

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE ECONOMIA
MONOGRAFIA DE BACHARELADO

**A RELEVÂNCIA DO PAPEL DO CONTROLE
EXTERNO PARA A REGULAÇÃO E AS BOAS
PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO NA INDÚSTRIA
DE PETRÓLEO E GÁS**

ÉRICA DOS SANTOS UCHOA
matrícula: 112213301

ORIENTADOR: Prof. Edmar Luiz Fagundes de Almeida

AGOSTO DE 2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE ECONOMIA
MONOGRAFIA DE BACHARELADO

**A RELEVÂNCIA DO PAPEL DO CONTROLE
EXTERNO PARA A REGULAÇÃO E AS BOAS
PRÁTICAS DE FISCALIZAÇÃO NA INDÚSTRIA
DE PETRÓLEO E GÁS**

ÉRICA DOS SANTOS UCHOA
matrícula: 112213301

ORIENTADOR: Prof. Edmar Luiz Fagundes de Almeida

AGOSTO DE 2017

As opiniões expressas neste trabalho são da exclusiva responsabilidade do autor

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela graça e força concebida para a realização de todas as obras na minha trajetória de vida.

Tenho imensa gratidão aos pré-vestibulares comunitários Santo André (PVCSA) e Cederj por terem me dado suporte e condições para ingressar em uma universidade pública. Em especial ao Gil Max e a Elisete Oliveira que são responsáveis pela existência do PVCSA, e ao Victor Sousa por todo auxílio e apoio na minha preparação para as provas de vestibular.

Agradeço a UFRJ pela sua excelência, apoio e acolhimento aos estudantes cotistas que foi fundamental para a minha permanência na graduação.

Ao Programa Petrobras de formação de Recursos Humanos (PRH-21) e ao Grupo Economia da Energia, pela oportunidade em fazer parte do seu grupo de pesquisa e participação de diversos congressos e seminários em energia que me agregaram ricos conhecimentos, e que colaboraram para o resultado desta dissertação. Em especial ao Marcelo Colomer pelo voto de confiança em permitir meu ingresso ao grupo, à Joseane Oliveira e ao meu caríssimo orientador Edmar Fagundes pela sua atenção e orientação a todos os meus trabalhos desenvolvidos no grupo.

A todos os meus amigos do IE que me acompanharam durante a jornada da graduação e aos meus familiares e amigos pela paciência perante meus anseios e carinho que são pilares para minha motivação e torna a rotina mais agradável e estimulante. Em especial ao Douglas Ribeiro por todo apoio e estímulo, a minha tia Sandra Uchoa pela sua confiança e crença no meu potencial, a minha mãe e irmãs por me impulsionarem.

E por fim toda esta obra não seria possível sem o apoio do meu pai Francisco Evandro, por quem tenho profunda gratidão ao seu esforço de me proporcionar uma condição de vida mais digna.

RESUMO

Partindo do questionamento acerca da capacidade do Estado de garantir o interesse público através da regulação, levantado pelos autores do *mainstream* da literatura econômica, este estudo buscou compreender quais instrumentos deveriam ser incorporados na estrutura de governança regulatória para atender, efetivamente, aos interesses da sociedade. Mais especificamente, foi feita uma análise de como o arcabouço institucional e regulatório da indústria de petróleo deveria ser composto de forma a assegurar o devido controle e fiscalização dos processos de produção e consequentemente, da arrecadação fiscal. Para tanto, foi elaborado um estudo de caso utilizando: um dos instrumentos do controle externo – a auditoria operacional; levantamento de dados de melhorias de atuação das agências reguladoras; e exposição do modelo de estrutura institucional recomendada internacionalmente às indústrias extrativistas, realizado através das linhas de pesquisas do Banco Mundial e de organizações internacionais das EFS. Partindo da hipótese de que o controle externo tem papel relevante para o avanço institucional da regulação, apesar de pouca repercussão na literatura, o objetivo deste estudo é apresentar quais são os instrumentos utilizados a fim de alcançar as metas estabelecidas pelas EFS e como suas atribuições colaboram para as boas práticas de fiscalização na indústria. A atuação da EFS além de contribuir para a efetividade da fiscalização, que é responsabilidade das agências reguladoras, sugere mecanismos de melhorias a serem tomados, além de reforçar a prestação de contas e deixar o ambiente mais transparente a todos os atores envolvidos. Desta forma, constatou-se, neste estudo, que os instrumentos utilizados pela EFS que exercem controle externo são de suma contribuição para a efetividade da fiscalização, em especial nos setores de infraestrutura e extrativista.

Palavras-chave: Agências Reguladoras, Controle Externo, EFS, Governança Regulatória.

SÍMBOLOS, ABREVIATURAS, SIGLAS E CONVENÇÕES

ANP	Agência Nacional do Petróleo
BMP	Boletim Mensal da Produção
CGU	Controladoria Geral da União
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
DARF	Documentos de Arrecadação da Receita Federal
EFS	Entidades Fiscalizadoras Superiores
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
INTOSAI	Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
MME	Ministério de Minas e Energia
NFP	Núcleo da Fiscalização da produção
NFSM	Notificações de Falhas do Sistema de Medição
PG	Participações Governamentais
RTM	Regulamento Técnico da Medição
SDP	Superintendência do Desenvolvimento da Produção
SFP	Sistema de Fiscalização da Produção
SPG	Superintendência das Participações Governamentais
TCU	Tribunal de Contas da União
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OLACEFS	Organização Latino-americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – FUNDAMENTO TEÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA COM AS AGÊNCIAS INDEPENDENTES	12
1.1 Conceito e atuação da regulação	13
<i>1.1.1 Análise Normativa como uma teoria positiva</i>	<i>14</i>
1.2 Teoria Econômica da Regulação – Introdução de variáveis políticas nos estudos sobre Regulação	16
<i>1.2.1 A regulação como fruto dos interesses privados – abordagem de Stigler</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2. Debate norte americano acerca da Teoria Econômica da Regulação</i>	<i>18</i>
1.3 Estrutura de governança do agente regulador	19
<i>1.3.1 Independência e Autonomia do órgão regulador</i>	<i>21</i>
<i>1.3.2 Transparência e Accountability</i>	<i>24</i>
<i>1.3.3 Controle externo às agências reguladoras</i>	<i>25</i>
<i>1.3.3.4 Atribuições do controle externo da EFS e o controle interno brasileiro</i>	<i>27</i>
1.4 Conclusão do capítulo 1	30
CAPÍTULO II – ARCABOUÇO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIO DAS INDÚSTRIAS EXTRATIVISTAS	32
2.1 Boas práticas de regulação e fiscalização na Indústria Extrativista	33
<i>2.1.1 Definição do quadro institucional e legislação do setor</i>	<i>34</i>
<i>2.1.2 Controle, monitoração e transparência das atividades reguladas</i>	<i>35</i>
<i>2.1.3 Definição do regime fiscal e distribuição das receitas</i>	<i>37</i>
2.2 Estrutura Regulatória da Indústria de Petróleo no Brasil	39
<i>2.2.1 Regime de contratação e rodadas de licitações</i>	<i>42</i>
<i>2.2.2 Regime Fiscal e Participações Governamentais</i>	<i>44</i>
2.3. Conclusão do capítulo 2	46
CAPÍTULO III – ESTUDO DE CASO SOBRE A REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO BRASILEIRA NA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO E GÁS	48
3.1 Reestruturação do setor de petróleo e gás brasileiro nos anos 1990	48
3.2 – Desafios da Regulação e Fiscalização	50
<i>3.2.1 – Controle da medição da produção de petróleo e gás natural</i>	<i>51</i>
<i>3.3.2 - Controle das Participações Governamentais</i>	<i>53</i>
<i>3.3.3 Fragilidades da fiscalização na medição</i>	<i>55</i>
<i>3.3.4 Avanços na fiscalização de medição</i>	<i>57</i>
3.4 - Conclusão do capítulo 3	63
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Os estudos da teoria da regulação se baseiam em razões econômicas, técnicas e sociais que estruturam a relevância do seu papel na economia e na sociedade. A regulação se instituiu, basicamente, para induzir a competição, remediar as falhas de mercados, garantir a continuidade e confiabilidade dos serviços públicos, o acesso e a universalidade deste último. Um caminho para cumprir os seus objetivos foi a instituição de agências reguladoras que atuem de forma autônoma e independente dos interesses políticos.

Inicialmente, a teoria da regulação foi discorrida a luz da análise normativa, na qual a presença do Estado como agente regulador é essencial, sendo este o mais apto e competente para intervir nas falhas de mercados e promover o Bem Estar Social. Entretanto, a capacidade do Estado em atuar em prol do interesse público passa a ser questionada, e a possibilidade deste agente ser capturado por interesses privados sustenta teorias posteriores à visão normativa que começam a serem abordadas por diversos autores da Escola de Chicago, na década de 1970.

Esta concepção caminha em paralelo a teoria da captura que já previa a “captura” da regulação pelas empresas reguladas. Entretanto, esta teoria é tida como insatisfatória pela doutrina da Escola de Chicago, dentre eles Richard Posner, que defende que a “captura” da regulação ocorre por outros atores além das indústrias e dos empresários. Partindo deste ponto crítico, Peltzman e Becker enriquecem o debate trazendo a concepção de que os interesses dos legisladores, indústrias e consumidores interagem exercendo pressões ao regulador.

Entretanto, a teoria econômica discutida por esses autores não considera a delegação da regulação para um agente independente e autônomo do legislador, de forma que este último possua interesses que não sejam políticos. A partir dos instrumentos de independência e autonomia que devem ser concebidos às agências reguladoras, surgem outras correntes de pensamento sobre como devem ser definidas a estrutura e a governança regulatória. Além da preocupação com a não captura da agência, suas ações devem ser coerentes com o plano de políticas públicas, de interesse público. Portanto, é importante a presença de um controle externo e que atue a fim de colaborar para um arcabouço regulatório mais sólido e eficiente.

A literatura pouco prevê a atuação do controle externo, principalmente em setores específicos como a Indústria de petróleo e gás. Entretanto, o papel do controle externo na governança regulatória torna o ambiente regulatório mais robusto e menos vulnerável a interesses externos. As atribuições deste controle são previstas na Constituição Federal e tem a finalidade de colaborar para a efetividade da regulação. Através de mecanismos de *accountability* e transparência da gestão dos processos regulatórios, busca-se cumprir os objetivos da regulação e atender ao interesse público, de forma que o modelo de autonomia e independência das agências reguladoras seja coerente com este processo.

Nos setores de infraestrutura e extrativista, em especial a indústria de petróleo e gás, a atuação das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) se torna ainda mais relevante, uma vez que os impactos e o encadeamento desses setores com os demais agentes da economia são expressivos. A indústria de petróleo e gás, em um país rico deste recurso, compõe uma parcela significativa na geração de renda no país. Além disso, possui participações governamentais que são particulares e específicas da atividade extrativista.

O fortalecimento das agências reguladoras e das instâncias de formulação de políticas setoriais é requisito básico para o aperfeiçoamento do funcionamento dos setores de infraestrutura e extrativista. A atuação do TCU busca contribuir para o aprimoramento do ambiente regulatório, aumentando a transparência, estabilidade, melhoria da regulação e, conseqüentemente, da prestação de serviços públicos (VASCONCELOS, 2010).

O objetivo deste trabalho é compreender a relevância do papel do controle externo para o avanço institucional e da governança no arcabouço regulatório brasileiro. Buscar-se-á apresentar quais são os instrumentos utilizados a fim de atingir os objetivos da EFS e como as suas atribuições colaboram para as boas práticas de fiscalização na indústria de petróleo e gás.

Este trabalho foi estruturado com três capítulos, além da introdução e da conclusão. O primeiro capítulo discorre sobre a literatura e os fundamentos da teoria da regulação, ademais a estrutura de governança contextualizando a relevância dos instrumentos de *accountability* e transparência na gestão regulatória. No segundo capítulo, é apresentado o arcabouço institucional e regulatório recomendado para as indústrias extrativistas através das linhas de pesquisas do Banco Mundial e os desafios da fiscalização na

indústria de petróleo. E no terceiro e último capítulo é realizado um estudo de caso sobre como é realizada a fiscalização na medição de produção de óleo e gás (de suma relevância para a arrecadação fiscal), sobretudo após as reformas no aparelho estatal nos anos 1990.

CAPÍTULO I – FUNDAMENTO TEÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA COM AS AGÊNCIAS INDEPENDENTES

A teoria da regulação tem sua origem nas escolas de pensamento norte americanas. Há duas abordagens que se expandiram acerca desta teoria: a normativa e a positiva. A primeira define as condições e os princípios da intervenção na economia. E a segunda, denominada convencionalmente de Teoria Econômica da Regulação, tem seu certame voltado para a organização do processo regulatório, incluindo variáveis políticas que não eram discutidas anteriormente.

As teorias da regulação mais direcionadas ao interesse público¹ partem de três premissas: a existência de falhas constantes no mercado, a presença de um processo político eficiente e, junto a isso, a escolha de instituições regulatórias também eficientes (HERTOG, 2011 p.6-7).

A possibilidade do Estado beneficiar de forma indevida e desigual os destinatários da regulação passa a ser considerada. Isto resulta na problemática “captura do regulador” como um dos grandes desafios da regulação pelo Estado. A criação de um órgão que seja independente do Governo, ou pelo menos do jogo político, para exercer a atividade regulatória se torna fortemente questionável.

Portanto, neste capítulo, serão discorridos os aspectos teóricos que fundamentaram a discussão sobre a teoria da regulação em ambas as óticas, normativa e positiva. A abordagem sobre a “teoria da captura” também será considerada neste debate e a partir disso se questiona quais as estruturas de governança que o órgão regulador deve adotar para agir em prol do interesse público.

¹Salienta-se que interesse público aqui deverá ser entendido como a melhor maneira de se distribuir os recursos escassos entre os integrantes da sociedade, coordenando os mecanismos do mercado, de maneira a corrigir falhas de mercado e, principalmente, equalizando os preços e os custos marginais, com o intuito de dar equilíbrio ao mercado. O que bastaria para dar o desejado equilíbrio ao mercado seria uma regulação proveniente do Estado, já que quanto maior o nível de intervenção, menor a perda no âmbito do setor privado (HERTOG, 2010 apud Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2011. p. 6-7)

1.1 Conceito e atuação da regulação

Em diversas abordagens e contextos históricos a regulação estatal sempre esteve relacionada com a intensidade da participação do Estado na economia. Sua atuação é vista, em aspectos gerais, com a finalidade de estabelecer regras para os agentes no mercado e direcionar o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico.

Contemplando este entendimento à Administração Pública, Carlixto Salomão Filho discorre que a regulação abrange toda a forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja ao intervir através da concessão de serviço público, ou ao exercer poder de polícia administrativo. Desta forma, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida etc. - como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo².

À luz do pensamento de Geont (1994)³, na literatura do direito econômico, aponta-se que existem três poderes inerentes à regulação: (i) editar regras; (ii) assegurar sua aplicação; e (iii) reprimir as infrações, mesmo que essas infrações sejam cometidas pelo próprio Estado agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado ou pelas empresas públicas. Segundo Aragão (2013), a regulação sobre qualquer destas formas possui três principais vertentes: (a) regulação de monopólios – quando a competição é restrita ou inviável, evitando que grandes grupos lesem a economia controlando preços e qualidades; (b) regulação para livre competição – como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, a regulação atua como direcionamento para alcançar isto; e por último (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalidade, qualidade e preço justo.

