão para a venda das áreas remanescentes (Atapu e Sépia).

Na estimativa mais conservadora, os Estados e Municípios receberiam os seguintes valores a cada ano, a título de distribuição de bônus de assinatura pelos critérios definidos na Lei nº 13.885/2019:

UNIDADE FEDERADA	ESTADOS		MUNICÍPIOS		UNIDADE FEDERADA	ESTADOS		MUNICÍPIOS	
		2021		2021			2021		2021
AC	Acre	R\$ 33.933.634,67	R\$ 6.888.207,47	FE	Paraíba	R\$ 38.240.641,48	R\$ 40.178.543,69		
AL	Alagoas	R\$ 44.288.174,14	R\$ 29.056.104,57	PE	Pernambuco	R\$ 57.100.939,61	R\$ 61.811.771,49		
AM	Amazonas	R\$ 43.396.897,42	R\$ 20.494.937,30	PI	Piauí	R\$ 39.806.891,14	R\$ 34.011.569,24		
AP	Amapá	R\$ 34.570.737,55	R\$ 5.059.762,96	PR	Paraná	R\$ 59.628.752,85	R\$ 85.616.191,33		
BA	Bahia	R\$ 88.229.951,07	R\$ 117.466.590,48	RJ	Rio de Janeiro	R\$ 31.695.415,20	R\$ 38.827.986,79		
CE	Ceará	R\$ 56.694.392,05	R\$ 69.588.313,79	RN	Rio Grande do Norte	R\$ 33.841.987,09	R\$ 31.697.409,17		
DF	Distrito Federal	R\$ 7.342.418,89	R\$ 2.200.794,06	RO	Rondônia	R\$ 28.865.922,09	R\$ 11.330.614,43		
ES	Espírito Santo	R\$ 33.992.335,26	R\$ 23.507.880,68	RR	Roraima	R\$ 29.795.644,51	R\$ 6.442.543,40		
GO	Goiás	R\$ 50.689.925,26	R\$ 47.571.271,14	RS	Rio Grande do Sul	R\$ 52.814.298,72	R\$ 85.243.875,77		
MA	Maranhão	R\$ 65.692.969,76	R\$ 53.730.899,11	SC	Santa Catarina	R\$ 23.379.570,98	R\$ 49.881.650,04		
MG	Minas Gerais	R\$ 99.981.459,44	R\$ 187.920.893,73	SE	Seripe	R\$ 32.466.612,80	R\$ 19.139.601,07		
MS	Mato Grosso do Sul	R\$ 27.537.281,66	R\$ 18.776.758,82	SP	São Paulo	R\$ 79.512.761,53	R\$ 170.675.683,52		
MT	Mato Grosso	R\$ 77.601.420,37	R\$ 23.271.905,79	TO	Tocantins	R\$ 32.541.216,42	R\$ 17.730.871,59		
PA	Pará	R\$ 80.771.912,27	R\$ 44.914.004,02	TOTAL		R\$ 1.279.211.626,07	R\$ 1.279.211.626,07		

Já no cenário mais otimista, o seu ganho arrecadatório pode chegar aos seguintes quantitativos, também estimados para distribuição anual:

UNIDADE FEDERADA	ESTADOS		MUNICÍPIOS		UNIDADE FEDERADA	ESTADOS		MUNICÍPIOS	
		2021		2021			2021		2021
AC	Acre	R\$ 73.744.875,80	R\$ 14.917.246,39	FE	Paraíba	R\$ 83.055.888,13	R\$ 87.264.871,09		
AL	Alagoas	R\$ 96.190.688,61	R\$ 65.107.742,88	PE	Pernambuco	R\$ 124.017.909,17	R\$ 134.250.665,75		
AM	Amazonas	R\$ 95.340.864,06	R\$ 44.947.896,54	PI	Piauí	R\$ 86.457.668,32	R\$ 73.870.639,28		
AP	Amapá	R\$ 75.736.702,21	R\$ 10.989.436,64	PR	Paraná	R\$ 129.509.308,28	R\$ 188.124.659,07		
BA	Bahia	R\$ 191.615.996,12	R\$ 255.128.879,10	RJ	Rio de Janeiro	R\$ 68.709.811,71	R\$ 84.331.559,22		
CE	Ceará	R\$ 129.697.352,85	R\$ 193.109.188,11	RN	Rio Grande do Norte	R\$ 73.502.331,03	R\$ 68.944.464,10		
DF	Distrito Federal	R\$ 15.947.199,06	R\$ 4.779.964,40	RO	Rondônia	R\$ 62.694.680,26	R\$ 24.699.299,28		
ES	Espírito Santo	R\$ 73.769.718,61	R\$ 51.097.404,70	RR	Roraima	R\$ 64.719.969,77	R\$ 13.992.735,04		
GO	Goiás	R\$ 110.081.794,22	R\$ 103.321.336,17	RS	Rio Grande do Sul	R\$ 114.708.810,21	R\$ 187.315.416,78		
MA	Maranhão	R\$ 142.593.468,50	R\$ 116.692.697,33	SC	Santa Catarina	R\$ 50.778.725,37	R\$ 108.339.310,86		
MG	Minas Gerais	R\$ 216.891.816,72	R\$ 394.711.951,02	SE	Seripe	R\$ 70.515.118,37	R\$ 41.556.787,98		
MS	Mato Grosso do Sul	R\$ 59.908.970,16	R\$ 40.781.746,10	SP	São Paulo	R\$ 159.664.368,39	R\$ 370.697.325,74		
MT	Mato Grosso	R\$ 158.344.693,10	R\$ 30.544.894,42	TO	Tocantins	R\$ 70.877.152,00	R\$ 39.510.161,70		
PA	Pará	R\$ 175.490.710,50	R\$ 87.549.245,53	TOTAL		R\$ 2.778.354.483,22	R\$ 2.778.354.483,22		

Ambos os cenários obtidos devem ser considerados para uma tomada de posição das unidades federadas pela celebração do acordo ou pelo prosseguimento do litígio<sup>117</sup>.

Com efeito, a observação empírica revela que os investimentos na exploração e produção de petróleo e gás estão estagnados deste o início das deliberações político-parlamentares sobre a instituição dos regimes de cessão onerosa (Lei nº 12.276/2010) e de partilha de produção (Lei nº 12.351/2010), das quais resultou a ideia de distribuir os

<sup>117</sup> Para maior detalhamento da conta, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. ADINS dos royalties: memória de cálculo do acordo proposto.

*royalties* (relativos aos regimes de concessão, cessão onerosa e partilha de produção) e a participação especial (relativa ao regime de concessão) obtidos pela exploração e produção marítima de petróleo e gás (produção *offshore*) de forma indistinta a todas as unidades federadas<sup>118</sup>. Dessa iniciativa do legislador resultou a instauração de conflito federativo relativo à redistribuição dessas receitas públicas aos Estados e Municípios não impactados, que atingiu seu ponto culminante com a edição da Lei nº 12.734/2012 (publicada em 2013, após a derrubada do veto aposto à matéria pela Presidência da República) e o subsequente ajuizamento das ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038. Esse conflito federativo (travado, num primeiro momento, em âmbito político-parlamentar, e depois disso conduzido ao STF) parece ter feito com que os investidores se afastassem do Brasil<sup>119</sup>.

Quanto ao particular, estudo jurídico-econômico disponível no site da SEFAZ/ES aponta que a indústria nacional de petróleo e gás está estagnada desde o início precipitadas das deliberações político-parlamentares. Essa conclusão tem por base investigações concernentes (i) à relação percentual entre as áreas arrematadas e as áreas ofertadas por leilões da ANP (que apontou tendência de queda a partir de 2013), (ii) à evolução (ao longo dos anos) (ii.1) do número de poços perfurados (que apresentou comportamento descendente, saltando de 816 poços em 2012 para 187 em 2018) e (ii.2) do número de sondas de perfuração em operação no país (que também está em queda, experimentando redução de 91 sondas em 2012 para apenas 10 em 2018), e (iii) à evolução da empregabilidade no segmento (que caiu de 65.484 postos de

<sup>118</sup> O dispositivo legal que resultou dessa iniciativa do Congresso Nacional tinha a seguinte redação: “Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea *d* do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a parcela restante dos *royalties* e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma: I - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados - FPE; e II - 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios - FPM”.

<sup>119</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 63-67.

trabalho em abril de 2013, quando a curva ainda era ascendente, para 45.438 postos em março de 2019, implicando perda de mais de 20.000 empregos no período). Essa redução no interesse das empresas em investir no país também pode ser verificada pela observação empírica de dois episódios recentes, envolvendo os dois últimos leilões realizados pela ANP. No primeiro deles, a ANP realizou (em 06/11/2019) o leilão do excedente da cessão onerosa, mas apenas dois dos quatro blocos oferecidos foram arrematados, sendo que, conquanto o leilão tenha arrecadado quase R\$ 70.000.000.000,00 com bônus de assinatura, não houve a participação efetiva de outros licitantes que não a Petrobrás (empresa estatal brasileira que os arrematou na sua quase totalidade<sup>120</sup>). No segundo, a ANP realizou (em 07/11/2019) o leilão referente à 6ª Rodada de Partilha de Produção - Pré-Sal, mas apenas um bloco dos cinco ofertados foi arrematado e (mais uma vez) com participação quase que exclusiva da Petrobrás<sup>121</sup>.

Esse quadro tende a ser mitigado pela recente instituição de benefícios fiscais voltados à aquisição de máquinas e equipamentos para o segmento (REPETRO-SPED e REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO).

