

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
- CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Do regime legal das operações realizadas no mercado de câmbio — Arnoldo Wald 5
- Banco Central: questões jurídico-políticas na Constituição de 1988 — Luis Fernando Schuartz 36
- “Capital requirements and the Brazilian banking system” — Paulo de Lorenzo Messina 49
- Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 70
- O preço de emissão das ações em aumento de capital — José Mário Bimbato 81

ATUALIDADES

- As licitações e contratos públicos: algumas anotações à Lei 8.666 — João Luiz Coelho da Rocha 95
- Quotas de fundos imobiliários — Novo valor mobiliário — Rachel Sztajn 104
- O ICMS e a transferência interestadual de bens do ativo fixo — Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo 109

JURISPRUDÊNCIA

- Sociedade Anônima — Assembléia geral extraordinária de debêntures — Emissão — Conversão em ações preferenciais com e sem direito de voto — Direito de recesso dos acionistas minoritários — José Alexandre Tavares Guerreiro 114

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- As recentes mutações do sistema bancário francês, Jean Thibaud, advogado em Paris — Arnoldo Wald 123
- “Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, droits subjectifs”, Claude Witz — (BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires) — Arnoldo Wald 125
- O Direito na década de 1990: novos aspectos — André Tunc..... 127

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO:

ANDRÉ TUNC

Professor de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

JOSÉ MÁRIO BIMBATO

Mestre em Direito pela Universidade de Yale (EUA); Procurador do Estado do Rio de Janeiro

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

Mestre em Direito pela Johann-Wolfgang-Goethe Universität (Frankfurt am Main); Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP

LUIZ ANTONIO MATTOS PIMENTA ARAÚJO

Professor Doutor de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PAULO DE LORENZO MESSINA

Advogado

RACHEL SZTAJN

Professora livre-docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogada em São Paulo

CONSTRUÇÃO E OPERAÇÃO DO GASODUTO PARA IMPORTAÇÃO DO GÁS BOLIVIANO: O EXERCÍCIO DO MONOPÓLIO DO GÁS PELA UNIÃO

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. Introdução — 2. Livre iniciativa e livre concorrência na Constituição de 1988 — 3. A noção de serviço público — 4. O monopólio estatal — 5. O monopólio do gás natural — 6. O monopólio da importação e do transporte do gás boliviano.

1. Introdução

Firmado o acordo Brasil-Bolívia para a importação e transporte do gás boliviano, por meio de duto, ao território nacional, cogita-se agora do exame da forma através da qual a União poderá exercer o monopólio que lhe confere o art. 177 da CF/88, já que é altamente discutível que a Petróleo Brasileiro S/A. — Petrobrás ainda conserve a titularidade do monopólio do gás natural que a Lei 2.004, de 3.10.53, e a legislação posterior, lhe conferiu.

A resposta a essa indagação requer a exame de alguns conceitos e princípios preliminares, que passaremos a fazer em três blocos sucessivos, abordando a livre iniciativa e a livre concorrência na Constituição de 1988, a noção de serviço público e o conceito de monopólio estatal, para, a seguir, analisar o monopólio do gás natural pelo União, e, a final, enfrentar a questão da exploração do monopólio de importação e de transporte por duto do gás boliviano.

2. A livre iniciativa e a livre concorrência na Constituição de 1988

2.1 No seu art. 1.º, inc. IV, a Constituição Federal de 1988 enuncia, como

um dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil (constituída “em Estado Democrático e de Direito”), o valor social da livre iniciativa. Mais adiante, ao tratar dos “princípios gerais da atividade econômica”, a Carta volta a afirmar que a ordem econômica está “fundada” na livre iniciativa (art. 170, *caput*), erigindo expressamente, nesse mesmo art. 170, inc. IV, à posição de “princípio” da ordem econômica, a livre concorrência, o que constitui uma inovação em relação às constituições anteriores.

2.2 Livre iniciativa e livre concorrência são, assim, princípios constitucionais que se inter-relacionam e se complementam. O primeiro não é senão projeção, no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, do direito ao “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, garantido a todos “os brasileiros e estrangeiros residentes no país” pela própria Carta Magna (art. 5.º, inc. XIII). De acordo com esse princípio, é assegurado a todos, na ordem econômica, “o livre exercício de qualquer atividade econômica”, como vem acentuado no parágrafo único do já citado art. 170, entendendo-se como tal não apenas a liberdade de escolher a atividade que se pretende desenvolver, como também a liberdade de acesso ao mercado e de atuação no mesmo.

