

Copyright 2005, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico Científico foi preparado para apresentação no 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, a ser realizado no período de 2 a 5 de outubro de 2005, em Salvador. Este Trabalho Técnico Científico foi selecionado e/ou revisado pela Comissão Científica, para apresentação no Evento. O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho será publicado nos Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás

A contratação de bens e serviços nacionais e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Amanda Lourenço Cunha^{1 2}

¹ amandacunha@petrobras.com.br

Resumo – O presente trabalho destina-se a examinar as regras contidas no Contrato de Concessão da sexta rodada que estabelecem igualdade de oportunidade entre fornecedores locais e estrangeiros, a preferência aos primeiros assim como os percentuais mínimos de investimentos locais na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento. Tal exame será feito à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, aos quais se submete o ente regulador, no caso, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. Tem-se por objetivo o estudo da possibilidade de ocorrência de situações em que, sob a égide de tais princípios, encontrar-se-á o Concessionário desobrigado de seguir as determinações contidas no Contrato de Concessão, sob pena de violação dos aludidos princípios assim como de outros inscritos na própria Constituição e até mesmo na Lei do Petróleo.

Palavras-Chave: bens e serviços nacionais; razoabilidade; proporcionalidade.

Abstract – This paper aims to analyze the rules contained in the bid round six Concession Contract that establish the equality between local and foreigner suppliers, the preference to the former and the minimum percentage of local investments in the exploration phase and in the development stage as well. This examination will be done based on the constitutional principles of proportionality and reasonability. The main goal is the study of situations where the Concessionaire will not be obliged to follow such provisions contained in the Concession Contract, once the contrary will correspond not only to the violation of the aforementioned principles but also of others contained in Brazilian Constitution and even in Brazilian Petroleum Law.

Keywords: national goods and services, reasonability; proportionality.

1. Introdução

As regras de conteúdo local assim como aquelas destinadas a conformar o procedimento de contratação a ser utilizado pelos Concessionários e, em última instância, a preferência a fornecedores nacionais de bens e serviços, já se transformaram em uma realidade no Contrato de Concessão brasileiro, especialmente após a quinta rodada de licitações. Entretanto, o tema ainda suscita inúmeras controvérsias, notadamente no que concerne ao eventual descumprimento dos percentuais de investimentos locais aos quais se obrigou o Concessionário quando do oferecimento de sua oferta por ocasião da licitação dos blocos exploratórios, assim como no que tange à inobservância dos procedimentos de contratação inscritos no Contrato de Concessão, os quais visam garantir a igualdade de oportunidades entre fornecedores locais e alienígenas. Após uma breve análise das disposições contratuais atinentes à matéria em apreço, procede-se à análise de tais situações à luz principalmente dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a demonstrar que, em determinadas situações, não obstante as obrigações contratuais assumidas, o Concessionário ver-se-á destas libertado, em respeito não só aos aludidos princípios, mas também a outros princípios inscritos na Carta Magna, e, finalmente, em consideração àqueles que informam igualmente a atuação da ANP, como os que constam da Lei do Petróleo.

² As informações e impressões aqui contidas não refletem qualquer posição institucional da PETROBRAS, sendo de responsabilidade exclusiva da autora.

2. Contratação de bens e serviços nacionais e o Contrato de Concessão

As disposições contratuais destinadas a cuidar da preferência ao fornecedor nacional de bens e serviços assim como dos procedimentos de contratação voltados a lhe conferir igualdade de oportunidade frente à contratação de fornecedores estrangeiros constam Contratos de Concessão de diferentes rodadas de licitação, valendo o mesmo para as disposições contratuais referentes ao chamado conteúdo local mínimo, cabendo-nos salientar que tais regras são de observância mandatória por parte do Concessionário. No Contrato de Concessão da sexta rodada, objeto de nossa análise, os procedimentos de contratação encontram-se no parágrafo 20.1, ao passo que a preferência ao fornecedor nacional é prevista no parágrafo 20.1.3.