O REPETRO-SPED foi instituído no âmbito federal pela Lei nº 13.586/2017, como ampliação do escopo de incentivo anteriormente concebido<sup>122</sup>. Com isso, operou-se, na prática, a conversão de um regime aduaneiro de admissão temporária (REPETRO)<sup>123</sup> em incentivo

<sup>120</sup> Apenas em uma das áreas arrematadas tivemos a presença de duas empresas que não a Petrobrás, mas com participações muito tímidas: cada uma entrou com apenas 5% de participação no valor do leilão. Disponível na internet: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2019-11/leilao-da-cessao-onerosa-arrecada-r-69960-bilhoes-em-bonus>>; acesso em 12/11/2019.

<sup>121</sup> Disponível na internet: <<http://rodadas.anp.gov.br/pt/6-rodada-de-partilha-de-producao-pre-sal/resultados-1p6>>; acesso em 12/11/2019. Sobre o assunto, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 61-66.

<sup>122</sup> Benefício fiscal instituído, originalmente, pelo Decreto Federal nº 3.161/1999, que aperfeiçoou às operações da indústria de petróleo e gás ao longo dos anos, sendo sua versão mais completa regulada, em nível federal, pelo Decreto nº 6.759/2009 e pela INRFB nº 1.415/2013. Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 57-58.

<sup>123</sup> Hipótese em que os bens são importados para permanência temporária no país, não se incorporando ao patrimônio de bens nacionais.

que também abarca um regime tributário (REPETRO-SPED). Sua regulamentação atual consta do Decreto Federal nº 6.759/2009 e da INRFB<sup>124</sup> nº 1.781/2017. Em resumo, o REPETRO-SPED passou a permitir (juntamente com a possibilidade de importação de bens para permanência temporária no país com a finalidade de serem empregados na atividade de exploração e produção de petróleo e gás, com suspensão total dos pagamentos dos tributos federais), a importação de bens<sup>125</sup> em caráter permanente (portanto, com a sua incorporação ao acervo de bens nacionais) para a mesma finalidade (utilização na atividade de exploração e produção de petróleo e gás) ou a aquisição desses mesmos bens no mercado nacional, também com desoneração total dos tributos federais (IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO, PASEP, COFINS e IPI)<sup>126</sup>.

A Lei nº 13.586/2017 também conferiu o mesmo tratamento tributário às importações e às aquisições no mercado interno de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para serem utilizados integralmente no processo produtivo de produto (bem) final destinado à atividade de exploração e produção de petróleo e gás. Dispondo desse modo, o legislador federal instituiu o que doravante se convencionou chamar REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO, regime fiscal posteriormente regulamentado pelo Decreto Federal nº 9.537/2018 e pela INFRB nº 1.901/2019. Em síntese, o REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO permite aos fabricantes intermediários e aos fabricantes finais de bens a importação ou aquisições no mercado interno de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para serem utilizados integralmente no processo produtivo

<sup>124</sup> Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil.

<sup>125</sup> Os bens temporários e permanentes abarcados pelo incentivo constam de lista publicada pela Receita Federal do Brasil, como anexo da INRFB nº 1.781/2017.

<sup>126</sup> Lei nº 13.586/2017. “Art. 5º Fica instituído o regime especial de importação com suspensão do pagamento dos tributos federais de bens cuja permanência no País seja definitiva e que sejam destinados às atividades de exploração, de desenvolvimento e de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, previstas nas Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010. (Produção de efeito)§ 1º A suspensão de que trata o caput deste artigo aplica-se aos seguintes tributos: (Produção de efeito)I - Imposto sobre Importação (II); II - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); III - Contribuição para o PIS/Pasep-Importação; e IV - Cofins-Importação”.

de produto (bem) final destinado à atividade de exploração e produção de petróleo e gás, com a extensão, nessas operações, da mesma desoneração de tributos federais incidente no REPETRO-SPED.

Em verdade, a União, quando instituiu o REPETRO-SPED e o REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO, adotou a opção política de desonerar toda a carga tributária incidente na cadeia de fornecimento de bens de capital ao segmento de exploração e produção de petróleo e gás<sup>127</sup>, seja nas operações de importação, seja nas operações realizadas no mercado interno. A despeito das críticas que se possa fazer a semelhante política de desoneração fiscal, é fácil compreender que o Ente Federal a adotou porque é destinatário da maior parte das participações governamentais advindas da exploração e produção de petróleo e gás<sup>128</sup>, além de ter participação sobre o petróleo e o gás natural produzidos sob o regime de partilha de produção (Lei nº 12.351/2010, art. 2º, II<sup>129</sup>) e de ser acionista majoritário do maior operador do segmento (a Petrobrás<sup>130</sup>). Disso se verifica que a política pública analisada, longe de corporificar a simples concepção de incentivo a investimentos com (in)consequente (e irrefletida) renúncia a receitas tributárias, atrela-se (indubitavelmente) às expectativas do Governo Federal pela elevação da sua arrecadação com participações governamentais, com a venda

<sup>127</sup> Com a ressalva de que somente os bens constantes de lista publicada pela Receita Federal do Brasil e constante, como anexos, da INRFB nº 1.781/2017.

<sup>128</sup> Do total das Participações Governamentais pagas pela indústria de petróleo e gás no ano de 2018, 57,3% teve como destinatário a União (total de R\$39,5 Bilhões), 26,7% os Estados (total de R\$18,4 Bilhões) e 15,9% os Municípios (total de R\$10,9 Bilhões). Dados disponíveis na internet: <http://www.anp.gov.br/royalties-e-outras-participacoes/participacoes-governamentais-consolidadas>; acesso em 14/12/2019.

<sup>129</sup> Lei nº 12.351/2010. “Art. 2º [...] III - excedente em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos *royalties* devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43”.

<sup>130</sup> Empresa que detém, atualmente, 73,64% do volume total da produção de petróleo equivalente, mas que, como operadora (isto é, como companhia que atua em consórcio com outras empresas de exploração e produção de petróleo e gás), tem participação ainda maior, podendo chegar a mais de 90% (Disponível na internet: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTcwZDU1ZGYtY2EzMC00MzhmLTllZjltOGE4NTU1NzA0ZGEwIiwidCI6IjQ0OTlmNGZmLTl0YTtytNGI0Mi1iN2VmLTEyNGFmY2FkYzIxMjY9>>; acesso em 14/12/2019).

de seu quinhão do excedente apurado no regime de partilha de produção<sup>131</sup> e com os lucros distribuídos pela Petrobrás.

Porém, não decorre automaticamente dessa iniciativa do Governo Federal a desoneração das mesmas operações quanto à incidência do ICMS<sup>132</sup>, imposto estadual cobrado sobre a aquisição dos bens de capital acobertados pelo incentivo. Assim, na sequência da sua instituição em âmbito federal, também os Estados-Membros (com destaque para os Estados impactados pela exploração e produção de petróleo e gás natural, em cujos territórios/extensão marítima tem lugar essa atividade econômica), seguindo o exemplo da União e tendo em vista a mesma motivação político-financeira por ela adotada (expectativa de ampliação da sua arrecadação com outras fontes de receitas, em específico com os *royalties* e com a participação especial), instituíram o REPETRO-SPED ESTADUAL (em 2018) e o REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO ESTADUAL (em 2019).

O REPETRO-SPED ESTADUAL foi instrumentalizado no Convênio-ICMS nº 03/2018. Trata-se, como ocorreu em âmbito federal, da ampliação do escopo do REPETRO (anteriormente estendido ao ICMS pelo Convênio-ICMS nº 130/2007), que autorizava os Estados (i) a isentarem do ICMS as importações (inclusive as decorrentes de exportações sem saída do território nacional) de bens temporários empregados na atividade de exploração e produção de petróleo e gás e (ii) a reduzirem base de cálculo de ICMS (de modo que a carga fiscal seja de 3%, sem apropriação de crédito) nas importações de bens<sup>133</sup> permanentes<sup>134</sup> e nas aquisições no mercado interno, com a finalidade de serem empregados na atividade de exploração e produção de petróleo e gás.

<sup>131</sup> A propósito, podemos citar, a título de exemplo, o leilão do excedente da cessão onerosa, que, somente com bônus de assinatura, arrecadou pouco menos de R\$ 70 bilhões de reais para o Ente Federal. Como esse leilão foi realizado sob o regime de partilha de produção, além do bônus de assinatura e dos *royalties*, a União receberá, no futuro, quando houver produção efetiva, seu quinhão em óleo e gás.

<sup>132</sup> Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 59-60.

<sup>133</sup> Os bens temporários e permanentes são aqueles constantes de lista publicada pela Receita Federal do Brasil, como anexo da INRFB nº 1.781/2017.

<sup>134</sup> Ou seja, que serão incorporados ao acervo de bens nacionais.

Já o REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO ESTADUAL foi instituído via alteração do Convênio-ICMS nº 03/2018 pelo Convênio-ICMS nº 220/2019, e é voltado a operações de aquisição no mercado interno e nas importações de bens intermediários. A iniciativa desonera as importações ou aquisições no mercado interno de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para serem utilizados integralmente no processo produtivo de produto (bem) final destinado à atividade de exploração e produção de petróleo e gás, aplicando-se essa desoneração tanto às aquisições realizadas pelos fabricantes dos produtos finais, quanto àquelas realizadas pelos fabricantes intermediários de bens.