Esta seção se limitou em trazer um conceito breve e amplo da regulação no Direito Econômico, de forma reconhecida na jurisdição nacional. A definição apresentada

² SALOMÃO FILHO, 2001. pp.14-15

³ GEONT, 1994, p.41. apud ARAGÃO, 2013.

dialoga com as abordagens trazidas sobre a teoria da regulação, na literatura econômica, e a teoria da captura discutidas nas próximas seções deste capítulo.

1.1.1 Análise Normativa como uma teoria positiva

Até meados dos anos 1960, a teoria dominante sobre regulação era a “análise normativa como uma teoria positiva”. A abordagem normativa está associada a uma teoria do interesse público, segundo a qual a regulação é instituída com o propósito de reduzir ou evitar perdas de bem-estar associadas às falhas de mercado. Assumindo pressupostos da escola Neoclássica, essa teoria assume que os legisladores e reguladores são maximizadores do bem-estar social, buscando corrigir problemas de falhas de mercado (VISCUSI, 1995)⁴. Dessa forma, a regulação geraria ganhos de bem-estar superiores às situações que ocorreriam se a indústria não fosse regulada. A Teoria do Bem Estar faz parte da visão normativa da regulação, que busca no modelo ideal a justificativa das razões as quais levam o Estado a regular. Esta teoria não se preocupa com a capacidade regulatória do Estado.

Nesta concepção, a regulação econômica se refere às intervenções cujo propósito é melhorar o funcionamento do mercado, ou seja, atuar onde existem falhas. Uma vez que são dotadas medidas regulatórias, supõe-se que os agentes reguladores diminuem ou eliminam as ineficiências geradas pelas falhas de mercado. As falhas de mercado que mais se destacam na abordagem normativa são as externalidades e o monopólio natural.

De forma geral, há uma externalidade sempre que uma atividade de natureza econômica de um agente gerar um custo ou um benefício, sem que o agente em questão tenha que arcar com este custo ou possa ser remunerado pelo benefício. Assim, externalidades surgem em função da ausência de um mercado que determine a alocação deste custo ou benefício. Quando isto ocorre, custos e benefícios que poderiam ser minimizados ou maximizados socialmente deixam de sê-lo, e o mercado "falha" na sua tarefa de gerar um ótimo paretiano. (FIANI, 1998. p.11).

⁴ VISCUSI, W.K. et al, 1997 apud MUELLER. p. 11.

Portanto, diante de uma situação de externalidades a solução proposta seria a interferência econômica do Estado através de impostos, subsídios, regulação de quantidades sobre o produto ou serviço que gera externalidades de forma a promover um nível superior de bem estar social.

Conforme definem Pindyck e Rubinfeld (2002) “Um monopólio natural é uma empresa que tem capacidade de produção para todo o mercado com um custo inferior ao que existiria se houvesse outras empresas”. Desta forma, o monopólio natural surge onde há grandes economias de escala. Quando as empresas são divididas para competir entre si, o custo médio de cada uma é maior do que o custo do monopólio original. Nesta situação, a tarefa do regulador seria então discriminar custos e arbitrar uma taxa de retorno adequada à sobrevivência da firma monopolista, minimizando suas possibilidades de extração de renda econômica.

A regulação era, sobretudo, regulação de monopólios naturais e de situações de externalidades. Com a expansão da atuação do Estado na economia, surgiram outras justificativas para a regulação econômica. Além das tradicionais falhas de mercado relacionadas aos monopólios e às externalidades, questões como assimetrias de informação e insuficiente provisão de bens públicos foram acrescentados como justificativas para a atuação regulatória do Estado (CAMPOS, 2008).

A questão da assimetria de informação entre o regulador e o regulado foi um elemento importante para a perspectiva da análise normativa, uma vez que é considerada uma falha de mercado permite o surgimento da seleção adversa e do risco moral. Como as informações não são perfeitas, o regulador não tem todas as informações a respeito dos custos do regulado (efeito da seleção adversa) e não sabe qual o nível de esforço empreendido pelo regulado para estar em conformidade com a regulação (efeito do risco moral).

Partindo da análise normativa, vários autores buscaram estabelecer a melhor forma de regular os preços das indústrias de infraestrutura, partindo-se do pressuposto de que o Estado possui total capacidade de regular, uma vez que possui acesso a todas as informações necessárias. Teoricamente, se não há distorções em outras partes da economia, o ponto de funcionamento de uma indústria que maximiza o “excedente social” é aquele no qual o preço do bem ou serviço iguala seu custo marginal. Dessa

maneira, o “Ótimo de Pareto” é atingido, ou seja, a solução *first best* (SILVA, 2004). Entretanto, ao considerar as imperfeições do mercado, como informações assimétricas e incertezas, adota-se então o *second Best*, ou seja, a forma de regular a firma que maximiza o bem-estar social levando em conta estas imperfeições.

Dixit (1996, p.8) coloca que a teoria normativa, onde um ditador benevolente, onipotente e onisciente maximiza uma função de bem-estar social, apesar de seus grandes avanços, ainda esbarra em severas limitações ao deixar de fora os aspectos políticos relacionados à regulação⁵.

A partir desta colocação de Dixit, identifica-se que um dos maiores desafios relacionados com a aplicabilidade das soluções da teoria normativa está no fato de requerem altos níveis de discricção por partes dos reguladores para sua implementação. A dotação de tamanho e poder que é exigido do Estado lhe geraria um potencial de atuar de forma oportunista, o que destrói o próprio esquema de incentivos que deveria estar sendo criado. Na realidade são observadas diversas limitações sobre o escopo de autoridade concedido aos reguladores, justamente para evitar este tipo de problema. Porém, por estar baseada em um ‘ditador benevolente’ a teoria normativa não incorpora estas limitações.

1.2 Teoria Econômica da Regulação – Introdução de variáveis políticas nos estudos sobre Regulação

Na década de 1970, alguns atores como Stigler (71) e Posner (74) incorporaram aspectos políticos na discussão sobre a teoria econômica da regulação. Iniciando uma inflexão crítica em relação à regulação econômica realizada pelo Estado.

A teoria começou a identificar as falhas de governo, na qual a atribuição de benevolência e onisciência ao Estado, que era dada na teoria anterior, se desmorona. “O Estado é retratado como uma fonte potencial de ameaça ou de recursos para toda atividade econômica na sociedade” (Stigler, 1971. p.3). Estava, então, iniciado o

⁵ Apud. MUELLER p. 8-9

processo à linha de estudos que se convencionaria chamar Teoria Econômica da Regulação (Campos, 2008).

Nesta concepção, prevalecem os interesses da indústria sobre os interesses do regulador, assim a regulação seria a favor dos interesses privados. Nessa década, ocorreram dois movimentos regulatórios distintos: de um lado, um amplo processo de desregulamentação no âmbito da regulação econômica. De outro, sobreveio à criação de diversas agências reguladoras.

Abordada, inicialmente, pelos cientistas políticos Bentley e Truman, a “teoria da captura” afirma que, com o passar do tempo, as agências reguladoras acabam sendo capturadas pelo mercado regulado. A teoria destaca as empresas reguladas como influenciadoras da legislação, consecutivamente os propósitos originais dos programas de regulação serão obstruídos por pressões de grupos de interesses em particular.

1.2.1 A regulação como fruto dos interesses privados – abordagem de Stigler

Para Stigler, o Estado pode conceder benefícios às indústrias devido ao poder que só este possui: de coagir, uma vez que só o Estado pode coordenar a movimentação física dos recursos dos agentes econômicos, por meio da tributação e concessão de subsídios. O autor defende que, através desse poderio único, as empresas podem usá-lo para aumentar sua lucratividade. Em sua obra “Teoria da Regulação Econômica” são citadas quatro formas de a indústria se beneficiar através do Estado: i) subvenção direta em dinheiro; ii) controle sobre a entrada de novos concorrentes, reduzindo a concorrência; iii) políticas que afetem produtos substitutos e complementares, reduzindo possibilidade do surgimento de produtos substitutos ou incentivando indústrias complementares como, por exemplo, subsídios para aeroportos que se refletem em ganhos para as companhias aéreas; e iv) fixação de preços para alcançar taxas de retorno mais competitivas, formando uma espécie de cartel oficializado pela regulação governamental (MATTOS, 2004).

Diante desses benefícios citados pelo autor que o Estado pode proporcionar a uma indústria, ele questiona a eficiência técnica do regulador em agir em prol do interesse público para corrigir as falhas de mercados e gerar bem-estar social. Para Stigler, a regulação é fruto de uma interação de interesses particulares entre as grandes indústrias

e o partido político, no qual a indústria que demanda regulação deve estar preparada para arcar com os instrumentos que o partido precisa: voto e recurso financeiro. Isso não implica que toda grande indústria pode obter tudo o quiser, mas que o representante e seu partido devem buscar uma coalizão de interesses mais duráveis dos eleitores do que a postura anti-indústria em relação a toda a proposta da indústria⁶.

Portanto, para Stigler a regulação traz mais custos para a sociedade do que benefícios. Os custos de regulação variam com o tamanho da indústria demandante. E são as grandes indústrias que possuem mais capacidade de participar do processo político⁷.

1.2.2. Debate norte americano acerca da Teoria Econômica da Regulação

No âmbito acadêmico, a crítica mais influente à abordagem normativa é a formulada pela Escola de Chicago através da Teoria Econômica da Regulação. O resultado, segundo esta escola, era uma regulação que protegia aos interesses da indústria e que não promovia o bem estar social. Esta teoria foi consolidada em três seminários de Stigler (1971), Posner (1974) e Peltzman (1976) (MATTOS, 2004).

No trabalho de Posner⁸, o autor argumenta que a teoria da captura não explica o porquê de o mercado regulado ser considerado o único grupo de interesse, admitindo a possibilidade de “captura” por parte de outros grupos de interesse, como os consumidores, para ele a “captura” não é exercida só pelas empresas reguladas.

Apesar das evidências que davam suporte a teoria da captura, havia algumas inconsistências nela. Modelos subsequentes se esforçariam para superar o dilema do regulador “benevolente-capturado”, estabelecendo parâmetros de análise mais sofisticados, como o modelo de Peltzman.

Peltzman aperfeiçoa a Teoria Econômica da Regulação⁹ com a noção de que nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o corpo regulatório. Dessa forma, ele

⁶ STIGLER, 1971 apud MATTOS, 2004.

⁷ Ibidem.

⁸ Teorias da Regulação Econômica, Richard A. Posner.

⁹ Em: A Teoria da Regulação depois de uma década de desregulação. S. Pelzman, 1989.

desenvolve um modelo em que os legisladores tomam decisões de regulação para maximizar a votação majoritária. O modelo atribui uma função para os políticos na formação dos grupos de interesse e por estabelecer uma função-objetivo do regulador em função de apoio político. O autor vê a regulação como fruto de coalizões na qual os políticos tenderão maximizar seus ganhos por meio da distribuição de benefícios a diferentes grupos de interesses que o ente regulatório pode oferecer.

De acordo com este modelo, o regulador buscará um ponto intermediário de estabelecer a tarifa, de modo que não se situe nos extremos, ou seja, a tarifa não seria estabelecida nem tão próximo da condição de competição perfeita (que implicaria em lucro 0) nem tão próxima da situação de monopólio (rendas extraordinárias). Nesta concepção, a regulação não atenderia só aos interesses da indústria, pois os interesses de outros grupos, como os de consumidores, também são levados em considerados pelo regulador.

Por fim, Becker traz uma importante contribuição para o debate da Teoria da Regulação, a partir da percepção de que a riqueza da indústria (recursos dos produtores e dos consumidores) é a principal moeda política a ser distribuída da maneira que mais beneficie o regulador. O argumento central é de que a perda de bem-estar social ocasionada pelas medidas de regulação é uma limitação às políticas regulatórias ineficientes (MATTOS, 2004).

Na concepção de Becker¹⁰, as indústrias com falhas de mercado seriam as mais propensas à regulação, mas isto não implica dizer que a regulação se justifica somente na presença de falhas de mercados, como defendia a teoria tradicional. Para o autor, o que determinava a atividade regulatória era a influência relativa dos grupos de interesse e esta influência não seria determinada pelos efeitos de bem estar gerados pela regulação, mas pela eficiência dos grupos de pressionar legisladores e reguladores. O agente regulador, então, apenas responderia ao volume de pressão exercido pelos diferentes grupos de interesse.

1.3 Estrutura de governança do agente regulador

¹⁰ Ibidem.

A introdução de variáveis políticas, apresentada na seção anterior com argumentos de diversos autores, eleva o debate acerca de reflexões sobre como deve ser a estrutura de governança do agente regulador para que se atenda da melhor maneira possível os interesses públicos, e não aos interesses particulares.

O legislador tem uma conexão eleitoral que faz com que busque determinados resultados regulatórios, tal como presumido pela Teoria Econômica da Regulação. No entanto, o regulador tem preferências que não necessariamente coincidem com aquelas dos legisladores. Como o regulador possui mais informação sobre a firma e a implementação da regulação do que o legislador, o regulador tem espaço para perseguir seu próprio interesse. O legislador sabendo disto tem um incentivo de estruturar a sua relação com o regulador e as regras que este deve seguir de forma a limitar a capacidade de o regulador tomar alguma medida que fira seu interesse (MUELLER, 1999, p.19).

A Teoria Econômica da Regulação diz que o legislador responde à demanda por regulação para permanecer no poder (atendendo aos interesses das indústrias), mas não se atenta que a tarefa da regulação é delegada para uma instituição e que esta última possui interesses que não necessariamente são os mesmos interesses dos legisladores.

Há outras diversas teorias que tratam mais profundamente sobre este assunto como a “Abordagem Burocrática” e a “hipótese de Dominação pelo Congresso (Congressional Dominance)”. Porém, neste trabalho, ressalta-se apenas que os legisladores não se relacionam diretamente com as indústrias, no âmbito da regulação. Em geral, são as agências reguladoras que fazem um intermédio deste processo.

Dada a especificidade das competências atribuídas às agências se faz necessário que elas sejam dotadas de autonomia e certo grau de independência. Entretanto, é importante ressaltar que a função regulatória se diferencia da função legislativa, uma vez que esta última é de natureza política e representa os anseios da população. Os atos oriundos das Agências Reguladoras, no tocante à função normativa, integram e interpretam os comandos legais, orientados por fatores técnico-administrativos previstos advindos da sua própria lei.

A delegação de poderes para as agências reguladoras, assim como a necessidade de elevar o grau de comprometimento do poder público com a manutenção de decisões, leis e normas que afetam diretamente os agentes do mercado, são os fatores-chave que motivaram a criação dessas instituições (CRUZ, 2009, p.61).

As teorias econômicas discutidas na seção anterior fazem uma análise simplificada sobre a regulação ao focar a relação da agência com somente um dos seus principais - firmas ou legisladores – ao invés de considerar a relação de todos os agentes simultaneamente.