Nesse contexto, esclareça-se que, em linhas gerais, nos termos do Contrato de Concessão, o Concessionário é livre para contratar os bens e serviços necessários à execução das operações, podendo fazê-lo no Brasil ou no exterior, garantida, porém, a igualdade de oportunidade aos fornecedores nacionais. Vale dizer, embora a princípio seja livre para contratar com quem melhor lhe aprouver, deverá o Concessionário oferecer iguais oportunidades a fornecedores estrangeiros e brasileiros, adotando o procedimento contido no Contrato de Concessão, o qual inclui, por exemplo, a garantia a todas as empresas convidadas a apresentar propostas em prazo igual e adequado às necessidades do Concessionário, de acordo com as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e de forma a não excluir potenciais fornecedores brasileiros, dentre outras disposições.

Avaliadas as propostas recebidas, sejam elas de fornecedores nacionais ou estrangeiros, conferindo-se oportunidades iguais a ambos, em consonância com o procedimento contido no parágrafo 20.1 do Contrato de Concessão, de forma a garantir a igualdade de oportunidade aos fornecedores locais, e verificada a existência de fornecedor nacional cuja oferta encontre-se em condições de preço, prazo e qualidade equivalentes àquelas oferecidas por fornecedor estrangeiro, deverá o Concessionário dar preferência ao primeiro, na forma do parágrafo 20.1.3 do Contrato de Concessão. A respeito, cabe-nos salientar que só há que se falar em preferência se o fornecedor nacional apresentar proposta em condições de preço, prazo e qualidade equivalentes às de outros fornecedores convidados a apresentar propostas. Por conseguinte, quando se verificar inviabilidade de competição, haja vista, por exemplo, que somente um determinado fornecedor encontra-se apto a atender a demanda do Concessionário, não será caso de consulta ao mercado tampouco de preferência, eis que somente aquele se encontra em condições de fornecer o bem/serviço nas condições pretendidas pelo Concessionário.

Além das disposições contratuais acima destacadas, os editais de licitação, já desde a primeira rodada, estabelecem como um dos fatores de julgamento das ofertas os percentuais mínimos de investimentos locais. Embora o assunto já fosse de suma importância, a partir da quinta rodada de licitações tal assertiva tornou-se uma verdade quase que absoluta, uma vez que enquanto na primeira rodada atribuía-se um peso de cerca de 15% ao conteúdo local oferecido pelo Concessionário, na rodada 5 esse fator passou a ter um peso de 40% no julgamento das ofertas, seguindo a ANP a orientação contida na Resolução nº 08/2003 do CNPE. Outrossim, lembre-se que, a partir da 5ª rodada, determina o edital os valores mínimos obrigatórios de aquisição de bens e serviços junto a fornecedores locais, expressos em percentagem dos investimentos locais totais despendidos na fase de exploração assim como na etapa de desenvolvimento, ressalvando-se que, exclusivamente para os blocos situados em mar, os gastos efetuados em aquisição de dados geofísicos serão excluídos do cálculo para fins de aferição do percentual mínimo obrigatório de conteúdo local na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento.

Nessa nova sistemática, portanto, além dos percentuais mínimos obrigatórios, aplicáveis para todos os gastos efetuados relacionados às operações na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento, determinadas atividades poderão ter percentuais adicionais específicos, oferecidos espontaneamente pelas licitantes durante a apresentação de ofertas e consideradas para fins de determinação da oferta vencedora. Em outras palavras, complementarmente às obrigações mínimas obrigatórias de investimentos locais na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento, serão levados em consideração no julgamento das propostas compromissos adicionais específicos de aquisição de bens e serviços.

Perceba-se, assim, com relação ao conteúdo local mínimo, que o edital de licitação divide-se em duas vertentes. Uma primeira, que fixa o percentual mínimo obrigatório de investimentos locais na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento. Apresentada proposta que não contemple tal percentual, a mesma será desclassificada pela ANP. A segunda, por sua vez, refere-se a ofertas adicionais, espontaneamente apresentadas pelas licitantes, as quais serão consideradas para fins de determinação da oferta vencedora.

Nesse ponto, há que se diferenciar preferência e conteúdo local mínimo. Além de estabelecer o Contrato de Concessão a preferência a fornecedores locais assim como a igualdade de oportunidade a ser-lhes conferida, comparativamente a fornecedores alienígenas, contempla também percentuais mínimos de aquisição de bens e serviços de fornecedores brasileiros.