Destarte, se é verdade que os Estados (seguindo o exemplo do Governo Federal) instituíram o REPETRO-SPED ESTADUAL e o REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO ESTADUAL porque (como a União) vislumbraram a possibilidade de obterem um aumento na sua arrecadação futura com outras fontes de receitas (especificamente com *royalties* e participação especial), e se esses regimes fiscais se lastreiam (por concepção) em renúncia fiscal assumida pelos Estados onde ocorre a produção, a conclusão que se impõe é que, em rigor, quem arca com os efeitos financeiros dessa política de desoneração são os Estados impactados pela exploração e produção de petróleo e gás. Entre eles se situam, em posição de destaque, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, porque detêm 97% da produção nacional, suportando, por consequência, a quase totalidade dos impactos da atividade extrativista, que (juntamente com seus respectivos Municípios impactados) recebem (atualmente<sup>135</sup>) a maior parte dos *royalties* e da participação especial recolhidos em favor dos Estados e Municípios.

No entanto, se forem aplicados os critérios de distribuição de receitas introduzidos pela Lei nº 12.734/2012, essas unidades federadas (RJ, SP, ES e seus Municípios impactados) sofrerão redução brusca e expressiva na sua arrecadação com *royalties* e participação especial<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Por força da medida cautelar concedida pela Ministra Carmen Lúcia a ADIN nº 4.917 (que suspendeu a aplicação dos novos critérios de distribuição concebidos pelo legislador.

<sup>136</sup> Conforme demonstrado em estudo disponíveis no site da SEFAZ/ES, RJ, SP, ES e seus Municípios impactados terão perda arrecadatória total da ordem de R\$ 155.431.000.000,00 no período compreendido entre 2013 e 2025. A propósito, cf.: (FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. Estudo sobre os impactos econômicos da

Essa constatação, quando conjugada à compreensão (anteriormente manifestada) de que a sua opção pela instituição do REPETRO-SPED ESTADUAL (quando da edição do Convênio-ICMS nº 03/2018) e (posteriormente) do REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO ESTADUAL (que resulta de recente modificação no mesmo convênio pelo CONFAZ) pressupõe ampliação dos seus níveis de arrecadação com *royalties* e participação especial, prenuncia a chegada de tempos difíceis tanto para a indústria de petróleo e gás (que corre o risco de ser privada da utilização desses regimes fiscais), quanto para as unidades federadas (para todas elas, independentemente de se qualificarem como impactadas ou não impactadas) porque a manutenção da retração nos investimentos (que o país pretendeu reverter pela via da instituição de incentivos voltados à desoneração da sua cadeia de fornecedores) certamente afetará a sua arrecadação com receitas tributárias (em especial do ICMS) e não tributárias (*royalties*, participação especial, etc.). Enfim, a hipotética rejeição (pelo STF) dos pedidos formulados nas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 obstará a manutenção desses incentivos no que concerne à incidência do ICMS; precisamente porque a indústria brasileira do petróleo e gás atualmente está concentrada no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Espírito Santo (que juntos detêm 97% da produção nacional); o que fez com esses Estados tivessem que arcar praticamente sozinhos com a renúncia fiscal necessária à retomada da produção; em iniciativa que somente foi possível porque eles recebem montantes expressivos a título de *royalties* e participação especial, e porque vislumbraram a possibilidade de obterem um aumento na sua arrecadação futura com essas fontes de receita<sup>137</sup>.

Disso se verifica que os efeitos da celebração do acordo proposto transcendem a realização das posições/interesses postos em discussão nos processos; precisamente porque dele também poderão resultar:

---

aplicação Lei nº 12.734/2012 sobre RJ, SP, ES e seus respectivos Municípios produtores de petróleo e gás. Disponível na internet: <<https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/publicacoesnupetro.php>>; acesso em 09/01/2020) e (CF. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo: aspectos econômicos da aplicação da Lei nº 12.734/2012*).

<sup>137</sup> CF. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 60-63 e 67-68.

- a) a preservação dos incentivos fiscais instituídos com o propósito de induzir a retomada nos investimentos (REPETRO-SPED e REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO), que desoneram a cadeia de fornecedores da indústria do petróleo e do gás natural, e por isso têm a potencialidade de induzir novos investimentos e de ampliar a arrecadação futura de todas as unidades federadas com *royalties*, participação especial e tributos;
- b) a potencialização dos efeitos da instituição desses incentivos, visto que a própria existência do litígio (que decorre, pelas razões dantes expostas, de conflito federativo iniciado em 2010) vem desestimulando investimentos e impedindo o aumento da produção;
- c) como decorrência da retomada da indústria:
  - c.1) o aumento do número de áreas ofertadas em leilão pela ANP, o que eleva a arrecadação das unidades federadas com *royalties*, participação especial e tributos;
  - c.2) a elevação também do valor recebido pelo país a título de bônus de assinatura, seja porque a atribuição de maior segurança aos empreendedores possibilitará a realização de novos leilões, seja porque dela também pode resultar a elevação (via concorrência) dos valores apurados a cada leilão realizado (cuja quantificação está relacionada ao ágio pago pelos licitantes para obter as áreas ofertadas).

Por essas razões, estima-se que os números que resultam do cenário mais conservador anteriormente apresentado devem ser considerados apenas para os três primeiros anos após a celebração do acordo, interregno suficiente a que os órgãos federais competentes (MME, CNPE, ANP, etc.) projetem e realizem leilões que possam atender a retomada de produção propiciada pelo encerramento do conflito e potencializada pela instituição de incentivos fiscais que destravam a sua cadeia de fornecedores. Depois disso, a tendência é que a ampliação do número de leilões realizados (preordenada por atividade administrativa desenvolvida pelo Governo Federal) e a majoração (via concorrência entre os licitantes) do bônus de assinatura recolhidos a cada operação possibilitem a distribuição anual a Estados e Municípios de montantes que se aproximem (ou até mesmo superem) aqueles apresentados para o cenário mais otimista.

### 2.3. Elementos que orientam a adesão da União Federal ao acordo proposto

Outro efeito colateral desse quadro, é que também a União Federal (que na proposta que está sobre a mesa estaria abrindo mão de parcela dos bônus de assinatura que hoje recebe em regime de exclusividade e sofreria pequena queda percentual na sua arrecadação com a participação especial<sup>138</sup>) também tende a experimentar aumento em sua arrecadação. A uma porque a realização de novos leilões e o aumento da concorrência entre os licitantes (ambos propiciadas pelo acordo) têm a potencialidade de induzir a elevação da sua arrecadação com bônus de assinatura a patamares que podem superar a perda de 30% projetada pelo acordo. A duas porque, além do bônus de assinatura, a União também recebe (como resultado da exploração e produção de petróleo e gás) outras receitas tributárias (IPI, IRPJ, II, IE, etc.) e não tributárias (*royalties*, participação especial, pagamento por retenção e ocupação de áreas, excedente em óleo, etc.), que também serão ampliadas com a retomada dos investimentos no segmento, o que de igual modo possibilitará a recuperação de eventual perda decorrente da redução do seu percentual de recebimento da participação especial. A três porque o petróleo e o gás natural são recursos estratégicos para o desenvolvimento do país, o que faz com que o aumento na sua produção (também propiciada pelo acordo) impacte positivamente sobre outros segmentos produtivos, gerando emprego, renda e elevação das receitas públicas auferidas pelas unidades federadas, com destaque para a situação da União, que fica com a maior parte do bolo<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> No regime da Lei nº 9.478/1997, a União recebe 50% dos valores arrecadados pelo país a título de participação especial. Com a edição da Lei nº 12.734/2012, esse percentual foi reduzido para 42%, e depois disso foi ampliado, gradativamente, mediante aplicação de regra de transição, até chegar a 46%. Como o acordo projetado propõe o afastamento dessa regra de transição, a União passaria a receber a participação especial mediante aplicação de percentual de 42%.

<sup>139</sup> Conforme se verifica, inclusive, do site da Receita Federal; que registra, para o ano de 2018, que o Governo Federal ficou com 67,53% da arrecadação total das unidades federadas, enquanto que Estados e Municípios receberam (respectivamente) 25,90% e 6,57%. Disponível na internet: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>>; acesso em 16/11/2020.

Aliás, no que diz respeito ao Ente Federal, a velocidade com que os efeitos do acordo se reverterão em aumento na sua arrecadação com receitas tributárias e não tributárias está a depender, preponderantemente, da atuação de órgãos que compõem a sua Administração Direta (MME, CNPE, etc.) e Indireta (ANP, etc.). Destarte, mais do que a expectativa da obtenção de retorno financeiro com a operação, o acordo também traz, para a União, enorme segurança jurídica e administrativa.



## CAPÍTULO 3

### OUTROS ELEMENTOS QUE ORIENTAM UMA TOMADA DE POSIÇÃO DAS UNIDADES FEDERADAS POR COMPOR OU LITIGAR

Também orientam a tomada de posição das unidades federadas por compor ou litigar na hipótese analisada (i) os riscos assumidos pelos Estados e Municípios não impactados caso o acordo não seja celebrado, dada a consolidação, na jurisprudência do STF, de consenso hermenêutico que aponta para a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, (ii) a relação entre a redistribuição das rendas de petróleo e a necessidade de preservação do equilíbrio federativo promovido pelo constituinte quando destinou os *royalties* e a participação especial aos Estados e Municípios impactados como contrapartida pela transferência do ICMS incidente sobre o petróleo e seus derivados aos Estados consumidores (com reflexos sobre a arrecadação dos seus respectivos Municípios) e (iii) a incidência do princípio da segurança jurídica, que impede (iii.1) a celebração de acordo que contemple a aplicação da lei nova (Lei nº 12.734/2012) a atos consolidados na vigência da lei anterior (Lei nº 9.478/1997), que se qualificam (posto isso) como atos jurídicos perfeitos (CRFB, art. 5º, XXXVI<sup>140</sup>), e, sobretudo, (iii.2) a devolução (pelos Estados e Municípios impactados) dos *royalties* e da participação especial que receberam (nos últimos anos) como decorrência da medida cautelar deferida pela Ministra Carmen Lúcia na ADIN nº 4.917.