2.3 Já o conceito de livre concorrência é complementar ao de livre iniciativa. Assegurada a liberdade de ação econômica, garante-se, outrossim, a liberdade para competir no exercício da atividade econômica. Assim, sendo os bens e serviços, resultantes da atividade desenvolvida, serão oferecidos ao mercado, a preços competitivos, resultantes do livre jogo das forças dos operadores econômicos, na disputa da clientela.

2.4 Essa liberdade de concorrência implica, assim, em liberdade pública e liberdade privada. Liberdade privada no sentido de que a concorrência livre só terá lugar em condições de mercado, em que se reprima o fenômeno do abuso do poder econômico, que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º). Liberdade pública na medida em que ao Estado compete o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), só podendo desenvolver a exploração direta da mesma, “quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, *caput*).

2.5 Sintetizando, podemos dizer que esses dispositivos constitucionais, devidamente conjugados, nos autorizam a extrair as seguintes notas informadoras da livre concorrência, a saber: a) a livre concorrência, entendida como livre jogo das forças do mercado, na disputa da clientela, supõe o poder econômico — necessariamente desigual — dos agentes do mercado; b) essa desigualdade dos agentes econômicos a lei não a rejeita, reprimindo porém o “abuso do poder econômico”, que leva à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucro; c) ao Estado será permitida a exploração da atividade econômica em regime de monopólio, em caráter excepcional, quando necessária aos imperativos da segurança

nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

2.6 Cabe ainda repisar que a livre concorrência é erigida a princípio constitucional, não como expressão individualista, mas enquanto conceito socialmente valioso. No citado art. 1.º da Carta de 1988, de manifesto caráter preambular e geral, é apresentado como “princípio fundamental” o valor social da livre iniciativa; sendo a livre concorrência consectário do conceito de livre iniciativa, é o valor social da livre concorrência que é também elevado à condição de princípio informador da ordem econômica. Dado que um dos “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil — conforme expressamente determina o art. 3.º, inc. I, da Lei Maior, igualmente de caráter preambular e geral — é o da “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, a livre iniciativa e a livre concorrência deverão necessariamente ser encaradas como conceitos polarizados no sentido de dar cumprimento a esse escopo.

2.7 Com efeito, a livre concorrência foi expressamente elevada à condição de princípio constitucional, à ilharga da livre iniciativa, no pressuposto lógico de que o mercado competitivo é uma garantia de eficiência econômica, e, como tal, fator determinante da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Este é o “valor social” da livre iniciativa e da livre concorrência, sob cujo prisma devem ser necessariamente entendidas e interpretadas.¹

1. Nestes pontos, concordam comentadores com os mais diferentes pontos de vista, como Miguel Reale, *Aplicações da Constituição de 1988*, Forense, 1990, pp. 13 e ss.; Raul Machado Horta, *A Constituição Brasileira, 1988, Interpretações*, Forense, 1988, pp. 388 e ss.; Eros Roberto Grau, *Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988*, RT, 1990, pp. 197 e ss.

3. A noção de serviço público

3.1 Fixados esses princípios constitucionais da atividade econômica, volte-mos os nossos olhos sobre a noção de serviço público, cuja prestação “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão”, conforme dispõe expressamente o art. 175 da Lei Maior, que faz parte do capítulo dedicado aos “princípios gerais da atividade econômica”.

3.2 A noção de serviço público parte da idéia comezinha de que os homens em sociedade têm várias necessidades; algumas podem ser satisfeitas pela atividade econômica organizada e explorada pelo setor privado; outras o setor público avoca o encargo de assegurá-las, de modo a que sejam prestadas sempre, e sem interrupção, a todos que delas necessitam. Para tanto, o Estado ou presta, ele próprio, os serviços, ou define com rigor as condições mediante as quais esses serviços poderão ser prestados por terceiros, sob sua vigilância.

3.3 Certos serviços, de tão importantes, se constituem num imperativo para a própria subsistência do Estado, como os de defesa nacional, o policial, o sanitário: atendem a necessidades essenciais da coletividade, não lhe restando outra alternativa senão executá-los ele próprio. São os serviços públicos em sentido estrito. Outros serviços, sem serem considerados essenciais, atendem a necessidade da coletividade, aumentando as conveniências da vida social, podendo o Estado transferi-los a terceiros, sob regime de concessão ou permissão. Daí por que não se pode *a priori* indicar as atividades que constituem serviço público, variando segundo as necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade e dentro de cada momento histórico.

