

REGIME JURÍDICO DA REGULAÇÃO DO SECTOR DE PETRÓLEO E GÁS EM MOÇAMBIQUE

*Edson da Graça Francisco Macuácu**

*Octávio de Jesus Gonçalves***

ABSTRACT *This article aims to address the theme of the legal regime for the regulation of the oil and gas sector in Mozambique. An analysis of the historical process of regulation will be presented in this work, traditionally considering the rules that regulate the oil and gas sector in Mozambique. The article also presents an approach on the licensing process and regulation of the oil and gas sector in Mozambique, presenting the challenges of the oil and gas sector, as well as addressing relevant issues such as the property and right to use the subsoil, including oil and the most relevant legal normative documents. An emphasis will be given to the analysis of the legislation that regulates the oil and gas sector in the current period. In this context, the main laws that regulate the oil and gas sector are also analyzed in order to contextualize the legal framework for investment in the oil sector and gas. Finally, the article outlines the policy currently in force for the production, exploitation of oil and gas. The legal regime and regulation of the oil and gas sector in Mozambique are strictly analyzed.*

SUMÁRIO 1. Contextualização. 1.1. Dos conceitos de Regulação às suas possibilidades. 2. Importância da Regulação. 3. Instrumentos para a busca de eficiência na escolha regulatória. 4. As Agências Reguladoras no contexto moçambicano. 4.1. Características das Entidades Reguladoras em Moçambique. 4.2. A atividade de regulação e as Entidades Reguladoras. 5. Entidade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique. 5.1. Instituto Nacional do Petróleo. 5.2. Atribuições e competências do Instituto Nacional do Petróleo. 5.3. Análise crítica sobre a não independência do Instituto Nacional do Petróleo como Autoridade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique. 5.4. Desafios do Instituto Nacional do Petróleo. 6. Alta Autoridade da Indústria Extractiva. 6.1. A estagnação do processo de instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva. 6.2. Análise crítica ao regime jurídico da regulação

* Doutorando em Direito; Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Mestre em Direito; Mestre em Administração Pública; Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás; Consultor e Docente Universitário, Secretario do Estado da Província de Manica.

** Mestrando em Direito Administrativo, na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Engenharia.

em Moçambique. 6.3. Análise crítica ao regime de regulação do sector petróleo em Moçambique (INP e AAIE). 7. Conclusão.

KEY-WORDS Legal Regime, Regulation, Oil and Gas (K Law and Economics; K2 Regulation and Business Law; K230 Regulated Industries and Administrative Law; K320 Environmental, Energy, Health, and Safety Law)

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Moçambique possui um enorme potencial energético, o que proporciona condições favoráveis para a satisfação não apenas das suas necessidades domésticas, bem como da região da África Austral e não só. Com efeito, as recentes descobertas de carvão mineral, cujas reservas são estimadas em mais de 20 mil milhões (10⁹) de toneladas, e de gás natural, com uma estimativa de 277 mil bilhões (10¹²) de pés cúbicos, associadas aos abundantes recursos hídricos cujo potencial é de 18.000MW, colocam Moçambique numa posição bastante privilegiada, na região e no mundo. O vasto potencial em energias renováveis, especialmente biomassa, energia solar e eólica, complementa o potencial de Moçambique como uma referência energética mundial. A abundância de recursos e a localização geográfica privilegiada de Moçambique propicia a instalação de várias indústrias de dimensão regional e mundial. Com a criação da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos E.E. (ENH) em 1981, a atividade de pesquisa ganhou um novo ímpeto, envolvendo várias empresas multinacionais, com a efetivação de mais de 25.000 quilómetros de sísmica, em terra e 760 quilómetros no mar, entre 1981 e 1986. Em 2000, a empresa Sul-Africana Sasol, que também conduziu importantes atividades de pesquisa, em parceria com a empresa nacional, subsidiária da ENH, a CMH S.A (Companhia Moçambicana de Hidrocarbonetos), assumiu um compromisso com o Governo de Moçambique por 25 anos para desenvolver um projeto de produção de 120 milhões de Giga Joules de gás natural para consumo em Moçambique e comercialização na África do Sul. Este compromisso permitiu viabilizar o projeto de gás natural a partir dos jazigos de Pande e Temane e a construção de um gasoduto de 865 km entre Temane e Secunda, na África do Sul, o que, por sua vez, permitiu ao país tornar-se o maior produtor e exportador de gás natural na região da África Austral. As reservas de gás natural atualmente provadas em Pande e Temane são estimadas em mais de 3,5 mil bilhões (10¹²) de pés cúbicos. Neste momento, em Moçambique as bacias

sedimentares que são objeto de atividades de pesquisa de hidrocarbonetos são as Bacias de Moçambique e de Rovuma.¹

1.1. Dos Conceitos de Regulação às suas Possibilidades²

a) Regulação

A literatura jurídica especializada vem destacar que o conceito de regulação guarda uma relação teleológica com a garantia de direitos fundamentais.

Márcio Aranha define-a nos seguintes termos: “A regulação, em síntese, é a presença de regras e actuação administrativa (law and government) de carácter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redireccionamento constante do comportamento das actividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais”.³

Sobre a regulação, Macuácuá⁴ aborda que a mesma se definiu porém, concretamente, numa ação mais restrita que associa à institucionalização de entidades independentes, aptas para restabelecer os esquemas regulatórios da regra de jogo e para definir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis.

Ainda Macuácuá⁵ aborda que o conceito regulação pública aqui adotado é menos amplo que o de intervenção na economia, visto que exclui a atividade direta do Estado como empresário, gestor ou produtor de bens e serviços, mas mais amplo do que a referida aceção corrente.

b) Regulação e o Direito

No meio jurídico o termo “regulador” também precedeu ao termo “regulação”, apresentando as suas primeiras aplicações tanto no campo do direito de Estado como no direito financeiro (Autin, 1995)⁶.

1 República de Moçambique, Conselho de Ministros, Plano Director do Gás Natural Aprovado na 16.ª Sessão do Conselho de Ministros, 24 de junho de 2014, pp. 3.

2 Rocha de Oliveira, 2014.

3 Aranha, 2015; Aranha, 2013.

4 Macuácuá, 2019: 93.

5 Macuácuá, 2019, 94.

6 Autin, 1995: 43-55.

O vocábulo “regulação” é muitas vezes utilizado como sinónimo de “regulamentação”. As relações entre regulação, direito e regulamentação não são sempre entendidas da mesma maneira, pois a regulação aparece concebida ora como um género do qual o direito seria uma espécie, ora como um tipo de direito. Portanto, a regulação, nessa conceção, seria uma variante de processo jurídico com ação sobre a Sociedade. Entretanto, a regulação ainda poderia ser concebida como oposta ao Direito, no sentido de ser mais rígida do que o próprio Direito (Jeammaud, 1998)⁷.

Duas ideias principais se ligam ao conceito etimológico de regulação no direito. Uma refere-se ao estabelecimento e implantação de regras e normas; outra à manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema (Moreira & Maças, 2003)⁸.

Desse modo, o conceito de regulação no direito pode ser considerado essencialmente sob dois pontos de vista: no primeiro, o direito é considerado como um meio de regulação (regulação dos comportamentos); no segundo, o direito é visto como um sistema. A regulação, então, refere-se aos meios de eliminação de contradições e de reforço de coerências (Brasil, 2003)⁹.

A regulação é tradicionalmente concebida como uma tarefa que consiste em assegurar, entre os direitos e as obrigações de cada indivíduo, o equilíbrio pretendido pela lei. Nessa conceção é atribuído ao Estado o papel de comandar diretamente os atores sociais, de estabelecer as “*règles de jeu*” e garantir que elas sejam respeitadas. Por conseguinte, a primeira tarefa da regulação é propriamente política, relevante diretamente ao legislativo e ao executivo. A segunda tarefa opera por meio das virtudes de neutralidade, de equidade e de humanidade, que se assemelham, de certo modo, com as tarefas esperadas de um juiz (Gazier & Cannac, 1984).