#### **3.1. Riscos assumidos pelas unidades federadas não impactadas caso o acordo não seja celebrado**

O acordo proposto representa oportunidade para que os Estados e Municípios não impactados também se beneficiem da retomada da atividade produtiva no segmento.

---

<sup>140</sup> CRFB. “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em primeiro lugar porque, se não houver acordo, a tendência é que os pedidos formulados nas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 sejam acolhidos pelo STF. Afinal, conforme oportunamente articulado em suas petições iniciais, os critérios de distribuição introduzidos pela Lei nº 12.734/2012:

- a) contrariam o disposto no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, porque determinam a sua distribuição de forma majoritária a unidades federadas não impactadas, contrapondo-se ao consenso legislativo (*mens legislatoris*) e hermenêutico (*mens legis*) que se firmou sobre o tema, no sentido de que essas retribuições financeiras constituem receitas originárias<sup>141</sup> da União, dos Estados (inclusive do Distrito Federal) e dos Municípios em cujos territórios/extensão marítima ocorre a produção<sup>142</sup>, porque foram instituídas com a finalidade de compensar os impactos dessa atividade econômica<sup>143</sup>, e por isso pertencem (além de à União<sup>144</sup>) aos Estados e Municípios impactados<sup>145</sup>;

<sup>141</sup> Sobre o assunto, Kiyoshi Harada leciona que as “receitas originárias são aquelas que resultam da atuação do Estado, sob o regime de direito privado, na exploração de atividade econômica”, ou seja, “as resultantes do domínio privado do Estado” (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, p. 35), ao passo que as receitas derivadas decorrem do “*jus imperii* do Estado, que lhe faculta impor sobre as relações econômicas praticadas pelos particulares, assim como sobre seus bens, o tributo que, na atualidade, se constitui em principal fonte da receita pública” (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, p. 42-43). Conforme Roberto Wagner Lima Nogueira, são exemplos de receitas originárias as doações, os bens vacantes, a prescrição aquisitiva, o preço público, os ingressos comerciais (p. ex.: correios e loterias), e também a “compensação financeira na forma do art. 20, §1º da Constituição Federal” (NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito financeiro e justiça tributária*, p. 95).

<sup>142</sup> Vide STF, MS nº 24312, Plenário, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 19/12/2003. Sobre o assunto, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*, p. 49-99.

<sup>143</sup> Cf. (STF, RE nº 228.800, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 16/11/2001), (STF, AgRg em AI nº 453.025, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 09/06/2006), (STF, RE nº 381.830, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJE de 15/09/2011) e (STF, ADIN nº 4.606, Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 15/03/2019).

<sup>144</sup> Proprietária dos bens explorados (CRFB, art. 20, V, IX e X).

<sup>145</sup> Cf. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 258-258), (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 191), (THOMÉ, Romeu. A função socioambiental da CFEM (compensação financeira por exploração de recursos minerais),

- b) ofendem o princípio da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), porque conferem tratamento normativo mais benéfico a unidades federadas (Estados e Municípios não impactados) que se encontram em melhor posição (não sofrem impactos da atividade extrativista) frente à situação normada, prejudicando, com isso, os Estados e Municípios impactados<sup>146</sup>;
- c) violam o princípio federativo (CRFB, art. 1º e art. 60, p. 4º, I), porque a iniciativa do legislador por suprimir, por lei federal, parte considerável da distribuição dessas receitas aos Estados e Municípios impactados restringe a sua autonomia para a execução dos seus próprios recursos orçamentários, que, em vez de serem aplicados para atendimento das necessidades de suas respectivas populações, precisarão ser alocados, forçadamente, para cobrir os riscos e custos de atividade extrativista exercida por particulares sob autorização e em benefício do ente federal<sup>147</sup>;
- d) também vão de encontro ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput* e inciso XXXVI<sup>148</sup>), porque pretendem afetar relações jurídicas consolidadas sob a égide do regime normativo original (atos jurídicos perfeitos)<sup>149</sup>.

Em segundo lugar porque, ainda que o STF (contrariando a sua jurisprudência e desafiando o princípio da isonomia, o princípio federativo e o princípio da segurança jurídica) venha a declarar a constitucionalidade dos critérios de distribuição de receitas instituídos pela Lei Federal nº 12.734/2012, a tendência é que a indústria continue em retração, porque dessa decisão resultaria, inevitavelmente, a reversão dos incentivos fiscais (REPETRO-SPED e REPETRO-INDUSTRIALIZAÇÃO) concedidos pelos principais Estados impactados (RJ, SP e ES) para destravar a sua cadeia de fornecedores. O risco que se corre, nesse cenário,

---

p. 183), (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, p. 54), (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, p. 219) e (NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito financeiro e justiça tributária*, p. 96). Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 81-83.

<sup>146</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 101-120.

<sup>147</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 121-130.

<sup>148</sup> CRFB. “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>149</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 131-140.

é que a introdução dos novos critérios de distribuição impostos pela Lei nº 12.734/2012 também faça com que, na prática, a discussão sobre quem seriam os verdadeiros destinatários das rendas de petróleo e gás se torne obsoleta, em vista da tendência a que não se tenha valores expressivos para dividir entre as unidades federadas. Nesse contexto, o aumento esperado pelas unidades federadas não impactadas na sua arrecadação com *royalties* e participação especial pode inclusive nem se realizar. Em rigor, essas unidades federadas podem até mesmo perder arrecadação, visto que a receita pública resultante da tributação do petróleo e seus derivados pelo ICMS (que também varia conforme a magnitude da produção) foi transferida pelo constituinte (CRFB, art. 155, p. 2º, “b”) aos Estados consumidores (em detrimento da arrecadação dos Estados produtores)<sup>150</sup>.

### 3.2. Redistribuição das rendas de petróleo e gás *versus* equilíbrio federativo

Aliás, a circunstância de o constituinte (CRFB, art. 155, p. 2º, “b”) haver transferido aos Estados consumidores o ICMS incidente sobre o petróleo e seus derivados (em detrimento da arrecadação dos Estados produtores) impede, por si só, a distribuição dos *royalties* e da participação especial em maior proporção às unidades federadas não impactadas. É que essas receitas extraordinárias (desde sempre destinadas majoritariamente às unidades federadas impactadas) foram incorporadas ao texto constitucional (art. 20, p. 1º) como espécie de contrapartida pela perda arrecadatória que resultou da transferência do ICMS para os Estados consumidores<sup>151</sup>. Essa opção político-normativa, para

<sup>150</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 41-47.

<sup>151</sup> Esse arranjo federativo foi relatado ao STF, no contexto do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.312 (STF, MS 24.312, Plenário, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 19/ dez/2003), pelo então Ministro Nelson Jobim, que, na ocasião, apresentou aos seus pares depoimento sobre esse específico aspecto da sua experiência pretérita como parlamentar constituinte. Em suas próprias palavras: “[...] 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 [...]. 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 [...]”. A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 91-92.

além de impor relevante perda arrecadatória aos Estados impactados pela exploração e produção de petróleo e gás (com reflexos sobre seus Municípios), também proporcionou elevação da arrecadação do ICMS pelas demais unidades federadas (Estados e Municípios não impactados), que passaram a receber (por essa via) o seu quinhão das rendas de petróleo e gás<sup>152</sup>.

Por certo, a distribuição das receitas tributárias resultantes da incidência do ICMS sobre as cadeias do petróleo e do gás natural não se faz de forma uniforme. É que, muito embora a opção político-normativa (adotada pelo constituinte) por tributar os combustíveis no destino<sup>153</sup> privilegie as unidades federadas não “produtoras” de petróleo e gás, essa arrecadação tributária relaciona-se, nesse arranjo federativo, aos respectivos consumos internos dos Estados-Membros de combustíveis, portanto ao tamanho das suas respectivas economias.

Todavia, a eficácia dessa estratégia adotada pelo constituinte pode ser mensurada por meio da comparação entre o total do ICMS arrecadado pelos Estados (que permite entrever o nível da atividade econômica de cada um deles) e o ICMS incidente no destino sobre as operações com petróleo e derivados (ICMS-COMBUSTÍVEIS). Nessa perspectiva, ter-se-á ganhos arrecadatórios decorrentes da opção constitucional anteriormente mencionada quando essa parcela do ICMS (ICMS-COMBUSTÍVEIS) for mais significativa para as unidades federadas não “produtoras” de petróleo e gás quando comparada com o total da sua arrecadação com esse tributo (ICMS-TOTAL). Quanto a isso, estudo disponível no site da SEFAZ/ES dá conta de que a participação percentual do ICMS-COMBUSTÍVEIS no ICMS-TOTAL dos Estados-Membros é menor nos Estados impactados que nos Estados não impactados<sup>154</sup>. O mesmo estudo evidencia que a transferência de tributos proporcionada pela Constituição beneficia mais as unidades

<sup>152</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 38-52.

<sup>153</sup> Afastando, quanto a eles, assim como quanto às operações com energia elétrica, a regra geral adotada para repartição das receitas tributárias entre os Estados-Membros (que prevê a tributação na origem, destinando à unidade federada de origem a parcela referente à alíquota interestadual e unidade federada de destino a parcela correspondente ao diferencial de alíquota).