3.4 Na satisfação dessas necessidades da coletividade, a prestação desenvolvi-

da pelo Estado via de regra envolve também o desempenho de atividade econômica. Daí por que inexistente, propriamente, oposição entre atividade econômica, exercida pelo setor privado, e serviço público, realizado pelo Estado, mas uma relação de gênero com espécies: o gênero atividade econômica (*sensu lato*) compreende duas espécies: o serviço público, prestado pelo setor público, e a atividade econômica (*sensu stricto*), desenvolvida pelo setor privado.

3.5 A distinção entre uma e outra atividade econômica reside nos diferentes regimes jurídicos a que se sujeitam. O desempenho da atividade econômica pelo setor privado é feito em regime de competição, inclusive quando excepcionalmente atua como agente o próprio Estado, diretamente, ou através de empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades (CF, art. 173, § 1.º). Já os serviços públicos são organizados e prestados em regime de privilégio, estruturado segundo os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, com derrogação das normas do direito privado.²

4. O monopólio estatal

4.1 Essas conclusões não deixam de ser válidas ainda nas hipóteses de exploração, pelo Estado, diretamente, ou

2. “Saber se uma atividade é pública ou privada é uma questão de indagar do regime jurídico a que se submete. Se o regime que a lei atribui é público, a atividade é pública; se o regime é de direito privado, privada se reputará a atividade, seja ou não desenvolvida pelo Estado. Em suma: não é o sujeito da atividade, nem a natureza dela que lhe outorgam o caráter de público ou privado, mas o regime a que, por lei, foi submetida” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2.ª tir., RT, 1975, p. 14). Sobre a oposição regime de privilégio-regime de concorrência, cf. Eros Roberto Grau, “Serviço público de distribuição de gás canalizado”, in *RDP*, RT, n. 84, p. 93.

através de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades, de atividade econômica monopolizada. Prevê a Constituição que ao Estado é admitida a exploração de atividade econômica em regime de monopólio em casos expressamente previstos na própria Carta (art. 177; art. 192, II; *in fine*; art. 21, XXVIII; art. 192, I), ou nas hipóteses instituídas por lei especial (art. 173). São, respectivamente, os chamados monopólios constitucionais e os monopólios legais. Dir-se-á que, ao retirar determinada atividade econômica do regime de competição, se estaria automaticamente lhe conferindo o regime de serviço público, cuja tônica é justamente o privilégio? Não nos parece que assim seja. Não há confundir monopólio com privilégio.

4.2 Com efeito, o privilégio, de que se reveste a prestação de serviços públicos, decorre da situação de supremacia em que se encontra a Administração pública em relação aos particulares, e se traduz em prerrogativas de soberania, de imposição unilateral, próprias de direito público. O monopólio estatal é a exclusividade de exploração, que a lei atribui ao Estado, de determinado setor da atividade econômica, afastando-o do regime de concorrência, por imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, mas não propriamente pela posição de superioridade a Administração pública, da qual aliás esta é obrigada a se despojar quando atua no campo reservado às empresas privadas, por determinação constitucional. Em suma (e dizendo a mesma coisa de outra maneira), ao instituir um monopólio estatal para determinada campo da atividade econômica, o Texto Constitucional não lhe está obviamente conferindo a natureza de serviço público, este sim imbuído de privilégio estatal.³

3. Essa distinção entre "monopólio" e "privilégio" tem antecedente ilustre em trabalho de Ruy Barbosa (*Os privilégios exclusivos na ju-*

4.3 De resto, o monopólio, em termos de direito privado, onde é de rigor a concorrência, não é coibido em si, enquanto tal, mas apenas passa a sê-lo, quando a ação do agente econômico, que detém a posição dominante, vem a praticar abusos do poder econômico, nas formas reprimidas pela legislação antitruste. Pois situações de monopólio "natural ou de fato", geradas por circunstâncias provenientes até da própria competição, são reconhecidas como lícitas, quando não conduzam àqueles abusos (Lei 4.137, de 10.9.62, art. 2.º, inc. II). Para a legislação antitruste, esses monopólios privados não fraturam o regime concorrencial, admitidos como momentos inerentes à moderna economia de mercado, de concorrência imperfeita ou monopolística. Ora, o mesmo se pode dizer dos monopólios estatais, instituídos excepcionalmente na forma da lei.⁴

4.4 E como se identificam essas condições monopolísticas? O exercício do monopólio — tanto natural como legal — se exprime pela titularidade do poder de controle sobre determinado setor do domínio econômico. Pois como expressamente dispõe o art. 5.º da Lei Antitruste, "entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla

risprudência constitucional dos Estados Unidos, 3.ª ed., 1911, p. 3). Cf. sobre assunto Carlos Medeiros Silva, pareceres cm RDA, FGV, n. 33, pp. 137, 325 e 453.