Num sentido restrito, Saldanha Sanches (2000)¹⁰ demonstra que a regulação é a criação de normas jurídicas que irão disciplinar o exercício de certas atividades, ou seja, é um acesso especial a determinados bens (o exercício de algumas atividades comerciais, por exemplo). Por assim dizer, a regulação é a negação da mão invisível de autorregulação do mercado, ou seja, uma

7 Jeammaud, 1998: 162-173.

8 Moreira & Maças, 2003.

9 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde*. Brasília, DF, 2003. v.1. (Série E. Legislação de Saúde).

10 Saldanha Sanches, 2000: 10.

afirmação da mão confiscadora do Estado, que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na Sociedade. Ainda nessa direção, Pessoa (2004)¹¹ propõe uma conceção mais ampla de regulação no âmbito jurídico. Trata-se de definir a regulação não apenas como correção de distorções do mercado, mas como um instrumento político fundamental, de caráter social.

Destaca-se que o vocábulo “regulação” surgiu no direito a partir do movimento de reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da manutenção da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se como necessário regular as atividades objeto de concessão, assegurando assim a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência. Portanto, o conceito de regulação no direito incide no âmbito das atribuições do Estado e da sua interferência na economia (Di Pietro, 2004)¹².

Embora esse conceito possa ser aplicado sobre qualquer objeto social, é especialmente no âmbito da economia estatal que ele vem sendo utilizado mais frequentemente no direito brasileiro. Consequentemente, é na esfera do direito económico, ou direito administrativo económico, que esse tema tem sido mais discutido.

Di Pietro (2004) propõe que o conceito deve abranger, além do aspeto económico, outras áreas das quais se destacam os serviços públicos exclusivos e os não exclusivos do Estado. Além disso, a autora reconhece a regulação como um novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado e sujeito às transformações ocorridas no objeto regulado. A regulação é um direito que, no entanto, convive com outras formas tradicionais de produção legislativa (imperatividade, generalidade e abstração).

i. Regulação e o Direito Administrativo

O Direito Administrativo tipicamente acompanha as mudanças e transformações no modelo de Estado vigente, facto esse que é facilmente verificável pela própria evolução histórica da matéria. Do Estado absoluto ao Estado social, o Direito Administrativo sempre desempenhou diferentes papéis¹³. Atualmente, a implementação do chamado Estado regulador representa relevantes alterações no Direito Administrativo. Marcado especialmente pela

11 Pessoa, 2004.

12 Di Pietro, 2004.

13 Hachem, 2013: 340-399.

tentativa de reduzir o tamanho do Estado, entregando parte das atividades à iniciativa privada e descentralizando funções administrativas entre entes estatais, o Estado regulador passa do papel de prestador de serviços, para assumir a figura de gestor¹⁴.

Disso decorre que o Direito Administrativo passa a ser aplicado por uma diversidade de entes, cada um visando suas competências específicas e adequando-se às necessidades técnicas e jurídicas do sector económico regulado.

Visando acompanhar as rápidas transformações da atualidade e as especificidades de cada sector económico, a Lei passa a conferir aos entes reguladores um largo campo de discricionariedade, definindo suas competências com base em princípios, em termos genéricos e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, cada ente com competência regulatória acaba por adotar seus próprios princípios e parâmetros de atuação, agindo com uma larga escala de discricionariedade. Surge, com isso, a chamada escolha regulatória.

O Estado regulador, então, deixa de exercer diretamente uma série de atividades até então por ele monopolizadas. Em um sentido amplo, isso compreende a quebra de monopólios, a desregulação, a concessão e permissão de serviços públicos e a terceirização. Com isso, a iniciativa privada passa a exercer uma série de atividades até então monopolizadas pelo Estado, como serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias e outros. Por um lado, o estado abstém-se de exercer essas atividades que o particular tem condições de prestar, por outro, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, especialmente quando isso for de interesse público¹⁵.

ii. Regulação e a Economia

É a partir da teoria económica neoclássica que a questão da regulação económica se relaciona com a existência de falhas de mercado. Para Posner (1974)¹⁶ a regulação consiste na imposição de regras e controlos pelo Estado, suportadas por meio de sanções e com a finalidade de dirigir, restringir ou alterar o comportamento económico de indivíduos ou empresas. O autor destaca ainda que a regulação também é a intervenção estatal, por meio de taxações, subsídios e controlos legislativos e administrativos sobre as atividades económicas.

14 Hachem, 2013: 340-399.

15 Hachem, 2013: 340-399.

16 Posner, 1974: 335-358.

Silva (2002/2003)¹⁷ destaca que as falhas de mercado constituem razões suficientes para a formulação de políticas regulatórias. Essas falhas estão relacionadas com quatro fatores: *i*) diferentes estruturas de mercado (concorrência perfeita, concorrência monopolista, oligopólio e monopólio); *ii*) existência de externalidades e a ausência de informações completas (informação assimétrica); *iii*) existência de bens públicos (devido às características de não rivalidade e não exclusividade); e *iv*) monopólios naturais.

Nesse mesmo sentido, Baldwin & Cave (1999) defendem que a regulação económica é justificada pelo facto de que o mercado não controlado falharia na produção de comportamentos ou resultados correspondentes com o interesse público. Assim, a regulação é entendida como uma restrição exercida pelo Estado sobre a atividade de mercado.

Esses autores descrevem quatro modelos de ação da regulação, considerando a intervenção direta do Estado: *i*) modelo eletivo – trata-se do modo menos intervencionista, em que o Estado impõe regulação somente para corrigir as falhas de mercado; *ii*) modelo diretivo – o Estado usa a sua influência como comprador ou regulador para estimular certos tipos ou padrões de serviço; *iii*) modelo restritivo – o Estado limita o que é disponibilizado no mercado; e *iv*) modelo prescritivo – o Estado define o critério de oferta de serviços no mercado.

Possas, Pondé & Fagundes (1997) postulam que o objetivo central da regulação é o aumento do nível de eficiência económica dos mercados nas suas três dimensões (produtiva, alocativa e distributiva). Logo, defendem que a regulação não diz respeito apenas ao estímulo da concorrência como um fim em si mesmo e ressaltam que existem dois padrões básicos de regulação: a regulação ativa, de carácter mais interventivo (regulação de serviços públicos e de infraestrutura, *utilities*) e a regulação reativa, destinada à prevenção e à repressão de condutas anticompetitivas (regulação de mercados em geral).

Mitnick (1989) define que “la regulación es la política administrativa pública de una actividad privada con respecto a una regla prescrita en el interés público”, fundamentada partir de três elementos essenciais: intencionalidade, restrição e eliminação. Desse ponto de vista, a regulação económica consiste numa interferência dirigida, guiada e controlada, ou seja, uma interferência deliberada, cujo efeito é intencional.

17 Silva, 2003: 193-226.

Segundo Boyer & Saillard (2002)¹⁸, o conceito de regulação empregue nessa teoria é derivado, fundamentalmente, do conceito de regulação da biologia. O modo de regulação descreve o conjunto de retroações positivas e negativas da regulação para a estabilidade de um complexo sistema de interações (sistemas sociais). Assim, a regulação aplicada na economia denota o processo dinâmico de adaptação da produção e da demanda social, resultante da conjugação de ajustamentos económicos ligados a uma dada configuração de relações sociais.

Bruno (2005)¹⁹ aponta que a conceção de regulação na abordagem *regulatória* francesa distingue-se da definição de regulação derivada das análises anglo-saxónicas, de conteúdo microeconómico, ao atribuir ao conceito de regulação um estatuto teórico macroeconómico, que é operado a partir de formas estruturais que ultrapassam a esfera do Estado. A noção de regulação, destarte, procura expressar a ideia de coerência e compatibilidade entre as estruturas de oferta e demanda, em interação dinâmica. Portanto, a regulação não é simplesmente um estado de equilíbrio estático, alcançável por mecanismos de mercado, como é defendido nas abordagens tradicionais da teoria económica.