<sup>154</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 41-44.

federadas com menor índice de desenvolvimento econômico e social (situados nas Regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste)<sup>155</sup>. É que o ICMS-COMBUSTÍVEIS representa em média 27,93% do ICMS-TOTAL nos Estados do Norte, 25,14% do ICMS-TOTAL nos Estados do Centro-Oeste e 23,03% do ICMS-TOTAL nos Estados do Nordeste, enquanto que nos Estados do Sul e do Sudeste ele representa (respectivamente) 16,63% e 14,37% do ICMS-TOTAL<sup>156</sup>.

Essas considerações põem em evidência que a estratégia adotada pelo constituinte para promover o equilíbrio da distribuição das rendas de petróleo e gás já possibilita a distribuição da riqueza gerada pelo segmento às demais unidades federadas, em especial aos Estados e Municípios como menor índice de desenvolvimento social. Afinal, os Estados e Municípios não impactados já recebem, no regime da Lei nº 9.478/1997, não apenas a pequena fração dos *royalties* e da participação especial que lhes é destinada pelo fundo especial nela prevista (que seria substancialmente ampliada com a hipotética celebração do acordo projetado), mas também parcela do ICMS que deixa de ser recolhido pelos Estados impactados (com reflexos sobre os seus Municípios). Quanto ao particular, estudo publicado pelos economistas José Roberto Afonso e Kleber Pacheco de Castro aponta que o ICMS incidente sobre petróleo e derivados (ICMS-COMBUSTÍVEIS) corresponde a mais do que o dobro da receita pública obtida pelo país

<sup>155</sup> A circunstância dessas Regiões (onde a relação entre ICMS-TOTAL e o ICMS-COMBUSTÍVEIS varia entre 23,03% e 27,93%) deterem (atualmente) menor índice de desenvolvimento econômico que as Regiões SUL e SUDESTE (onde a relação entre o ICMS-TOTAL e o ICMS-COMBUSTÍVEIS varia entre 14,37% e 16,63%) pode ser inferida do próprio consenso que se formou no Congresso Nacional para a distribuição entre as unidades federadas dos recursos alocados no FPE aos Estados-Membros, que tem por objetivo “promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados” (CRFB, art. 161, II), sendo feita a partir da relação entre as populações das unidades federadas e a sua renda *per capita*, ambas informadas pelo IBGE (vide esclarecimentos encontrados no site do TCU; disponíveis na internet: <<https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/fpe-e-fpm.htm>>; acesso em 16/11/2020). No ano de 2018 (último ano completo ao tempo da realização do estudo citado), 83,98% dos recursos distribuídos com base no FPE foram para as Regiões NORTE, CENTRO-OESTE e NORDESTE, enquanto que apenas 16,02% deles são destinados às Regiões SUL e SUDESTE. Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 46.

<sup>156</sup> Cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 44-45.

com *royalties*, participação especial e outras compensações financeiras que resultam da exploração e produção de petróleo e gás<sup>157</sup>, o que põe a claro que a receita pública transferida a esse título é muito expressiva.

Destarte, a conclusão que se impõe é que a modificação nos percentuais de distribuição de *royalties* e participação especial promovida pela Lei nº 12.734/2012 (que destina a maior parte dessas receitas as unidades federadas não impactadas), e também a ideia (assimilada pelo Congresso Nacional ao tempo da edição da Lei nº 12.351/2010, que suscitou o veto presidencial ao seu artigo 64) segundo a qual a sua repartição deveria ser feita exclusivamente pelos critérios do FPE e do FPM somente seria compatível com o texto constitucional se concomitantemente a elas pudesse ser implementada a revogação da imunidade tributária delineada pela alínea “b” do parágrafo 2º do artigo 155 da CRFB. Posto isso, e considerando que a resolução do litígio encartado nas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 não tem o condão de afastar a incidência desse dispositivo constitucional (seja porque a sua constitucionalidade não foi impugnada nos processos, seja porque ela sequer poderia ser objeto de impugnação judicial, já que a sua redação foi dada pelo texto original da Constituição), a resolução do litígio (quer por uma decisão do STF, quer por meio de acordo) passa, necessariamente, pela destinação dos *royalties* e da participação especial em maior proporção aos Estados e Municípios impactados.

<sup>157</sup> Cf. AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber Pacheco de. *Carga tributária sobre petróleo no Brasil*. Os autores apuraram que, no ano de 2010, a arrecadação tributária com a incidência do ICMS sobre a produção de petróleo correspondeu a 1,11% (um vírgula onze por cento) do PIB brasileiro, ao passo que as chamadas “Rendas de Exploração”, que abrangem os *royalties* e a participação especial (entre outras contraprestações financeiras arrecadadas pela ANP), atingiram o patamar de 0,59% (zero vírgula cinquenta e nove por cento). Números semelhantes também foram encontrados na comparação das receitas relativas aos anos anteriores: em 2009, a proporção foi de 1,15% por 0,52%; em 2008, de 1,27% por 0,75%; em 2007, de 1,26% por 0,55%; em 2006, de 1,37% por 0,70%; em 2005, de 1,31% por 0,61%; em 2004, 1,33% por 0,53%; em 2003, de 1,30% por 0,55%; em 2002, de 1,31% por 0,39%; em 2001, de 1,33% por 0,31%; e em 2000, de 1,26% por 0,25%. Deles resultam que a receita tributária auferida com a incidência do ICMS sobre a indústria do petróleo e do gás natural (parte considerável da qual seria arrecada pelos Estados impactados se não existisse a imunidade prevista na alínea “b” do inciso X do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição) corresponde a algo em torno do dobro das receitas patrimoniais levantadas com *royalties*, participação especial e outras participações governamentais advindas da atividade de exploração e produção de petróleo e gás.

Enfim, o acordo proposto volta-se, inclusive, a preservar o equilíbrio federativo; na medida em que possibilita a elevação da arrecadação das unidades federadas não impactadas (e também daquelas que ainda têm produção pouco expressiva) com *royalties*, participação especial e bônus de assinatura; mas sem afetar o direito subjetivo dos Estados e Municípios impactados de recebê-los em maior proporção do que aqueles que não sofrem os impactos da atividade extrativista; de modo a que lhes seja possível (aos Estados e Municípios impactados) fazer frente aos impactos da exploração e produção de petróleo e gás sobre as suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações.

### 3.3. Redistribuição de rendas de petróleo e gás *versus* segurança jurídica

O acordo proposto, quando adota como premissa a manutenção da distribuição dos *royalties* e da participação especial relativos contratos de concessão assinados na vigência<sup>158</sup> e aplicação<sup>159</sup> da Lei nº 9.478/1997 (lei do tempo do fato) com base nos critérios nela previstos encontra amparo no princípio constitucional da segurança jurídica, positivado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Brasileira, que impede que lei nova (no caso a Lei nº 12.734/2012) prejudique “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Incide, pois, na espécie, a figura do ato jurídico perfeito; cuja conformação resta explicitada, entre nós, por interpretação autêntica colhida do parágrafo 1º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), que reputa “ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Posto isso, e considerando que não se cogita, no caso, da atribuição de direito adquirido a regime jurídico, mas tão somente da preservação dos efeitos da lei antiga<sup>160</sup>, e que a própria jurisprudência do STF afasta

<sup>158</sup> Vide proposta do ES pela aplicação dos novos critérios somente a partir da publicação da Lei nº 12.734/2012.

<sup>159</sup> Vide aditamento feito pelo RJ, para conferir eficácia à medida liminar concedida pela Ministra Carmen Lúcia na ADIN nº 4.917.

<sup>160</sup> Ou, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, “da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e o Direito dos Administrados*, p. 114). Quando ao particular, cumpre referir à lição de Maria Helena Diniz, que adverte, em comentários ao artigo

a possibilidade de alegação da tese de inexistência de direito adquirido a regime jurídico (comumente aplicada em questões relativas a servidores públicos) na hipótese analisada (em que está em discussão