A busca pela prestação de serviços públicos mais eficientes resultou em uma transformação no modelo de gestão governamental em diversos países. Essa transformação foi tomada a partir de uma reflexão sobre as atividades fins que deveriam ser praticadas pelo Estado. A partir desta reflexão houve uma onda de desestatização, na qual o Governo deveria focar a aplicação dos seus recursos somente em atividades definidas como próprias do Estado. Ao adotar um modelo gerencial em detrimento de um modelo burocrático, se ensejou a criação das agências reguladoras.

No Brasil, as funções dessas agências variam conforme o tipo de atividade (regulação e gestão de serviços públicos, polícia administrativa, ordenamento socioeconômico). A criação dessas entidades foi fundamentada no art. 174 da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade dessas agências no âmbito da fiscalização, incentivo e planejamento para o Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. A seguir será discorrido sobre os fundamentos que motivaram a estrutura de governança dessas agências e sua subordinação ao controle externo.

1.3.1 Independência e Autonomia do órgão regulador

Um dos traços marcantes no que diz respeito às agências reguladoras corresponde à asseguarção do grau de autonomia e independência destas com relação ao Estado. Com o aumento da complexidade da indústria e da maior abertura para a iniciativa privada, a independência se faz necessária para que suas ações sejam pautadas com bases nas especificidades setoriais. Junto a isto se espera que haja resistência às influências de grupos de interesses políticos.

Ademais, Pires e Goldstein (1999, p.4) destacam:

[...] a constituição de agências reguladoras independentes representa uma tentativa de construir essas salvaguardas com base na necessidade de fazer uma ruptura na governança regulatória tradicional dos serviços públicos. Essas instituições têm a função de melhorar a *governança regulatória*, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do poder concedente, de não cumprimento dos contratos administrativos.

A independência que se deseja para as agências reguladoras está relacionada à autonomia técnica e operacional concernente ao exercício de sua competência regulatória¹¹. Assim, após a definição, pelo Executivo, das políticas de fiscalização, incentivo e planejamento, aprovadas, mediante lei, pelo Legislativo, caberá ao órgão regulador a implementação prática das diretrizes adotadas na área de sua competência (PIRES, 1999).

A independência é vista como um elemento essencial para que haja imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios. Em sustento disso, foram atribuídos alguns instrumentos a estas agências, tais como: autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não coincidentes com as eleições majoritárias, estrutura de direção e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida, a fim de lhes garantirem um maior grau de independência.

Este regime vem se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos¹². O Brasil adotou esse regime de autonomia das agências reguladoras em um contexto de

¹¹ Segundo Moreira Neto (1999, p. 82), “a independência, oriunda do poder normativo das agências reguladoras, enquadra-se como uma variedade de delegação normativa outorgada à agência, denominada pela doutrina do Direito Administrativo como ‘deslegalização’, ou seja, ‘preencher a necessidade de uma normatividade essencialmente técnica com um mínimo de influência político-administrativa do Estado”. De fato, segundo Souto (1999, p. 132), conforme será discutido mais adiante, “a independência se dá em função do respaldo político da nomeação aprovada pelo Poder Legislativo, pelo mandato fixo dos dirigentes e pelo fluxo natural dos recursos para custeio, arrecadados junto aos atores fiscalizados.” Por fim, segundo Mannheimer (1998), “a premissa básica para a própria existência e aceitação de um órgão regulador é a sua independência.” Vale registrar desde já que, no caso do Brasil, as agências reguladoras possuem a natureza jurídica de autarquia especial, caracterizando-as, assim, como agências independentes (ou autônomas). Apud PIRES, 1999.

¹² Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro, 2003.

reforma administrativa que visava romper com a estrutura antiga na qual o órgão regulador era vinculado ao próprio governo.

A autonomia determinante refere-se ao critério de escolha de seus gestores, que deve ser traçada na evidente capacidade e especialização técnica, para reduzir ao máximo as assimetrias de informação e os riscos de captura presentes nas atividades regulatórias que, por conseguinte, promove a legitimidade social à ação regulatória (PIRES, 1999).

A dotação de autonomia das agências atende ao objetivo de contornar as demandas de grupos sociais que chegam à mesma pela via governamental, seja por meio de coalizões no âmbito do Poder Legislativo ou pela interferência direta dos órgãos do Executivo (SILVA, 2004), de forma que as políticas públicas possam ser projetadas para o longo prazo sem serem interrompidas com as trocas de governo. Portanto, a autonomia possibilita que as agências tomem suas decisões de forma menos vulnerável às pressões dos grupos de interesses envolvidos na regulação.

Assim, torna-se necessário não só a independência do agente regulador, mas transparência de seus atos, a fim de evitar que a regulação já nasça capturada por interesses específicos de certos grupos ligados ao processo de regulação. A atribuição de funções e a separação institucional entre reguladores, governos, empresas e consumidores são cruciais para a credibilidade do órgão regulador (PEREIRA e MUELLER, 2000).

Dentro do seu grau de independência e dos seus limites institucionais as agências devem interagir com os mercados, atores políticos e sociais em torno do seu âmbito regulatório. Portanto, a independência não pode ser um instrumento isolado às atribuições de governança da agência reguladora, uma vez que isto aumentaria seu poder de discricionariedade. A agência precisa ser convergente com as políticas públicas planejadas.

Desta forma, é assumido que devem ser estipulados mecanismos de controle e de divulgação das ações da agência, dando mais transparência ao processo de tomada de decisões. O real cumprimento da missão regulatória na promoção da eficiência econômica e bem-estar social depende que o marco regulatório seja estável e claro, com regras e atribuições bem definidas.

1.3.2 Transparência e *Accountability*

Na seção anterior, foi apresentada a relevância da independência e da autonomia do agente regulador para o desenho institucional regulatório, que mitigam os riscos de captura deste agente. Uma vasta literatura, experiência internacional e os princípios do Direito apontam para outros dois elementos basilares de um bom desenho institucional¹³:

- Harmonia entre as instituições regulatórias e os ambientes políticos, administrativo, social e econômico, e com o sistema de regência no qual as agências operam;
- Sujeição dos agentes reguladores à prestação de contas – que é reconhecido pelo termo *accountability*¹⁴.

Nesse sentido, a experiência em vários países da OCDE indica que o desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e prestação de contas. Desta forma, o desafio das instituições regulatórias tem sido tornar o sistema regulatório simultaneamente sensível aos grupos sociais de interesse, sem comprometer a independência operacional dos reguladores.

Um elemento básico de controle social é a transparência e o acesso à informação e aos elementos que informam os processos decisórios por parte dos consumidores e dos entes regulados. A transparência e as garantias de acesso às informações à todas as partes envolvidas no artifício regulatório é saudável ao sistema e proporciona o equilíbrio neste processo.

Um ambiente transparente é essencial para garantir legitimidade social à atuação independente da agência. Nesse sentido, ela deve assegurar, por meio de estruturas

¹³ Segundo o Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro, 2003. pg 12.

¹⁴ O conceito de prestar contas pelo feito traduz-se por “*accountability*” na língua inglesa, palavra de forte conteúdo conotativo, que se refere à obrigação de dar explicações, responder e arcar com as conseqüências pela maneira com a qual alguém se desincumbe de atribuições ou utilização de recursos de outrem, equivale à prestação de contas à sociedade. cf. Campos (1990).

estatutárias e mecanismos práticos, a maior quantidade possível de canais de comunicação com os consumidores e seus órgãos de representação, de forma a obter uma visão pluralista e balanceada dos pontos de vista específicos dos grupos de interesse (PIRES e GOLDSTEIN, 2001).

Além disso, Pires (1999) sugere a elaboração de consultas públicas, mediante audiências prévias às tomadas de decisão, com publicação de documentos preliminares para os interessados. Uma medida importante para garantir a transparência e a responsabilização das agências é a obrigatoriedade de formulação, por parte dos reguladores, das razões para as suas decisões e justificativa das avaliações realizadas nas audiências realizadas previamente às suas tomadas de decisões. Outros aspectos de controle social almejavéis são a obrigatoriedade de aprovação de balanços anuais das atividades da agência pelo Legislativo e a adoção de processos de auditoria para que haja controle social sobre a agência.

1.3.3 Controle externo às agências reguladoras

Foram apresentadas as teorias que fundamentaram discussões sobre regulação e suas diversas correntes de pensamento. Além disso, foi discorrido sobre como deve ser a estrutura do órgão ou instituição responsável pela regulação das atividades que envolvem a prestação de serviços e provimentos de bens públicos. Também foram apresentados argumentos sobre a prestação de contas, responsabilidade pública e social que devem compor as agências. Entretanto, não há muitas teorias formuladas acerca do controle externo às agências, ou sobre o desempenho deste controle na regulação. A discussão sobre a motivação do controle externo em operar nas agências reguladoras se inicia nesta subseção.

Uma adequada estrutura de controle externo é importante para o bom funcionamento dos setores regulados. A autonomia concedida aos reguladores decorre de uma transferência de poderes por parte do Executivo. Essa transferência implica em uma prestação de contas acerca da sua utilização, através de um controle externo. O controle externo exercido sobre as agências reguladoras, integrante do Poder executivo, é realizado por entes dos outros poderes e até mesmo pela sociedade, através do controle social por exemplo.

O controle externo das agências reguladoras é desempenhado pelo Poder Legislativo, no Brasil o órgão responsável é o Tribunal de Contas da União (TCU), Entidade de Fiscalização Superior do Brasil, com criação prevista na Constituição Federal. O Tribunal realiza auditorias de governança em diversos setores, sobretudo nas áreas de infraestrutura (energia, transporte, telecomunicações).

Os instrumentos de fiscalização adotados pelo Tribunal, conforme estabelecido em seu Regimento Interno (Resolução TCU nº 246/2011), são: acompanhamento, auditoria, inspeção, levantamento e monitoramento. A maior parte das fiscalizações realizadas pelo TCU são auditorias, que podem ser, basicamente, de duas naturezas: auditorias de conformidade e auditorias operacionais.

As auditorias de conformidade objetivam verificar se os atos administrativos estão sendo praticados pelo órgão ou entidade com a observância da legislação e da jurisprudência que regulamentam a matéria. O Tribunal, nesses casos, analisa os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais do respectivo ato de gestão e, se constatada alguma inconformidade, aplica medidas corretivas, fixando prazo para o seu cumprimento. O TCU pode, ainda, determinar sanções legalmente previstas, de acordo com a gravidade da infração verificada¹⁵.

Já as auditorias operacionais, também conhecidas como auditorias de desempenho ou auditorias de gestão, são instrumentos por intermédio dos quais o controle externo avalia o resultado de determinado programa de governo ou política pública, considerando os critérios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Esse modo de atuação possibilita ao Tribunal examinar, por exemplo, se a forma de utilização dos meios postos à disposição da Administração representa o uso mais econômico dos recursos públicos, isto é, se estão sendo entregues os melhores serviços em relação aos recursos disponíveis, bem como se os objetivos da política estão sendo atingidos¹⁶.

O TCU não pode determinar o teor de atos regulatórios que deve ser emitido pela agência competente, tampouco impor a adoção de medidas que considera apropriada,

¹⁵ Definição dada no Relatório Anual de Atividades do TCU – 2015

¹⁶ *Ibidem*

exceto em situações previstas em lei, erro ou omissão da agência na correta aplicação da lei (BARBOSA, 2011). Entretanto, a ação de controle externo exercido pelo TCU tem o intuito de aprimorar e fortalecer as atividades regulatórias. Portanto, quando as auditorias, realizadas pelo Tribunal, detectam falhas ou fragilidades na atuação das agências são emitidas recomendações às atividades realizadas por estas últimas a fim de atingirem uma cobertura mais eficiente das suas funções.

Por fim, como define Gomes (2005, p.1), o “principal papel do controle externo é garantir a *accountability* dos processos de gestão regulatória, de forma a permitir a coerência, a eficácia e a efetividade do modelo de agências independentes”.

1.3.3.4 Atribuições do controle externo da EFS e o controle interno brasileiro

Em termos gerais, as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) fiscalizam se os governos estão alcançando seus objetivos. Com isso, as EFS contribuem para a sociedade almejando boa governança pública, através do aumento da transparência, exigência de prestação de contas dos governantes e dos gestores públicos, fomento à eficiência, eficácia e a efetividade na gestão pública.

Historicamente, as EFS foram demandadas a fim de reforçar a divisão dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e como instrumento de exigência de prestação de contas dos governantes e gestores públicos. Os modelos francês e britânico influenciaram outros diversos países. Dentre os modelos de EFS difundidos há três que se destacam: Auditorias de Contas, Tribunal de Contas e Conselho de Contas. Apesar de esses modelos possuírem diferentes características, há uma convergência na forma de atuarem liderado pela INTOSAI (Organização Internacional das Entidades de Fiscalização Superiores), criada em 1953, para troca de experiências e fortalecimento das EFS.

O terceiro modelo é o adotado pelo Brasil, o Tribunal de Contas da União o qual realiza diversas auditorias e análises sistêmicas sobre políticas públicas. Realiza também auditorias específicas de conformidade, desempenho e financeira, além de julgamentos, investigações e sanções.

Segundo o Estatuto das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de parte dos países do MERCOSUL, é do interesse das EFS estabelecer um marco normativo comum que regule as atividades de cooperação técnica, científica e cultural na área de controle e de fiscalização dos recursos públicos que vêm sendo desenvolvidos.

As EFS devem ser dotadas de uma composição mista levando em consideração estudos e pesquisas realizadas por outras entidades de apoio, como a OLACEFS e a INTOSAI, assim como também podem considerar as experiências de outras instituições regionais a fim de agregar e trocar conhecimentos técnicos e culturais que colaboram para o aperfeiçoar seu desempenho.

O TCU entende que o desenvolvimento de novos papéis das Entidades de Fiscalização Superiores é fundamental para que o regime regulatório se sustente, pois se deve garantir alto grau de transparência e *accountability* sobre os processos regulatórios, uma vez que a independência dos entes reguladores, essencial para que esses exerçam seus papéis de forma isenta, pode levar também a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram mandatos específicos para os referidos entes. (GOMES, 2005 p.9)

Conforme destacou Gomes (2005), as estratégias organizacionais adotadas pelas EFS no Brasil tem em vista o aparelhamento dos seus impactos sobre o sistema regulatório. Neste contexto, o controle externo visa garantir a *accountability* dos processos de gestão regulatória de forma a contribuir para a coerência, eficácia e efetividade do trabalho das agências independentes.

Os assuntos relacionados sobre as práticas da fiscalização são tratados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) junto ao Ministério de Minas e Energia. As revisões de normas e legislação setorial são de responsabilidade de ambos. O Tribunal possui uma área específica para o controle do petróleo e gás que está centrado nas ações da ANP. Além disso, é feito um planejamento de auditoria a partir da consulta dos *stakeholders*¹⁷.

¹⁷ Entende-se por *stakeholders* os agentes envolvidos no processo da regulação e fiscalização, no qual abrange o governo, as empresas e a sociedade.

O TCU faz acompanhamentos, auditorias, representações, solicitações de informações e monitoramentos sobre diversos procedimentos na Indústria de Petróleo e Gás, dentre eles, a monitoração do Tribunal está presente: nas outorgas e contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção realizados com a Petrobras; nas licitações de blocos para E&P de óleo e gás; e na atuação da ANP na regulação.

