

A EVOLUÇÃO DO REGIME LEGAL DA PETROBRÁS E A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

ARNOLDO WALD

“Se a PETROBRÁS está voltando ao setor por meio de participações minoritárias em diferentes projetos com um número variado de parceiros, não há problema algum”.

(LUCIANO RESPINI, Presidente da DOW QUÍMICA, in Gazeta Mercantil Latino-Americana, de 06 a 12.10.97)

“Com a economia brasileira aberta, não podemos só raciocinar em termos domésticos. A concentração, em nível nacional, não é necessariamente prejudicial, desde que possa enfrentar a concorrência”.

(Senador JOSÉ SERRA, Gazeta Mercantil, de 26.09.1997)

I.A EVOLUÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

1. Em todos os países, a sociedade de economia mista surgiu como um modo de flexibilização e descentralização das entidades criadas pelo Estado para atender determinados interesses no plano econômico. Dotada inicialmente de plena autonomia, regendo-se nas suas relações externas de acordo com as normas de direito comercial, podia substituir as empresas privadas ou com elas competir adequadamente, não obstante ser controlada e fiscalizada pelo Estado. Quer tenha tido a vocação de substituir um verdadeiro serviço público, quer a sua existência se justificasse pela falta de recursos financeiros da iniciativa privada para realizar grandes investimentos necessários a assegurar o desenvolvimento nacional, em todos os casos ela conciliava uma forma de direito privado com uma finalidade pública.

2. Na medida em que o Estado ampliou a sua presença na economia, sob todas as formas, recorreu a técnicas de descentralização, como a autarquia, a empre-

sa pública e a sociedade de economia mista, para poder atender às finalidades almeçadas.

3. Na doutrina, chegou a ser salientado, pelo Professor GEORGES VEDEL, que estava ocorrendo a chamada comercialização do direito administrativo, pois afirmava o eminente mestre que:

“o Estado desapropriou os capitalistas, ficando não somente com suas empresas mas também com suas técnicas (jurídicas) e experiências.”¹

4. Assim, quando se concebeu o monopólio da PETROBRÁS, o então deputado BILAC PINTO salientou que se propunha:

“a constituição de uma empresa estatal, que tenha a mesma flexibilidade das empresas privadas para executar aquele programa”.²

5. Na realidade, a sociedade de economia mista teve, no Brasil, um papel distinto daquele que lhe foi atribuído nos vários países da Europa, nos quais, na maioria dos casos, a sua criação decorreu das nacionalizações, que ocorreram, em grande número, após a Segunda Guerra mundial, mantendo-se a empresa nacionalizada com uma estrutura relativamente análoga à que tinha, anteriormente, quando sociedade privada.

6. Em nosso país, com o decorrer do tempo, tanto as autarquias, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista foram perdendo a sua flexibilidade, em virtude dos controles a priori e a posteriori que lhes foram impostos e da relativa politização que sofreram, com a aplicação, numa certa época, do spoil system.

7. Assim, no Brasil, num movimento pendular, tivemos, sucessivamente, a criação das autarquias e a desautarquização das mesmas, aplicando-se-lhes as normas da administração central. Organizamos as sociedades de economia

¹ Georges Vedel, La Technique des Nationalisations, in Droit Social, 1946, p. 96, e, no mesmo sentido, Jean Rivero, Sur la Réforme des Institutions Nationales, Dalloz, 1948, crônica, p. 181.

² Bilac Pinto, Documentos Parlamentares, Petróleo, vol. 6, ps. 249/263, ap. Gilberto Paim, Petrobrás, Rio de Janeiro, Topbooks editora, 1994, p. 183.

mista e as empresas públicas, que acabaram, posteriormente, sendo integradas, de uma maneira ou de outra, na administração indireta, sofrendo um processo de quase autarquização.

8. Enquanto se mantinha a personalidade de direito privado da sociedade de economia mista e os princípios constitucionais lhe asseguravam o mesmo regime aplicado às empresas privadas, as leis referentes às licitações foram, progressivamente, criando uma verdadeira camisa-de-força, que limitou a plena liberdade de atuação dessas empresas, ensejando maiores despesas e menor rentabilidade e tornando-se, hoje, um dos fatores do chamado custo Brasil.

9. Por outro lado, as sociedades de economia mista mobilizaram, em seu favor, a poupança privada, de tal modo que entre as maiores sociedades abertas do país e as mais negociadas em Bolsa, nos últimos vinte anos, encontramos quase que somente empresas mistas.

10. De qualquer modo, no passado, em quase todos os países, sob inspiração do direito anglo-americano, costumava-se garantir às sociedades de economia mista as três liberdades, que consistiam na dispensa de prestação de contas ao Bureau of the Budget, na não-incidência das normas e processos referentes ao civil service (sistema de recrutamento e promoção de funcionários) e ao sistema de concorrência pública.³

11. Aconteceu, todavia, que com o decorrer do tempo, as sociedades de economia mista foram sendo submetidas, de um modo cada vez mais intenso, às normas de direito administrativo, perdendo a sua autonomia e flexibilidade.⁴

3 Leonard White, *Introduction to the Study of Public Administration*, 3ª edição, 1951, p. 119 e seg., e Ogg e Ray, *Introduction to American Government*, 9ª edição, N. York, Appleton-Century Crofts Inc., 1948, p. 471, 608-610, 665-668 e 707-709, caracterizam nesses termos as chamadas “Government Corporations”, que são empresas públicas, mas cujos traços fundamentais são aplicáveis às sociedades de economia mista.