Dessa forma, observe-se que o Contrato de Concessão tem por objetivo assegurar não só condições amplas e equânimes de participação aos fornecedores locais, mas impor efetivamente aos Concessionários um percentual mínimo de aquisições locais de bens e serviços. Nesse sentido, caberá ao Concessionário adquirir de fornecedores brasileiros montante de bens e serviços de forma que a porcentagem de investimentos locais na fase de exploração bem como na etapa de desenvolvimento, já na fase de produção, atinja o patamar acordado.

Nesse diapasão, importante salientar que desatendidos os dispositivos contratuais relativos à matéria ora sob análise, sujeita-se o Concessionário, mediante o devido processo administrativo, às penalidades previstas não só no instrumento contratual, mas também àquelas constantes da legislação aplicável, em especial a Portaria ANP nº

234/2003, a qual define o procedimento de imposição de penalidades aplicável aos infratores das disposições e termos constantes dos Contratos de Concessão, dos editais de licitação e da legislação aplicável. A Portaria retro citada prevê desde a aplicação de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) até mesmo a rescisão do Contrato de Concessão, caso o Concessionário não corrija a situação dentro do prazo determinado pela ANP através de notificação (art. 3º, III, IV, V; art. 4º, II; art. 10, Portaria ANP nº 234/2003). Também o Contrato de Concessão prevê a aplicação de multas em caso de descumprimento dos percentuais de investimentos locais, na forma do parágrafo 20.1.2, além de ser possível, em última instância, a rescisão do próprio Contrato de Concessão, nos termos de sua cláusula trigésima.

3. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o cumprimento do Contrato de Concessão

Todavia, há que se considerar que, embora tenha o Concessionário se obrigado a contratar determinada porcentagem mínima de bens e serviços nacionais, na forma definida pelo Contrato de Concessão, não há que se exigir do Concessionário a criação de um mercado local, por irrazoável e desproporcional que será a medida.

Explique-se: ao fazer sua oferta de conteúdo local, o Concessionário fia-se na existência de um mercado nacional capaz de suprir suas necessidades. Vale dizer, atingirá o Concessionário os percentuais de investimentos locais na fase de exploração e na etapa de desenvolvimento somente se houver indústria local para atendê-lo, em condições de preço, prazo e qualidade aceitáveis, pois, do contrário, o conceito de conteúdo local tornar-se-á inócuo.

Interessante observar que se obriga também o Concessionário, na condução de suas operações, a adotar as Melhores Práticas da Indústria Internacional do Petróleo, em consonância com o art. 44, VI, da Lei do Petróleo, tendo definido o Contrato de Concessão da sexta rodada em seu parágrafo 1.2.22: “‘Melhores Práticas da Indústria do Petróleo’ significa as prática e procedimentos geralmente empregados na indústria de petróleo em todo o mundo, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes às aquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente a garantia de: (a) conservação de recursos petrolíferos e gaseíferos, que implica na utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica e economicamente sustentável, com o correspondente controle do declínio das reservas, e à minimização das perdas na superfície; (b) segurança operacional, que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança operacional e a prevenção de acidentes operacionais; (c) proteção ambiental, que determina a adoção de métodos e processos que minimizem o impacto das Operações no meio ambiente” (grifos nossos).

O exemplo supra serve para ilustrar que, no tocante à qualidade dos bens e serviços contratados, deverá o Concessionário sempre buscar aquela que atenda às melhores práticas da indústria, pelo que, apesar de obrigado a contratar porcentagem de bens e serviços com a indústria local, esta deverá encontrar-se em condições de atender as necessidades do Concessionário, seja no que tange à qualidade, hipótese ora comentada, mas também quanto a preço e prazo. A respeito dos prazos, assevere-se que o Concessionário deverá executar suas operações nos cronogramas constantes dos planos e programas encaminhados à ANP, sob pena de sujeitar-se às penalidades contratualmente previstas, assim como às aquelas inscritas na já citada Portaria ANP nº 234/2003 (arts. 3º, XII; 4º, V; 5º, XX; 7º, II; e 10).