2.035 do Código Civil Brasileiro, que não se pode confundir o ato/contrato em curso de execução com o ato/contrato em curso de constituição, dispondo, a propósito, que a lei nova apenas poderá alcançar este (o ato/contrato em curso de constituição) e não aquele (o ato/contrato em curso de execução), que se qualifica como ato jurídico perfeito. Em suas próprias palavras: “[...] se o contrato ou ato jurídico estiver em curso de formação ou de constituição (fato pendente) por ocasião da entrada em vigor da nova lei, esta, quanto aos seus efeitos, se lhe aplicará, por ter efeito imediato, pois não há que se falar em ato jurídico perfeito, nem em direito adquirido, que impede que se perca o que já se adquiriu, visto que nenhum efeito (formalidade intrínseca) foi produzido sob o manto da lei anterior. Mas, em sua formalidade extrínseca (validade) reger-se-á pela lei velha, pois a nova não poderá alcançar validade ou invalidade de negócio iniciado antes de sua vigência” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, p. 1.402). Essa advertência de Diniz é perfeitamente aplicável à investigação acerca da preservação dos efeitos do ato jurídico perfeito frente a alterações legislativas posteriores à sua constituição, ou seja, no curso da execução desses efeitos. Afinal, como se sabe, o artigo 2.035 da lei material civil, comentado pela professora paulista na passagem doutrinária dantes referida, procura estender a aplicação da lei nova sobre os efeitos de atos praticados sobre o império da lei antiga, quando prescreve, em literalidade, que “a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”. A isso, Maria Helena Diniz objetou que somente podem ser afetados por essa regra os atos/contratos em curso de constituição, e não aqueles em curso de execução. Assim, se o ato já está constituído, ou seja, “já se tornou apto a produzir efeitos, gerando, modificando ou extinguindo direitos”, esses efeitos “não poderão ser alcançados por lei posterior”, como expressa Diniz na sequência (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, p. 1.402). Não sobeja lembrar, a propósito, que Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, qualifica o negócio jurídico como norma jurídica (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 284-290). E que, para Kelsen, é válida a norma posta (negócio jurídico) por autoridade considerada competente por norma superior (lei), desde que observado o procedimento estabelecido nessa mesma norma superior (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 79-119, passim). Sendo assim, somente seria possível afetar a validade dessa norma jurídica (negócio jurídico), e também a sua eficácia, acaso se depreendesse contraposição entre ela e a norma superior (lei) que regulou a sua constituição, isto é, entre o ato/contrato e a lei do tempo do fato. Por isso é que, para Diniz, o artigo 2.035 do Código Civil Brasileiro somente se aplica, de modo a atingir os efeitos de ato/contrato praticado sob o império da lei antiga, quando se depreender a incompatibilidade entre esse ato/contrato e o ordenamento jurídico positivo, vez que os atos/contratos concluídos sob a égide da legislação pretérita somente poderão ser considerados atos jurídicos perfeitos quando se depreender que esses atos/contratos foram praticados em conformidade com a lei vigente ao tempo da sua concretização, isto é, com a lei do tempo do fato (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, p. 1.402). Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*, p. 131-140.

o regramento por lei nova dos efeitos de atos e contratos celebrados sob a égide de regramento pretérito)<sup>161</sup>, eventual contraproposta das unidades federadas não impactadas que desafie essa premissa demandaria a resolução do conflito por meio de decisão que dificilmente seria proferida pelo Tribunal Constitucional no contexto do julgamento das ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038, o que impede que os Estados e Municípios impactados adiram a ela<sup>162</sup>.

Outro argumento insuficiente (sob o ponto de vista jurídico) a orientar a adesão das unidades federadas impactadas ao acordo resulta da afirmação de que a sua celebração teria a vantagem de livrá-las do risco de terem que devolver os valores recebidos a título de *royalties* e participação especial no período em que teve a aplicação a medida cautelar concedida pela Ministra Carmen Lúcia na ADIN nº 4.917, que suspendeu a aplicação dos critérios de distribuição previstos na Lei nº 12.734/2012 até o seu julgamento definitivo pelo STF. É que, na prática, esse risco não existe, porque a jurisprudência do Excelso Pretório se consolidou no sentido de que os acórdãos que declaram a constitucionalidade de lei cuja aplicação foi suspensa por medida cautelar proferida anteriormente no processo devem ter os seus efeitos temporais modulados de modo a preservar os atos praticados com base na decisão liminar, portanto como medida voltada a induzir segurança jurídica aos jurisdicionados<sup>163</sup>.

<sup>161</sup> Cf. (STF, RE nº 388.607-AgR/BA, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 28-04-2006), (STF, AI nº 363.159-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJ 03-02-2006), (STF, RE nº 205.999/SP, 1ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 03-03-2000) e (STF, AI nº 240.302-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 26-11-1999).

<sup>162</sup> Quanto ao particular, recobre-se: (i) que a literatura jurídica aponta que os acordos em processos envolvendo a Fazenda Pública somente podem ser realizados quando há (em concreto) ou consenso hermenêutico sobre o tema ou lei autorizativa (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 356-365); (ii) que as ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 congregam interesses de todas as unidades federadas, qualificando-se (portanto) como processos que envolvem a Fazenda Pública); (iii) que (posto isso) a celebração de acordo fundado na segunda modalidade aventada (autorização legislativa) estaria a demandar a edição de leis autorizativas por todos os Estados e Municípios que compõem a Federação Brasileira; e (iv) que (dadas complexidade do tema e a magnitude dos valores envolvidos) é muito pouco provável que esse consenso legislativo seja obtido em curto e médio prazo. Disso resulta a iniciativa do ES por construir proposta que procura orientar a construção de acordo fundado em consenso hermenêutico, ancorado em entendimentos fixados pelo STF em julgamentos anteriores, que indiciam que a tendência é que os pedidos nelas formulados sejam acolhidos pelo Tribunal.

<sup>163</sup> Ao ensejo, cf., a título de exemplo, este recente julgado proferido pelo Plenário do Excelso Pretório: Ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão

Por um e outro motivo, isto é, quer porque os contratos de concessão celebrados anteriormente à edição da Lei nº 12.734/2012 (lei nova) se apresentam (dadas a conclusão da sua celebração na vigência da Lei nº 9.478/1997 e o posicionamento do STF pela inaplicabilidade da tese do direito adquirido a regime jurídico a questões envolvendo contratos, como atos jurídicos perfeitos), quer porque o Tribunal Constitucional também entende que os efeitos de medidas cautelares concedidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (cujo objeto é a suspensão da aplicação da lei considerada inconstitucional) devem ser preservados (mediante modulação dos efeitos temporais a decisão) mesmo quando há declaração da constitucionalidade do diploma impugnado (portanto com a cassação da liminar anteriormente concedida no processo), *a celebração do acordo cogitado pressupõe* (tendo em vista, ainda, as posições e interesses manifestadas nos autos pelas unidades federadas impactadas e não impactadas e o corte teórico utilizado para a construção da proposta que está sobre a mesa, que encerra autocomposição fundada em consenso hermenêutico ancorado na jurisprudência do STF) *que os novos critérios de distribuição de royalties e participação especial nele consignados apenas incidam sobre os contratos novos.*

---

do período de defeso da pesca por ato do Executivo. Violação ao princípio da precaução. Ameaça à fauna brasileira, à segurança alimentar e à pesca artesanal. 1. Ação que tem por objeto a (in)constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 293/2015, que sustou os efeitos da Portaria Interministerial nº 192/2015, a qual, por sua vez, suspendeu períodos de defeso da pesca de algumas espécies por 120 dias, prorrogáveis por igual prazo. O Decreto Legislativo restabeleceu os períodos originais de defeso, ao argumento de que o Executivo, ao editá-la, teria exorbitado de seu poder regulamentar. 2. Ausência de estudos técnicos que comprovem a desnecessidade do defeso nas hipóteses em que foi suspenso pela Portaria. Não apresentação de indícios mínimos da alegada ocorrência de fraude, em proporção que justifique a interrupção do pagamento de seguro-defeso. 3. Inobservância do princípio ambiental da precaução. Risco ao meio ambiente equilibrado, à fauna brasileira, à segurança alimentar da população e à preservação de grupos vulneráveis, que se dedicam à pesca artesanal. Nesse sentido: ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 835.559, Rel. Min. Luiz Fux; RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 781.547, Rel. Min. Luiz Fux. 4. *Modulação de efeitos da decisão para preservar os atos praticados entre 7/1/2016 e 11/3/2016, período em que o defeso esteve suspenso com respaldo em cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente revogada* (art. 27 da Lei 9.868/1999). 5. Ação julgada improcedente (STF, Plenário, ADI 5447, Relator Min. ROBERTO BARROSO, julgamento: 22/05/2020, Publicação: 07/08/2020).



## À GUIA CONCLUSÃO

Essas considerações põem em evidência que há uma proposta séria sobre a mesa, construída a partir de subsídios jurídicos bastante sólidos, extraídos de atividade de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Delas resultam, ademais, conclusão no sentido de que a concretização do acordo cogitado está a depender (em razão da presença do poder público em ambos os polos do litígio e da absoluta improbabilidade de que o Congresso Nacional e os Poderes Legislativos dos 26 Estados, do Distrito Federal e dos 5.770 Municípios que compõem a Federação Brasileira editem leis autorizativas em curto e médio prazo) do acolhimento, pelas unidades federadas não impactadas, de duas premissas que não podem ser renunciadas pelas unidades federadas impactadas (porque ancoradas em consenso hermenêutico consolidado na jurisprudência do STF); a saber:

- a) a distribuição dos *royalties* e da participação especial devidos às unidades federadas como decorrência da execução dos contratos de concessão assinados na vigência da lei anterior (Lei nº 9.478/1997) deve permanecer regida por esse diploma legal (lei do tempo do fato), dadas a configuração de ato jurídico perfeito (CRFB, art. 5º, XXVI) e o afastamento (pela jurisprudência do STF) da tese da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (comumente aplicada em questões relativas a servidores públicos) quando está em discussão o regramento (por lei nova) dos efeitos de atos e contratos celebrados sob a égide de regramento pretérito<sup>164</sup>;
- b) mesmo com relação aos contratos celebrados posteriormente à edição da lei nova (Lei nº 12.734/2012) os Estados e Municípios não impactados (conjuntamente considerados)

---

<sup>164</sup> Cf. (STF, RE nº 388.607-AgR/BA, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 28-04-2006), (STF, AI nº 363.159-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJ 03-02-2006), (STF, RE nº 205.999/SP, 1ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 03-03-2000) e (STF, AI nº 240.302-AgR/SP, 2ª Turma, Relator Min. Moreira Alves, DJ 26-11-1999).

não podem receber mais *royalties* e participação especial do que os Estados e Municípios impactados (conjuntamente considerados), dada a consolidação na jurisprudência do STF do entendimento segundo o qual essa modalidade de receita pública tem por finalidade compensar os impactos da atividade extrativista<sup>165</sup>, e por isso pertence às unidades federadas impactadas<sup>166</sup>.