4. Cf. a introdução de Gustavo Ghidini, "Concorrenza e monopolio", in *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Pádua, v. IV, 1981, dirigido por Francesco Galgano, *verbis*: "Ed invero la struttura della moderna economia di mercato, segnata dall'intreccio fra momento concorrenziale e momento monopolistico (la situazione che gli economisti, con felice ossimoro, defiscono di "concorrenza monopolistica"), fa sí che anche in dato giuridico, nel suo insieme, si presenti tipicamente come combinazione dealetica dei due momenti" (p. 2).

em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”.

4.5 Nessas condições, essa “posição dominante” não pressupõe necessariamente a propriedade dos meios de produção ou troca, que pode inclusive ser de terceiros, pois o “controle” é o direito de dispor de bens, próprios ou de outrem, de tal arte o controlador age como senhor dos mesmos.⁵ Daí podermos dizer que o exercício do monopólio do Estado pode ser desempenhado diretamente pela Administração pública, centralizada (ou seja, por um órgão integrado no aparelho estatal, como uma agência governamental, grupo executivo, comissão, ou outra designação que se lhe dê) ou descentralizada (uma autarquia), como, indiretamente, por entidades paraestatais (empresa pública ou de economia mista). Em nenhuma dessas hipóteses, o exercício do monopólio está confundido com a detenção do domínio de ativos, que poderá ser de outros titulares, particulares, desde que preservado o controle da Administração pública.

4.6 Por exemplo, se a exploração do monopólio de determinado setor se realizar por intermédio de uma agência centralizada da Administração, poderá esta, inclusive, exercer uma tarefa apenas regulatória, contratando empresas nacionais e estrangeiras para a exploração da atividade monopolizada. O monopólio não é mera exclusividade de execução, mas um poder muito mais amplo — o poder de controle — sobre

a atividade em tela, que certamente está incluído na função normativa e fiscalizadora do Estado como agente regulador da atividade econômica, contida no art. 174 da CF.

4.7 Esse monopólio poderá até ser explorado em regime de participação nos riscos e nos resultados com empresas do setor privado, nacionais ou estrangeiras (CF, art. 177, § 1.º, *a contrario*). Em todas essas hipóteses, porém, faz-se mister o “controle” da Administração pública.

4.8 A única exigência comum para essas diferentes formas de exercício de monopólio é a sua instituição por lei, dado que a Administração pública está rigorosamente sujeita ao “princípio da legalidade” (CF, art. 37, *caput*). Assim, esse órgão interno pode ser instituído por decreto, sem necessidade de lei que o crie, mas a sua atuação, na espécie, depende de lei que a defina (CF, arts. 174 e 173, *caput*). Se a opção, no entanto, for pelo exercício direto do monopólio pela Administração descentralizada, através de uma autarquia, ou pelo exercício do monopólio pela Administração indireta, por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, será necessária a sua criação por lei específica, já que “somente por lei especial poderão ser criadas empresas públicas, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública” (CF, art. 37, inc. XIX).

5. O monopólio do gás natural

5.1 Estabelecidos esses pontos, vejamos como se disciplina o monopólio do gás natural em nosso País. Na vigência do Código de Petróleo de 1941 (Dec.-lei 3.236, de 7 de maio), as jazidas de petróleo e gases naturais se regulavam por um sistema dominial regaliano (eram do domínio imprescritível da União) e por um sistema de exploração sob a forma de autorização administrativa. Essa

5. Cf. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, RT, 2.ª ed., 1977, p. 88: “O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica”.

situação daria lugar ao regime de monopólio, que veio a ser estabelecido na Lei 2.004, de 3.10.53, em favor da União (art. 1.º), que o exerceria por meio do Concelho Nacional do Petróleo e da Petrobrás — Petróleo S/A. (art. 2.º).

5.2 Esse monopólio da União, a ser exercido por intermédio do CNP e da Petrobrás, foi instituído com a seguinte abrangência: I — a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional; II — o refino do petróleo nacional ou estrangeiro; III — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional, ou de derivados do petróleo produzidos no País, e, bem assim, o transporte, por meio de condutos, do petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem (idem, art. 1.º).

5.3 A seguir, a Carta Constitucional de 1969 erigiu a nível de monopólio constitucional “a pesquisa e a lavra do petróleo em território nacional” (art. 169), fazendo-o porém apenas no tocante à atividade de “pesquisa e lavra de petróleo”, permanecendo as demais atividades relacionadas na Lei 2.004, acima reproduzidas, submetidas ao monopólio legal, estabelecido por esse diploma, que se reputou recepcionado pelo art. 163 da Lei Maior, que permitia, genericamente, que esse monopólio fosse constituído “mediante lei federal”.

