

A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA UM *GOVERNMENT TAKE ROYALTY* EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

THE ROLE OF COURT OF AUDITORS FOR A GOVERNMENT TAKE ROYALTY IN ACCORDANCE WITH THE EFFICIENCY PRINCIPLE

Valéria Fernandes Pereira^{*}

Maria Marconiete Fernandes Pereira^{}**

RESUMO

O artigo investiga as atribuições fiscalizatórias do Tribunal de Contas e, no contraponto, da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) aplicáveis a lei brasileira de petróleo, suas espécies, decretos, fundamentos econômicos, apuração e porcentagem de distribuição. De início, dar-se-á ênfase a análise doutrinária pátria e estrangeira, a importância da boa governança dos recursos públicos advindos da exploração de jazidas petrolíferas e derivados, usando como ponte conectiva o *modus operandi* das Cortes de Contas ao adentrar no mérito da fiscalização não abarcada pelas atribuições da ANP, encarados no conjunto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Por último, defende-se a utilização do Princípio da Eficiência para adequada fiscalização dos recursos públicos supracitados, na via das participações governamentais (*government take royalty*), por meio dessa abertura cognitiva como fundamento jurídico beneficiador para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Participações governamentais *royalties*; Tribunal de Contas; Princípio da Eficiência.

ABSTRACT

The article examines the assignments control of Court of Audit and, counterpoint, about Brazilian National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels (NAP) applicable brazilian petroleum law, your species, decrees, economic fundamentals, calculation and percentage distribution. Initially, it will give emphasis on doctrinal analysis and a foreign country, the importance to good governance of public funds arising from the oil's exploration and derivatives, using as a connective bridge the *modus operandi* of the Courts of Auditors on entering merit surveillance not encompassed by the duties of NAP seen in all the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil. Finally, it's sustained that the use of the Principle of Efficiency for proper oversight of public resources above, the path of government participation (*government take royalty*) through this cognitive openness legal basis benefactor to society.

KEYWORDS: Government take royalties; Court of Audit; Efficiency Principle.

^{*} Mestranda em Direito da Universidade Federal da Paraíba. Bacharela em Direito/FESP.

^{**} Doutoranda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharela em Ciências Contábeis/UFPE e Bacharela em Direito/UNIPÊ. Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral da Paraíba.

1. INTRODUÇÃO

A utilização dos recursos públicos provenientes da exploração de jazidas de petróleo tem provocado o debate em relação ao Princípio da Eficiência e o papel do Controle Externo dos Tribunais de Contas, na fiscalização dos recursos públicos advindos de exploração petrolífera. A importância da fiscalização na aplicação dos recursos provenientes dos royalties pode ser considerada de racionalidade desde que fundamentadas em uma argumentação consistente, tendo em vista o histórico dos valores empregados e dos investimentos pelos entes federativos (MEZZAROBÀ e MONTEIRO, 2003).

A influência do setor petrolífero marcou o desenvolvimento do século XX. As explorações de fontes energéticas proporcionaram uma reestruturação no segmento industrial, repercutindo, por sua vez, nas geopolíticas e nas economias mundiais, e, principalmente, nos padrões de vida da sociedade.

No setor brasileiro a exploração do petróleo tornou-se efetiva com a instituição da Lei n. 2004 de 03 de outubro de 1953, com a criação da Petrobras, de forma monopolista. Na Constituição Federal do Brasil de 1967 a exploração da jazida de petróleo constitui monopólio constitucionalmente da União, somente vindo a ser flexibilizado através da Emenda Constitucional n. 09 de 09 de novembro de 1995 quando permitiu a contratação de empresas privadas ou estatais para a finalidade de exploração, e a regulamentação do exercício dessa flexibilização do monopólio veio pela Lei n. 9.478 de 06 de agosto de 1997 que insere a necessidade de um órgão regulador as atividades do setor petrolífero.

A novo marco legal das atividades petrolíferas manteve o monopólio da União somente sobre as reservas minerais, delegando as concessionárias o direito de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás e demais atividades da cadeia produtiva. A justificativa da flexibilização do monopólio adveio da necessidade de aporte de investimentos no setor, para fins de desenvolvimento das atividades de exploração e produção do petróleo (*upstream*) em infraestrutura nacional.

Por sua vez, institui a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP com a função de órgão regulador da indústria, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes do sistema petrolífero, sendo que as atividades dessa exploração, desenvolvimento e produção serão regidas por concessão ou contratação sob regime de partilha. Registre-se que existem quatro tipos de contratação pela indústria petrolífera, podendo variar suas características de país, cultura, quantidade do bem, entre

outros, a saber, Contratos de Concessão (*License*), Contratos de Produção Partilhada (*Production Sharing*), Contratos de Serviços de Risco (*Risk Service Contract*) e Contratos de Acordo de Participação (*Joint Operating Agreement*).

Desta maneira, os recursos naturais de petróleo são de propriedade do Estado, porém a forma de remuneração dos concessionários será realizada pelo *government take*, portanto sujeita a intervenção governamental, que é o que se pretende propor estudando-se os *royalties* e sua espécie.