A questão fundamental levantada na teoria da regulação é compreender as dinâmicas económicas e sociais, considerando a variação do tempo e do espaço. Trata-se de um conjunto articulado de conceitos que visam a explicar, de um lado, o crescimento capitalista e, do outro, as suas crises cíclicas. O conceito de regulação direciona-se a um modo de regulação que contempla as seguintes propriedades: *i*) reproduzir as relações sociais fundamentais, por meio de formas institucionais; *ii*) sustentar e dirigir o regime de acumulação; e, *iii*) assegurar a compatibilidade dinâmica de um conjunto de decisões descentralizadas (Nascimento, 1993)²⁰.

iii. Regulação, Sociologia e Ciências Políticas

D'Hombres (2007)²¹ apresenta uma pesquisa do significado da terminologia regulação na sociologia e na ciência política, a partir de uma perspetiva histórica. Defende que a compreensão sobre a regulação passa pela discussão sobre as questões relativas à normatividade. Para tanto, são considerados três

18 Boyer & Saillard, 2002.

19 Bruno, 2005: 337-356.

20 Nascimento, 1993: 120-136.

21 D'Hombres, 2007: 127-151.

pontos significativos. O primeiro é de ordem prática: trata-se de saber o que deve ser norma ou princípio em matéria de política económica (intervencionismo *versus* não intervencionismo estatal). Os seguintes são questões de ordem teórica: de um lado, a compreensão do próprio conceito de regulação (definição maximalista *versus* minimalista) e, de outro, a identidade que deve ser conferida ao regulador (Estado regulador *versus* mercado autorregulado) e ao campo de intervenção (extensão sociológica *versus* económica do conceito de regulação).

Ainda para este autor, Spencer²² empregou o conceito de regulação social a partir do conceito de regulação fisiológica, sugerido pelo emprego da expressão hipocrática de *vis medicatrix naturæ*. A Sociedade é apresentada, desse modo, como um ser vivo, um organismo social. Destaca que essa ideia, de norma intrínseca à organização, encontra correspondência com certos usos da terminologia da regulação na sociologia e na ciência política, bem como na própria fisiologia. Pois a regulação tornou-se uma palavra familiar aos sociólogos, não menos do que aos economistas e juristas.

Do mesmo modo que o sistema nervoso seria o regulador dos animais superiores, o Estado seria o regulador das sociedades civilizadas, segundo o pensamento de Spencer²³. Esses reguladores tornar-se-iam cada vez mais perfeitos à medida que se alcançasse um estado mais avançado de desenvolvimento da organização. É patente que essas metáforas vão ao encontro do princípio de intervenção do Estado na vida económica. Evidentemente, isso representaria um paradoxo para o pensamento liberal de Spencer e tantos outros organicistas sociais.

iv. Regulação e suas possibilidades

Constata-se que a noção primordial do conceito de regulação surgiu a partir de uma metáfora tecnológica, pois a sua ideia inicial é uma derivação do funcionamento de dispositivos técnicos (reguladores). No decorrer de sua história, foram incorporadas e desenvolvidas diversas outras ideias. A sua aplicação aconteceu em muitos domínios do conhecimento, o que resultou, progressivamente, numa polissemia conceptual. Assim, não é possível identificar apenas um conceito, o conceito de regulação, mas uma diversidade

22 Hebert Spencer (1820-1903), filósofo inglês, é considerado o fundador do darwinismo social, por defender a seleção natural na sociedade (biologismo social). Autor de inúmeras obras, tais como *Estática Social* (1851) e *Sistema de Filosofia Sintética* (publicada em dez volumes entre 1864 a 1892). Para mais informações consultar Rumney, 1966.

23 Rumney, 1966.

de conceitos que se fundamentam a partir de diferentes ideias e referenciais teóricos (Oliveira & Elias, 2012)²⁴.

2. IMPORTÂNCIA DA REGULAÇÃO

A função do Estado regulador concretiza, mediante o exercício de competências de supervisão e regulação, uma «*presença pública indirecta na economia*», e implica a assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das atividades económicas na «*sociedade de risco*»²⁵.

O exercício da regulação pelo Estado traduz-se, assim, no estabelecimento de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, com o intuito de reforçar ou controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, que se poderão agrupar em: (i) *poderes de informação e acompanhamento*, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sob a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público; (ii) *poderes normativos*, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado; (iii) *poderes de decisão concreta*, nos quais se incluem os poderes do regulador de atribuir autorizações e licenças, de manter registos, etc.; (iv) *poderes de fiscalização concreta*, através dos quais o regulador verifica a observância daquilo que tenha sido por si determinado; e (v) *poderes sancionatórios*, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e retribuição de violações perpetradas pelas entidades reguladas²⁶.

Pese embora, na realidade, o termo “regulação” se prenda mais com os poderes normativos atribuídos ao regulador, consubstanciando-se no acompanhamento do mercado e do sector económico em causa, gerando diretrizes e determinações de carácter genérico e, por outro lado, o termo “supervisão” se prenda mais com os poderes de acompanhamento da atividade das entidades reguladas, corporizando-se em atos administrativos, determinações concretas e/ou sanções, a verdade é que esta última expressão se tem vulgarizado, sendo hoje geralmente aceite como compreendendo ambas as realidades.²⁷

24 Oliveira & Elias, 2012: 571-576.

25 Teixeira de Figueiredo, 2006.

26 Menezes Cordeiro, 2006; 739 e ss.

27 Malaquias, Martins, Oliveira & Flor, 2009: 41-42.

Assim, poderá dizer-se que o termo “supervisão” tem, hoje, um sentido amplo, que abrange quer a regulação, quer a supervisão (em sentido estrito). A partir deste conceito, convirá, ainda, distinguir entre (i) *supervisão prudencial*, entendida como aquela que se destina a assegurar os valores de prudência na atuação dos agentes económicos e também os de confiança do público, visando a prevenção de riscos, a solvência e liquidez financeira das instituições reguladas, e, portanto, exercida *ex ante*, e (ii) *supervisão comportamental*, mais associada a um controlo *ex post* da atividade das entidades reguladas junto dos consumidores, no intuito de obrigar ao cumprimento das regras vigentes pela aplicação de sanções aos agentes infratores.

3. INSTRUMENTOS PARA BUSCA DA EFICIÊNCIA NA ESCOLHA REGULATÓRIA²⁸

O modelo económico estatal baseado na escolha regulatória, favorecedor da discricionariedade administrativa em detrimento da Lei rígida que se propunha a prever todas as situações possíveis, é caracterizado pela busca de uma “actuação eficiente e com foco no bem-estar social mediante ponderação nos conflitos distributivos, à luz de princípios – não apenas regras – que trabalham com categorias económicas”.²⁹

Desta afirmação destacam-se dois pontos relevantes: (a) o modelo económico é caracterizado por conflitos distributivos; e (b) o modelo económico é baseado em princípios. Cabe, então, analisar a relevância desses dois pontos para o Direito Administrativo do Estado regulador.

Diante disso, o Direito Económico e a análise económica do direito ganham relevância como ponto de interseção entre Direito e Economia, dando função ativa à Lei e ao Direito, permitindo conhecer os seus efeitos, consequências práticas e moldando Instituições aptas a implementar o desenvolvimento.

No entanto, como alertam Decio Zylberstajn e Rachel Stajn, essa análise seria incompleta se não fossem levadas em conta as Instituições, entendidas como conjunto de regras e organizações que regulam relações sociais³⁰.

De modo que, segundo os autores, “a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato

28 Blanchet & Bacellar, 2017: 1139-1144.

29 Guerra, 2017: 73-74.

30 Zylbersztajn & Stajn, 2005: 3.

metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de relevante interesse social”.³¹

Nesse contexto, o Direito Económico pode ser visto como uma ferramenta de construção institucional, pois, de um lado o desenvolvimento depende de boas decisões políticas e, de outro, depende da forma como o Direito molda as estruturas institucionais para converter as decisões políticas em realidade, representando uma “variável importante na determinação da eficácia das políticas de desenvolvimento e, por extensão, no grau de efetividade dos direitos que elas visam garantir e fomentar”³².

Sendo assim, se a modelagem de estruturas institucionais é essencial para a realização dos direitos no plano físico, e se no Estado regulador cabe à Administração – por meio de entes reguladores dotados de considerável discricionariedade na prática dos atos a qual são incumbidos – a modelagem das estruturas institucionais, deve esta valer-se dos instrumentos aptos a garantir a adequada modelagem das instituições, possibilitando efetivar os direitos que visam garantir. Num segundo ponto, se o novo modelo económico, é baseado em princípios, e se os princípios podem colidir, exigindo-se que um deles ceda em favor de outro em determinado caso concreto,³³ deve a Administração buscar elementos aptos a permitir uma escolha consciente e eficiente sobre qual princípio deve prevalecer.