5.4 Eis que a Constituição de 1988 alterou essa situação, elevando ao patamar de “monopólio constitucional da União” não apenas a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, mas também todas as atividades previstas na Lei 2.004/53, sobre acrescentar outras tantas (art. 177, incs. I a V). Assim, no tocante especificamente ao gás natural, esse art. 177 instituiu o monopólio constitucional no que toca: a) à pesquisa e lavra; b) à importação e exportação dos produtos

e derivados resultantes dessas atividades; e c) ao transporte por meio de conduto.

5.5 Ora, aqui não pode repetir o que foi dito a respeito da Carta de 1969, não tendo ocorrido a recepção pela Constituição atual da Lei 2.004/53, no que toca ao exercício do monopólio do gás natural da União pela Petrobrás, tal como aconteceu na vez anterior. É isso por duas razões: 1. a mudança da Constituição importou na introdução de um novo sistema de monopólio, hierarquicamente superior, que derogou o sistema anterior; 2. a nova Carta não dispõe de um dispositivo expresso que preveja a intervenção em regime de monopólio “legal”, à semelhança do citado art. 163 da EC 1/69.

5.6 Com efeito, a Constituição, como lei orgânica, revoga todo direito constitucional anterior, sendo irrelevante qualquer apreciação sobre a compatibilidade ou não de regra constitucional posterior com regra constitucional anterior. Irrelevante também que, entre a nova e a antiga Carta, existam textos que se reproduzam, com pequenas modificações léxicas. Como acentua obra clássica de direito intertemporal, “a reprodução não induz à aceitação da tese de que as disposições anteriores fazem parte do novo regime ou sistema constitucional. São textos novos, suscetíveis de interpretação diferente, de acordo com o novo sistema constitucional”.⁶

5.7 Ora, como se acentuou nas duas seções iniciais deste parecer, a constituição de 1988 vem informada por notas próprias, onde se destaca o largo espectro emprestado ao valor social da livre iniciativa e da livre concorrência, que não se encontram no sistema da Carta de 1969. São estruturas informadas por valores diferentes, que exigem interpre-

6. Oscar Tenorio, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2.ª ed., Borsoi, Rio, 1955, n. 125, p. 84.

tações sistemáticas também distintas. Assim, ao conferir nível de monopólio constitucional ao que era monopolizado por lei federal, concedeu-lhe um regime novo e superior, que torna a lei preexistente, de nível hierarquicamente inferior, incompatível com o monopólio instaurado.

5.8 É claro que a substituição de uma Constituição por outra não implica na revogação de todas as leis elaboradas e promulgadas no regime anterior, mas tão-somente daquelas que forem incompatíveis com o novo sistema. No caso, porém, ainda que se admita que o texto constitucional, que instituiu o monopólio da União sobre a pesquisa e lavra das jazidas de gás natural, a sua importação e o seu transporte, por meio de conduto, praticamente reproduz o que a lei ordinária anterior já contemplava, temos uma hipótese típica de revogação tácita — ou de inconstitucionalidade, como preferem outros⁷ — da lei preexistente, por dissonância, não com a letra, mas com as bases da Carta Constitucional de 1988.

5.9 De fato, a mudança da Constituição importou na introdução de um novo sistema de monopólio, de nível constitucional, mais abrangente, e suscetível de interpretação diferente, nesse setor específico, implicando na derrogação implícita da lei ordinária anterior, mormente nessa parte em que estabelecia um determinado regime de monopólio legal, que a Carta anterior não contem-

7. Sustenta Castro Nunes (in *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio, 1943, p. 601) que a teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade hierárquica, salientando que o problema é materialmente o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer posterior à Constituição; em consequência, se a lei anterior à Constituição não se ajusta aos termos desta, teremos propriamente um problema de inconstitucionalidade e não de mera ab-rogação por se tratar de normas hierarquicamente diversas.

plava. Em consequência, totalmente insustentável dizer que a Petrobrás continua sendo titular do exercício do monopólio do gás natural, ao menos enquanto não sobrevier lei compatível, convalescedora dessa situação.

5.10 Por via de consequência, os atos administrativos da União, que venham a ser gerados sob a égide da Carta em vigor, à míngua do respaldo de lei específica que volte a outorgar à Petrobrás o exercício do monopólio de gás natural, ou o seu simples exercício de fato pela Petrobrás, serão, ambos, censuráveis e absolutamente contestáveis por meio das medidas judiciais cabíveis.