Nessa linha, o Contrato de Concessão, contempla, em seu parágrafo 20.1.4, a possibilidade de a ANP aceitar, por prazos determinados, que bens e serviços cujos valores dos materiais e serviços estrangeiros incorporados aos mesmos forem superiores aos determinados pelo Contrato sejam considerados, respectivamente, bens de produção nacional e serviços prestados no Brasil, nos termos definidos pelo próprio Contrato.

Como se é possível perceber, previsão dessa natureza é de suma importância nos casos em que a contratação de bens e serviços não puder ser realizada junto a fornecedores locais, como, por exemplo, nas hipóteses de caso fortuito, força maior, e, até mesmo, incapacidade da indústria nacional em atender a demanda dos Concessionários, seja por limitações tecnológicas ou logísticas, dentre outras.

E, nesses casos, por imperativo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a aplicação do parágrafo 20.1.4 do Contrato de Concessão não será uma decisão discricionária por parte do regulador, mas, muito pelo contrário, constituirá uma obrigação deste. Assim sendo, será necessária a análise do caso concreto uma vez que, sob pena de violar-se princípios constitucionais como o da razoabilidade e da proporcionalidade, não poderá ser exigido do Concessionário a criação de um mercado, ou, ainda, a contratação de empresas que não atendam a condições mínimas de qualidade, pondo em risco as operações executadas pelo Concessionário ou que importem em desrespeito a outras obrigações assumidas no âmbito do próprio Contrato de Concessão ou impostas ao Concessionário pela legislação aplicável.

Também se faça assertiva similar no que concerne ao procedimento de contratação imposto ao Concessionário pelo Contrato de Concessão. Em situações concretas em que se observe ter restado atendido o objetivo principal, qual seja, o desenvolvimento da indústria nacional, não há que se exigir a observância *ipsis literis* do Contrato de Concessão.

O contrário, tanto em um caso quanto no outro, importará em medida de caráter irrazoável e desproporcional, impondo-se algo que, além de contrariar o bom senso, resultará para o Concessionário em restrição exacerbada.

Em conformidade com o art. 8º da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97), a ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades integrantes da indústria petrolífera, cabendo-lhe, dentre outras atividades, implementar a política nacional de petróleo e gás natural, contida na Política Energética Nacional. Esta

última, ao seu turno, abarca princípios como a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional (art. 1º, V, da Lei nº 9.478/97), o qual decorre diretamente do art. 177, § 2º, da Carta Magna; a promoção da livre concorrência (art. 1º, IX, da Lei nº 9.478/97); a atração de investimentos na produção de energia (art. 1º, X, da Lei nº 9.478/97); e a ampliação da competitividade do País no mercado internacional (art. 1º, XI, da Lei nº 9.478/97). Destaquem-se, outrossim, dentre os princípios regentes das atividades executadas pela ANP, nos termos do art. 2º do Decreto nº 2.455, de 14.01.1998, que implementa aquela Agência, a regulação pautada na livre concorrência, na objetividade e na ausência de duplicidade, dentre outros critérios (art. 2º, IV), assim como a criação de ambiente que incentive investimentos na indústria do petróleo (art. 2º, VII).

No que tange à regulação da indústria petrolífera, a exemplo do que ocorre com a energia elétrica e as telecomunicações, as leis instituidoras dos entes responsáveis pela regulação desses mercados estabelecem diretrizes genéricas, verdadeiros *standards*, conferindo-se a essas entidades governamentais liberdade para que, dentro dos limites impostos pela legislação, expeçam regulamentos concernentes às atividades específicas a que se destinam regular. Tais leis partem de conceitos extremamente genéricos, **tendo como preocupação principal não a normatização detida da atividade a ser regulada, mas sim a fixação das finalidades públicas a serem perseguidas.**

Constate-se, assim, que essas leis têm, cada vez mais, uma tessitura aberta, recorrendo mais a normas-objetivo ou normas-quadro, as quais não dispensam a concretização normativa infralegal (ex.: Decretos, Portarias, resoluções etc.), do que se extrai claramente a importância de predicar quais os limites que devem ser observados pelo Poder Executivo para que sua atividade regulamentar não transcenda os limites do permissivo legal.