Faz-se mister a descrição dos direitos de produção para compreender seu remanejamento de receita entre os entes federativos do Brasil, e, sua exposição conceitual, vista como espécie das Participações Governamentais dentro de uma perspectiva tridimensional sistêmica, de um lado, as empresas petrolíferas, do outro, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e, de outro, o Tribunal de Contas.

Nesse sentido, as receitas oriundas da exploração de recursos petrolíferos precisam ser analisadas, no que se refere à boa aplicação desses recursos, considerando o papel do agente regulador e do controle externo no cumprimento de agir com eficiência, justificando a maneira que esses recursos são aplicados com resultados proeminentes a sociedade.

O debate suscita quando se confunde seu pagamento para compensação pelo uso da terra, pelo uso do mineral não renovável ou pela permissão de exploração. Além que, o ritmo das atividades produtivas gera preocupações acerca da possibilidade de sua conservação para alocação eficiente destes, com vistas à valoração do setor dos fósseis, que geram debates sobre sua característica finita, refletindo no mercado as condições de estruturar a negociação das commodities petrolíferas e derivados.

A abordagem da pesquisa partiu de duas concepções: a primeira, enfatizando as atribuições da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) dentro dessa conjuntura de exploração de fins energéticos. A segunda, introdução do *controle* do Tribunal de Contas dos Estados (TCEs) sobre as rendas provenientes dos *royalties* enfatizando a relevância do mérito da fiscalização, tendo como valor fundamental a melhoria da Administração Pública, utilizando-se da Eficiência.

Neste caso, haveria a necessidade de compatibilizar na função fiscalizadora entre os dois órgãos, visto que a Constituição Federal de 1988 impôs garantir o desenvolvimento nacional, em cumprimento, também, ao Princípio da Eficiência.

2. PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS

As participações governamentais despontam como uma das mais importantes fontes econômico-financeiras, além de desempenhar papel preponderante na formação das receitas dos entes federativos, segundo LIMA (2008, p. 39-40), que:

[...] a partir das modificações feitas com a Lei 9.478, de 1997, o Estado brasileiro passou a recolher da produção de petróleo para o setor público recursos verdadeiramente substanciais. Os mecanismos introduzidos pela lei permitiram ao Estado apropriar-se de parcela qualitativamente superior da renda gerada pelo petróleo e garantiram uma distribuição desses recursos a um número elevado de unidades da Federação.

Segundo o artigo 11 do Decreto nº 2.705/98, a distribuição dos recursos do petróleo tem a finalidade de “compensação” dos Estados e Municípios participantes. No entanto, não houve destinação legislativa ao “quê” compensaria. Por sua vez, os recursos provenientes da exploração, segundo a lei, devem contemplar outros beneficiários e com destinação legislativa específica, a saber, o Comando da Marinha, para fins de atender a fiscalização e proteção das áreas de produção do petróleo e o Ministério de Ciência e Tecnologia, para promoção de pesquisa científica e tecnologia para aplicação na indústria do petróleo.

Os entes federativos foram contemplados constitucionalmente com as rendas no resultado da exploração em todas as espécies legais de participação governamental, porém os critérios de cálculo e cobrança são previstos em lei infraconstitucional, sem a destinação específica vinculada à lei, assim, os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque do petróleo e o Fundo Especial (de distribuição entre todos os Estados e Municípios não produtores), serviriam à discricionariedade do agente político.

Os recursos pela exploração dos minerais petrolíferos têm as Participações Governamentais que constituem gênero no ramo jurídico e segundo a Lei n. 9.478/97 e regulamentada pelo Decreto n. 2.705 de 03 de agosto de 1998, as atividades de exploração estão sujeitas das seguintes participações às quais constituem a remuneração pela concessão que podem ser: (i) bônus de assinatura; (ii) royalties; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área.

O bônus de assinatura corresponde ao pagamento ofertado na proposta oriunda do processo licitatório de leilão das áreas a serem exploradas, que terá seu valor mínimo definido

do próprio edital e deverá ser pago em parcela única no ato da assinatura do contrato de concessão à União. Segundo LUCAS (2009, p. 7) o bônus se refere ao risco da exploração em relação ao bloco e à bacia ofertados, enquanto o pagamento será pela ocupação ou retenção de área, ou seja, alude-se aos valores pagos por quilômetro quadrado retido pela concessionária durante o período de exploração e de produção. Ademais, esse recurso da participação corresponde à parcela da receita para atender as necessidades operacionais da ANP.

A Lei nº 9.478/97 empreendeu transformações institucionais no setor petrolífero, definindo a regulação do setor, e indicador de critérios para a distribuição das rendas advindas da exploração de petróleo. A Lei do Petróleo determina que todos os concessionários devem recolher pela exploração entre 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento) da produção, tanto em bacias terrestres como em plataforma continental. São os chamados *royalties* do petróleo. Percebe-se, enfim, que os *royalties* petrolíferos são flexíveis, o que confere aos proprietários particulares uma porcentagem pelo uso particular de seu território, e aos proprietários públicos (Municípios e Estados-membros) outra porcentagem. Não se confunde propriedade com monopólio¹. O monopólio é da União, que os reparte em direitos iguais (de propriedade) aos entes federativos, como preconizou a Constituição.