As auditorias operacionais são as mais comuns. Nelas, são avaliados os processos de regulação e supervisão da ANP. Quando são identificados pontos de fragilidades, são emitidas recomendações de melhorias. O Tribunal realiza auditorias de conformidade, por iniciativa própria ou a partir de denúncias (OLACEFS, 2013).

Alguns temas de auditorias realizados pelo TCU na ANP foram:

- I. Fiscalização nos repasses de royalties e participações especiais, calculados pela ANP. Falhas formais e descumprimento de normas internas que não ensejam apenação dos responsáveis. Deficiências em processos de sistematização e planejamento das fiscalizações a cargo da agência. Processos de sindicância instaurados, alertas e emissão de recomendações (2009);
- II. Relatório de auditoria operacional, fiscalização de conteúdo local e identificação de oportunidades de melhoria (2011);
- III. Relatório de auditoria operacional - ANP. IBAMA. MARINHA DO BRASIL. Avaliação do controle e da fiscalização governamental sobre a segurança operacional e ambiental nas unidades offshore de produção de petróleo e gás natural. Oportunidades de melhoria. Recomendações. Monitoramento. Ciência aos órgãos e entidades interessadas (2012);
- IV. Relatório de auditoria operacional, fiscalização nos controles da medição da produção de petróleo e de gás natural e recomendações de melhorias (2012);
- V. Relatório de auditoria operacional - ANP. Fiscalização nos controles sobre o cálculo, o pagamento e a distribuição de participações governamentais decorrentes da produção de petróleo e gás natural. Avaliação de aspectos atinentes ao controle da medição da produção de hidrocarbonetos. Determinações e recomendações (2013).

No que tange o seu papel de controle externo, a EFS também recebe apoio do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), que exerce as atividades de órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

Nesse sentido, cabe à CGU avaliar a execução de programas de governo; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão dos administradores públicos federais; exercer o controle das operações de crédito e, como foi destacado, exercer atividades de apoio ao controle externo.

1.4 Conclusão do capítulo 1

Nesse capítulo foram apresentados, em aspectos gerais, os primórdios da teoria econômica da regulação, atravessando os debates mais recorrentes: análise normativa e o debate norte-americano acerca da teoria da regulação (análise positiva), teoria da captura, e oferta e demanda da regulação.

A abordagem dos autores, apresentados neste capítulo, com relação à supremacia do interesse político e privado na atividade regulatória colabora para a reflexão de quais características devem ser adotadas na estrutura de governança do órgão regulador a fim de evitar a “captura” deste agente, resultando na criação de agências reguladoras autônomas e independentes.

Em seguida, foi contextualizada a relevância dos instrumentos de *accountability* e transparência nas atividades regulatórias que vem sendo adotadas e recorrentes nos países da OCDE. Ressalta-se que esses elementos têm sortido efeitos nas instituições brasileiras, sobretudo nas áreas de infraestrutura, na qual temos a atuação do controle externo do Tribunal de Contas da União a fim de colaborar para a efetividade do modelo regulatório.

Apesar da abordagem sobre o controle externo não ter muita repercussão na literatura econômica, há pesquisas e conferências internacionais que tratam das atribuições e relevância das entidades fiscalizadoras superiores buscando convergir e guiar o papel dessas entidades no aparelho institucional e regulatório. Cabe ressaltar que a separação do Poder Legislativo e do Poder Executivo no arcabouço institucional brasileiro

contribui para a redução de vulnerabilidade do controle externo à captura de interesses particulares.

CAPÍTULO II – ARCABOUÇO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIO DAS INDÚSTRIAS EXTRATIVISTAS

Ocorreram diversas reformas nos regimes regulatórios na década de 1980, cada uma com características subordinadas ao ambiente institucional do seu país. A reestruturação dos setores de infraestrutura no Brasil foi influenciada a partir de experiências internacionais. No setor de energia, antes da reforma, a regulação no Brasil era centrada na supervisão de empresas estatais. Com uma maior abertura a concorrência, surge convergência para uma onda de desregulamentação, resultando em políticas econômicas conduzidas pelos governos que visam à remoção de barreiras às entradas¹⁸. Por conseguinte, a nova forma de regulação setorial implica em um quadro institucional mais sofisticado, com legislações e órgãos específicos para cada setor, resultando na criação de agências reguladoras, na década de 1990.

No âmbito das reformas observadas nos anos 1990, a transferência dos direitos de propriedade, em setores de infraestrutura, para o capital privado requer um fortalecimento do papel da regulação, a fim de assegurar o cumprimento das funções de interesse público (PINTO JR, 2000).

A indústria extrativista, em um país dotado de recursos naturais, constituídas por minérios ou hidrocarbonetos, demanda um quadro regulatório forte a fim de que seus recursos sejam geridos para o interesse público. No Brasil, há um grande segmento destas indústrias, em especial a indústria de petróleo. Elas apresentam características técnicas muito específicas e complexas, o que requer uma capacitação das instituições regulatórias e fiscalizadoras ao mesmo nível de suas especificidades.

Nas seções 2.1 e 2.2 deste capítulo, será apresentada a estrutura do arcabouço regulatório da indústria de petróleo. A seção 2.1, designadamente, apresenta recomendações de boas práticas de regulação e fiscalização da indústria para todos os países produtores. Estas recomendações foram emitidas por estudos de instituições internacionais que atuam junto ao Banco Mundial. Posteriormente, na seção 2.2, será

¹⁸ As barreiras às entradas está associado as limitações impostas a entrada de novos produtores em uma determinada esfera produtiva.

descrito sobre a estrutura regulatória brasileira, que é um dos maiores produtores mundiais da commodity.

2.1 Boas práticas de regulação e fiscalização na Indústria Extrativista

O adequado controle das receitas provindas da extração de petróleo e gás em um país com grandes dotações destes recursos é um grande potencial para fomentar o crescimento deste país. Uma vez que a indústria de petróleo e gás encadeia diversas outras indústrias, mercados, tecnologias, áreas de atuação e mão de obra especializada.

Entretanto, as receitas desta indústria são voláteis e incertas, uma vez que o preço da commodity extraída é determinado no mercado internacional e sua extração depende, em termos gerais, da produtividade e do recurso disponível em cada campo. A indústria não só é requerente de volumosos investimentos por parte das concessionárias, mas também demanda grandes esforços de fiscalização por parte da agência reguladora.

O Banco Mundial possui uma Divisão de Política de mineração, óleo e gás, que realiza análises e exames sobre o setor e novas descobertas através de trabalhos analíticos ao redor do mundo. Dentro desta atuação buscam relacionar as experiências e conhecimentos obtidos no desenvolvimento de países *police makers*¹⁹, comunidades afetadas por Indústrias extrativistas, empresas empreendedoras destas atividades e as organizações sociais civis. Esta seção irá apresentar tópicos sobre o funcionamento e quadro institucional da Indústria Extrativista que devem levar às boas práticas de regulação e fiscalização nas atividades de produção de petróleo e gás a serem empregadas em Estados produtores, considerando sua relação com o resto do mundo.

No que tange às recomendações de boas práticas, nesta seção, foram retiradas dos estudos realizados pela *Oil, Gas and Mining Policy Division, the Africa Poverty Reduction and Economic Management Department*. O artigo²⁰ produzido por estas instituições discute como transformar os recursos de fontes não-renováveis em uma oportunidade para o desenvolvimento sustentável através do uso de alguns instrumentos

¹⁹ Países que tem poder de decisão no mercado internacional.

²⁰ O trabalho do estudo destas instituições citadas pode ser encontrado no trabalho do World Bank, 2009: *A Comprehensive Integrated Approach to Developing Extractive Industries for development*.

que são considerados boas práticas da regulação e fiscalização, como representa a figura 1 a seguir:

Figura 1- cadeia de valor para as Indústrias Extrativistas



Fonte: Elaboração do próprio autor a partir da versão produzida pela *Extractive Industries for development*, 2009.

Após a apresentação dos pontos relevantes que devem estar presentes no controle e no funcionamento das Indústrias Extrativistas, em especial a de petróleo e gás, trazidos pelas análises e experiências internacionais das instituições citadas acima, será apresentada a estrutura da regulação e fiscalização na indústria de petróleo e gás aplicada no Brasil.

2.1.1 Definição do quadro institucional e legislação do setor

Os direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás ocorrem por contratos, licenças, concessões ou partilhas definidas pelo Governo, de acordo com a lei vigente de cada país. Dadas as diferentes formas de normatizar os direitos de exploração, é fundamental que seja apresentada, de forma clara, a definição do quadro institucional e da legislação vigente naquela região.

Geralmente, os Governos concedem direitos de exploração e produção de óleo e gás através de rodadas de licitações para promover um processo competitivo entre os investidores. Junto a isto, é necessário que haja procedimentos compensatórios transparentes e não discricionários.

Abaixo são pontuadas algumas boas práticas a serem seguidas nos contratos de concessão e em licitações, como:

- I. Leis e quadro institucional bem definidos para exploração e produção de petróleo e gás devem ser constituídos pela legislação e regulação do setor;
- II. Os papéis dos órgãos estatais devem ser definidos por leis do setor. As atividades comerciais devem ser separadas pelas funções regulatórias do Estado;
- III. Os termos fiscais que determinam a partilha de benefícios entre o governo e os investidores deve ser progressivo e, de preferência, ligado à rentabilidade do projeto de forma a fazer face às alterações de preços e mudanças nas condições locais ao longo da vida do projeto;
- IV. O desenvolvimento de Conteúdo Local - incluindo consultas locais e utilização de mão de obra e serviços nacionais - são aspectos-chave dos projetos de hidrocarbonetos e mineração. Quando são impostas devidamente, as obrigações de conteúdo local melhoram os benefícios econômicos e sociais dos projetos e ajudam minimizar riscos de longo prazo.

É essencial que as responsabilidades institucionais sejam bem definidas, com leis, quadro institucional e regulação clara a todas as partes envolvidas. Além disso, as políticas de prêmios aos competidores mais eficientes e eficazes devem ser: transparentes, competitivas e não discricionárias. Independente do arranjo institucional, a capacidade técnica e o conhecimento do mercado são necessários para aferir o potencial geológico das áreas oferecidas em um contrato ou licença, de forma a atenuar adequadamente os riscos, do país e do projeto, que possam surgir com o contrato ou licença.

2.1.2 Controle, monitoração e transparência das atividades reguladas

As entidades governamentais devem apresentar não só suas responsabilidades claramente bem definidas, capacidade institucional e recursos disponíveis a nível dessas responsabilidades, como também devem ser capazes de monitorar as conformidades regulatórias.

É comum em alguns países a presença de agências independentes para regular as operações das indústrias extrativistas e monitorar a efetividade do cumprimento das normas por parte dos concessionários. Há países que optam por designar uma unidade técnica com setores ministeriais relevantes, e outros, em que o monitoramento das atividades operacionais da Indústria de petróleo e gás é feito pela própria companhia estatal. Nesse último caso, destaca-se que é necessário que haja uma separação de interesses por parte desta estatal, de forma que esta não exerça função comercial e de monitoramento de outras empresas privadas ao mesmo tempo. Isto contribui para a redução de conflitos de interesses.

Frequentemente, os regulamentos das indústrias extrativistas incorporam temas reconhecidos internacionalmente, com relação ao meio ambiente, balanços contábeis, padrões de auditorias e boas práticas da indústria. A boa prática da regulação envolve esforços regulatórios ambientais e sociais, com uma autoridade competente e independente responsável por aprovar, monitorar e direcionar os objetivos relacionados ao meio ambiente e a sociedade. Junto a isto, deve ser levada em consideração a natureza multidisciplinar da regulação e as especificidades de cada região. Consultas à comunidade local sobre alguns processos da exploração e/ou produção de recursos naturais, na fase inicial do projeto, também agrega a boa prática.

Uma vez que a atividade gera grandes impactos sociais e ambientais, a consulta pública contribui para reduzir alguns desses impactos, além de possibilitar adequada compensação e benefícios às sociedades afetadas. Além disso, com o consentimento da comunidade pode-se reduzir conflitos e aumentar a segurança operacional do processo.

Para uma adequada apuração de informações acerca da produção e garantia de conformidades, as auditorias fiscais são cruciais, além de evitarem uma série de problemas. É essencial que haja auditorias regulares, a fim de avaliar os volumes de produção e exportação, custos de operação e uso de capital, valorização do óleo e gás.

As auditorias também são úteis para monitorar os procedimentos definidos nos contratos, como o cumprimento de aquisição de conteúdo local e pagamento das participações governamentais, entretanto possuem elevados custos de operação. Portanto, priorizar áreas com base na avaliação de riscos pode ser preferível em alguns casos.

A monitoração e a fiscalização são instrumentos essenciais para garantir a transparência e a efetividade de políticas públicas. Para isto, as agências governamentais que executam estas funções devem construir e reforçar sua capacidade técnica. Diversas entidades governamentais enfrentam dificuldades em reter servidores qualificados devido a limitações nas políticas de gestão de recursos humanos. A fim de contornar este desafio, alguns países criaram agências governamentais independentes com remunerações e planos de carreiras diferenciadas. Outros países oferecem incentivos especiais para elevar a qualificação dos seus servidores. Esse desafio comum a todas as entidades governamentais reforça a relevância de um quadro de recursos humanos altamente qualificados nas atividades regulatórias, de forma a mitigar os riscos de captura por interesses privados ou externos aos interesses da regulação. No que tange à transparência, é sugerido que seja desenvolvido um cadastro e de um banco de dados nacional para prestar contas à população, trazendo conhecimento sobre os recursos e confiabilidade das ações do Governo.

Outro ponto relevante para que a fiscalização das atividades de petróleo e gás seja mais eficaz e eficiente é a coordenação de diferentes entidades governamentais na implementação de políticas públicas para que não haja lacunas ou até mesmo divergências no âmbito regulatório.

2.1.3 Definição do regime fiscal e distribuição das receitas

Um regime fiscal progressivo, onde as receitas governamentais das atividades extrativistas aumentam conforme o aumento da base é mais ajustável a mudanças de preços, volumes e operações do projeto. Assim, quando o regime fiscal também é ligado à lucratividade do projeto contribui para uma partilha de benefícios mais justa entre o governo e os investidores.

A escolha do regime e instrumentos fiscais de um Estado é crucial para alcançar um contrato mais estável e receitas mais justas. Isto irá refletir na eficiência do Estado em cobrar tributos, royalties e outras participações governamentais. Por isso, a escolha dos instrumentos e regime fiscal deve levar em consideração a capacidade administrativa e de realizar auditorias que as entidades públicas possuem. Geralmente, na indústria de petróleo, há um conjunto de leis e outras normas (decretos, portarias) específicas do

setor. Portanto, os contratos que envolvem as atividades petrolíferas são realizados com base nessas normas.

Desta forma, as transações do óleo e gás explorados e produzidos devem ter procedimentos independentes e transparentes conforme é instituído nas normas que o regem. O mesmo procedimento deve ser aplicado às entidades governamentais que venham a ser responsáveis pela venda do petróleo bruto ou derivados em nome do Estado. Para assegurar a conformidade, é essencial que haja uma apuração dos volumes produzidos, consumidos e exportados e também dos preços de comercialização.