Nessas hipóteses, **deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, por ocasião da ponderação, como técnica interpretativa, de princípios constitucionais regentes da Ordem Econômica, notadamente o da livre iniciativa** com outros como o da justiça social, o da existência digna e o da proteção ao consumidor, além de comandos constitucionais destinados ao estímulo de desenvolvimento de tecnologia no Brasil (art. 218, CF) e do mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (art. 219, CF). Não há que se perder de vista também os princípios integrantes da Política Energética Nacional, inscritos na Lei do Petróleo, já citados.

Na determinação dos meios para a realização dos fins estabelecidos na lei, as Agências possuem, regra geral, ampla margem de discricionariedade para a emissão de normas gerais e abstratas.

Contudo, há que se ter em mente que tal regulamentação dar-se-á em conformidade e nos espaços da lei, ou seja, no que não for por esta previsto, valendo tal assertiva inclusive para o Contrato de Concessão, o qual muitas vezes estabelece normas primárias, haja vista a sua natureza regulamentar em alguns momentos³, valendo esclarecer que, ao cuidar dos direitos e obrigações de Concessionário e Concedente, deverá o Contrato de Concessão respeitar outras leis bem como os princípios gerais de direito aplicáveis. Em outras palavras, será lícito ao Contrato de Concessão cuidar de assuntos não tratados extensivamente pela Lei do Petróleo, mas sempre em observância a outras leis e princípios gerais de direito aplicáveis.

Em suma, **é na execução dos objetivos legais e das finalidades traçadas pelo órgão central de fixação das políticas públicas do setor, no caso do petróleo, pelo CNPE, que a Agência Reguladora, a saber, a ANP, editará Portarias e imporá obrigações editais e contratuais⁴.**

Sobre o tema discorre magistralmente Alexandre Santos de Aragão especificamente sobre as agências reguladoras da exploração privada de bens e/ou atividades monopolizadas pelo Estado, categoria em que se insere a ANP: “As agências reguladoras da exploração privada de bens e/ou atividades monopolizadas pelo Estado, mais especificamente a Agência Nacional de Águas – ANA e a Agência Nacional do Petróleo – ANP **devem, ao elaborar editais de licitação e contratos de concessão, atender aos objetivos cuja realização lhes é atribuída pela respectiva lei setorial (verbi gratia, pelo Conselho Nacional de Política Energética – arts. 1º, 2º e 8º, Inciso I, da Lei do Petróleo, e, no caso da ANA, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos – arts. 2º a 4º, Lei nº 9.984/00). Ao estabelecer estas normas editais e contratuais a agência estará sempre sujeitas às normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes.** (...)” (grifos nossos)

Sendo assim, ao dar aplicabilidade ao Contrato de Concessão, o qual, vimos também pode encerrar normas primárias, o regulador há de ter em vista a legislação em vigor assim como os princípios constitucionais, destinando-se sua atuação à consecução das finalidades legal e constitucionalmente previstas. **O objetivo pretendido, qual seja, o desenvolvimento da indústria nacional, previsto não só como princípio da Política Energética Nacional (art. 1º, II, Lei nº 9.478/97), mas, sobretudo, como objetivo fundamental da República (art. 3º, II, CF), poderá encontrar-se plenamente satisfeito ainda que não seguido exatamente o procedimento constante do Contrato de Concessão.**

³ Sobre a natureza não só contratual mas também regulamentar dos Contratos de Concessão, discorre Alexandre dos Santos Aragão sobre os Contratos de Concessão de Serviços Públicos, mas em raciocínio que pode ser aplicado analogicamente às concessões industriais: “(...) muitas vezes é o próprio contrato e/ou edital de licitação, para o qual o concessionário assentiu, que estabelecem diretamente normas primárias (criam obrigações) ou que remetem à agência reguladora a sua interpretação ou integração. Ou seja, não é de desprezar o poder normativo que as agências reguladoras de serviços públicos possuem, não apenas na emissão de Portarias ou Resoluções, mas também na elaboração dos editais de licitação e as respectivas minutas contratuais (...), sempre, naturalmente, dos lindes legais”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.388.