Um dos pontos que tem suscitados debates doutrinários diz respeito à natureza tributária das participações governamentais, em contrarrazões dos entes federativos definirem a fiscalização dessa receita. Segundo o Código Tributário Nacional, os parâmetros necessários para se caracterizar a natureza tributária tem como ponto de partida a adequação conceitual definida na Constituição de participação nos resultados da exploração e de compensação financeira.

O conceito de tributo tem como cerne a compulsoriedade, entretanto, o pagamento das receitas advindas da exploração se perfaz pelo serviço delegado de atividades econômicas, neste sentido, há uma contraprestação auferida pela concessionária por força contratual em decorrência de uma concorrência de mercado. Sob o prisma estatal, configura-se uma exploração direta do patrimônio público, portanto, considerada receita originária. Assim, ingressando como receita originária em cada ente federativo sujeita, por conseguinte, a fiscalização (BALEIRO, 1994).

¹ Cf. ADI 3273-9 DF, na qual, nos dizeres de Ministro Eros Grau, de que "a distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio" (STF, 2007).

Cabe esclarecer que segundo a Lei 9.478/97, art. 26, há uma distinção patente entre as participações governamentais e os tributos:

A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

3. FEDERALISMO FISCAL

A descentralização fiscal ocorreu no âmbito da descentralização política em razão da facilitação do processo de emancipação trazida pela Constituição Federal de 1988.

Tal fato resultou na perda do controle do Governo Federal sobre a economia, e que, conseqüentemente, os municípios tiveram maior autonomia para se endividar já que não possuíam renda própria que garanta sua auto-suficiência, demandando, dessa forma, de apoio financeiro dos Estados.

A partir disto, mostrou-se claro o movimento pendular da trajetória que o federalismo brasileiro criou com as constituições de 1937 e 1967, eminentemente centralizadoras, da qual esta última acabou por inovar, criando os fundos de participação aos Estados (aos municípios foi pela Constituição de 1988) e mecanismos de divisão das responsabilidades dos entes federativos como forma de equilíbrio em razão das desigualdades regionais (AMARAL FILHO, 2004).

Após o “fechamento” da Constituição de 1988 como descentralizadora, a década de 90 fica conhecida pelo nascimento das guerras fiscais entre os Estados, usando de isenções, imunidades e anistias fiscais como atrativo aos investidores, principalmente da indústria. O nascimento deste instituto financeiro imperfeito amorteceu as políticas federais de desenvolvimento regional e majorou os debates acerca da competência em regular tais batalhas fiscais, quando da omissão legislativa em informar.

Adita-se a isto de que, com os resultados provenientes do federalismo político e fiscal de que os Estados e Municípios detinham, tornava-se maior a motivação dos agentes políticos para que fizessem parte dos beneficiários do rol taxativo das normas específicas que tratassem de exploração das jazidas minerais no Brasil, ainda mais no país cuja idéia de petróleo como *commodity* chegou em meados de 1931, no âmbito da Revolução de 1930 quando as elites estimulavam a industrialização.

4. GOVERNMENT TAKE VERSUS PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A partir da experiência internacional a respeito da distribuição dos pagamentos dessa exploração veio a ideia, ao legislador pátrio, de repartição das rendas a todos os Estados, Municípios denominado *Government Take*², influenciando as normas referentes aos *royalties*, uma das espécies de Participações Governamentais, ao lado do Bônus de Assinatura, da Participação Especial e do Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Área.

Os bens petrolíferos são bens da União, nos termos do artigo 20 da Constituição Federativa do Brasil de 1988, a saber, os recursos naturais da plataforma continental, da zona econômica exclusiva, os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Os *royalties*, neste caso, são os direitos de produção pelo uso do território para extração do recurso natural e mineral pagos ao proprietário do território que, segundo o artigo 176 e seu §1º e artigo 177 e seu inciso I, ambos da Constituição de 1988, pertencem a União. Por sua vez, tem-se como gestora desses contratos decorrentes dessa exploração, atuando como órgão regulador, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), conforme dispõe o artigo 21 da Nova Lei do Petróleo, Lei nº 9.478/97.

Deve-se relatar que há diferenciação da *Government Take* em cada espécie de contrato, pois os *royalties* do Brasil não são igualmente repartidos e tratados como em outros países, inclusive na América Latina. As diferenças principais são sobre a propriedade dos recursos, como são adquiridos os direitos de exploração e produção, como se processa o pagamento ao proprietário do território, como se opera a regulação e dessa forma, como são atendidos os interesses e objetivos das partes contratante-contratada.