Posto isso, a construção de tomadas de posição das unidades federadas por compor ou litigar na hipótese analisada volta-se, preponderantemente, à consideração dos números do conflito. Em especial para os Estados e Municípios não impactados, cuja resistência à pretensão autoral não se encontra embasada em consenso hermenêutico fundado na jurisprudência consolidada no STF, e que por isso não sofrem limitações de ordem jurídica para aderir ao acordo proposto<sup>167</sup>.

Quanto ao particular, estudo disponível no site da SEFAZ/ES apurou que o ganho mensal dos demais Estados (e de seus respectivos Municípios) caso a Lei nº 12.734/2012 tivesse sido aplicada sobre a produção de 2018 (último ano completo ao tempo da construção da proposta) corresponderia (no melhor cenário para as unidades federadas

<sup>165</sup> Cf. (STF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/2001), (STF, AgRg nº 453.025-AI, 2ª Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 09/06/2006), (STF, RE nº 381.830, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJE de 15/09/2011) e (STF, ADIN nº 4.606, Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 15/03/2019).

<sup>166</sup> Cf. (STF, MS nº 24312, Plenário, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 19/12/2003) e (STF, ADIN nº 4.606, Plenário, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE 15/03/2019).

<sup>167</sup> Ao ensejo reitere-se: (i) que a literatura jurídica aponta que os acordos em processos envolvendo a Fazenda Pública somente podem ser realizados quando há (em concreto) ou consenso hermenêutico sobre o tema ou lei autorizativa (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 356-365); (ii) que as ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 congregam interesses de todas as unidades federadas, qualificando-se (portanto) como processos que envolvem a Fazenda Pública); (iii) que (posto isso) a celebração de acordo fundado na segunda modalidade aventada (autorização legislativa) estaria a demandar a edição de leis autorizativas por todos os Estados e Municípios que compõem a Federação Brasileira; (iv) que (dadas complexidade do tema e a magnitude dos valores envolvidos) é muito pouco provável que esse consenso legislativo seja obtido em curto e médio prazo; e (v) que disso resultou a iniciativa do ES por construir proposta que procura orientar a construção de acordo fundado em consenso hermenêutico, ancorado em entendimentos fixados pelo STF em julgamentos anteriores, que indiciam que a tendência é que os pedidos nelas formulados sejam acolhidos pelo Tribunal.

impactadas) a R\$ 8,73 por habitante<sup>168</sup>. Disso resulta que a redistribuição dos *royalties* e da participação especial resultantes da exploração e produção de petróleo e gás com base nos critérios positivados na Lei nº 12.734/2012, para além ter a potencialidade de desarranjar as contas públicas de RJ, SP e ES (principais produtores, que juntos detêm 97% da produção nacional), não traz proveito econômico expressivo às populações das demais unidades federadas.

Posto isso, questão relevante que se coloca para as unidades federadas não impactadas (e também para aquelas que ainda têm produção pouco expressiva) é se vale a pena, sob o ponto de vista econômico, apostar no prosseguimento do litígio. Em especial quando se considera (i) os riscos inerentes à prolação de uma decisão do STF pela constitucionalidade da Lei nº 12.734/2012, que tem a potencialidade de ampliar a estagnação da indústria, com reflexos negativos sobre a arrecadação do país com *royalties* e participação especial e sobre a sua própria arrecadação com o ICMS incidente sobre o petróleo e seus derivados (que também varia conforme a magnitude da produção, e que foi transferida pelo art. 155, p. 2º, “b” da CRFB aos Estados consumidores), e (ii) o próprio risco que resulta do julgamento dos processos, tendo em vista (ii.1) a evidente compatibilidade da pretensão autoral com opções normativas adotadas pela Constituição (relativas à finalidade dessa receita pública, à estratégia do constituinte para promover o equilíbrio federativo na distribuição das rendas de petróleo e gás e ao reclame constitucional por segurança jurídica) e, sobretudo, (ii.2) o seu patente ancoramento (da pretensão autoral) em consenso hermenêutico fundado na jurisprudência consolidada no STF. Enfim, a pergunta que Estados e Municípios não impactados precisam se fazer neste momento é se os R\$ 8,73 mensais por habitante prometidos pela Lei nº 12.734/2012 compensa esses riscos. Sobretudo quando há sobre a mesa proposta de acordo que lhes possibilitaria obter ganhos significativos (aumento de até 1767% em relação aos valores recebidos com base na Lei nº 9.478/1997) na sua arrecadação futura com *royalties/participação especial* e na sua arrecadação imediata com receita (bônus de assinatura) que atualmente é destinada exclusivamente à União.

<sup>168</sup> Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo*, p. 63-67.

Questionamento semelhante pode ser direcionado à União, submetida pela proposta que está na mesa a pequena queda percentual nos seus recebimentos com a participação especial (diferença entre os 46% previstos na Lei nº 12.734/2012 e os 42% que sobressairiam do acordo) e a redistribuição aos Estados e Municípios de 30% dos bônus de assinatura recebidos como decorrência da licitação de novas fronteiras produtivas. Afinal, a tendência é que realização de novos leilões e o aumento da concorrência entre os licitantes (ambos propiciadas pelo acordo) induzam a elevação da sua arrecadação com bônus de assinatura a patamares que podem superar a perda de 30% projetada pelo acordo, e que, além do bônus de assinatura, ela também experimente (tendo em vista a retomada da indústria) a elevação das receitas tributárias (com IPI, IRPJ, II, IE, etc.) e não tributárias (com *royalties*, participação especial, pagamento por retenção e ocupação de áreas, excedente em óleo, etc.) que recebe, quer como resultado da exploração e produção de petróleo e gás, quer como decorrência do seu impacto (da retomada da indústria) sobre outros segmentos produtivos (geração de emprego, renda e elevação das receitas públicas auferidas por todas as unidades federadas, mas especialmente pela União, que fica com a maior parte do bolo<sup>169</sup>).

Esses elementos, quando conjugados, têm a potencialidade de orientar a resolução do litígio pelo método autocompositivo.

A uma porque, em vista deles, as unidades federadas que integram um e outro polo do conflito federativo que se instaurou acerca da redistribuição das rendas de petróleo e gás não precisarão voltar atrás em posições manifestadas nos processos com base em consenso hermenêutico ancorado na jurisprudência do STF. Afinal, apenas os Estados e Municípios impactados invocaram nos autos decisões anteriores do Tribunal Constitucional; cujo conteúdo, todavia, está sendo preservado pelo acordo. Por esse motivo, é viável a celebração do acordo independentemente da edição de leis autorizativas pela União,

<sup>169</sup> Conforme se verifica, inclusive, do site da Receita Federal; que registra, para o ano de 2018, que o Governo Federal ficou com 67,53% da arrecadação total das unidades federadas, enquanto que Estados e Municípios receberam (respectivamente) 25,90% e 6,57%. Disponível na internet: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>>; acesso em 16/11/2020.

pelos 26 Estados-Membros, pelo DF e pelos 5.770 Municípios que compõem a Federação Brasileira.

A duas porque a proposta que está sobre a mesa possibilita, concomitantemente, a preservação dos interesses (i) dos Estados e Municípios impactados, que preservariam a sua arrecadação atual (dada a incidência dos novos critérios previstos na Lei nº 12.734/2012 apenas sobre os contratos novos) e futura (dada a submissão dos novos critérios à lógica segundo a qual os *royalties* e a participação especial devem ser distribuídos em maior proporção às unidades federadas que sofrem os impactos da atividade extrativista), (ii) dos Estados e Municípios não impactados (assim como daqueles que ainda têm produção pouco expressiva), que obteriam a elevação da sua arrecadação com *royalties* e participação especial em até 1.767%, com a vantagem de passarem a receber, de imediato, parcela do bônus de assinatura (atualmente pago exclusivamente à União, e que não lhes seriam adjudicados por eventual rejeição da pretensão autoral) e de auferirem (dados os efeitos da resolução do conflito sobre o desempenho da indústria) também o aumento da sua arrecadação com o ICMS incidente sobre petróleo e derivados, e também (iii) da União, visto que os efeitos concretos da resolução do conflito sobre o desempenho da indústria do petróleo e do gás natural possibilitariam a recuperação das suas perdas com a destinação dos 30% do bônus de assinatura aos Estados e Municípios (com a vantagem de, quanto a isso, ela depender, preponderantemente, de atividade administrativa desenvolvida por órgãos e entidades a ela vinculados) e com a redução percentual do seu recebimento com a participação especial (que certamente será compensada pelo aumento da sua arrecadação com receitas tributárias e não tributárias).

Deles resultam, portanto, o afastamento (na medida do que é possível fazê-lo mediante utilização das ferramentas disponíveis aos intérpretes/operadores do Direito) dos óbices de ordem teórica que em tese poderiam obstar a celebração do acordo. Destarte, ainda que o método de trabalho ora explicitado não tenha a funcionalidade de orientar (no futuro) a resolução do conflito pelo método autocompositivo, ele claramente possibilita que (no presente) as partes nele envolvidas continuem negociando. Essa sua participação, aliás, é fundamental para que se possa saber se, e em que medida, as suas posições/interesses não estariam sendo atendidos pelo acordo proposto, permitindo,

com isso, que novas considerações que porventura queiram trazer ao debate também sejam analisadas mediante utilização dessa mesma metodologia.