Trata-se, aqui, da aplicação de técnica hermenêutica baseada na identificação, valoração e comparação de interesses contrapostos³⁴.

A ponderação de princípios na tomada de decisões administrativas, entretanto, não pode ser utilizada desvinculada de critérios e métodos de justificação e tomada de decisão, sob risco de tomada de decisões irracionais, ou de decisões desprovidas de vinculação com seus princípios informadores.

Sobre a ponderação de princípios na tomada de decisões, Fernando Leal³⁵ defende a racionalização da ponderação pela identificação dos caminhos pelos quais os participantes de um processo de tomada de decisões devem passar, sendo que, a observância de um roteiro de justificação previamente fixado pode contribuir para a racionalidade dos resultados da ponderação. Alerta o autor que os métodos podem, por um lado, “tornar a ponderação

31 Zylbersztajn & Stajn, 2005: 4.

32 Coutinho, 2016: 217-253.

33 Alexy, 2014: 93.

34 Aleinikoff, 1987: 945.

35 Leal, 2014, 177-209.

mais organizada, transparente, compreensível e clara; por outro, eles podem limitar, mesmo que de maneira fraca, a discricionariedade do tomador de decisões, na medida em que podem reduzir o conjunto de alternativas decisórias disponíveis”.³⁶

É nesse mesmo sentido que Luís Manuel Fonseca Pires³⁷ defende que o que confirma ou infirma a legitimidade do ato discricionário – no seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa – é o procedimento de ponderação da Teoria dos Princípios. Além de, ainda, sujeitar-se ao controlo do seus pressupostos, elementos vinculados, competência, motivo e finalidade.³⁸

A Teoria da Ponderação dos Princípios, então, para além de instrumento apto a balizar a melhor escolha para o administrador, é também entendida como elemento essencial à legitimidade do ato discricionário.

Para além da legitimidade, a ponderação é relevante, especialmente, para a própria busca da eficiência em si. Isso porque “os processos de aplicação de princípios colidentes devem buscar uma composição eficiente entre as normas. Neste aspecto, a busca pelo resultado ótimo (eficiência) é um dever estrutural de aplicação de princípios jurídicos”³⁹. O que visa a ponderação de princípios é atingir o Ótimo de Pareto, situação em que a alocação de recursos melhora a condição de uma das partes, sem piorar a condição de nenhuma outra⁴⁰. No caso dos Princípios, o critério do Ótimo de Pareto “impede intervenções negativas em princípios que possam ser evitadas sem custos para outros princípios”⁴¹.

O desafio do Direito Administrativo, aqui, é adotar procedimentos de ponderação, de modo a garantir que a aplicação de princípios colidentes seja feita de maneira eficiente, transparente, democrática, e respeitadora do interesse público envolvido na atividade do regulador.

Entretanto, não basta que o Direito Administrativo adote métodos eficientes para balizar a escolha regulatória. Aliado a tudo isso, cabe também ao Direito Administrativo moderno garantir a realização de direitos sociais e fundamentais nos ambientes regulados, o que, constitui um segundo desafio.

36 Leal, 2014: 177-209.

37 Pires, 2013: 247.

38 Pires, 2013: 247.

39 Leal, 2008: 18.

40 Mackaay & Rousseau, 2014: 122.

41 Leal, 2008: 18.

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO MOÇAMBICANO

O debate sobre as agências reguladoras em Moçambique ainda não ganhou muita relevância como se podia esperar. Apesar do papel fundamental que estas jogam, são poucos os estudos desenvolvidos a refletir sobre a sua eficácia. Mesmo assim, o pouco debate que tem sido desenvolvido iniciou com a introdução, no ordenamento jurídico moçambicano, nos finais da década de 90, dos primeiros órgãos reguladores vocacionados ao exercício da regulação e fiscalização de atividades vitais da economia, tais como telecomunicações, água ou energia⁴².

No contexto moçambicano, as agências reguladoras foram introduzidas na tentativa de se abandonar uma conceção de Estado altamente centralizado, o qual foi ativo no campo da economia, pretendendo transferir para atores privados o essencial das atividades que antes detinha a título de monopólio ou quase-monopólio e assumir o papel de normalizador e de fiscalizador⁴³.

Dito de outra forma, com a abertura do mercado à iniciativa privada, iniciada em 1986 como resultado da pressão dos doadores e, mais concretamente, com a sua consagração na Constituição da República (CRM) de 1994, deixou de haver um controlo direto do Estado sobre o sector da economia, o que por si obrigava o surgimento de novas entidades com a função de regular o referido sector, mas de forma independente. Por este facto, e visando substituir o papel que anteriormente era desempenhado pelo Estado, foram sendo criados diversos institutos com a função de regulação⁴⁴.

Apesar de estes institutos já terem sido estabelecidos há algum tempo, os mesmos mantêm características que os tornam como uma extensão do poder executivo (tuteladas pelos ministros das respetivas áreas de atuação e, por isso, não independentes). Aliás, o país não tem tradição em termos conceptuais do que são entidades reguladoras independentes, o que seria conseguido através da elaboração e aprovação de uma lei-quadro que indicasse as principais características de que as mesmas deviam obrigatoriamente estar investidas para que como tal fossem consideradas.⁴⁵

42 Cistac, 2007: 4.

43 Cistac, 2007: 4.

44 Baltazar, 2016.

45 Baltazar, 2016.

No geral, quando se fala de agências reguladoras no contexto moçambicano, o entendimento que se tem, sobretudo olhando para o quadro legal⁴⁶, é que estas têm o objetivo de contribuir para o desenvolvimento económico nacional e para o bem-estar das populações, bem como em promover vários outros objetivos de interesse geral, principalmente da garantia da execução do serviço público e da sua qualidade e a proteção dos utentes deste serviço⁴⁷.

4.1. Características das Entidades Reguladoras em Moçambique

O fenómeno da regulação constitui um dos temas centrais do moderno Direito Administrativo. Assiste-se hoje a um fenómeno de privatização da prossecução de interesses públicos, com os privados a serem colocados na posição de agentes dessa função, desempenhando em mercado concorrencial – ou a este equiparado – tarefas que revestem manifesto interesse público e dimensão coletiva. Nasce assim a função de regulação do Estado, e o denominado Estado Regulador, que se mantém indiretamente presente na economia, através da assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das atividades económicas⁴⁸.

Esta atividade de regulação do Estado tem-se mantido em consonância com a prioridade dada ao mercado, como instrumento nível de intervenção pública é essencial para a correção de falhas e desequilíbrios que um mercado desregulado tende a produzir. A regulação aparece, assim, como um elemento essencial e constitutivo do mercado, procurando garantir o seu funcionamento em regime de livre concorrência⁴⁹.

Efetivamente, o fenómeno de regulação da economia pode ser encontrado em todas as áreas em que os mecanismos de regulação autónoma e da livre concorrência não funcionam, tornando necessária a intervenção da norma jurídica⁵⁰. Mas, devido ao facto de a produção de bens destinados ao consumo ser uma atividade que deve ser deixada ao mercado, e só ao mercado, a atividade reguladora da economia é encarada como uma situação excecional, a exigir legitimação⁵¹.

46 Artigo 4.º do Decreto n.º 72/98 de 23 de dezembro, que cria a base que permite um quadro de gestão delegada de abastecimento de água.

47 Caers, et al, 2006:1.

48 Calvão da Silva, 2008: 35 e ss.

49 Teixeira de Figueiredo, 2006.

50 Saldanha Sanches, 2000: 10.

51 Saldanha Sanches, 2000: 10.

Essa nova função do Estado tem que ser juridicamente controlada, justificando a criação de um Direito da Regulação Pública, se não através da lei, pelo menos em virtude do trabalho dos juristas⁵².