⁴ Ibidem, p. 388-389.

Ressalte-se que a proporcionalidade e a razoabilidade também se encontram positivadas em nosso ordenamento jurídico infralegal. Desse modo, traz-se à lume a Lei nº 9.784/99, que, regulando o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece os princípios que se aplicam integralmente à nossa análise: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito (...) VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medidas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. (grifos nossos)

Primeiramente, diga-se sobre o princípio da legalidade a lição de Egon Bockman Moreira: “a locução ‘conforme a lei e o Direito’ é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância do todo do ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que para o processo administrativo a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restritiva. Não basta uma leitura simplista, literal, de um singelo artigo de lei, para a aplicação do Direito pelo agente Público. A Lei 9.784/99 exige mais do que isso – tornando essa compreensão limitada contrária ao princípio da legalidade. Eduardo García de Enterría é claro ao afirmar que “hoje nossa Constituição admite que, precisamente no que toca à Administração, nem todo Direito encerra-se nas leis”⁵. (grifos nossos)

Tal também vale no âmbito do Contrato de Concessão, o qual muitas vezes encerra normas primárias, de modo que não se pode conferir ao Contrato uma interpretação literal e restritiva, que abstraia o sistema jurídico como um todo, a finalidade normativa e as peculiaridades do caso concreto. Vale dizer, não há que se interpretar as normas do Contrato de Concessão “ao pé da letra”, mas sempre em atenção às finalidades legais e constitucionais, as quais mostram-se atendidas no caso ora sob comento.

O oposto significaria violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade por contrariar o bom senso e resultar em restrição desnecessária para o Concessionário. Na aplicação das regras constantes do Contrato de Concessão, o administrador deve pautar-se pela sensatez e simetria. Não é possível que, a título de aplicar a literalidade do Contrato, distancie-se da proporcionalidade e da razoabilidade exigidas pelo caso concreto.

O princípio da razoabilidade “tem lastro em análise axiológica, para descobrir se a relação entre finalidade normativa e conduta administrativa é racionalmente clara. Determina a exclusão de condutas imprudentes, bizarras e contrárias ao bom senso. Ou seja, não é possível cogitar que a lei autorizaria o agente público a adotar comportamentos desconformes a uma compreensão sensata do caso concreto”⁶.

Por sua vez, a respeito do princípio da proporcionalidade, subdivide-se este em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais, podem ser definidos da seguinte forma: “O princípio da adequação ou da idoneidade é o primeiro elemento do princípio da proporcionalidade a ser trazido à solução do caso. Indaga tal subprincípio se a medida adotada pelo Estado é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir. Estamos aqui a tratar, portanto, da utilidade da medida adotada. (...) O segundo elemento é o princípio da necessidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima, da exigibilidade ou da indispensabilidade. Em razão desse princípio, que compõe o princípio da proporcionalidade, o legislador não pode tomar uma medida restritiva de direito fundamental se existem outras medidas menos gravosas, que podem ser adotadas, ou seja, havendo meio igualmente eficaz, porém menos gravoso, não se justifica a adoção da medida restritiva. A medida adotada pelo Poder Público tem que ser, portanto, indispensável. Estamos aqui indagando se o meio é o que produz a menor intervenção no campo dos direitos.(...) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito cuida da ponderação entre direitos, bens ou interesses. Via de regra, uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens ou interesses. Ao ser editada a medida, a sua incidência na realidade acaba por atingir outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os, restringindo-os. Ocorre, nesse caso, uma colisão de direitos, que se resolve pela ponderação de valores. Caso seja constatada a precedência, no caso concreto, dos direitos a serem limitados, não deve prevalecer a medida, por desproporcional, devendo ser declarada sua inconstitucionalidade”⁷. (grifos nossos)

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade da intervenção estatal, discorre Alexandre dos Santos de Aragão: “O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – elemento necessidade. (...) HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem ‘operar apenas em grau (ou esfera)’ passando para a fase seguinte ‘tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados’”⁸. (grifos nossos)

Note-se ainda que muitos dos princípios norteadores da Ordem Econômica são aparentemente incompatíveis entre si, entretanto, quando se trata de princípios constitucionais, devem ser eles ponderados, buscando-se, sempre que possível, alcançar solução que não exclua por completo nenhum deles.