Vê-se, dessa forma, que os *royalties*, previstos no inciso II, do artigo 45 da Nova Lei do Petróleo, têm a precípua função socioeconômica de atividade regulatória, exercida pela ANP, de forma a mensurar suas receitas e investimentos previamente estabelecidos em edital de processos licitatórios baseados em leis infraconstitucionais e decretos regulamentadores. No que se refere à fiscalização dos *royalties* se procedia como aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, quando se operava mediante convênio, acordo, ajuste ou

² *Government Take* é a expressão usada para designar a renda advinda da operação das participações governamentais incidentes sobre as empresas petrolíferas pelo Governo Federal de um país. É uma denominação global da Indústria de Petróleo e derivados.

outros instrumentos congêneres, a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios ao Tribunal de Contas da União, bem como, as receitas originárias dos recursos naturais e minerais.

Adite-se que, o Tribunal de Contas da União (TCU) outrora normatizou resoluções internas sobre as participações governamentais, como a Resolução nº 229 de 27 de outubro de 1987³, que dispõe sobre a prestação de contas para comprovação dos *royalties* pagos pelo concessionário aos Estados, Territórios e Municípios, da destinação dada aos recursos, bem como sobre a realização das auditorias que julgasse necessária. No entanto, sob a égide da Constituição Federal de 1988, reestruturando o Tribunal de Contas de forma a expandir suas atribuições, inclusive a observância dos princípios fundamentais que regem os recursos públicos, como o Princípio da Eficiência (FERNANDES, 2008). A maior proeminência deve-se ao fato que a Corte de Contas tem sido provocado, por meio de consultas atinentes aos investimentos e fiscalização à aplicação das indenizações do *government take*.

A Corte de Contas da União, quando competente, observava a finalidade desses recursos energéticos, ressaltados os destinados em lei (Nova Lei do Petróleo) como o Ministério da Marinha, remetendo para energia, pavimentação de rodovias, proteção do meio ambiente e saneamento básico (BRASIL, 1996). Porém, foi declarada inconstitucional (BRASIL, 2003) essa atribuição fiscalizadora por parte do controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União, que passou a ser, então, de competência dos Tribunais de Contas dos Estados.

Acrescente-se que, os entes federativos têm uma função primordial no investimento das receitas provenientes dos recursos minerais e naturais⁴, principalmente, por serem não renováveis, e pela importância de promoção ao desenvolvimento regional. Tal distribuição concentra-se geograficamente, com critérios normativos complexos, além de lacunas regulamentares de controle desses investimentos, quando possibilita uma discricionariedade aos agentes políticos, no que se refere à aplicação desses recursos.

A atual forma contratual de distribuição dos *royalties* do petróleo do *government take* não se vislumbra por um caminho de gestão baseada no Princípio da Eficiência, tendo em vista que os recursos provenientes dessa exploração induzem a aplicações sem direcionamentos orçamentários. Os gestores públicos certamente possuem mais informações sobre os problemas e setores de infraestrutura necessários para investimento do que a Corte de

³ A Resolução sofreu alterações pelas de nºs 247 de 20 de novembro de 1990 e 252 de 13 de março de 1991.

⁴ Há uma diferença na doutrina de Richardy M. Auty em *recursos naturais difusos e recursos naturais pontuais*, na qual o petróleo insere-se na segunda classificação.

Contas, caracterizando-se um problema de assimetria de informação, possibilitando que tais gestores não atentem a essência de se buscar o interesse público.

Não é apenas uma ideia aleatória ou exigência para o administrador, mas suas confluências na medida em que a Eficiência, juridicamente, não é somente o justo ou correto uso dos recursos públicos provenientes das explorações de fontes energéticas não renováveis, mas, mais do que isso, um enigma aos administradores do instrumento para o fim do Estado (instituição), o interesse público. Questão esta que, com o *modus operandi* a ser empreendido através do Tribunal de Contas de seus respectivos Estados, aperfeiçoaria os meios a se chegar a um parâmetro com buscas a melhores resultados, isto é, *investimento* concreto de tais recursos públicos (JUAREZ FREITAS, 1999).

Dentro desta nova concepção de Estado, o Princípio da Eficiência relaciona-se na doutrina especializada, pós-positivista, conforme entendimento de Aragão (2004), a Administração Pública pós-positivista supera a exigência de autorização legal detalhada e exaustiva de um Princípio da Legalidade a ser seguida, na qual os órgãos controladores devem perseguir a eficiência, também, em relação da atuação das agências reguladoras. No estudo do tema dogmático contemporâneo a concepção de Estado e Princípio da Eficiência é um saber em que influencia a investigação jurídico-dogmático da atualidade. A *eficiência* vem limitada e dimensionada pelo direito vigente levando em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

O Princípio da Eficiência aborda-se à categoria de princípio constitucional, representados por seus formatos *Princípio da Eficiência Administrativa* pelo bem dever de administrar e *Princípio da Eficiência Econômica* na escolha dos recursos públicos finalístico ao interesse público. Tem-se, por outro lado, a regulação, como instrumento de intervenção do Estado, e sua pretensa eficiência, também, no equilíbrio entre custo e benefícios, sem afastar, contudo, a flexibilização dos administradores (SOUTO, 2003).