Todas as transações devem ser claramente rastreáveis e contabilizadas no orçamento do Estado. Todos os pagamentos devidos por empresas privadas e estatais ao Governo devem ser feitas em uma conta entesourada ao banco central. Como as rendas provindas das atividades petrolíferas costumam ser elevadas e de grande impacto financeiro e econômico para a sociedade, é importante que haja esforço e competência na cobrança dessas receitas. Além disso, é recomendável que os Governos divulguem regularmente as receitas provindas dessas atividades, de forma que proporcione mais transparência a sociedade e compreensão dos impactos financeiros e econômicos das atividades extrativistas.

As receitas e os recursos das indústrias extrativistas devem ser geridos em um quadro macroeconômico global que abrange a incerteza, volatilidade do setor e o ciclo natural dos preços. As políticas devem almejar a redução dos fluxos despesas, de forma que proporcione a sustentabilidade fiscal de longo prazo.

A partilha de receitas entre o governo central e os estaduais deve ser estabelecida na Constituição ou Estatuto do país, na legislação deve conter regras simples e transparentes, além de critérios de atribuições equitativas.

As decisões tomadas, além de serem transparentes, devem ser baseadas na receita usada para prioridade de gastos correntes e de capital ou para reserva de estabilidade ou poupanças para geração de receitas futuras, além disso, deve-se preocupar em como conceber mecanismos de poupança para promover continuamente a transparência e boa governança. A operação de fundos de petróleo e minerais e de qualquer outro arranjo de poupança deve ter procedimentos e uma estrutura de governança adequada. A

autoridade de gasto direto deve ser evitada e as economias devem ser investidas com prudência, para isto as auditorias regulares e independentes e avaliações de desempenho são essenciais.

Uma vez que os contratos e licenças forem celebrados, feita a exploração, os procedimentos de produção implantados, as operações terem sido bem monitoradas e reguladas, as receitas serem distribuídas e gerenciadas, os governos podem esperar um excedente destes recursos à disposição para buscar e implementar o desenvolvimento de investimentos sustentáveis. Afinal, a realização de projetos sustentáveis, inclusive em regiões de produção de fósseis, pode ser alcançada em maiores proporções com a soma dos esforços do governo junto aos de companhias privadas e a sociedade. Entretanto, requer, dentre outras medidas, que esses esforços sejam convergentes para a diversificação de fontes energéticas (renováveis) e a remediação de regiões afetadas pela produção de não renováveis.

2.2 Estrutura Regulatória da Indústria de Petróleo no Brasil

No Brasil, até os anos 1990, a exploração e a produção de petróleo e gás eram realizadas somente pela estatal Petrobras. Com a abertura dos blocos exploratórios para concessionários privados, se tornou imprescindível a criação de uma agência reguladora para o setor. A existência de uma agência para regular as atividades da indústria de petróleo e gás já era prevista na Constituição Brasileira de 1988 (art. 177, § 2º, III), entretanto o seu desenho institucional se deu pela Emenda Constitucional nº 9, de novembro de 1995, e a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP) foi instituída com a Lei do Petróleo (Lei 9.478) em 1997.

Nessa mesma lei, também foi instituído o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). O Conselho deve propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a estabelecer diretrizes para programas específicos para o setor de energia no país. No que tange a indústria de petróleo, o Ministério de Minas e Energia (MME), junto a Secretaria de Petróleo e Gás Natural e Combustíveis Renováveis (SPG), deve promover e propor revisões, atualizações e correções dos modelos de funcionamentos e desempenho dos setores de petróleo, gás e fontes

renováveis, além de coordenar programas de incentivo e ações visando atrair investimentos para a indústria.

Em termos gerais, a ANP é o órgão regulador das atividades que integram as indústrias de petróleo, gás natural e biocombustíveis no Brasil. A agência também é responsável por implementar as políticas e diretrizes elaboradas pelo CNPE e MME, dentro de sua competência. Conforme ilustrado na figura 2, através da regulação e implementação das políticas energéticas definidas por estas instituições, a agência reguladora atua em intermédio aos interesses dos investidores e dos consumidores, de forma a assegurar atrativos para o primeiro e garantir direitos ao segundo.

Figura 2- Inserção da ANP no quadro regulatório brasileiro



Fonte: Elaboração própria

A ANP é vinculada ao MME, com regime de autarquia especial, ou seja, possui autonomia patrimonial, administrativa e financeira. É uma agência independente, dirigida em regime de colegiado, com mandatos fixos para a diretoria, prévias nomeações pelo Senado Federal e impossibilidade de livre exoneração pelo chefe do Poder Executivo.

É importante ressaltar que, com a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), mesmo que grande parte da exploração e produção seja realizada por uma estatal (Petrobras), há uma agência reguladora para fiscalizar todas as atividades da indústria que não é produtora. Ou seja, há uma separação das atividades comerciais e regulatórias estabelecidas institucionalmente por leis no país. Portanto, A ANP tem como finalidade

promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, gás e biocombustíveis.

A agência possui competência normativa infralegal para estabelecer procedimentos, requisitos, padrões de qualidade e obrigações acessórias aos agentes regulados, sempre de acordo com as leis vigentes. Na prática, as atividades da indústria de petróleo são reguladas por meio de instrumentos contratuais (concessão de blocos exploratórios) ou autorizações (em diversas atividades ao longo da cadeia – instalações, armazenamento, distribuição, transporte, revenda). Além disso, a agência tem a atribuição de conceder licenças e permissões.

Cabe observar que as atribuições da ANP compreendem um conjunto de segmentos de atividade econômica, comportando estruturas de mercado e características técnico-econômicas bastante distintas. A possibilidade de importação de petróleo bruto e derivados e as características descentralizadas de distribuição e revenda fazem com que a indústria de petróleo não seja caracterizada como uma indústria de rede. Entretanto, a indústria de gás é uma ilustração típica das indústrias de rede, especialmente por suas características de monopólio natural dos segmentos de transporte e de distribuição. Essas características revelam que a ANP tem um papel regulador bastante peculiar e que, por ora, não encontra paralelo em outros países (PINTO JR, 2016).

Em suma, as principais atribuições de regulação sob a responsabilidade da agência reguladora prevista na Lei de sua criação são:

- ✓ Implementar a política nacional de petróleo e gás;
- ✓ Fiscalizar diretamente ou mediante convênios as atividades integrantes da indústria de petróleo e gás natural;
- ✓ Promoção de licitação de blocos petrolíferos, a fim de consolidar o processo de entrada de novas empresas;
- ✓ Definir a estrutura e controle dos royalties e demais participações governamentais;
- ✓ Estabelecer os critérios para a movimentação e a comercialização do petróleo, derivados e gás natural;
- ✓ Estabelecer regulação de acesso aos dutos;

- ✓ Fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, de seus derivados e do gás natural, e de preservação do meio ambiente;
- ✓ Manter bases de dados e difusão das informações geológicas das bacias sedimentares brasileiras;
- ✓ Garantir o suprimento de derivados em todo o território nacional;
- ✓ Proteger o interesse dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos.

Observa-se que a regulação por parte da ANP se dá em toda a cadeia, em todas as atividades integrantes da cadeia produtiva de petróleo e gás, desde o *Upstream* - onde se encontram atividades correlatas à exploração e produção do óleo propriamente dito, até o *Downstream* ou abastecimento - caracterizado pelas atividades de transporte, refino, distribuição e comercialização. Entretanto, neste trabalho o enfoque será a discussão sobre a efetividade da regulação e fiscalização no Upstream.

2.2.1 Regime de contratação e rodadas de licitações

Desde 1998, a ANP é responsável por promover a expansão das atividades de exploração e produção de petróleo e gás, por meio das rodadas de licitações. A agência limita os blocos ofertados e os submete à aprovação do CNPE que, então, autoriza o evento por meio de portarias e resoluções aprovadas no Diário Oficial da União. Em seguida, a ANP publica minuta de edital e do contrato a ser assinado com as empresas vencedoras e os submete a consulta e audiência públicas, onde recebe sugestões e críticas da indústria e de representantes da sociedade. Esses documentos estabelecem os requisitos para a participação das empresas, as regras para a avaliação das propostas e os compromissos dos vencedores da licitação.

Conforme previsto no art.34 na Resolução ANP Nº 27/2011, os concorrentes vencedores de cada um dos blocos licitados celebrarão contratos de concessão com a ANP para a exploração e produção de petróleo nos respectivos blocos, no prazo máximo definido no Edital.

O edital da licitação é acompanhado de minuta básica do respectivo contrato e indica obrigatoriamente que os concessionários terão de cumprir, como: prazo estimado para fase de exploração, investimentos e programas exploratórios mínimos e participações

governamentais mínimas. Os contratos de licitações também são regidos pela Lei do Petróleo²¹, devendo refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora, e deverá estabelecer algumas regras, instituídas no art.43 desta referente lei , como:

- i) a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização de investimentos ajustados para cada fase;
- ii) procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato;
- iii) a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativas às atividades desenvolvidas;
- iv) as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

Os tópicos acima mostram que as regras a serem cumpridas pelos concessionários vencedores são bem claras e definidas. Desde o edital, é estabelecido que o concessionário terá obrigações de efetuar investimentos e programas exploratórios mínimos, definição de prazos e ciência sobre o pagamento das devidas participações especiais.

Além disso, nesses tópicos também fica claro o dever dos concessionários em manter a agência reguladora informada e atualizada sobre todas as atividades e lhes são advertidos quanto à aplicação de multas caso os termos não sejam cumpridos. Também é previsto uma atuação de fiscalização e monitoramento por parte da agência reguladora, e não só a edição normas específicas que são realizadas por ela própria, como as resoluções citadas e os editais de licitação.

É importante salientar que, no *Upsream*, há duas fases: a de exploração - que tem por objetivo descobrir e avaliar jazidas de petróleo e/ou gás natural – e a de produção – uma vez que as jazidas de petróleo e ou gás são descobertas e tem sua viabilidade comercial comprovada, dão origem a um campo produtor, sendo desenvolvidas e postas em produção para abastecer o mercado.

²¹ observa-se que os fundamentos regulatórios no que tange à criação do órgão regulador, edital de licitação, regime de contratação são previstos por leis e outras normas específicas da indústria de petróleo. Isto mostra que há uma conformidade com as recomendações de boas práticas sugeridas nos estudos das instituições internacionais citadas na seção anterior.

Após as rodadas de licitação de blocos, os contratantes iniciam a fase de exploração e, posteriormente, desenvolvimento e produção dos campos. A ANP é responsável por fiscalizar todos os contratos, etapa a etapa.

A partir do momento em que o campo começa a produzir, ele passa a estar sujeito a procedimentos adicionais de acompanhamento e fiscalização e à medição da produção. Além de consolidar o total produzido, a agência acompanha as reavaliações das reservas de petróleo e gás existentes no país e publica anualmente o seu inventário.

2.2.2 Regime Fiscal e Participações Governamentais

Desde a criação da Lei do Petróleo, o regime de contratos vigente para exploração e produção de petróleo e gás no país é o de concessão (com exceção dos campos do pré-sal). Neste regime, o atributo especial do óleo após a produção é da empresa concessionária, selecionada no processo de licitação, durante o período de vigência da contratação que varia segundo cada país entre um período de 25 a 40 anos (PINTO JR, 2016).

Em contrapartida, as concessionárias assumem com os riscos de produção e devem pagar participações governamentais. Assim, ao constituir as participações governamentais é indispensável fixá-las em um patamar que viabilize a atratividade do investimento exploratório em uma área, considerando o risco geológico, tecnológico e de mercado (PINTO JR; TOMASQUIM, 2011).²²

As participações governamentais definidas na Lei do Petróleo nos contratos de concessão são:

- Bônus de assinatura – é pago no ato da assinatura do contrato de concessão. O valor devido depende de cada bloco;
- Royalties – incide sobre o volume total de petróleo e gás natural. A Alíquota de 10% pode ser reduzida em casos excepcionais, em mínimo de 5%. Seu cálculo leva em

²² apud PINTO JR org. Economia da Energia: Fundamentos Econômicos, Evolução Histórica e Organização Industrial. 2 ed atual amp. Ed Elsevier. Rio de Janeiro, 2016. pp 97-114.

consideração a média ponderada dos preços de venda e preço mínimo estabelecido pela ANP;

- Participação Especial (PE) – Pagamento trimestral sobre “lucro” (Receita Líquida) de campos que atinjam substanciais volumes de produção;
- Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Área - Valores unitários por quilômetro quadrado variáveis dependendo da fase (período de exploração ou fase de produção).

Dado os tipos de participações governamentais, nota-se que o cálculo de pagamento dos Royalties e das Participações Especiais depende do volume de produção. Isto aponta a relevância de uma adequada fiscalização do processo de medição da produção, por parte da agência reguladora, para apuração fidedigna dos volumes produzidos. A relação da tributação com os volumes produzidos caracteriza uma forma progressiva de tributar, de forma que o pagamento dessas participações governamentais, devidas pelas concessionárias, é proporcional ao que está sendo extraído e produzido. Isto mostra uma característica de regime tributário progressivo, convergente com o modelo proposto na seção 2.1.

A ANP é responsável, por meio da Superintendência de Participações Governamentais (SPG), pelo controle da arrecadação e da distribuição das participações governamentais (PGs). Algumas responsabilidades da SPG são:

- i) atuar junto aos concessionários, à indústria e aos órgãos públicos, preservando os interesses da União relativos ao pagamento das PGs;
- ii) classificar e inspecionar instalações industriais ou de apoio relacionadas às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, com o objetivo de enquadrar os beneficiários de *royalties*;
- iii) calcular o preço de referência do petróleo e do gás natural para efeito de pagamento das PGs;
- iv) acompanhar investimentos realizados na exploração e produção realizados nos contratos de concessão;
- v) analisar os procedimentos contábeis dos concessionários que possam ter efeito sobre as participações governamentais e efetuar as fiscalizações pertinentes;

- vi) controlar o recebimento e analisar os relatórios de gastos recebidos dos concessionários, acompanhando gastos, investimentos e custos operacionais realizados nas concessões (blocos e campos);

A Portaria ANP nº 206/2000 estabelece critérios para fixação do preço mínimo do petróleo, para fins de cálculo das participações governamentais. O preço mínimo do petróleo nacional produzido no mês anterior, para cada campo, e sua metodologia de cálculo é divulgado mensalmente no sítio da ANP²³, por meio de uma resolução da Diretoria Colegiada.

Após ser estabelecido o modelo de consentimento e as regras aplicáveis, o Estado deve fiscalizar a atuação do particular quanto às condições impostas. O dever de fiscalização da indústria de petróleo também é atribuído à ANP. Ademais, a agência possui poder de polícia dentro de suas competências, conforme já mencionado, no qual lhe confere aplicar auto de infrações aos agentes, seja eles privado ou de economia mista (como é o caso da Petrobras – com participação majoritária estatal), em casos de descumprimentos aos atos normativos da indústria.

Entretanto, para que os cálculos e distribuições das participações governamentais sejam devidamente efetuados, é necessário que a medição do volume produzido seja apurado corretamente. Para isto, é necessário que o controle, por parte do agente regulador, realizado nesta fase, seja eficiente. E este será o assunto abordado no próximo capítulo.