⁵ MOREIRA, Egon Bockman. Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 2ª ed. Ver. E at. São Paulo: Malheiros Editores, p. 79.

⁶ Ibidem, p. 83 (grifos nossos).

⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-113.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 130.

Portanto, ao procurar conformar o exercício da atividade econômica a alguns dos princípios regentes da Ordem Econômica, não pode a Agência fazê-lo de forma a simplesmente ignorar por completo o princípio da livre iniciativa.

Leciona a respeito Alexandre Santos de Aragão, ao citar Sebastià Martín- Retortillo Baquer, indagando sobre a medida ideal da abrangência e da intensidade da atuação do Estado sobre e na economia: “A possibilidade de regulação estatal da economia ‘não pode confundir-se com a entrega aos poderes públicos de uma faculdade onímoda, que possa ser exercitada de qualquer modo. A reserva à Lei das regulações que afetam a liberdade de empresa, e, sobretudo, os limites substanciais que o princípio da igualdade e o de proporcionalidade implicam para o legislador, são o instrumento que permite dotar de ‘conteúdo’ a liberdade de empresa”⁹.

Merecem também menção os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, como a livre concorrência, corolário da livre iniciativa; a atração de investimentos; a competitividade do País no mercado internacional; a garantia de fornecimento de produtos; e outros, os quais não estão sofrendo a devida valoração e ponderação por parte da Agência, que, ao estabelecer medidas destinadas a procurar ditar a forma de gerência e atuação das empresas do setor de forma tão pormenorizada, retirando-lhes a autonomia de sua gestão, acaba por causar um impacto negativo no mercado. O mesmo diga-se com relação a finalidades da ANP como a criação de ambiente que incentive investimentos na indústria do petróleo, pois medidas dessa natureza acabam por provocar efeito inverso daquele pretendido pelo legislador, afastando potenciais investidores do mercado brasileiro.

Atente-se igualmente para o fato de que medidas dessa natureza podem acabar por colocar em risco o sucesso do próprio empreendimento, conforme o caso, a exploração ou até mesmo a produção, atentando contra o princípio da eficiência, presente não só no art. 37 da Constituição Federal, mas também no art. 2º, *caput*, da já citada Lei nº 9.789/99.

O princípio da eficiência é assim conceituado por Paulo Modesto¹⁰: “Na primeira dimensão do princípio da eficiência, insere-se a exigência de economicidade, igualmente positiva entre nós, sendo o desperdício a idéia oposta imediata. Trata-se aqui da eficiência como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos. Na segunda dimensão, cuida-se da eficiência como qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comuns ao princípio”.

 (grifos nossos)

Ao que complementa Marcelo Harger¹¹: “É que o administrador não pode optar de maneira aleatória entre as várias opções disponíveis. O caso concreto poderá demonstrar que uma dentre as várias soluções possíveis é a melhor. Nesses casos não haverá margem de escolha. O princípio da eficiência impõe a adoção da melhor opção. O desrespeito a essa regra implica a invalidade do ato. Essa é a grande utilidade do princípio da eficiência.” (grifos nossos)

8. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BAQUER, Sebastià Martín-Retortillo. Direito Administrativo Económico I. Revista Española de Derecho Administrativo, vol. 63, versão CD-ROM *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 129.
- HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. *In*: Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 160.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *In*: Revista Interesse Público, nº 7, p. 75.
- MOREIRA, Egon Bockman. Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 2ª ed. Rev. e at. São Paulo: Malheiros Editores.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁹ BAQUER, Sebastià Martín-Retortillo. Direito Administrativo Económico I. Revista Española de Derecho Administrativo, vol. 63, versão CD-ROM *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 129.

¹⁰ Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *In*: Revista Interesse Público, nº 7, p. 75.

¹¹ Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. *In*: Revista de Direito Administrativo, nº 217, p. 160.