Desta feita, o princípio da eficiência precisa ser ampliado estendendo a um exame simplesmente formal de atuação com a normativa jurídica que rege o órgão regulador, a fim de comprovação da atividade administrativa de aplicação do recurso de maneira eficaz, ao pretender alcançar as finalidades pressupostas pela sociedade. A determinação das finalidades que o administrador público deve alcançar não recai somente na questão jurídica, mas, sim política, que compete aos governos, como intérpretes e representantes do povo. Por outro lado, aos juristas correspondem os papéis de aperfeiçoar as interpretações técnicas, que possam alcançar as referentes finalidades (ESCOLA, 1989), elaborando a interrelação do

interesse público com a eficiência em consonância com as exigências do ordenamento nacional.

Importante considerar o conteúdo do Princípio da Eficiência em relação a atuação administrativa, em que considere, no conjunto, a instrumentalidade em seus feitos de função ordenadora, de função hermenêutica, de função limitativa e de função diretiva para uma melhor determinação dos seus contornos e tarefa que cabe à doutrina jurídica. Ademais, a eficiência não se encerra na concepção de economicidade, na verdade, deve ser concebida como a “aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos” (MODESTO, 2007, p. 8).

5. O PODER DE FISCALIZAÇÃO: CONVERGÊNCIAS

Os *royalties* de petróleo têm o potencial de influir na estabilidade política da região, em razão dos expressivos valores extraídos pela exploração desse mineral. Porém, o petróleo aparece como eixo da discricionariedade política para aplicação dos recursos provenientes e da possibilidade de ser instrumento de mecanismos para mudar a situação de que permanece em níveis de pobreza (OTTO et al., 2006).

No Brasil, há nova Lei do Petróleo e a Lei dos *Royalties* disciplina os editais de licitações, contratos e a regulação com obrigações de direcionamento desse mercado (RIBEIRO, 2005; OTTO et al., 2006). O regime de exploração e produção (E&P) brasileiro ou *Upstream* é o de Contrato de Concessão. Nesse regime, as empresas petrolíferas, que estão responsáveis pela E&P, estão sob um cenário de riscos exploratórios altos, nos quais são difíceis de mensurar as chances de ocorrer ou não a descoberta do óleo e sua viabilidade econômica.

Dessa forma, em caso de êxito na descoberta do bem explorado, a propriedade da atividade de exploração ou gestão econômica passa a ser do concessionário vencedor da licitação, sob controle do Estado, cujo edital disciplinou, tendo como gestora dos contratos após o processo licitatório, a ANP⁵. Como se depreende, a empresa possui, após sua extração,

⁵ Palestra realizada por Daniela Ferreira Marques, advogada da União e coordenadora dos projetos de Lei do Pré-sal – Conjur/MME, sobre *Sistemas de E&P de petróleo e gás natural*, proveniente do Curso de Extensão Universitária em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis na perspectiva de desenvolvimento sustentável, em João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2010.

a gestão do empreendimento, a propriedade do bem produzido, o dever de pagar encargos ambientais, encargos sociais como as Participações Governamentais (PG) e os tributos incidentes sobre as atividades⁶.

A influência dessa forma de arrecadação, *government take*, por parte dos concessionários, demonstra uma “variação de atores que representam os interesses dos países hospedeiros e de modelos contratuais que consagram diferentes sistemas de alocação de recursos” (RIBEIRO, 2005, p. 119).

Entendeu-se, no Brasil, não se tratar, no caso do repasse efetuado pela União de recursos originariamente federais. Historicamente, deve-se ao fato da descentralização fiscal ocorrer no âmbito da dissociação política em razão da facilitação do processo de emancipação trazida pela Constituição Federal de 1988. A partir disto, mostrou-se claro o movimento pendular da trajetória que o federalismo brasileiro, em que se criaram mecanismos de divisão das responsabilidades dos entes federativos como forma de equilíbrio em razão das desigualdades regionais (AMARAL FILHO, 2004).

A Constituição de 1988 institui as atribuições ao Tribunal de Contas da União, mas no que se refere à fiscalização proveniente da renda dos *royalties*, das participações governamentais, somente veio a ser tratada no Decreto nº 1 de 11 de janeiro de 1991, que somente dispôs a respeito do pagamento de tais compensações financeiras e seu cálculo, devendo ser remetido ao Tribunal de Contas da União. Dessa forma, o TCU avocou a competência de fiscalizar tais recursos⁷, bem como da exigência obrigacionias de se elaborar demonstrativos do fluxo financeiro, movimentados em conta específica.

Ao ser questionada sua competência no Judiciário, as Prefeituras alegaram que tais recursos não são receitas vinculadas, dessa forma, poderiam ser aplicados pela municipalidade sem destinação específica de aplicação. Por outro lado, no conclave de sua autonomia, o TCE-RJ impetrou Mandado de Segurança ao STF⁸, fundamentando no qual o controle externo

⁶ Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para os programas de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento de Seguridade Social (COFINS), Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico dos combustíveis (CIDE-combustíveis), Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico dos royalties (CIDE-royalties), Imposto sobre serviços (ISS), Imposto sobre as operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), Imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o Imposto de Importação (I.I.).