5.11 Derrogada, destarte, a Lei 2.004/53, ao menos no que concerne à execução do monopólio do gás natural por meio do CNP e da Petrobrás, à União abre-se o leque de opções para a sua exploração, já apontado nos itens 4.5 a 4.7, supra, deste parecer, onde é de rigor apenas que se lhe reserve, incontestável, o poder de controle.

6. O monopólio da importação e do transporte do gás boliviano

6.1 E aqui chegamos ao objeto do presente estudo. Qualquer que seja a forma pela qual a União venha a exercer o monopólio no que tange ao gás boliviano, evidentemente a exploração das jazidas estará fora do seu alcance, na medida em que se localizam além do território nacional. Assim sendo, o monopólio só alcançara a importação e o transporte do mesmo em nosso País. Por ser titular do monopólio de importação, à União é que caberá importar o gás boliviano, podendo, a partir desse momento, revendê-lo internamente. Assim também o seu transporte, por meio de duto, da Bolívia ao Brasil: é atividade monopolizada pela União. Nesse sentido, quais seriam as formas possíveis pela qual a União poderá explorar tais monopólios?

6.2 Tendo em vista as considerações já expeditas, lícito será responder que a União poderá exercer o monopólio da importação e do transporte do gás boliviano por meio de duto: a) diretamente, por intermédio de órgão *interna corporis*, sem autonomia jurídica, ou através de uma entidade de natureza autárquica; e b) indiretamente, através de uma entidade paraestatal, ou seja, empresa pública ou sociedade de economia mista.

6.3 Se a opção for por uma agência, que faça parte do aparelho estatal, poderá esta reservar para si apenas uma tarefa regulatória, contratando, através de licitação, empresas nacionais, ou mesmo estrangeiras, para a construção e operação do gasoduto que irá transportar o gás boliviano, assim como a sua importação e revenda no território nacional. Dispõe o § 1.º do art. 177 da CF, que o monopólio ali instituído inclui “os riscos e os resultados” decorrentes das atividades mencionadas, mas não veda à União cedê-los a terceiros, nem a conceder-lhes “qualquer tipo de participação”, a não ser na hipótese específica da “exploração de jazidas” de gás natural, que não seria obviamente o caso em pauta, que versa apenas sobre a importação e o transporte por dutos.

6.4 De resto, como repetidamente observamos, o monopólio não pressupõe a titularidade dos bens móveis e imóveis necessários ao seu exercício, mas apenas o “controle” da atividade respectiva. Na espécie, o controle da importação do gás estrangeiro, enquanto atividade de serviço, assim como o controle do seu transporte por meio de duto, independem do domínio de equipamentos e aparatos técnicos, que podem ser de terceiros.

6.5 Outra alternativa seria a da exploração direta do monopólio através de uma autarquia da União. É pacífico que os entes autárquicos podem explorar atividade econômica, sem que imprima à atividade explorada a natureza de serviço

público (art. 173, § 1.º; Dec.-lei 200/67, arts. 172 e 182).⁸ Também aqui seria perfeitamente viável segregar na autarquia a função regulatória, tal como ocorre com tantas autarquias de ordenamento econômico (IBC, SUDEPE, INCRA, etc.), outorgando a organizações particulares, ou a entidades paraestatais, a exploração da atividade monopolizada. O controle, assim, da atividade continuaria reservado à União, exteriorizado na função regulatória desempenhada pelo ente autárquico.

6.6 Se a opção for pela exploração do monopólio por meio de uma empresa governamental, pública ou de economia mista, faz-se mister apenas que o controle seja da União entendendo por controle da empresa a titularidade da maioria do capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades (CF, art. 171, II; Lei 6.404, art. 116). Para adquirir esse poder de controle, na forma exposta, o seu capital poderá revestir as mais diferentes estruturas, desde que à União se reserve a maioria do capital votante (de acordo com a lei das sociedades anônimas, que restringiu as ações ordinárias com direito de voto a 1/3 do total das ações emitidas (art. 15, § 2.º), no mínimo, 17% do capital total).

6.7 Essa empresa poderá ser inclusive a própria Petrobrás, ou uma sua subsidiária, desde que, evidentemente, devidamente habilitada, por lei específica. Com efeito, a Lei 2.004/53, instituiu a Petróleo Brasileiro S/A. e suas subsidiárias como “órgãos de execução” do monopólio constituído em favor da União

8. Sobre o assunto, cf. o excelente artigo de Lélío Canndiota de Campos, “A atividade econômica do Estado”, in *RDM* 41/20-21, 1981. Eros Roberto Grau, que tinha opinião diversa, se rendeu à ideia de que as autarquias possam explorar atividade econômica em sentido escrito (*Contribuição*, ob. cit., p. 272).