2.3. Conclusão do capítulo 2

O controle do Governo sobre as indústrias extrativistas é de suma importância, tendo em vista os possíveis impactos da dotação dos recursos naturais para o país. As atividades de extração e produção desses recursos demandam uma boa gestão, regimes regulatórios bem claros e definidos, conforme foi apresentado dentro da primeira seção deste capítulo. Além disso, na primeira parte deste capítulo, foram citados diversos instrumentos que os países produtores devem gerir para tornar seus recursos não renováveis em desenvolvimento sustentável. Tais instrumentos estão relacionados às

²³ Ver mais em: www.anp.gov.br

formas de contratação, regimes fiscais, arrecadação e mecanismos de controles das atividades operacionais.

O ponto chave foi mostrar que, para uma boa gestão dos recursos provenientes das atividades extrativistas, é necessário o estabelecimento de um arcabouço regulatório e mecanismos de controle bem definidos e que, além disso, sejam transparentes a todos os agentes envolvidos.

Na segunda seção do capítulo, foi discorrido sobre a organização institucional a cerca da regulação da indústria de petróleo e gás no Brasil, apresentado o regime de contratação vigente, as participações governamentais previstas nos contratos e outras obrigações a serem cumpridas pelos concessionários.

Ao apresentar a estrutura regulatória brasileira, as instituições e regras envolvidas buscou-se destacar alguns pontos que convergem às recomendações de boas práticas sugeridas na seção anterior. O ponto de maior destaque foi a criação de uma agência independente para regular a indústria de petróleo, sem interesses comerciais, mitigando riscos de conflitos de interesses. O regime fiscal vigente nos contratos de concessão possuem características progressivas, uma vez que variam com o volume de produção e tamanho do campo, aferindo assim rendas justas para o Governo e condições favoráveis para os concessionários.

Ademais, as normas que regem a indústria são específicas, produzidas por instituições competentes do setor. Na legislação, é previsto competências à agência reguladora de fiscalização, monitoramento e controle das atividades operacionais. Além disso, a mesma também é responsável por aferir as receitas destináveis ao Governo.

Portanto, tendo em vista a relevância dos instrumentos de regulação e fiscalização das atividades no *Upstream*, em um país portador de grandes reservas de recursos não renováveis (petróleo e gás), o próximo capítulo irá discorrer sobre algumas fragilidades e avanços na fiscalização da medição de produção de petróleo e gás no Brasil e a relevância desta medição para auferir as participações governamentais.

CAPÍTULO III – ESTUDO DE CASO SOBRE A REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO BRASILEIRA NA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO E GÁS

Considerando as melhores práticas de fiscalização a serem seguidas pelas entidades de regulação da indústria de petróleo e gás e o arcabouço teórico acerca da regulação, em especial sobre a autonomia das agências independentes, este capítulo trará um estudo de caso a partir das teorias tratadas nos capítulos anteriores. Algumas informações da seção 3.3 foram embasadas no artigo “Fragilidades e avanços da fiscalização no setor de exploração e produção de petróleo e gás no Brasil” publicado no 6º Encontro Latino Americano de Economia e Energia (ELAEE), de mesma autoria deste trabalho. Neste contexto, serão apresentados o funcionamento da fiscalização e a institucionalização do *Usptream* da indústria de petróleo e gás brasileira, mais especificamente, na medição da produção.

Esta fase possui características bem específicas e, além disso, é de suma importância para o cálculo de participações governamentais que advém da indústria petrolífera. Sua especificidade e o fruto de receitas geradas a partir desta operação demandam um forte arcabouço regulatório e poder de fiscalização, e isto se acentua com o aumento da produção. Como será discutido, esse segmento vem adquirindo experiência e se aprimorando graças à atuação da agência reguladora do setor e dos mecanismos de controle externo que tem sido exercido sobre a agência.

3.1 Reestruturação do setor de petróleo e gás brasileiro nos anos 1990

A Lei do Petróleo propunha novas bases e diretrizes de organização econômica de todos os operadores. A legislação combinou elementos de titularidade dos direitos de propriedade da União sobre os recursos hidrocarbonetos e a manutenção do estatuto de empresa mista da Petrobras, com a propriedade acionária majoritária da União, preservando também sua estrutura vertical e capacidade operacional. Com a emenda constitucional nº9 de 1995, promulgou-se o fim do monopólio estatal na exploração e produção de petróleo e gás no Brasil, os leilões de blocos de petróleo transformaram totalmente a indústria brasileira de petróleo e gás natural. No final dos anos 1990, se iniciaram as rodadas de licitações para a concorrência de blocos a serem explorados.

Na tabela abaixo, é possível ver o número de empresas participantes nos leilões de blocos de produção de petróleo desde a primeira rodada de licitações. Ao longo das rodadas há dezenas de empresas habilitadas a participar do processo de licitações ou que tem manifestado interesse em participar das rodadas.

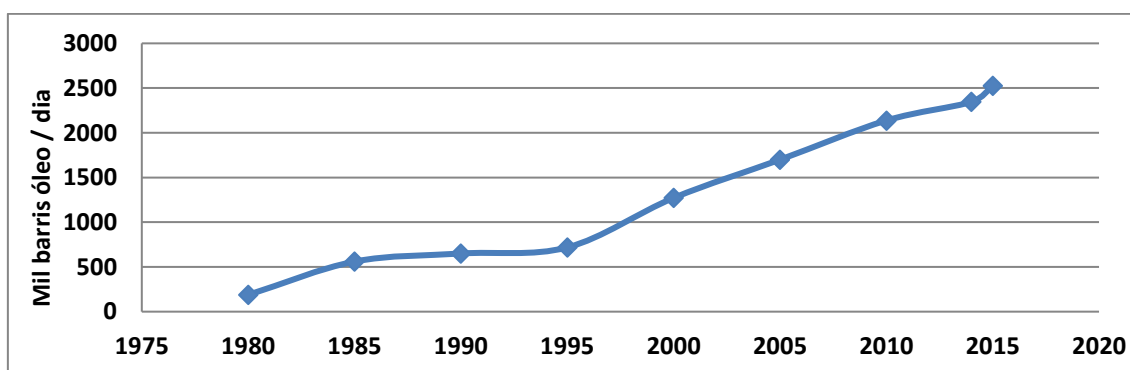
Tabela 1- Número de participantes nas rodadas de licitações de blocos de petróleo

	Rodada 1 1999	Rodada 2 2000	Rodada 3 2001	Rodada 4 2002	Rodada 5 2003	Rodada 6 2004	Rodada 7 2005	Rodada 9 2007	Rodada 10 2008	Rodada 11 2013	Rodada 12 2013	Rodada 13 2015
Manifestação de interesse	58	49	46	35	18	30	52	74	52	72	26	-
Empresas que pagaram a taxa de participação	42	48	44	33	14	27	45	66	43	68	25	-
Empresas habilitadas	38	44	42	29	12	24	44	61	40	64	21	36
Empresas ofertantes	14	27	26	17	6	21	32	42	23	39	12	17
Empresas vencedoras	11	16	22	14	6	19	30	36	17	30	12	17

Fonte: ANP

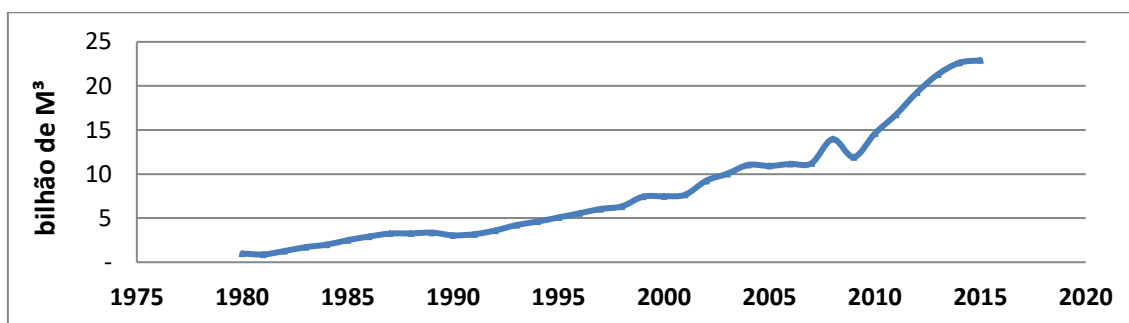
Além disso, a trajetória de produção de petróleo e gás no Brasil é crescente e há perspectivas de um aumento contínuo desta produção. Em 2015, atingiu-se mais de 2,5 milhões de barris diários de produção de petróleo, conforme o gráfico 1. No mesmo ano, a produção de gás atingiu mais de 20 bilhões de metros cúbicos, conforme o gráfico 2.

Gráfico 1 - Histórico da produção de petróleo no Brasil 1980 - 2015 (em Mil barris diários)



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do BP Statistical, 2016

Gráfico 2 - Histórico da produção de gás no Brasil 1980 – 2015 (em bilhão de M³)



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do BP Statistical, 2016

A maior participação de empresas privadas a competirem por blocos de concessão e um histórico crescente de produção de petróleo e gás no Brasil reforçam a necessidade de boas práticas de fiscalização nas atividades de exploração e produção. Em especial, no que tange às receitas governamentais e a fiscalização da medição.

3.2 – Desafios da Regulação e Fiscalização

A integração das atividades de controle da medição da produção e do cálculo de pagamento das participações governamentais é essencial para a concretização de boas práticas de fiscalização destas atividades. Desta forma, o nível de cobertura da fiscalização em termos do ciclo medição-cálculo-pagamento se faz uma dimensão importante dessas boas práticas (ALMEIDA, 2013).

O processo de fiscalização da medição é de grande complexidade, uma vez que exige alta intensidade tecnológica e um corpo técnico especializado. Em muitos países, a tarefa da fiscalização desta atividade é terceirizada, e isto pode gerar conflitos de interesses e reduzir a qualidade da fiscalização.

Com isso, destacam-se dois tipos de desafios na capacitação para a regulação e fiscalização das indústrias de petróleo e gás:

- ✓ Adequada capacitação dos recursos humanos envolvidos no processo de regulação e fiscalização;
- ✓ Aperfeiçoamento da infraestrutura tecnológica para a regulação e fiscalização.

Os recursos humanos envolvidos no processo de regulação e fiscalização devem ser devidamente qualificados e remunerados. A mão de obra que irá exercer a fiscalização das atividades da Indústria de petróleo e gás deve ter o conhecimento específico e técnico que a própria característica da indústria exige. Além disso, é imprescindível que a remuneração do corpo de especialistas e técnicos em regulação seja elevada, uma vez que estes agentes precisam ser resistentes aos interesses externos.

No que tange à infraestrutura tecnológica, dada a especificidade da indústria extrativista, destaca-se que o bom desempenho do processo regulatório requer também recursos tecnológicos específicos. Conforme destaca ALMEIDA (2013), as tecnologias de gestão da informação são instrumentos básicos, tanto para as boas práticas de regulação, como também para as de fiscalização. Estas práticas têm dois atributos básicos: eficiência e transparência do processo regulatório.

A eficiência dos processos regulatórios e de fiscalização resulta em precisão e agilidade dos processos. Para isso, é fundamental a informatização dos processos. A digitalização dos processos permite tornar o fluxo de informações mais ágil entre as diferentes instâncias envolvidas na análise do processo, além de diminuir o nível de falhas processuais por perda de informação.

As tecnologias da informação permitem aumentar a segurança das informações da medição fiscal e da homologação dos pagamentos dos impostos devidos. Portanto, essas tecnologias são de suma relevância no âmbito da fiscalização da arrecadação fiscal. A atividade da fiscalização da medição fiscal é de alta complexidade tecnológica, pois requer a aquisição, transmissão e tratamento de informações relativas à medição da produção.

3.2.1 – Controle da medição da produção de petróleo e gás natural

No arcabouço regulatório brasileiro, a ANP é responsável por fiscalizar os volumes de petróleo e gás produzidos, através do seu Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás Natural (NFP). As condições e requisitos mínimos que os sistemas de medição de petróleo e gás natural devem observar estão estabelecidos no Regulamento Técnico de Medição de Petróleo e Gás (RTM), aprovado pela ANP em

conjunto com o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) em 2013, substituindo o RTM aprovado em 2000.

O NFP atua, sobretudo, na verificação da conformidade dos dados fornecidos pelos BMPs e da adequação dos sistemas de medição utilizados pelas instalações produtoras para o registro e a contabilidade dos volumes nelas produzidos.

Para o controle da medição da produção, o concessionário terá que manter de forma completa e apurada, boletins mensais de medição do petróleo e gás natural produzidos nesse campo, contendo as vazões praticadas e a produção acumulada. Nesses boletins devem ser especificados os volumes de petróleo e de gás natural efetivamente produzido e recebido durante o mês anterior, as quantidades consumidas nas operações ao longo do mesmo período e ainda a produção acumulada desse campo, até o momento. Esses volumes declarados pelos concessionários servirão, então, de base para o cálculo das participações governamentais devidas, conforme Decreto 2.705, arts. 4º ao 6º de 1998.

As ações de controle dividem-se em acompanhamento e fiscalização, com base no Regulamento Técnico de Medição (RTM) que estabelece os critérios e as condições mínimas esperadas dos sistemas de medição da produção dos hidrocarbonetos. O acompanhamento é ação remota que visa, sobretudo, o controle dos dados e das informações contidas nos boletins mensais de produção (BMP). De outro lado, a fiscalização é realizada in loco nas instalações de produção de petróleo e de gás natural, principalmente nos sistemas de medição da produção para verificar sua adequação ao RTM.

Todos os sistemas que medem, computam e mostram os volumes de petróleo e gás natural produzidos, processados, armazenados ou transportados e que são utilizados para medição fiscal da produção, seja em terra ou mar, devem seguir o RTM. Desde a primeira versão, já está previsto que a ANP deve ser notificada da ocorrência de uma falha no sistema de medição da produção, assim como de quaisquer outros incidentes operacionais que vierem a causar erro na medição ou quando houver interrupção total ou parcial da mesma. Quando algo ocorrer, cabe a ANP adotar as providências para a determinação dos volumes produzidos em situações decorrentes de eventos de falhas de sistemas de medição, conforme estabelecido no Decreto nº 2.705/98, art. 4º, IV.

Em 2009 foi implantado o projeto Sistema de Fiscalização da Produção (SFP) pela ANP, com o objetivo de instrumentalizar as ações de controle da Agência na busca pela garantia da fidedignidade dos dados declarados pelas operadoras nos BMPs referentes aos volumes de petróleo e gás natural produzidos no País (Relatório TCU, 2012).

O SFP permite o recebimento diário de dados e informações de produção e configuração dos sistemas de medição, por ponto de medição e no âmbito dos sistemas de medição para fins fiscais. Esses dados e informações são enviados de forma on-line pelos operadores e armazenados no banco de dados da Agência para posterior avaliação pelos técnicos do NFP.