⁷ Tomando por base o seu Regimento Interno e pela sua Lei Orgânica, Lei nº 8.443/92. Regulou-se, então, pelas Instruções Normativas (IN TCU) nºs 06 de 10 de março de 1994, 09 de 16 de fevereiro de 1995, 12 de 24 de abril de 1996, e com as alterações da IN TCU nº 32 de 15 de dezembro de 1999 e a 34 de 10 de maio de 2000.

⁸ MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA

dos atos da administração pública estadual e municipal será exercido pelos TCEs, ou quando houver, pelos Tribunais e Conselhos de Contas municipais. De certo, por unanimidade, no que se referia aos recursos federais seria por parte do TCU e aos recursos provenientes de exploração de petróleo e gás natural a título de *royalties*, destinados aos Estados e aos Municípios por parte do TCEs. Enquanto que a competência para o cálculo dos valores dos *royalties* a serem repassados a cada beneficiário (Estados, Municípios e União) é atribuída à ANP, além de fiscalizar se as informações repassadas estão corretas (BRASIL, 2009).

A Corte de Contas aufer, periodicamente, no desempenho de suas atribuições, fiscalização contábil e demais prestações positivas à atuação das unidades sujeitas à sua jurisdição. Parece preferível tangenciar que as mudanças constantes de busca por resultados efetivos, a partir de inspeções e auditorias, em uma organização pública clássica como a Corte, assaz responsável por assegurar a correta aplicação dos recursos públicos em benefício da sociedade, servindo de instrumento de exercício da cidadania, agindo neste novo ambiente institucional (NÓBREGA, 2009).

A função de *controle* encontra-se compreendida em sua visão de ações programadas dentro de avaliações de desempenho e busca por correção, principalmente a eficiência, preconizada no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Limitar o poder é a síntese do controle; o *poder ANP* e o *controle TCE*, o *check and balances* da regulação da indústria do petróleo e da Administração Pública dos entes federativos beneficiários da sua quota parte dos *royalties* (FERNANDES, 2008).

As atribuições da ANP podem ser debatidas na classificação que Herbert Hart (1961, p. 91-99) denomina como *primitive form of community* conferindo-lhe a característica de estática, ineficiente e com incertezas uma sociedade baseada em normas que estabelecem obrigações. Em contrapartida, as atribuições do Tribunal de Contas na disposição *complex society*, baseada na certeza, dinamismo e eficiência. Já na hermenêutica que Tércio Sampaio

APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE. 1 - Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF. 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). 3 - É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais. 4 - Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevalecentes. 5 - Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade do arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991. (MS 24312, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2003, DJ 19-12-2003 PP-00050 EMENT VOL-02137-02 PP-00350)

(2003, p. 291) investiga Herbert Hart, normas que estabelecem obrigações seriam ineficientes em razão de não saber quem estaria apto a aplicá-las.

Nesse contexto, a flexibilização atribuída aos administrados viabiliza a concessão da exploração dessas atividades, porém, conforme afirma Floriano de Azevedo (2002), a regulação da indústria em estudo não foca-se na correção de falhas de mercado, mas sim, em um exercício de serviço considerado público, que como anteriormente trabalhado, são explorações de bens públicos.

A fiscalização do repasse das rendas provenientes da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural associaram à jurisdição de competência dos Tribunais de Contas estaduais, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, a questão nos traz à tona a avaliação do desempenho eficiente de uma Administração Pública com autonomia financeira, desde a descentralização fiscal dos anos 90, imputada por este precedente jurisprudencial que, há o “controle *do* Estado, *no* Estado [...] no exercício dos seus misteres governamentais?” (MIOLA, 1996, p. 204).

O raciocínio de que, entre os teóricos, a abundância de renda proveniente da exploração do petróleo normalmente ocasiona decisões equivocadas acerca da aplicação desses recursos não gerou-se à toa. Uma das explicações seria de que: i) provoca grandes expectativas na população e pressão dos Governos a uma aplicação rápida, e diga-se rápida, na maioria equivocada (sem planejamento coerente) – Teoria de Auty (2001). Uma segunda explicação seria de que essa abundância aumentaria a corrupção, sendo a Administração Pública em muito influenciada – Teoria de Leite e Weidmann (1985). Outra possível explicação é a forte tendência de que países ricos em petróleo (pré-sal brasileiro) falham no desenvolvimento da administração dos investimentos, aplicando-se em setores de baixo retorno – Teoria de Usui (1997).

Pois bem. Implantou-se um novo regime regulatório no país, com a diminuição da atuação direta do Estado e o aumento do setor privado na economia. O termo *regulação* abrange diversas acepções, de *interventor* do Estado na economia a *coordenador* na atividade econômica, porém, para o presente estudo, focar-se-á apenas nos órgãos que operam nas atividades regulatórias (agências reguladoras), no Brasil.