(art. 2.º, II), e dedicou a seção VII (arts. 39 a 42) às “subsidiárias da Petrobrás”, para as quais estabeleceu certos requisitos, como, p. ex., o de que a Petrobrás, nelas, “deverá sempre ter a maioria das ações com direito a voto” (art. 39). Essa lei, todavia, fixa apenas parâmetros, mas não consubstancia propriamente a “autorização legislativa” para “a criação de subsidiárias”, que é de rigor e deve ser específica para cada subsidiária criada, por expressa exigência do art. 37, XX, da CF em vigor.

6.8 Outras técnicas de concentração do poder de controle no seio da empresa poderiam ainda ser ensaiadas, a fim de permitir que a União viesse a preservar o controle, que o monopólio constitucional lhe assegura, sem que fosse obrigada a deter sequer os referidos 17% do capital total, reservado o aporte de recursos maiores aos *partners* privados. Poderia, p. ex., ser instituída a emissão de ações de voto plural em favor da União, o que de resto é uma prática comum em outros países, como forma de preservar o controle estatal de empresas mistas. O mesmo objetivo seria atingido, com a emissão em favor da União de uma classe diversa de ações ordinárias, que, no molde das chamadas *golden shares*, lhe atribuisse a faculdade de ser peça decisiva nas deliberações em assembléia que versem matérias de política geral, ligadas ao controle da atividade monopolizada. Nesse caso, o controle remanesceria com a União, mas a gestão propriamente dita — ou seja, a administração — ficaria a cargo dos sócios privados majoritários.

6.9 Uma variante para esse tipo de sociedade, que acrescentaria a vantagem da obtenção de recursos em divisa estrangeira, poderia ser, ainda, a de uma empresa executora do monopólio, com estrutura acionária binacional (de que o País já tem experiência), desde que mantido o poder de controle da Admi-

nistração brasileira, através dos expedientes acima elencados.⁹

6.10 Várias, aliás, são as técnicas para a preservação do controle interno, de que a União pode valer-se, na constituição de empresas destinadas à exploração do monopólio em tela. A maioria delas, como as duas acima citadas, não são, de fato, admitidas entre nós em termos de direito comum (o voto plural é expressamente vedado pelo art. 110, § 2.º, e as *golden shares* não estão previstas entre as classes de ações ordinárias permitidas pelo art. 16 da Lei 6.404),¹⁰ mas nada impede que a lei específica, que venha a criar a parastatal da União, concomitantemente altere o direito privado, adotando-as em favor de tal sociedade, já que é da competência privativa da União legislar sobre o direito comercial (CF, art. 22, I).

6.11 Essa derrogação do direito comum, de resto, é habitual em empresas mistas, bastando fazer referência à própria Lei 2.004/53, que alterou a lei das

9. V. Paulo Salvador Frontini, “Itaipu binacional: novo tipo de empresa?” in *RDM* 15-16/250 e ss., 1974; Miguel Reale, “A estrutura Jurídica de Itaipu”, in *Problemas Brasileiros*, n. 132, pp. 3 e ss.

10. De fato, a lei das sociedades anônimas apenas prevê a possibilidade da emissão de uma diversa classe de ações ordinárias em função do “direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos” (art. 16, IV), contemplando uma das virtualidades das *golden shares*, mas não todas, nem as mais necessárias das suas características. A submissão obrigatória ao voto de seus titulares de matérias de natureza de política geral somente pode ser alcançado através de expedientes indiretos: a) a adoção de *quorum* especial ou totalitário para a deliberação de determinadas matérias em assembléia geral, de forma a criar o direito de voto em favor dos minoritários (art. 129, § 1.º); b) acordo de acionistas, em que os acionistas ajustem entre si o exercício do voto em assembléia sobre matérias adrede ajustadas (art. 118).

sociedades anônimas, criando para a Petrobrás situações especiais. Assim, segundo o art. 19 e §§, o presidente do conselho de administração e três diretores da Petrobrás não serão eleitos pela assembléia geral dos acionistas, mas nomeados pelo Presidente da República; é privativo dos brasileiros natos o exercício das funções de membros do conselho de administração e do conselho fiscal etc. Temos aí preceitos legislativos federais particulares, próprios apenas daquela sociedade.¹¹