4.2. A atividade de regulação e as Entidades Reguladoras

As recentes opções na área da regulação têm passado finalmente por libertar o Estado dessas tarefas, entregando-as a entidades independentes, quer dos operadores económicos do sector objeto de regulação, quer do próprio poder político, ainda que os seus titulares sejam por estes nomeados. São estas entidades que se têm vindo a denominar como entidades reguladoras independentes, que se têm vindo a multiplicar nos últimos anos. As finalidades que presidem à criação destas entidades são essencialmente duas: em primeiro lugar, uma intenção de neutralidade, instituindo uma espécie de poder neutro da Administração Pública; em segundo lugar, uma intenção de eficácia, em ordem a permitir a supressão da tradicional morosidade e ineficiência da administração direta do Estado⁵³.

Na sua essência, essas entidades reguladoras surgiram com o papel de definir normas regulamentares e realizar a fiscalização das entidades por si reguladas, no sentido de salvaguardar o interesse público. Para o efeito, devem possuir condições de capacidade, quer em termos de recursos humanos, assim como em termos de recursos financeiros, para permitir que o exercício das suas funções seja de forma efetiva. Igualmente, as entidades reguladoras devem, normalmente, atuar de forma independente, evitando interferências de quem quer que seja, para deste modo favorecer a conciliação dos interesses das partes envolvidas nos serviços regulados.

Em muitos contextos, particularmente em Moçambique, essas condições de capacidade e independência têm sido um grande problema para a atuação efetiva das agências reguladoras. Muitas entidades reguladoras podem até estar revestidas de bons instrumentos para o exercício das suas funções, mas decorrente das suas sérias limitações financeiras e até de poder, tornam-se incapazes de garantir a prossecução do interesse público.

As entidades reguladoras, pela sua natureza, são entidades cuja função consiste em fomentar a regulação do mercado, com vista a impedir o abuso das empresas, garantido deste modo excelência e padrões de qualidade⁵⁴. Para

52 Vera-Cruz Pinto, 2005: 168.

53 Blanco de Morais, 2001: 118-119.

54 Godoy, 2014.

a prossecução da sua função, estas entidades, normalmente, atuam de forma independente na definição de políticas e estratégias sectoriais.

Essa independência, entretanto, não está isenta de limitações que, por sua vez, colocam em causa a prossecução do interesse coletivo. Tais limitações tem, em muitos contextos, sido resultante da captura das agências reguladoras por parte das entidades reguladas, que, por sua vez, fazem com que a agência perca a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo, passando a reproduzir atos destinados a legitimar a prossecução de interesses privados dos segmentos regulados⁵⁵.

5. ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR DE PETRÓLEO E GÁS EM MOÇAMBIQUE

5.1. Instituto Nacional do Petróleo

Tomando-se necessária a criação de uma entidade reguladora, responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas em Moçambique, ao abrigo do disposto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 153.º da Constituição da República, decretado pelo Conselho de Ministros, foi criado o Instituto Nacional de Petróleo, abreviadamente designado por INP. O INP é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial que desempenha as suas funções em conformidade com a legislação aplicável, assegurando-se-lhe as prerrogativas necessárias ao exercício adequado das suas competências com base na isenção, capacidade técnica e imparcialidade. O INP é tutelado pelo Ministro que superintende a área de Petróleo.

Nos termos do artigo 3.º do Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, para a prossecução do seu objeto, o INP tem as seguintes atribuições:

- a)* Regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas;
- b)* Preservação do interesse público e do “meio ambiente” estabelecendo as necessárias condições técnicas, económicas e ambientais, promovendo a adoção de práticas que estimulem a utilização eficiente dos recursos e

55 Justen Filho, 2013.

- a existência de padrões adequados de qualidade do serviço e de defesa do meio ambiente;
- c) Organização, manutenção e consolidação do acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria de petróleo, das reservas nacionais de petróleo e da informação produzida;
- d) Mediação, conciliação e arbitragem, quando lhe seja solicitada, devendo proceder de conformidade com o acordado pelas partes e com a legislação em vigor.

5.2. Atribuições e Competências do Instituto Nacional do Petróleo

Nos termos dos artigos 3.º e 4.º do Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, constituem atribuições e competências do INP, entre outras, a regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como a preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas e a gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos.

O n.º 2 do artigo 22.º, da Lei n.º 21/2014, Lei dos Petróleos, dispõe que o INP é a entidade reguladora responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas, pelo ministério que superintende a área de petróleo e gás, responsável pelas diretrizes para a participação do sector público e privado na pesquisa e exploração, dos produtos.

Compete ao INP zelar pelo cumprimento dos requisitos de Emergência e Contingência, Segurança e Proteção ao Meio Ambiente, pelos operadores do sector de petróleo e gás, segundo o disposto na alínea *i*) do n.º 3 do artigo 4.º do seu Estatuto Orgânico⁵⁶.

5.3. Análise crítica sobre a não independência do Instituto Nacional do Petróleo como Autoridade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique

De acordo com o estabelecido no artigo 7.º do Decreto em alusão⁵⁷, o INP é dirigido por um Conselho de Administração composto por um mínimo de três (3) e um máximo de cinco (5) membros. Todos eles executivos que exercem a sua atividade em regime de exclusividade. Os membros do Conselho de Administração deverão ser pessoas de reconhecida idoneidade, conhecimento técnico e experiência em matérias relevantes no âmbito das

⁵⁶ Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, que aprova o Estatuto Orgânico do Instituto Nacional do Petróleo.

⁵⁷ Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, que aprova o Estatuto Orgânico do Instituto Nacional do Petróleo.

atribuições e competências do INP. O Presidente do Conselho de Administração é nomeado e exonerado pelo Conselho de Ministros, sob proposta do ministro de tutela. Cabe ao ministro de tutela nomear e exonerar os restantes membros do Conselho da Administração sob proposta do seu Presidente⁵⁸.

O regime que estabelece a nomeação e exoneração do Presidente do Conselho de Administração, prejudica a independência do órgão regulador e não cria as condições para o exercício das funções de regulação com a necessária equidistância em relação ao Governo, pois o critério da escolha da pessoa a nomear é discricionário e, neste caso, acaba sendo o da confiança política, o que cria uma relação de dependência do nomeado em relação a quem tem poder de o nomear e exonerar. A realização de um procedimento concursal público seria o melhor modelo para a escolha do Presidente do Conselho de Administração, para garantir a necessária transparência, isenção, imparcialidade e independência⁵⁹.

5.4. Desafios do Instituto Nacional do Petróleo

Moçambique precisa de uma Autoridade Reguladora Independente para o sector de petróleos e com poderes de supervisão, para garantir que os ganhos para o Estado são maximizados, através de uma avaliação adequada e isenta das operações das empresas que exploram recursos petrolíferos no país⁶⁰.

Devido ao atual figurino do INP, Moçambique tem, atualmente, incorrido em perdas significativas de receitas, uma situação que se poderá repetir no futuro. As experiências de vários países, incluindo Moçambique, mostram que as empresas recorrem a uma série de táticas para reduzir a sua carga fiscal, incluindo inflação de custos, transferência de preços, subvalorização da qualidade dos recursos, entre outros. Igualmente, manipulam os pressupostos de viabilidade dos projetos de modo a terem aprovação do Governo e, no final, os resultados são desfasados da realidade “vendida”. Para lidar com estes desafios, a entidade reguladora deve ter outras competências e ser de facto independente.⁶¹

58 Macuácuca, 2020: 58.

59 Macuácuca, 2020: 58.

60 Centro de Integridade Pública, Indústria Extractiva em Moçambique – INP Longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero, edição n.º 42017 – de 22 de outubro de 2017.

61 Centro de Integridade Pública, Indústria Extractiva em Moçambique, INP: longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero, edição n.º 42017, 2017.

Neste momento, o INP, entidade reguladora do sector petrolífero, no seu atual figurino, está longe de ser a autoridade reguladora independente de que o país precisa para responder cabalmente aos desafios existentes e futuros, por razões tais como o INP estar subordinado à entidade que é indigitada pelo Conselho de Ministros para assinar os contratos, qual seja o ministro que superintende a área petrolífera⁶². Esta situação resulta, por um lado, em limitada independência e, por outro, em conflitos de interesses, em que o ministro pode interferir no trabalho do INP, tendo em conta que o Governo é parte muito interessada nos projetos. Na verdade, o INP acaba exercendo, mais, papel de assessor técnico e de consulta, quer do MIREME, quer do Conselho de Ministros, concretamente nas matérias ligadas ao sector petrolífero⁶³.