Nas validações realizadas pelo NFP, uma das formas de se averiguar a fidedignidade das informações e dos dados de produção de petróleo e gás natural, fornecidos pelos operadores dos campos, se dá através da verificação da adequação dos sistemas de medição de cada campo ou instalação aos requisitos constantes do Regulamento Técnico. Em suporte a isto, uma das funcionalidades previstas do SFP é o recebimento de notificações de falhas de medição e a elaboração de um pacote de gerenciamento de alarmes, por meio do quais várias comparações e testes de consistência e conformidade nos pontos de medição e quanto a variações bruscas na produção ou movimentação de fluidos poderão ser realizados pelo próprio sistema, automaticamente. Entretanto, em decorrência da não implementação de todas as suas funcionalidades, sua utilização como ferramenta de controle é limitada e não atinge plenamente os objetivos, conforme será tratado mais adiante.

3.3.2 - Controle das Participações Governamentais

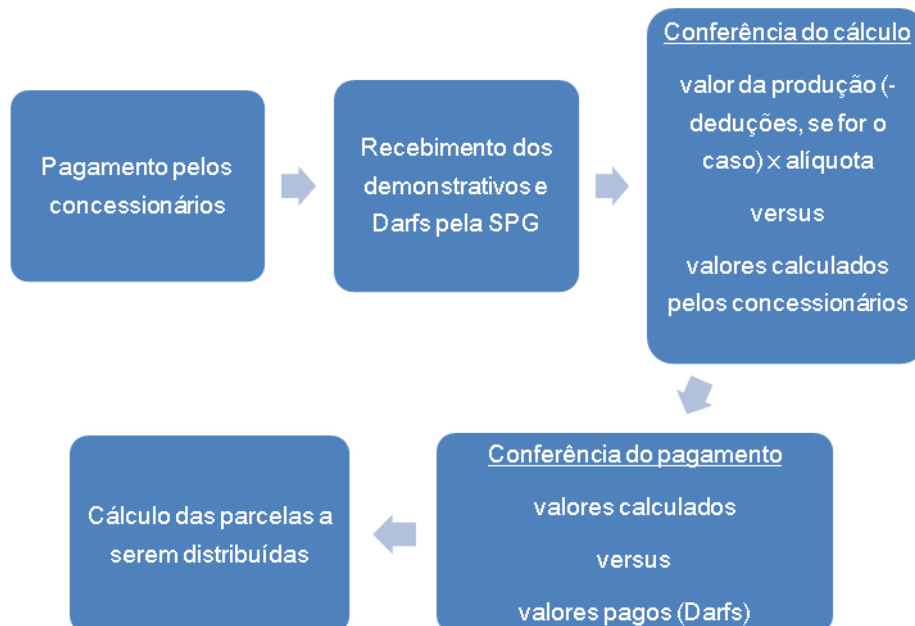
As participações governamentais provindas da extração petrolífera tem uma representação substancial nas receitas públicas. O controle sobre as participações governamentais está intimamente relacionado com a medição de produção do volume de petróleo e gás. Como foi apresentada anteriormente, a base de cálculo para as participações especiais e pagamentos dos royalties variam de acordo com o volume de produção.

A unidade competente na estrutura da ANP para desempenhar as ações relativas ao controle do cálculo e do pagamento das participações governamentais provindas da

produção de petróleo e gás é a Superintendência de Controle das Participações Governamentais (SPG).

Os concessionários realizam o pagamento das participações governamentais via documentos de arrecadação da Receita Federal (DARFs), sendo o recolhimento feito diretamente à Conta Única do Tesouro, sem qualquer trânsito monetário pela ANP. Cumpre à Agência apenas a conferência dos valores apurados pelos concessionários. Estes, nos termos da legislação de regência, devem calcular o valor da participação governamental e encaminhar à Agência um documento declaratório discriminando o cálculo efetuado, o demonstrativo de apuração dos royalties ou o demonstrativo de apuração da participação especial (DAPE), devidamente acompanhado dos DARFs (Decreto 2.705/1998). A figura 3, abaixo, ilustra de forma simplificada este processo de controle sobre o cálculo e pagamento das participações governamentais pela SPG:

Figura 3 – Controle sobre o cálculo e o pagamento das participações governamentais pela SPG



Fonte: Relatório TCU, 2013.

Com base nas informações declaradas pelos concessionários sobre o pagamento das participações governamentais, é aferido o valor das DARFs pagas por estes, junto aos

valores constantes dos demonstrativos encaminhados, apurando-se eventuais diferenças, a maior ou a menor.

Em regra, o apuramento dos valores a serem pagos de participações governamentais procede do produto entre o valor da alíquota, nos percentuais definidos pela Lei e conforme formalizado no contrato de concessão, e a base de cálculo, que pode ser a receita bruta da produção, ou seja, o valor da produção, para os royalties, ou a receita líquida, após as parcelas dedutíveis, para a participação especial (TCU, 2013).

3.3.3 Fragilidades da fiscalização na medição

Conforme foi discorrido no capítulo 1, o Tribunal de Contas da União (TCU) exerce controle governamental sobre as agências reguladoras através de auditorias de conformidade e operacional, com finalidade de aprimorar e fortalecer as atividades regulatórias.

No que tange a fiscalização medição da produção foram realizadas auditorias operacionais no ano de 2012 pelo TCU, com o objetivo de conhecer as ações de controle levadas a efeito pelo NFP, com o intuito de avaliar em que medida tais procedimentos podem assegurar a fidedignidade dos dados atinentes aos volumes de petróleo e gás natural produzidos e apresentados nos BMPs pelos concessionários.

A Controladoria Geral da União²⁴ (CGU) também realiza auditoria operacional na ANP, e exerce atividades de apoio ao controle externo. Em 2013, foi realizada uma auditoria de acompanhamento de gestão na agência, na qual avaliou os sistemas informatizados da agência que complementa as avaliações realizadas pelo TCU.

Com base nesses dois relatórios de auditorias operacionais, foram retirados alguns apontamentos de fragilidade na fiscalização da agência reguladora na medição de

²⁴ O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), exerce as atividades de órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, cabe à CGU avaliar a execução de programas de governo; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto a eficácia e eficiência, da gestão dos administradores públicos federais; exercer o controle das operações de crédito e, também, exercer atividades de apoio ao controle externo, em cumprimento ao disposto no artigo 74 da Constituição Federal

petróleo e gás, e a partir de alguns pontos destacados por estas instituições, permitiu-se detectar também alguns avanços nas atividades exercidas pela agência.

Em diálogo com a abordagem do início deste capítulo cabe ressaltar que o processo de fiscalização é altamente intensivo em mão de obra e tecnologia. Os pontos de fragilidade retirados dos relatórios de auditoria são devidos, sobretudo, à carência de implantação mais intensiva desses fatores.

Conforme apresentado na seção anterior, o SFP é um importante instrumento de acompanhamento utilizado pela ANP para aferir a fidedignidade dos volumes de petróleo e gás natural produzidos e reportados nos BMPs. Esse sistema é um instrumento tecnológico criado para a operação a partir de dois módulos: Módulo de Cadastro (dos pontos de medição) e Módulo de Análise (dos dados e das informações do sistema de medição). Entretanto, o SFP não possui todas as suas funcionalidades disponíveis, o que compromete, definitivamente, a sua automatização e os objetivos para os quais foi criado.

Dentre as funcionalidades que ainda não foram implementadas, encontra-se o processamento automático dos dados e das informações dos pontos de medição fiscal recebidos pela ANP, bem como a validação individualizada dos BMPs em razão do não gerenciamento dos pontos de medição para apropriação. Ou seja, o sistema não tem competência para informar os casos de não conformidade de acordo com seu nível de gravidade. Isto demanda esforço adicional dos recursos humanos, uma vez que tarefas que deveriam ser processadas automaticamente passam a depender de um técnico, no caso, do NFP, além de dificultar o acompanhamento.

Um dos exemplos dessa dependência dos recursos humanos são os comunicados de falhas ou problemas nos sistemas de medição, a que estão obrigados os operadores em decorrência de dispositivo do RTM. Tais comunicações são encaminhadas por *e-mail*, em formulários preenchidos pelos operadores, a endereço eletrônico do NFP. Cada fiscal deve analisar e processar as informações relatadas nos formulários correspondentes aos campos ou instalações sob sua responsabilidade.

Como esse processo não é automatizado, os fiscais do NFP devem fazer conferências manuais para observar se houve, por exemplo, quedas bruscas na produção, o que

significaria erros nos dados fornecidos nos BMPs. Muito embora inexista planejamento para as ações de fiscalização que não acontecem periodicamente, de forma sistemática e rotineira, a ANP procura verificar os fatores de risco, de materialidade, de relevância e de oportunidade, priorizando as inspeções nos campos pagadores de participações especiais e nas instalações com significativos registros de falhas e de problemas (TCU, 2013).

Outro ponto destacado é a não aplicação de penalidades aos concessionários, em função das impropriedades detectadas nas fiscalizações realizadas pelo NFP e pelas instituições de apoio. Apesar de ser previsto formalmente a competência da ANP em aplicar advertências e multa em caso de irregularidades, a aplicação de multas era praticamente inexistente antes de 2010.

No relatório da CGU (pg.21), pontua-se que em 223 fiscalizações realizadas de janeiro de 2008 a agosto de 2009, as instituições de apoio e a ANP/SDP/NFP levantaram 3.159 não-conformidades e não foi identificado a aplicação de penalidades nos casos de descumprimento, por parte dos concessionários, das determinações legais, relativas à produção e à medição dos volumes produzidos.

Houve outros diversos focos de fragilidades apontados pelo TCU e pela CGU, entretanto, a partir desses pontos destacados nesta seção, pretende-se mostrar que também houve alguns avanços na fiscalização da ANP, que vem reestruturando e se aprimorando desde sua recente criação, compondo um constante aprendizado institucional.

3.3.4 Avanços na fiscalização de medição

Em 2008, a Diretoria Colegiada da ANP apresentou a “Proposta de Reestruturação da Fiscalização da Medição”, objetivando alcançar (i) processos internos bem definidos; (ii) corpo técnico da ANP altamente qualificado; e (iii) ferramentas de TI (sistemas).

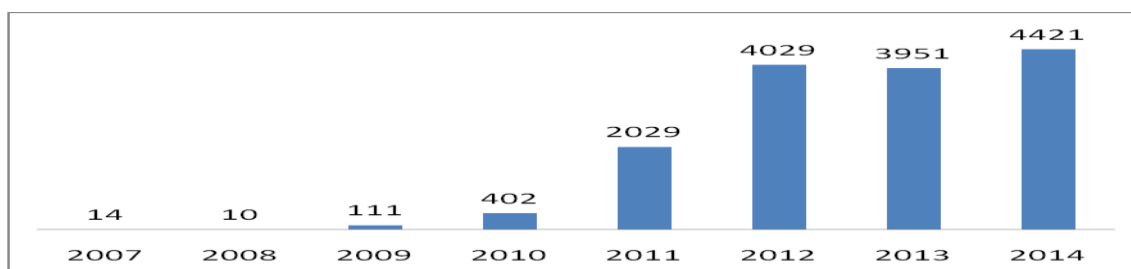
Nessa proposta, constata-se que em 2008 já havia uma preocupação interna por parte da agência em redefinir o método de suas atividades de fiscalização na medição. Como podemos observar, a estruturação da fiscalização é intensamente dependente da qualificação do corpo técnico e de ferramenta tecnológica, além de uma boa definição e

integração das atividades – ponto de grande impacto positivo na fiscalização. O NFP distribuiu entre seus fiscais os campos de petróleo e gás natural para fins de acompanhamento das atividades por região, o que permite que o planejamento das fiscalizações in loco ocorra a partir de iniciativas desses servidores. Além disso, o NFP passou a realizar operações conjuntas com outros núcleos da agência, como o SDP, o que permitiu uma maior troca de informações e definição de planos de atividades.

Os pontos de medição eram cadastrados manualmente pelo Central de Serviços Corporativos – CSA e não havia uma interação com o SFP, desta forma não havia notificações de falhas nos sistemas de medição por sistema informatizado, nem o tratamento deste dado. Não era possível uma consulta gerencial das notificações de falhas, uma vez que os dados não são manipuláveis em sistemas informatizados.

Em 2011, foi informado pelo Superintendente de Desenvolvimento e Produção que o controle de não conformidades abertas durante ações de fiscalizações é realizado através do sistema “Fluxo”, em banco de dados não corporativo (Access), responsável por todo o gerenciamento das não conformidades, desde a sua detecção até a sua correção. É notável que com a mudança para o sistema “fluxo” e com a implementação da sala de fiscalização da produção e atuação do núcleo das fiscalizações, as notificações de falhas nos sistemas de medição aumentaram, conforme podemos ver na figura 2.

Figura 4- Número de Notificações de Falha de Sistema de Medição por ano



Fonte: NFP ANP

O aumento das notificações de falhas mostra uma participação mais ativa da agência reguladora, que resulta também em uma participação mais responsável dos concessionários em resposta à regulação. Conseqüentemente, com a notificação dessas falhas por parte desses últimos contribui para uma melhoria nos planos de fiscalização.

O agente regulado deve aplicar um modelo de sistema de gestão de forma a reduzir a probabilidade de ocorrência de falhas, bem como tomar ações visando evitar a repetição de falhas já ocorridas para um mesmo cenário. Deve ser enviado, anualmente à ANP, um relatório contendo o resultado da aplicação do modelo de sistema de gestão dos eventos de falha, analisando todos os eventos de falhas ocorridos no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano anterior. O relatório de análise dos eventos de falhas deve conter no mínimo²⁵:

- a) número dos eventos de falhas por instalação, por fluido e ponto de medição, durante cada mês e no ano;
- b) tempo médio entre falhas e tempo médio em falha, por instalação, por fluido e por ponto de medição, durante cada mês e no ano;
- c) principal tipo de evento ocorrido nos diferentes pontos de medição por instalação; e
- d) ações realizadas e planejadas para a mitigação dos principais eventos de falhas.

A ANP analisará as NFSM recebidas, e deverá informar o resultado das mesmas em até 90 dias após o término do mês de registro das mesmas ao agente regulado. A regulamentação das notificações destas falhas com critérios claros e objetivos traz uma maior padronização da fiscalização, e, por conseguinte transparência e agilidade do processo para os *stakeholders*. Desta forma, a atribuição conferida sobre as operadoras para que realizem a gestão dos eventos de falhas de sistemas de medição de petróleo e gás natural e de falhas de enquadramento de petróleo resultará em benefícios como ausência de repetição de falhas já ocorridas para um mesmo cenário, redução do tempo de resposta, redução do número de notificações enviadas e indeferidas, e uma melhor atuação preventiva (BISPO; SILVA; MORENO, 2014).

A consulta dos dados de medição, em associação com os dados dos medidores e com os dados de produção são fundamentais para o planejamento de uma incursão nas instalações para realização de inspeção. Segundo entrevistas no relatório do TCU (peça 18), o aumento significativo com relação ao número de comunicado de falhas ou problemas a partir da implementação do SFP em 2009, indica um aumento no controle

25 Workshop ANP, 2015. Eventos de Falhas de Medição de Petróleo e Gás Natural e Falhas de Desenquadramento de Petróleo. NFP/ANP

entre os operadores dos campos produtores e pode ser apontado como um efeito positivo do sistema.