6.12 Nessa ordem de idéias, válida seria também a associação, para a execução do monopólio, de uma empresa governamental (que poderia ser a Petrobrás ou uma subsidiária), com empresas particulares, nacionais ou estrangeiras, em regime de consórcio (Lei 6.404, art. 278), onde à primeira se reservassem funções regulatórias, mas que exprimissem o controle da atividade, e às segundas, o domínio jurídico dos bens necessários ao exercício do monopólio e a administração do empreendimento comum. É hoje tranqüilo que a definição de consórcio, prevista na lei acionária, que lhe assina como finalidade a execução “de determinado empreendimento” (art. 278, *caput*), não o limita a um única obra, mas pode ser duradouro, abrangendo toda uma determinada atividade de colaboração empresarial. Assim, o regulamento que disciplina, no plano federal, os consórcios para a realização de obras públicas desfaz esse liame, consagrando a ad-

missibilidade dos consórcios que não sejam episódicos (Dec. 86.025, de 22.5.81, art. 15, 1.º).¹²

6.13 Aliás, grande é a maleabilidade dessa modalidade de colaboração empresarial, que defere às partes a possibilidade de estruturar formas organizacionais com as maiores variações. Segundo a lei, ao contrato de consórcio caberá conter: “a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas” (art. 279, IV); a “forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado” (art. 279, VII); as “normas sobre administração do consórcio” (art. 279, VI). É frisante, portanto, a possibilidade de os participantes estruturarem um consórcio em que a função regulamentar e fiscalizadora (e portanto o controle) seja atribuída ao setor público, reservando a gestão e a propriedade dos bens de produção exclusivamente ao setor privado.

12. Hely Lopes Meirelles adotava a definição restritiva em relação aos consórcios (cf. *Licitação e Contrato Administrativo*, 8.ª ed., RT, 1988, p. 82), que seria contestada pela própria regulamentação da legislação sobre as licitações promovidas pelo Poder Público. Outros, porém, consideravam uma injustificável limitação adotar essa interpretação restritiva, que transformaria o consórcio numa autêntica *societas alicuius negotiationis*, incompatível com o emprego dessa forma de colaboração empresarial, e acenaram, com argumentos consistentes, inclusive de ordem histórica, para uma visão mais ampla do instituto. É o que fez Fábio K. Comparato, lembrando “o precedente da sociedade em conta de participação, que acabou sendo admitida para o exercício de uma atividade empresarial permanente, não obstante o Código Comercial lhe assinalar por objeto “uma ou mais operações de comércio determinadas” (art. 325) (in “Grupos Societários da Nova Lei de Sociedade por Ações”, artigo publicado na RDM 23/100, 1976, Cf. Mauro Rodrigues Pentead, “O Contrato de Consórcio” in *Novos Contratos Empresariais*, RT, 1990, pp. 80 e ss.

11. O estabelecimento de um estatuto legal especial, derogador do direito comum, como prática habitual, senão mesmo como característica, das sociedades de economia mista, foi acentuado por vários administrativistas, como, p. ex. Themístocles Cavalcanti, no seu *Tratado de Direito Administrativo*, ed. 1960, v. IV/336. Cf. nosso “O conceito Jurídico de Sociedade de Economia Mista”, in RDM 79/1 e ss., 1965.

6.14 Em todas essas alternativas, há uma nota comum: a exigência de uma lei antecedendo a exploração da atividade monopolizada. Se a União vier a exercer o monopólio diretamente através de órgão interno da Administração, para tanto criado, ainda que a sua instituição possa ser realizada por decreto, a sua atuação deverá ser necessariamente feita “na forma da lei” (CF, art. 174). Por outro lado, “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”, dependendo, igualmente, de “autorização legislativa” a “criação de subsidiárias das entidades mencionadas”, “assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” (CF, art. 37, XIX e XX).

6.15 Habilitadas por lei, essas diferentes formas de participação da atividade

privada na execução do monopólio da importação e transporte do gás boliviano permitirão que a União não aporte necessariamente grandes recursos, nem mantenha o domínio jurídico dos bens envolvidos na atividade, mas, apenas, retenha consigo o controle sobre o segmento monopolizado, franqueando ao setor privado a responsabilidade pela construção, domínio e operação do empreendimento. Nessas condições, essas diferentes modalidades de colaboração entre os setores privados e estatais representarão, uma vez adotadas (sobre trazerem, como subproduto não despendendo, a liberação de recursos financeiros estatais, reconhecidamente escassos), uma experiência extremamente inovadora e profundamente salutar na ordem jurídico-econômica do Estado brasileiro contemporâneo.