Entretanto, nem as atribuições, nem as competências do INP, previstas no seu Estatuto Orgânico respondem ao que se espera de uma autoridade reguladora do sector petrolífero, visto que, por exemplo, na fase de pesquisa não faz uma aferição detalhada dos custos previstos, visando apurar se os mesmos são razoáveis, bem como depois de incorridos, a devida certificação para garantir que não haja inflação. Igualmente, não se sabe em que medida o controlo de custos do INP pode permitir captar custos inflacionados intencionalmente⁶⁴.

Para garantir que o INP seja, de facto, uma Autoridade Reguladora Independente para o sector petrolífero, há uma série de medidas que devem ser urgentemente tomadas⁶⁵.

- (1) Retirar a tutela do Ministério dos Recursos Minerais e Energia e garantir que o órgão presta contas ao Parlamento.
- (2) A tutela em relação ao Ministério dos Recursos Minerais e Energia pode ser mantida, em caso de se pretender ter um regulador com funções meramente de regulamentação e promoção do sector petrolífero. Entretanto, será urgente criar numa autoridade reguladora independente de facto e com função de supervisão e poder vinculativo.
- (3) Garantir a integração de todas as partes interessadas no Conselho de Administração e de forma transparente, removendo qualquer possibilidade de indicação por confiança política. Estas formas de integração estarão em linha com o artigo

62 *Idem.*

63 *Idem.*

64 *Idem.*

65 *Idem.*

14.º da Lei de Bases e Organização e Funcionamento da Administração Pública (Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro).

(4) De modo a garantir segurança dos gestores, inspetores no exercício das suas funções, em estrito respeito à Lei e em defesa dos interesses do Estado, é importante que sejam atribuídas algumas garantias de inamovibilidade durante a vigência do seu mandato.

(5) Finalmente, rever o Estatuto Orgânico do INP e a Lei de Petróleos.

6. ALTA AUTORIDADE DA INDÚSTRIA EXTRACTIVA

A Assembleia da República criou, através da Lei de Minas (Lei n.º 20/2014, de 18 de agosto) a Alta Autoridade da Indústria Extractiva (AAIE), uma entidade que devia ser estabelecida pelo Governo até finais de agosto de 2015. Numa disposição atípica, a Lei deixa para o Governo a definição do enquadramento legal, incluindo competências, composição e mecanismo de designação dos membros⁶⁶.

A Alta Autoridade da Indústria Extractiva é parte do processo de criação de capacidade de regulação. Neste momento, a regulação do sector mineiro é garantida pelo Instituto Nacional de Minas (INM) e Inspeção Geral de Minas, e no sector de hidrocarbonetos pelo INP que, ao mesmo tempo, é a entidade reguladora. Para além de regularem as operações petrolíferas e mineiras, propondo políticas, fazendo o licenciamento, avaliando e atualizando o potencial de recursos mineiros no país, entre outros, estas entidades fazem a monitoria e fiscalização da implementação dos projetos em sede dos contratos⁶⁷.

A AAIE seria a entidade que, entre outras atividades, se ocuparia de realizar sindicância a estes projetos. Tomando como exemplo a experiência da Tanzânia, em 2009 o Governo formalizou os esforços de supervisão da coleta de receitas da exploração dos recursos mineiras, através do estabelecimento de uma autoridade semi-autónoma de auditoria da atividade mineira, a Agência de Auditoria Mineira da Tanzânia (TMAG, sigla inglesa)⁶⁸. Esta

66 Centro de Integridade Publica de Moçambique, Monitoria e Fiscalização da Indústria Extractiva – Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser independente, serviço de partilha de informação, boa governação, transparência e integridade – Edição n.º 11/2015 – agosto – Distribuição Gratuita.

67 *Idem*.

68 Centro de Integridade Publica de Moçambique, Monitoria e Fiscalização da Indústria Extractiva – Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser independente, serviço de partilha de informação, boa governa-

entidade tem a missão de assegurar valores exatos do imposto de produção, fazer análise independente das quantidades e qualidade dos minerais produzidos e exportados através de uma monitoria no local da mina, análise independente de amostras dos minerais e uma monitoria regular dos preços de mercado. Isso mostra que, por um lado, uma entidade como a AAIE pode ajudar o Governo a obter receitas devidas pela exploração dos recursos minerais, detetando as tentativas de evasão fiscal por parte das empresas, auxiliando a Autoridade Tributária, bem como pode ajudar a prevenir conflitos de interesse e corrupção por parte do poder público. Por outro lado, entidades como a AAIE podem ter um papel virado para a monitoria da utilização dos recursos provenientes da indústria extrativa, como ocorre no Gana que aprovou, em 2011, a Lei de Gestão das Receitas de Petróleo (*Petroleum Revenue Management Act*) que estabelece as linhas de orientação para a utilização das receitas geradas pela exploração de petróleo naquele país. E para garantir a implementação de tais princípios, a Lei cria, na secção 51, o “*Public Interest And Accountability Committee*” – Comité de Interesse Público e Prestação de Contas (PIAC)⁶⁹.

Os exemplos mostram que é importante e urgente o estabelecimento da AAIE, mas a sua relevância depende de melhor enquadramento legal, no sentido de conferir independência perante o poder público, quer em termos de competências, composição e mecanismo de designação dos seus membros, que deve ser baseada na competência profissional. A disposição atual da lei prevê que a AAIE preste contas ao Conselho de Ministros. Provavelmente o melhor seria dispor que a AAIE preste contas ao Parlamento, o que pressupõe revisão do n.º 1 do artigo 25.º da Lei de Minas⁷⁰.

Para uma melhor clarificação, a Constituição da República de Moçambique (CRM) devia ter previsto expressamente a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, definindo, em termos gerais, a sua natureza jurídica⁷¹.

69 *Idem*.

70 *Idem*.

71 *Idem*.

6.1. A Estagnação do processo de instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva

A Lei n.º 20/2014 de 18 de agosto (Lei de Minas) no seu artigo 25.º estabeleceu a obrigatoriedade de criação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva e estipulou um prazo de 12 meses para a sua instalação, e a Lei n.º 21/2014 de 18 de agosto (Lei de Petróleo), no seu artigo 23.º, definiu a Alta Autoridade como o organismo ao qual cabe o controlo das atividades petrolíferas. As Organizações da Sociedade Civil (OCSs) foram consultadas e submeteram as suas contribuições para melhoramento da proposta do Decreto que aprova o Estatuto da AAIE. Mas, até ao momento, desconhece-se se as suas contribuições foram tomadas em consideração quando o processo foi levado a Conselho de Ministros, e não se percebe a razão atual do impasse que se vive⁷². Por outro lado, questiona-se a indispensabilidade de uma nova entidade pública, que representaria um aumento de custos no Orçamento Geral do Estado, em vez de uma solução que tire proveito do quadro institucional já existente. O que a Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) considera ser indispensável é a definição da instituição à qual responderá a AAIE, de modo a evitar possíveis conflitos de interesses e assegurar que esta tenha autonomia funcional em relação aos órgãos centrais e locais do Estado, não sendo aceitável que seja tutelada pelo Conselho de Ministros, nem por qualquer outra instituição do Governo⁷³.

6.2. Análise crítica ao regime jurídico da regulação em Moçambique

Devido a inexistência de uma lei-quadro sobre a regulação, há uma heterogeneidade orgânica e funcional dos regulares e ambiguidades quanto à sua natureza jurídica, o seu regime jurídico, as suas competências, o que afeta a eficácia da regulação, pois a sua criação não foi fruto de uma intervenção legislativa, que fixasse, de uma forma unitária, uma arquitetura comum da sua natureza jurídica estrutura e funcionamento, o que gera um desenvolvimento desordenado, havendo reguladores com diferentes desenhos como sejam institutos públicos, autoridades, agencias e entidades⁷⁴.

72 Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) – Posicionamento sobre questões relativas à Indústria Extractiva em Moçambique, s/d (consultado no dia 15 de outubro de 2020).

73 *Idem*.