Forçoso reconhecer a função precípua de regular da Agência Reguladora, da boa administração dos recursos públicos provenientes das rendas advindas do setor, porém a ANP afirma, dentre suas atribuições, que “não é atribuição da ANP fiscalizar a aplicação dessas participações por seus beneficiários” (BARBOSA, 2003, p. 3).

Na precisa lição de Poirier e Zaccour (1990, p. 134-136), a regulação do recurso público proveniente das explorações de oleoduto no Canadá e nos Estados Unidos não observa um processo econômico perfeito, com conceitos desenvolvidos e decisões tomadas com o objetivo de determinar onde será aplicado o investimento. Para isso, contam com a presença da chamada *light hand of regulation* vinda da *Federal Energy Regulatory Commission*. Desta feita, a regulação no Brasil é relevante na medida em que se combinam relações entre a economia e a política, campo fértil nas atividades petrolíferas⁹.

Modernamente, verifica-se um notável enfoque no que se refere à consecução dos mecanismos tendentes à melhor utilização e racionalização de recursos públicos, desempenhando, aqui e para os efeitos referidos, um papel decisivo como mecanismos de controle da própria Administração Pública.

Considerando a escassez de recursos com vista a satisfazer as crescentes necessidades dos povos e a natural promoção do bem estar social, verifica-se um amplo movimento internacional em prol da boa governança, evitando-se, fundamentalmente, desperdícios na utilização dos dinheiros públicos. A função do controle das finanças públicas progride no Estado Democrático de Direito no sentido de, para além do tradicional controle legalista, “privilegiar o controlo da boa gestão financeira orientado por critérios de economia, eficácia e eficiência das despesas públicas” (SANTOS et al, 1997, p. 241).

As crescentes inquietações da sociedade quanto à forma com que têm sido tratados os recursos públicos proveniente de exploração de jazidas de petróleo e as expectativas quanto à elevação da qualidade de vida das regiões dos beneficiários da renda, tem exigido do poder público, em especial dos órgãos de controle, respostas que não podem ser dadas com o mero exame de peças contábeis, trabalho atribuído sem mais delongas a Agência reguladora do setor. Exige-se dos órgãos de controle, os Tribunais de Contas, uma atuação fiscalizadora e judicante, independente e ágil, de forma a possibilitar “ações tempestivas de caráter preventivo e corretivo, garantidores da legalidade, legitimidade, eficácia, eficiência, economicidade e ética” (VILAÇA, 2001, p. 50).

Por sua vez, Cezar Miola nos traz à tona a avaliação do desempenho eficiente de uma Administração Pública com autonomia financeira, desde a descentralização fiscal dos anos 90, imputada por este precedente jurisprudencial que, há o “controle *do* Estado, *no* Estado [...] no exercício dos seus misteres governamentais?” (1996, p. 204).

⁹ Sabendo-se que as atividades petrolíferas fazem parte de um sistema complexo de exploração e produção (E&P), refinamento, transporte, serviços que incluem seus derivados, além de poder tratá-las em *offshore* (no mar) ou *onshore* (em terra), no presente trabalho, se generalizá-las-á em atividades petrolíferas.

Ao enfrentar as questões de decidibilidade dos debates da apropriação das rendas com um mínimo de perturbação dos administrados, a Teoria do Direito fornece sistemas, interpretações e argumentos teóricos que acabam por atuar como instrumentos de *controle social*. A grande questão, contudo, não se refere à apropriação das rendas petrolíferas na atuação forma *government take* em si, mas a aplicação desses recursos para o usufruto da coletividade.

Com efeito, a captura da renda no sistema brasileiro, tomando-se por base os estudos teóricos do Direito como um saber instrumental, sua racionalidade, na concepção de Tércio Sampaio, será reconhecida apenas e à medida que for *eficaz* no fim que se propõe alcançar (interesse público):

Quanto mais distante esse fim e mais difuso seu atingimento, tanto maior a exigência de justificação. Quanto maior esta exigência, menos plausíveis parecem os fundamentos. A erosão de tradições culturais em nome da prioridade da eficiência técnica gera, assim, uma necessidade crônica de legitimação do Direito e do saber jurídico em termos de ordem justa (2003, p. 291).

De fato, na contínua análise, Tércio Sampaio complementa com Max Weber justificando que o *princípio da eficiência* é o definidor do caráter de Estado em sua forma mais moderna, teorizado por Maquiavel e Bodin ao contrapor as ideias de cidades-estados, ao interpretar que:

Max Weber identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização racional de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência (2003, p. 291-292).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), como órgão de regulação do setor, detém a incumbência de exercer a fiscalização e a regulação das atividades referentes ao Petróleo. Controla, também, a distribuição dos valores contemplados pela legislação dos *royalties* do petróleo sem, contudo, adentrar no mérito das aplicações desses recursos. Destaque-se que a Política Energética Nacional estimula o aproveitamento

racional das fontes de energia com fundamento na promoção do desenvolvimento, ao passo que a Corte de Contas tem o papel de fiscalizar as rendas, ao nível do texto constitucional ao referir-se a eficiência como uma obrigação da Administração Pública em diferentes níveis.