No que diz respeito à detecção de falhas nas medições dos volumes de petróleo e gás natural e à aplicação de penalidades caso tais falhas sejam detectadas. A primeira ação tomada foi o investimento em capacitação de seus servidores em cursos de curta e longa duração, visitas técnicas e participação em seminários, workshops e congressos, nacionais e internacionais.

A tabela 2 abaixo apresenta um resumo dos autos de infração lavrados pelo NFP entre 2010 e 2015 referentes ao sistema de medição. A tabela 3 a seguir trata das multas aplicadas pela SDP referentes aos atrasos ou não envio dos BMP por parte dos concessionários no período entre 2011 e 2014.^{26 27}

Tabela 2 - Multas aplicadas pelo NFP 2011-2015 em R\$

Multas Aplicadas pelo NFP 2010-2015 em R\$		
	Multas Aplicadas	Multas Pagas
2010	300.662.280,00	79.566.485,00
2011	60.813.400,00	12.445.369,00
2012	112.740.956,04	65.267.901,23
2013	157.190.284,00	32.107.587,00
2014	134.912.052,00	16.080.000,00
2015	48.604.335,00	5.862.034,00
TOTAL	814.923.307,04	211.329.376,23

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP

Notas: As multas aplicadas pelo NFP nesta tabela se referem a:

- Infração ou violação de algum termo do decreto 2.705/1998;
- Descumprimento de algum termo do RTM;

²⁶ É importante ressaltar que antes da abertura do Auto de Infração, o relatório é enviado ao concessionário, para apresentar esclarecimento e defesas prévias. Posteriormente, a versão final o Auto de Infração é encaminhada para o operador por Carta, com Aviso de Recebimento.

²⁷ As multas aplicadas necessariamente são os valores pagos, pois há situações em que o concessionário impetra recurso ou o valor da multa a ser paga é reajustado legalmente.

- Divergência de Volume Reportado.

A SDP não dispõe de manual para análise do BMP. Entretanto, possui um fluxograma estruturado com o propósito de mapear as atividades de análise do BMP no que se refere ao envio do BMP pelo operador, à análise quanto à produção, movimentação e injeção, elaboração e envio de ofício ao Operador e análise da justificativa apresentada pelo operador. No referido fluxograma existem várias condicionantes relacionadas ao prazo de envio que, se não respeitado, culmina no Auto de Infração. Abaixo é possível ver algumas autuações exercidas pelo SDP referente ao descumprimento do prazo ou não envio do BMP²⁸.

Tabela 3 – Multas aplicadas pela SDP 2011- 2013 em R\$

Motivos	Valor da Multa Aplicada
Atraso na entrega do BMP	20000
Atraso na entrega do BMP	20000
Não envio do BMP	60000
Atraso no envio do BMP	220000
Atraso no envio do BMP	110000
Atraso no envio do BMP	110000
Atraso no envio do BMP	110000
Atraso no envio do BMP	110000
Atraso no envio do BMP	20000
Atraso no envio do BMP	20000
Atraso no envio do BMP	48000
Atraso no envio do BMP	42000
Atraso no envio do BMP	80000
Atraso no envio do BMP	350000
Atraso na entrega do BMP	24000
Atraso na entrega do BMP	48000
TOTAL	R\$ 1.392.000,00

²⁸ Em 2014 e 2015, não havia discriminação da multa como atraso no envio ou entrega do BMP, há na planilha da ANP multas aplicadas como "Descumprimento de Prazo para entrega de Documentos" e "Descumprimento do cronograma". Entretanto, para o ano de 2015 não haviam valores declarados para esses casos e havia outros em que estavam aguardando situação de primeira instância.

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da ANP

A ANP dispõe de um software de gestão documental intitulado Software de Informações Documentais - SID, o qual tem auxiliado o controle não apenas dos processos que envolvem aplicação de penalidades, como também de todos os demais.

A análise dos Boletins Mensais de Produção pela Superintendência de Desenvolvimento e Produção seguiu um aperfeiçoamento continuado ao longo dos últimos anos, resultando na análise da totalidade dos BMPs a partir de abril de 2009, como consequência do aumento de recursos humanos com a entrada de novos servidores.

Outra forma de aprimoramento adotada pela SDP/NFP foi a aplicação de novas tecnologias computacionais em suas ações de fiscalização. É possível citar como exemplo a implementação da ferramenta computacional e o carregamento de informações em banco de dados corporativo, disponível no i-SIGEP. Este aplicativo torna o processo de fiscalização da produção mais eficiente, mais transparente e passa a ser, também, uma prestação de contas das atividades executadas, além integrar o relatório gerencial da Agência.

Além disso, constatou-se que o exame e a correção de problemas nos processos de produção dos BMP's passaram por aprimoramento contínuo. Além de conferir a totalidade dos boletins foi incluído um módulo específico de respostas dos concessionários aos ofícios mensais da SDP no sistema SIGEP, contendo relatórios gerados do próprio sistema com pendências relacionadas aos boletins.

Os resultados apresentados nesta monografia foram apurados graças aos processos de auditorias que são exercidos pelo controle externo e interno da União. A partir deles é possível constatar não só a maneira que é exercida a fiscalização da agência, mas também permite que sejam detectadas as falhas e avanços decorrentes da sua atuação, agregando boas práticas ao ambiente regulatório do setor.

Além disso, a consultoria da OLACEFS informa que o TCU exige da ANP a elaboração de um plano de ação para aderir às sugestões de auditorias realizadas pelo Tribunal. E que a ANP nunca recorreu à esfera judicial para contestar os relatórios do TCU, ao contrário dos operadores. Ademais, como resultado das auditorias, os processos foram

padronizados e formalizados em manuais disponíveis on-line, bem como os valores calculados das participações governamentais. Em função disso, a transparência das atividades da agência foi ampliada.

3.4 - Conclusão do capítulo 3

Na arquitetura da reconstrução do setor de petróleo e gás nos anos 1990, houve uma abertura para a participação de concessionárias privadas para a exploração dos recursos, que antes era exercido somente pela estatal Petrobrás.

O aumento da participação de agentes privados, junto ao aumento da produção, reforçou a necessidade da fiscalização e arcabouço regulatório mais robusto e transparente para todos os agentes envolvidos. No que tange a geração de receitas e participações governamentais, uma maior atenção deve ser dada ao processo que envolve a medição da produção.

Dada à especificidade do setor, um dos desafios pertinentes é a implementação e efetiva aplicação de mão de obra e tecnologia devidamente qualificadas e especializadas. Além disso, há determinados processos e transações no processo de produção que são inviáveis de fiscalizar, somente através de softwares exigindo que certos procedimentos e informações sejam feitos presencialmente, com fiscalizações no próprio campo, tornando este processo além de custoso, árduo.

As auditorias do controle externo na agência reguladora chamou atenção à relevância que deve ser dada aos procedimentos de fiscalização. Detectando certos pontos de fragilidades até então não cobertos pela atuação da agência reguladora, emitindo recomendações de deveres e sugestões de melhorias a serem implementados. A presença e as orientações deste controle à agência foram essenciais para o avanço e progresso do arcabouço regulatório, tornando-o mais consistente.

CONCLUSÃO

No Brasil, a onda de privatizações e modelos de concessões antecederam a definição do marco regulatório e o aparelhamento das instituições reguladoras. Impulsionado por uma nova concepção do papel do Estado, o país promoveu, em paralelo aos processos de privatizações, a delegação dos serviços públicos, sobretudo na área de infraestrutura.

No que tange ao setor de petróleo e gás, inicialmente a assinatura de contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção ocorria, exclusivamente, com a estatal Petrobras. Posteriormente, com a abertura do setor, houve licitações de novos blocos para a exploração e produção de petróleo e gás. O aumento de número de agentes privados e da produção torna esse setor mais complexo, com mais transações e volume da arrecadação de participações governamentais decorrentes do incremento da produção. Conseqüentemente, as instituições, o arcabouço regulatório e as práticas de fiscalizações desta indústria também precisavam acompanhar essa evolução.

O marco regulatório da indústria de petróleo brasileira tomou maior proporção a partir da Lei do petróleo 9.478 em 1997, que institucionalizou a criação da agência reguladora do setor. As agências reguladoras surgiram no momento em que o Estado adotou uma postura mais reguladora, no qual o setor público passou a tomar um papel mais normativo e fiscalizador. A fiscalização de contratos de concessão é de responsabilidade das agências reguladoras. Entretanto, cabe ao TCU fiscalizar a atuação do ente regulador.

A inserção do controle externo no arcabouço regulatório não é discutida na Teoria Econômica da Regulação e tão pouco na teoria da captura, apresentadas no primeiro capítulo desta monografia. No arcabouço institucional brasileiro tem-se a separação do Poder Executivo e do Legislativo, o que colabora para a dispersão dos interesses do regulador e do legislador, uma vez que a regulação compõe as atribuições do poder executivo e o controle externo atua auxiliando o legislativo. A atuação do controle externo como supervisor das atividades regulatórias, o torna menos vulnerável a sua captura por interesses privados, uma vez que este controle não atua diretamente com a indústria, mas supervisiona e direcionada a fiscalização e regulação que é exercida pelas agências reguladoras.

Através dos estudos e pesquisas realizados pelo Banco Mundial, foi apresentado um modelo de estrutura regulatória indicada internacionalmente aos países extrativistas. A partir disto, constatou-se que há diversos pontos que são aplicados no arcabouço brasileiro. Dentre eles: leis e normas setoriais específicas, controle e monitoramento das atividades fins da indústria e regime de arrecadação fiscal progressivo.

A inserção do controle externo no sistema regulatório atravessa um conjunto de regras e objetivos a serem trilhados pelos agentes reguladores e geram efeitos que tornam o sistema mais transparente a todos os agentes envolvidos.

O trabalho de auditoria realizado pelo TCU é um dos instrumentos utilizados pelo controle, que tem o papel não só de avaliar, mas também emite recomendações e corrobora os resultados da fiscalização exercida pela agência reguladora. Os efeitos das atribuições designadas ao Tribunal beneficiam diversos agentes e instituições interessadas na efetividade da regulação. As informações e as recomendações emitidas nos processos de auditorias e avaliações do Tribunal têm contribuído para o aperfeiçoamento da gestão regulatória.

Portanto, a atuação do controle externo, exercido pelo TCU, colabora para a consolidação do processo regulatório, como visto de forma mais evidente no estudo de caso desta monografia. Uma vez que este controle além de monitorar se os deveres das agências estão sendo efetivamente cumpridos, também guia as ações de seus departamentos, núcleos e superintendências para o alcance de resultados mais eficientes incentivando-os a serem mais presentes na fiscalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br>>. Acesso em: fevereiro, 2017.

ALMEIDA, Edmar (coord.). et al. **Consultoría para el análisis y recomendaciones sobre fiscalización de los ingresos públicos generados por las actividades hidrocarburíferas. Olacefs-giz-Proyecto B.2.9.** (p38-52). Brasília, abril 2013.

ALMEIDA, Edmar (coord.). et al. **As indústrias do carvão e do gás como fontes de receita para o estado em Moçambique. Projeto giz – ta.** Rio de Janeiro, setembro de 2013.

ANP. **Manual de atividades de cálculo, distribuição e auditoria da participação especial.** Rio de Janeiro: ANP/SGP, agosto de 2014, 32 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos, **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, Ed Forense, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2013

AFROSAI-E. **Audit Considerations for Extractives Industries.** South Africa. Petrória, novembro de 2013. p.76.

BARBOSA, Marcelo. **A contribuição do Tribunal de Contas da União no aprimoramento da governança regulatória do setor de infraestrutura no Brasil.** 25, fevereiro de 2011. Dissertação - Universidade de Brasília Mestrado profissional em regulação e gestão de negócios – REGEN. Brasília, 2011.

BISPO, Luiz H.O; SILVA, Leandro; MORENO, Guilherme, V. **Atuação da ANP na gestão dos eventos de falhas nos sistemas de medição de petróleo e gás natural.** In: *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2014.* Rio de Janeiro, setembro de 2014.

BRASIL. **Lei Nº 9.478 de 6 de agosto de 1997.** DOU, Brasília, 6 de agosto de 1997. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm> Acesso em: Janeiro, 2017.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CONJUNTA ANP/INMETRO Nº 1, DE 10.6.2013** - DOU 12.6.2013 – RETIFICADA DOU 17.6.2013

CAMPOS, H. A. **Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008

CONTROLADORIA REGIONAL DA UNIÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório de Auditoria: Acompanhamento de Gestão**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://sistemas2.cgu.gov.br/relats/uploads/6036_%202013_ANP_RM201216538_OS3_Internet.pdf> . Acesso em: Abril, 2016.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: RAMALHO, Pedro Ivo et al. (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. 1. ed. Casa Civil da Presidência da república. Brasília: Anvisa, 2009. p 53-86.

DECRETO Nº 2.705, DE 3.8.1998 - DOU 4.8.1998 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2705.htm>. Novembro, 2016.

FIANI, Ronaldo. **Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras**. Rio de Janeiro. UFRJ; IE, 1998. p. 23. (Texto para discussão). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

GEONT, Michel. **Les Autorités Administratives Indépendantes**, Ed Montchrestein. Paris, 1994, 2ªed., p.41.

MOTTA. Ronaldo Seroa. **Princípios de regulação econômica**. In: RAMALHO. Pedro Ivo (org). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto regulatório**. 1 Ed. Casa Civil da Presidência da república. Brasília: Anvisa, 2009. p 87-104.

MUELLER, Bernardo. **Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação.** Revista Brasileira de Economia de Empresas, Vol.1, No 1, p. 9-29.

PELTZMAN, S. **A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação.** In: MATTOS, Paulo et al. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 81–127.

PINTO JR. Helder (org.). Economia da Indústria do Petróleo. In: **Economia da Energia: Fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial.** 2 ed (atual. e ampl.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2016 p.39-128.

PIRES, José C L. **Capacitação, Eficiência e Abordagens regulatórias contemporâneas no setor energético brasileiro: as experiências da ANEEL e da ANP.** Rio de Janeiro, dezembro de 1999.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL CASA CIVIL. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro.** Relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília, setembro de 2003.

SILVA, D. **Modelos de regulação das indústrias de energia: O Problema do Risco da Captura do Regulador.** Monografia Bacharelado Universidade Federal do Rio de Janeiro - Instituto de Economia. Rio de Janeiro, maio de 2004.

STIGLER, George J. **Teoria da regulação econômica.** In: MATTOS, Paulo et al. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 23-48.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIAO. **Relatório de Auditoria Operacional: Fiscalização nos Controles da medição da Produção de Petróleo e Gás.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/010147/20128%20ANP%20participa%C3%A7%C3%B5es%20governamentais.pdf>. Acesso em: dezembro de 2016.

UCHOA, Érica. **Fragilidades e Avanços da Fiscalização no Setor de Exploração e Produção de petróleo e gás no Brasil**. Encontro Latino Americano de Economia da Energia. Rio de Janeiro, abril de 2017.

VISCUSI, W.; VERNON, J., & HARRINGTON, J. (1995). **Economics of Regulation and Antitrust**. Cambridge, MIT PRESS.

WORLD BANK. **Extractive Industries Value Chain : A Comprehensive Integrated Approach to Developing**. 3ed. Extractive Industries for development 125. Africa Region Working Paper, março de 2009.