74 Macuácuca, 2020: 49-51.

Os principais problemas da regulação são⁷⁵:

(1) Primeiro, uma deficiente definição legal das obrigações de serviço público ou universal. Em geral as leis são confusas ou omissas quanto às obrigações de interesse público, e em alguns casos abdicam de o definirem (ao interesse público) e remetem mesmo para a própria entidade reguladora a definição das obrigações de interesse geral.

(2) Segundo, uma grande heterogeneidade de soluções regulatórias. Quanto ao formato regulatório, já vimos essa diversidade. Existe regulação pelo próprio Governo, regulação por institutos públicos, regulação por entidade independente.

Quanto às formas de regulação de preços, em certos casos cabe à entidade reguladora, noutros ao Governo; noutros é o próprio regulado que estabelece os preços, sujeito a homologação governamental ou da entidade reguladora⁷⁶.

Quanto à uniformidade ou heterogeneidade de preços, há casos de preços uniformes a nível nacional, como sucede na eletricidade, apesar do serviço ser local, e há casos de variação local de tarifas, como no caso de gás, apesar de ser um serviço nacional. Portanto, temos uma contradição. Um serviço local que tem preços uniformes e um serviço nacional que tem preços diferentes a nível regional. Não é fácil perceber a lógica destas diferenças⁷⁷.

(3) Terceiro problema: as formas de financiamento das obrigações do serviço público. Uma vez é o Estado que suporta os encargos: é o Estado que paga, por exemplo, o serviço público de televisão, aliás gratuito, mas também os transportes aéreos, ferroviários ou restantes transportes terrestres. Outras vezes há uma perequação entre os consumidores, como no caso da eletricidade, pagando uns pelos outros. E outras vezes, são os operadores que contribuíram para o fundo, como no caso das telecomunicações e nos serviços postais. Também aqui existe uma enorme diversidade de soluções.

Portanto as entidades de regulação não deveriam ser configuradas como institutos públicos, caracterizados geralmente por ter uma autonomia limitada

⁷⁵ Moreira, 2004: 561.

⁷⁶ Macuácuá, 2020: 49-51.

⁷⁷ Macuácuá, 2020: 49-51.

e sujeitos a superintendência do Governo, mas sim como autoridades administrativas independentes de um ponto de vista orgânico e funcional⁷⁸.

6.3. Análise crítica ao regime de regulação do sector Petróleo em Moçambique (INP e AAIE)

A Lei confere ao INP a função de supervisionar, fiscalizar e regular as operações ou atividades petrolíferas e confere a Alta Autoridade da Indústria Extractiva a função de controlar as atividades petrolíferas. Esta situação suscita dúvidas sobre o âmbito das atribuições e competências de cada entidade, e sobre a relação entre ambas. O que é controlar? O que é fiscalizar? O que é supervisionar? Parece-se que há uma falta de clareza sobre a natureza jurídica de cada uma das entidades e as funções de cada uma, o que pode ser a causa da não criação material da Alta Autoridade da Indústria Extractiva⁷⁹.

Do ponto de vista formal, a Lei define o INP como instituto público e neste caso como parte da administração indireta do Estado, não estando por isso dotada da necessária independência orgânica e funcional, devido a sua natureza jurídica e seu regime jurídico.

O INP não está investido de recursos humanos, materiais, financeiros e técnicos que lhe possam conferir a necessária capacidade para a regulação do complexo sector do petróleo e gás.

Com vista a garantir que a função da regulação do sector do petróleo e do gás se faça com um elevado grau de transparência, independência, isenção e eficácia julgamos que:

1. Quanto ao órgão de regulação, no lugar de um instituto público devia ser uma autoridade independente de regulação.

As diferenças entre um instituto público e uma autoridade de regulação são:

- Normalmente, os institutos tradicionais têm o nome de institutos. Os organismos independentes abdicam do nome de instituto, procurando outros nomes tais como “autoridades”, “entidades”;
- Os institutos públicos pertencem à administração indireta do Estado. É ainda o Estado (Governo) que regula por interposta pessoa ou por

78 Macuácuca, 2020: 49-51.

79 Macuácuca, 2020: 67-70.

interposto organismo separado. Já nos organismos independentes, obviamente é uma administração fora da ação governamental, uma “administração independente”;

- O mandato das direções é tipicamente de três anos no caso de os institutos públicos, e quatro a cinco anos no caso dos institutos independentes;
- As incompatibilidades são diferentes. No caso dos institutos públicos são as incompatibilidades gerais dos altos cargos públicos. No caso das autoridades reguladoras independentes acrescem a essas várias outras incompatibilidades, incluindo a impossibilidade de ter interesses nos sectores regulados;
- Outra diferença está na estabilidade. Os diretores dos institutos públicos são destituídos a todo o momento, embora por vezes contra indemnização. A grande novidade dos institutos independentes é, exatamente, a inamovibilidade, ou seja o Governo não pode destituir, durante o mandato, os dirigentes dos organismos independentes, salvo em casos excepcionais devidamente justificados;
- E a relação com o Governo é, obviamente, muito diferente. Os institutos públicos tradicionais estão sujeito à superintendência, isto é, a orientações ou diretivas do Governo, bem como a tutela de mérito que permite que o Governo possa alterar decisões da entidade reguladora. No caso dos entes independentes há uma total independência funcional. Os entes independentes não estão sujeitos a diretivas ou a recomendações, nem obviamente, as suas decisões podem ser revogadas pelo Ministro⁸⁰.

De acordo com Carlos Blanco de Moraes, os elementos de definição de um regulador independente são:

- O desenvolvimento de atividades predominantemente administrativas;
- A ausência de poderes de hierarquia ou superintendência dos órgãos do poder político sobre a autoridade independente. Admite-se, todavia, a tutela de legalidade exercida pelo Governo;
- A existência de garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade para os membros dos órgãos de direção e severo regime de incompatibilidades. Admite-se a destituição excepcional em casos de violação grave da lei ou gestão danosa, devidamente tipificada;

80 Macuácuá, 2020: 67-70.

- A designação dos titulares dos órgãos de direção através de um cargo assentimento representativo ou, em alternativa, mediante intervenção de órgãos distintos;
 - Autonomia administrativa e financeira;
 - A responsabilidade informativa ante órgãos representativos (fiscalização pela Assembleia da República).
2. Relativamente ao regime de nomeação do Presidente do Conselho de Administração, devia ocorrer mediante concurso público. O mandato dos titulares dos órgãos não devia ser renovável ou, sendo-o, deveria ocorrer uma só vez.
 3. No que tange às suas atribuições e competências, devia ser um órgão especializado exclusivamente para a regulação. Quanto a configuração dos seus órgãos, deveria incluir um órgão consultivo.
 4. No que diz respeito à fiscalização das suas atividades, devia prestar informação a Assembleia da República, a qual deveria fiscalizar as suas atividades, conferindo maior credibilidade à função reguladora no sector estratégico de economia nacional como é o caso do sector do petróleo e do gás⁸¹.
 5. É importante a clarificação ao nível da regulamentação sobre as atribuições e competências da Alta Autoridade da Indústria Extractiva, para evitar que haja conflitos positivos ou negativos de competências com o INP. Há que clarificar funções da Alta Autoridade da Indústria Extractiva e a sua relação com o INP⁸².

7. CONCLUSÃO

O trabalho ora findo tem como propósito a análise do regime jurídico da regulação do sector de petróleo e gás em Moçambique, onde foram elencadas diversas abordagens em volta da matéria em estudo. Foi dada uma contextualização sobre o posicionamento do país no que concerne as suas potencialidades no que tange aos recursos naturais existentes. Moçambique possui um enorme potencial energético, o que proporciona condições favoráveis para a satisfação não apenas das suas necessidades domésticas bem como da região da África Austral e não só. Com efeito, as recentes descobertas de carvão

81 Macuácuca, 2020: 67-70.

82 Macuácuca, 2020: 67-70.

mineral, cujas reservas são estimadas em mais de 20 mil milhões (10⁹) de toneladas, e de gás natural, com uma estimativa de 277 mil biliões (10¹²) de pés cúbicos, associadas aos abundantes recursos hídricos cujo potencial é de 18.000MW, colocam Moçambique numa posição bastante privilegiada, na região e no mundo. Neste contexto os desafios colocados ao país no que concerne a regulação do sector de petróleo e gás são enormes e que o país precisa urgentemente de entidades reguladoras para que não se venham a registar perdas. Diante das exposições feitas ao longo do trabalho permite-se concluir que:

1. Em Moçambique, a atividade regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como a preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas e a gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos, são da competência do INP, o qual, atualmente, funciona como uma autoridade tutelada ao MIREME, o que de certa forma não lhe confere a autonomia e independência para o exercício de uma regulação efetiva do sector de petróleo e gás e que constitui um desafio para a instituição.
2. A criação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser efetivada de modo a ser dotada de capacidades para a monitorização das atividades de exploração na indústria extrativa em Moçambique, e a não efetivação da sua criação torna-se num enorme desafio no que tange a essa fiscalização das atividades de exploração na indústria extrativa, e que constitui um desafio enorme para o sector.