Assim, este trabalho, muito embora descreva proposta de acordo voltada a solucionar o litígio subjacente relativo à redistribuição das rendas de petróleo e gás às unidades federadas, foi construído, na verdade, com o propósito de apresentar um ponto de partida, e também um norte teórico, para a celebração de acordos nas ADINs nº 4.916, 4.917, 4.918, 4.920 e 5.038 e (num plano mais geral) em outras Ações Diretas de Inconstitucionalidades que impugnam leis cuja edição resultem de conflito federativo. O seu objetivo, então, ultrapassa a concretização do acordo cogitado (que pressupõe o assentimento das partes que integram ambos os polos do conflito), para também alcançar a criação das condições necessárias a que as unidades federadas envolvidas no litígio, representadas por seus respectivos governantes e procuradores, observem os deveres processuais que resultam do texto do CPC-2015, no sentido de que o Estado (aqui considerado em seu sentido *lato*, para abarcar a União, os Estados-Membros e os Municípios) promova, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, p. 2º) e de que os atores processuais (“juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público”) estimulem, “inclusive no curso do processo judicial”, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos” (art. 3º, p. 3º).

Enfim, o caminho está posto.

Porém, resta saber se as autoridades competentes estarão dispostas a trilhá-lo.

Como incentivo ao prosseguimento das negociações, acrescenta-se, por oportuno, que a tendência é que os governantes e procuradores que têm voz no conflito analisado certamente passarão a integrar a História do Processo Civil Brasileiro.

Em primeiro lugar porque, na eventualidade de haver consenso para a resolução do litígio, este será, seguramente, o primeiro acordo firmado no Brasil para a resolução de conflito federativo encartado em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>170</sup>.

<sup>170</sup> O acordo levado a efeito pelo Ministro Gilmar Mendes na ADO nº 25, embora importantíssimo, porque criou as condições necessárias ao pagamento, pela União Federal,

Em segundo lugar porque esse acordo encerraria litígio de enorme repercussão econômica, e que envolve a União, os 26 Estados-Membros, o DF e os 5.770 Municípios que compõem a Federação Brasileira, encartando, assim, aquele que foi, talvez, o maior conflito federativo da História recente deste país. Em terceiro lugar porque esse acordo tem a potencialidade de possibilitar, por via reflexa, a retomada dos investimentos no segmento de petróleo e gás, com reflexos positivos sobre a arrecadação de todas as unidades federadas com receitas tributárias e não tributárias.

Em rigor, mesmo que o acordo não seja celebrado, os governantes e procuradores vinculados ao litígio ainda assim podem entrar para a História; seja porque os seus esforços para obtê-lo, ainda que se demonstrem infrutíferos, tendem a ser empregados, como exemplo e inspiração, em novas tentativas de resolução de conflitos federativos mediante autocomposição; seja porque eles se recusaram a participar das negociações, ou porque, participando delas, procuraram obstar, sem razões fundamentadas, a obtenção do consenso. Contudo, nessa última hipótese, eles entrarão para a História, não como exemplo, ou inspiração, mas como vilões, porque ficarão marcados como responsáveis pela frustração da primeira de muitas tentativas de conciliação que, mais cedo ou mais tarde, conduzirão à celebração de acordos nesse tipo de processo. É que, como cediço, a História é contada pelos vencedores<sup>171</sup>, e por isso não serão os participantes de tentativa de composição ilegitimamente frustrada que dirão ao mundo se é possível (ou não) realizar acordos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade que encartem conflitos federativos, mas os artífices do primeiro acordo concluído. Sendo assim, se, por qualquer razão legítima, o acordo cogitado não puder ser obtido, é sumamente importante para os governantes e procuradores envolvidos na discussão que os responsáveis

---

das compensações devidas às demais unidades federadas pelas perdas decorrentes da edição da Lei Kandir (LC nº 87/1996), impostas pela EC nº 42/2003, foi celebrado no contexto da execução do acórdão anteriormente firmado pelo STF no mesmo processo. Assim, na espécie, o acordo apenas incidiu para a resolução da crise de efetividade, num contexto em que a resolução da crise de certeza decorreu de julgamento proferido pelo STF, resultando, portanto, do método heterocompositivo.

<sup>171</sup> Conforme enuncia George Orwell em conhecido aforismo: “A história é escrita pelos vencedores”.

pela celebração de acordos futuros possam olhar para trás e encontrá-los, em suas respectivas trincheiras, não como personagens que, por covardia ou acomodação, preferiram o conforto de um julgamento que pode dividir o país, mas como políticos e profissionais do Direito que lutaram o bom combate, e que insistiram, até o limite das suas forças, para chegar a um acordo razoável. Enfim, o risco que correm os acomodados de hoje é serem descritos, no futuro, como os vilões da História, como lamentáveis representantes do atraso na política (governantes) e na interpretação e aplicação do Direito (procuradores), quando poderiam ser mencionados, se tentassem, com sinceridade e desprendimento, construir consenso em vez e abstenção, como fontes de inspiração e, sobretudo, como partícipes da vitória anunciada por aqueles que escreverão a História.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber Pacheco de. *Carga tributária sobre petróleo no Brasil: evidências e opções*. Disponível na internet: <[http://iepecdg.com.br/uploads/artigos/111101\\_tributacao\\_petroleo\\_v6.pdf](http://iepecdg.com.br/uploads/artigos/111101_tributacao_petroleo_v6.pdf)>; acesso em 16/11/2020.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUITONI, Aldemir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. *Jus Navigandi*, n. 2.707, ano XV, Teresina, Nov. 2010. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/imprimir/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>>; acesso em 16/11/2020.

BOUFLEUE, José Pedro. Inserção social como quesito de avaliação da pós-graduação. *Revista Educação Pública*, Cuiabá, v. 18 n. 37, p. 371-382, maio/ago. 2009. Disponível na internet: <<file:///C:/Users/cpma dureira/Downloads/488-Texto%20do%20Artigo-656-1-10-20120920.pdf>>; acesso em 16/11/2020.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, vol. II*. 11ª ed. Madri, Thomson Civitas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1975.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. Estudo sobre os impactos econômicos da aplicação Lei nº 12.734/2012 sobre RJ, SP, ES e seus respectivos Municípios produtores de petróleo e gás. Disponível na internet: <<https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/publicacoesnupetro.php>>; acesso em 16/11/2020.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Campinas: Russell, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HART, Herbet L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exército do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOBATO, José Bento Renato Monteiro. *O poço do Visconde*. São Paulo: Brasiliense, 1965.

MACHADO, Luiz Henrique Travassos. Federalismo e os *royalties* do petróleo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 19, n. 98, maio/jun. 2011.

MADUREIRA, Claudio. A Ciência Jurídica e sua função social. *Revista Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 1-12, 2015. Disponível na internet: <[https://www.derechocambiosocial.com/revista042/A\\_CIENCIA\\_JURIDICA\\_E\\_SUA\\_FUN%C3%87AO\\_SOCIAL.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista042/A_CIENCIA_JURIDICA_E_SUA_FUN%C3%87AO_SOCIAL.pdf)>; acesso em 16/11/2020, p. 02-03).

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do Direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, p. 1-30, 2015. Disponível na internet: <[https://www.derechoycambiosocial.com/revista040/RECASENS\\_SICHES\\_E\\_A\\_APLICACAO\\_DO\\_DIREITO.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf)>; acesso em 26/07/2020. Sobre o assunto, ainda: cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e federação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MADUREIRA, Claudio; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. Autocomposição, conciliação e mediação no regime do CPC-2015: esforço teórico de sistematização dos conceitos. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes. (Org.). *Temas de Direito Processual Contemporâneo - III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual, v. II*, p. 63-79. Serra: Milfontes, 2019.

MADUREIRA, Claudio; PAVAN, Luiz Henrique Miguel. Recurso extraordinário: admissibilidade e extensão da cognição. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 140. nov. 2014.

MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. ADIN dos royalties: memória de cálculo do acordo proposto. *Nota Técnica*. Vitória: SEFAZ/ES, 2021. Disponível na internet: <<https://sefaz.es.gov.br/Media/Sefaz/Nupetro/NOTA%20T%C3%89CNICA.%20ADIN%20DOS%20ROYALTIES.%20MEM%C3%93RIA%20DE%20C%C3%81LCULO%20DO%20ACORDO%20PROPOSTO.PDF.pdf>>; acesso em 28/12/2021.

MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Redistribuição de royalties de petróleo: aspectos econômicos da aplicação da Lei nº 12.734/2012*. Disponível em: <<https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/arquivos/nupetro/redistribuidosroyaltiesdepetroleo.pdf>>; acesso em 16/11/2020.

MADUREIRA, Claudio; SOUZA, Luiz Claudio Nogueira de; ALTENERATH, Kelen Carolina. *Royalties* de petróleo e autocomposição: esforço teórico para a construção de uma proposta de acordo exequível. *SEFAZ/ES-Publicações do NUPETRO*. Disponível em: <[https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/arquivos/nupetro/royalties\\_de\\_petroleo\\_e\\_autocomposicao.pdf](https://internet.sefaz.es.gov.br/downloads/arquivos/nupetro/royalties_de_petroleo_e_autocomposicao.pdf)>; acesso em 16/11/2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 54, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e o Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo, v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito financeiro e justiça tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de linguística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. (Org.). *Temas de Direito Processual Contemporâneo - III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual, v. II*, p. 63-79. Serra: Milfontes, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor da USP, 2002.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

THOMÉ, Romeu. A função socioambiental da CFEM (compensação financeira por exploração de recursos minerais). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 14, n. 55, jul./set. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez [Org.]. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.