Como se observa, a relevância de parte das rendas contratuais da exploração de petróleo, como fator de mudanças para a sociedade, parecem mais evidente dentre as mudanças provocadas por esta indústria petrolífera que desencadeará um impacto de mercado, e ao mesmo tempo, outro substantivo na Administração Pública. Cabe, portanto, ao Estado o papel de indutor da economia fazendo a interrelação princiológica de base constitucional, ora de forma explícita, ora de forma implícita, melhorias no âmbito de aplicabilidade das receitas, sem esquecer, contudo, a modernização trazida pelo setor industrial petrolífero.

O art. 70 da Constituição Federal preconiza a avaliação da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Em complemento, o art. 71 VII, do texto constitucional, reza que o controle externo será exercido o auxílio da Corte de Contas, exatamente para, dentre outras atribuições, julgar as contas dos órgãos e entidades da administração pública que de alguma forma resulte prejuízo ao erário público.

Nesse contexto, deve-se considerar que a Corte de Contas estão autorizadas a realização de auditorias operacionais, diferente da contábil, financeira ou a patrimonial, determinando o exame da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, objetivamente pela promoção da boa gestão pública.

Nesta espécie, as auditorias examinam sob diferentes pontos de vista a mesma fiscalização, abrangendo a capacidade da instituição à gerência adequada dos recursos fiscalizados. O administrador é livre para ser eficiente, ao mesmo tempo, que a Corte é livre para analisar sua eficiência, afinal, não teria sentido conter na Lei Maior sua menção se, de forma integrada com o controle, não fosse de comprovação na violação a uma norma por um órgão ou entidade de Administração.

Por fim, captar a aplicação de princípios no direito público é preciso atentar a vertente do sistema jurídico, por isso, o princípio da eficiência deve ser conjugado por determinações da mais variada ordem, numa aplicação da prudência do interesse público. A instrumentalização do princípio da eficiência, na fiscalização operacional, tem sua eficácia com os fatos reais numa dinâmica construtiva da força normativa da Constituição, na busca do cumprimento dos objetivos fundamentais em garantir o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Jair. *Federalismo Brasileiro e sua nova tendência de recentralização*. Fortaleza, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo nº. 236, abr./jun./2004, p. 51.

AUTY, R. M. *Resource Abundance and Economic Development*. Oxford: Oxford University Press, n. 45, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, 1994.

BARBOSA, D. M. de C. et al. *A aprendizagem organizacional otimizando resultados do Tribunal de Contas da União*. Dissertação aprovada como requisito para a obtenção do grau de Pós-graduado no Curso de Pós-graduação em Gestão Estratégica do Conhecimento e Inteligência Empresarial, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Brasília: TCU, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988.

_____. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Nova Lei do Petróleo)*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança n. 24312/DF, do Tribunal Pleno. Impetrante: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator(a): Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 de fevereiro de 2003. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência.

_____. Tribunal de Conta da União. Consulta. Decisão nº 479/1996 – Plenário. Processo nº TC-009.482/94-6. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 07 de agosto de 1996. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 1996, seção 1, p. 16402-3.

ESCOLA, Jorge Héctor. *El Interés Público: como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

HART, Herbert. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University, 1961.

LEITE, C.; WEIDMANN, J. Does mother nature corrupt – Natural resources, corruption and economic growth. *IMF Working Paper*, Washington D.C., Internacional Monterary Fund., v. 99, 1985.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: A situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. “O Petróleo é nosso” aos desafios do pré-sal. *Instituto Teotônio Vilela*. Brasília/DF.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia a pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIOLA, Cezar. Tribunal de Contas: controle para a cidadania. In: *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 14, n. 25, p. 204, 2º sem. 1996.

MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº. 209. julho/setembro de 1997, p. 71.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul., 2007.

NÓBREGA, Marcos. O controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: uma visão crítica. In: BRANDÃO, Cláudio et al. (Coord.). *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 339-347.

OTTO, James et al. *Mining Royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society*. Washington: Directions in Development, 2006.

POIRIER, A.; ZACCOUR, G. *Maritime and Pipeline Transportation of Oil and Gas: problems and outlook*. France: Éditions Technip, 1991.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - direito do petróleo e gás*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 499.

SANTOS, Homero et al. III ENCONTRO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. *Publicações...* Maputo: Centro de Estudos e Formação dos Tribunais de Contas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 1997. p. 241.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência Pública e Regulação. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 145.

USUI, N. Dutch Disease and Policy Adjustments to the Oil Boom: a comparative study of Indonesia and Mexico. *Resources Policy*, n. 23, n. 4, 1997.

VILAÇA, Marcos Vinicius. V ENCONTRO DAS INSTITUIÇÕES SUPREMAS DE CONTROLE DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. *Publicações...* Ponta Delgada: Centro de Estudos e Formação dos Tribunais de Contas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa 2001. p. 47-62.