BIBLIOGRAFIA

ALENIKOFF, Alexander

1987 “Constitutional Law in the Age of Balancing”, in *Yale Law Journal*, n.º 96, pp. 943.

ALEXY, Robert

2014 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., São Paulo: Malheiros.

ARANHA, Márcio Iorio

2013 *Manual de Direito Regulatório*, Scotts Valley, CA: Laccademia Publishing.

2015 *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*, Ed. Kindle, London: Laccademia Publishing.

AUTIN, J. L.

1995 “Réflexion sur l’usage de la réglementation en droit public”, in Michel Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique, Colloque du Centre d’Études et de Recherches sur la Théorie de l’État, 1er et 2 octobre 1992*, Université de Montpellier I, Paris, L’Harmattan, pp. 43-55.

BALDWIN, R. & CAVE, M.

1999 *Understanding regulation: theory, strategy and practice*, New York: Oxford University.

BALTAZAR, Fael

2016 *Quadro legal e institucional das entidades reguladoras deve ser revisto urgentemente: Outras entidades reguladoras importantes devem ser criadas*, Centro de Integridade Pública, Maputo.

BLANCHET, Luiz Alberto & BACELLAR, Roberto Ramos

2017 “Desafios do direito administrativo no estado regulador”, in *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, vol. 12, n.º 3, pp. 1139-1144 (disponível em www.univali.br/direitopolitica).

BLANCO DE MORAIS, Carlos

2001 “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 61, pp. 101-154.

BOYER, R. & SAILLARD, Y.

2002 *Théorie de la régulation: l’état des saviors*, Paris: La Découverte.

BRUNO, M.

2005 “Macroanálise, regulação e o método: uma alternativa ao holismo e ao individualismo metodológicos para uma macroeconomia histórica e institucionalista”, in *Revista de Economia Política*, São Paulo, vol. 25, n.º 4, pp. 337-356.

CAERS, Ralf; DU BOIS, Cindy; JEGERS, Marc; DE GIETER, Sara; SCHEPERS, Catherine & PEPERMANS, Roland

2006 Principal-Agent Relationships on the Stewardship-Agency Axis, in *Nonprofit Management & Leadership*, vol. 17, pp. 1.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno

2008 *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.

CISTAC, Gilles

2007 “A regulação compartilhada entre o Conselho de Regulação do Abastecimento de Água e as Autarquias Locais no sistema de abastecimento de

água em Moçambique” in *Water Regulatory Conference – Water Regulatory Council*, Maputo.

COUTINHO, Diogo R.

2016 “O Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento Democrático”, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, n.º 1 (julho), pp. 217-253.

D’HOMBRES, E.

2007 “Régulation par qui? Régulation de quoi?”, in *Raisons Politiques*, n.º 28, pp. 127-151.

DI PIETRO, Maria Sylvia

2004 “Regulação e Legalidade” in Maria Sylvia Di Pietro (coord.), *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum.

GAZIER, F. & CANNAC, Y.

1984 “Etude sur les autorités administratives indépendantes”, in *Etudes et Documents du Conseil d’Etat, 1983-1984*, vol. 35, pp. 13-25.

GODOY, Arnaldo

2014 “Agências reguladoras: Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro”, in *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n.º 150, pp. 16-22.

GUERRA, Sérgio

2017 *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, 4.ª ed., Belo Horizonte: Fórum.

HACHEM, Daniel Wunder

2013 “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 13, n.º13 (jan./jul.), pp. 340-399.

JEAMMAUD, A.

1998 “Des concepts en jeu”, in J. Clam & G. Martin (org.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pp. 162-173.

JUSTEN FILHO, Marçal

2013 “O direito das agências reguladoras independentes” in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 13, n.º 13 (jan./jul.), pp. 340-399.

LEAL, Fernando

2008 “Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência”, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

- Económico*, n.º 15 (agosto-out) (disponível em <http://www.direitodoes-tado.com.br/codrevista.asp?cod=300>).
- 2014 “Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo”, in *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.º 58, pp. 177-209.
- MACKAAY, Ejan & ROUSSEAU, Stéphane
2014 *Análise econômica do direito*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas.
- MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco
2019 *Direito de Petróleo e Gás em Moçambique*, Maputo, Escolar Editora Livros, Etc.
2020 “A Regulação do Sector de Petróleo em Moçambique”, Dissertação-UEM, Maputo, pp. 67-70.
- MALAQUIAS, Pedro Ferreira; MARTINS, Sofia; OLIVEIRA, Catarina Gonçalves de & FLOR, Paula Adrega
2009 “Modelos De Regulação (Ou Supervisão) Do Sector Financeiro”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 22, pp. 41-53.
- MENEZES CORDEIRO, António
2006 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina.
- MITNICK, B. M.
1989 *La economía política de la regulación*, México, DF: Fondo de cultura económica.
- MOREIRA, Vital
2004 *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, V. & MAÇÃS, F.
2003 *Autoridades reguladoras independentes*, Lisboa: Coimbra Editora.
- NASCIMENTO, E. P.
1993 “Notas a respeito da escola francesa da regulação”, in *Revista de Economia Política*, vol. 13, n.º 2, pp. 120-136.
- OLIVEIRA, R. O. & ELIAS, P. E. M.
2012 “Os conceitos de regulação em saúde no Brasil”, in *Revista de Saúde Pública*, vol. 46, n. 3, pp. 571-576.
- PESSOA, R. S.
2004 *Direito e regulação*, Rio de Janeiro: Forense.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca
2013 *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 2.ª ed., Belo Horizonte: Fórum.

POSNER, R. A.

1974 “Theories of economic regulation”, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n.º 1, pp. 335-358.

POSSAS, M. L. & PONDÉ, FAGUNDES, J.

1997 *Regulação da concorrência nos sectores de infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, Instituto de Economia da UFRJ, disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao_da_concorrenca_nos_sectores_de_infraestrutura_no_brasil.pdf (consultado em 30.10.2020).

ROCHA DE OLIVEIRA, Robson

2014 *Dos conceitos de regulação às suas possibilidades*, Rua Dr. Almeida Lima, 1.134, Mooca, CEP 03164-000, São Paulo, SP, Brasil.

RUMNEY, J.

1966 *J. Herbert Spencer's Sociology: A Study in the History of Social Theory*, New York: Atherton.

SALDANHA SANCHES, José Luis

2000 “A regulação: história breve de um conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 60, pp. 5-22.

SILVA, H. P.

2003 “Estado, regulação e saúde: considerações sobre a regulação econômica do mercado de saúde suplementar”, in *Leituras de Economia Política*, n.º 10, pp. 193-226.

TEIXEIRA DE FIGUEIREDO, André Lopes

2006 “A informação difundida no mercado dos valores mobiliários e os poderes da CMVM: uma “nova dimensão” do Direito Administrativo”, in *CADERNOS DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS*, vol. 24, n.º 1, pp. 64-98, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/ab65a5312f39/> (consultado em outubro 2020).

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo

2005 “*A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI*”, in Ruy de Albuquerque & António Menezes Cordeiro (org.), *Regulação e concorrência. Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 159-201.

ZYLBERSZTAJN, Decio & STAJN, Rachel

2005 *Direito & Economia: Análise Económica do Direito e das Organizações* Rio de Janeiro: Elsevier.