4 Em 1953, o Professor Bilac Pinto profetizava, em excelente artigo, “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas” (Revista Forense, vol. 146). Na realidade, continuou havendo o maior desenvolvimento das sociedades de economia mista, embora com um regime cada vez mais próximo do aplicável às empresas públicas e até à administração pública central. Já, naquela época, defendíamos a participação igualitária ou minoritária do Estado em sociedades de economia mista (Arnoldo Wald, *As Sociedades de Economia Mista*, in Revista Forense, 152, p. 510 e seguintes).

12.As tentativas de liberalização, como a realizada pela Lei nº 6.404, não alcançaram as suas finalidades, embora os autores do respectivo anteprojeto entendessem, na época, que se tratava de uma verdadeira lei geral das sociedades de economia mista.⁵

13.Comentando o mencionado diploma legal, tivemos o ensejo de escrever que:

“Assim sendo, na sua estrutura e nas suas relações externas com empregados (direito trabalhista), com terceiros, clientes ou fornecedores (direito obrigacional) ou com o próprio Fisco (direito fiscal), a empresa mista obedece aos mesmos princípios que a sociedade anônima privada. Essa situação decorre do princípio da igualdade na competição que se pretende assegurar numa economia de mercado, nas áreas em que a atividade do Estado não é monopolística. Por outro lado, no tocante à fixação de suas metas, a certos princípios gerais referentes ao orçamento, às despesas de pessoal e de material, aos critérios de gastos de publicidade e divulgação e ao controle das contas e da performance da empresa, cabe evidentemente a supervisão prevista pelo Decreto-Lei nº 200 e nada impede que o Estado ou o Município possam fixar, em lei, normas aplicáveis às suas sociedades de economia mista e às suas empresas públicas. Por mais que se respeite o princípio constitucional da equiparação das sociedades de economia mista às demais sociedades anônimas, a legislação ordinária tem admitido a criação de um regime próprio para as sociedades de economia mista, no tocante, às contribuições para o PASEP, a fiscalização financeira do Tribunal de Contas, a certo tipo de contratações, etc...”⁶

5 Escrevem Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira:

“A lei de sociedades anônimas, além de dispor sobre essa forma de sociedade quando utilizada pelo setor privado, é lei geral das sociedades de economia mista, que por ela se regem, com as derrogações constantes das leis especiais que autorizam a sua constituição (Constituição, art. 170, § 2º)” (A Lei das S.A., 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, p. 252).

6 Arnaldo Wald, As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 17, p. 70.

14. Na medida em que a PETROBRÁS deixou de exercer o monopólio previsto pela Lei nº 2.004 (art. 2º, II), em virtude da Emenda Constitucional nº 9, de 9.11.1995, e da Lei nº 9.478, de 6.8.1997, passou a ser uma sociedade equiparada às demais empresas comerciais, tendo inclusive o legislador afastado expressamente a incidência da Lei nº 8.666, para fazer depender as suas aquisições de bens e serviços de processo simplificado (art. 67 da Lei nº 9.478/97).

15. É interessante mencionar que a atribuição de maior flexibilidade à PETROBRÁS, para permitir que possa competir com as demais empresas do setor, foi a preocupação dominante do Governo, desde a elaboração do projeto que se transformaria na Lei nº 9.478. Essa posição do Poder Executivo, depois abraçada pelo legislador, se destina a garantir que a sociedade possa funcionar com “um espírito empresarial”, considerado como essencial para modernizar e “reinventar o Governo”.⁷

16. Assim, na Exposição de Motivos ministerial nº 23, de 25.4.1996, foi salientado que:

“Os dois últimos Capítulos do Anteprojeto cuidam da situação da PETROBRÁS, que é mantida com os seus objetivos originais, como agente estatal do monopólio, já agora não mais com a exclusividade que lhe conferiu a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, mas em caráter de livre competição com outras empresas, estatais ou privadas. Mantendo o controle acionário da União sobre a PETROBRÁS, a nova Lei proporcionará à estatal brasileira maior flexibilidade de atuação no novo cenário, permitindo-lhe, para isso, criar, transformar, fundir ou cindir subsidiárias para exercer as atividades relacionadas com seu objeto social, além da possibilidade de adotar procedimento licitatório simplificado, segundo normas próprias previamente aprovadas pelo Ministro de Minas e Energia e publicadas no Diário Oficial.

Emancipada da tutela do monopólio, conservará, entretanto, a PETROBRÁS, suas funções genuínas de braço exe-

⁷ David Osborne e Ted Gaebler, Reinventando o Governo. Como o Espírito Empreendedor está Transformando o Setor Público, 3ª ed. da tradução brasileira, São Paulo, MH Comunicação, 1994.

cutivo da política nacional para o setor, passando a exercitar-se em regime concorrencial aberto, com os predicados técnicos e de qualidade de gestão reconhecidos pela comunidade internacional da indústria do petróleo. Na verdade, a PETROBRÁS possui, hoje, maturidade e competência que lhe permitem compartilhar e concorrer com outras empresas do setor, no país e no exterior, nas oportunidades negociais que estão postas à sua frente”.

17. Está, pois, presente no projeto de lei, desde os seus inícios, a preocupação de flexibilizar a empresa, permitindo-lhe realizar associações de toda espécie.

18. O texto da Lei nº 9.478 e especialmente os seus artigos 61 a 65 atendem plenamente à preocupação do Poder Executivo de garantir a maior liberdade de atuação à PETROBRÁS, a fim de permitir a criação de subsidiárias, nas quais tenha posição majoritária ou minoritária, e de realizar parcerias ou consórcios sob todas as formas legalmente permitida.

19. Efetivamente esclarecem os mencionados artigos que:

“Art. 61. A PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º. As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

§ 2º. A PETROBRÁS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do Território Nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social.

.....

Art. 63. A PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo.

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, às quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

20. Sendo evidente a correlação e a afinidade existentes entre a exploração do petróleo e do gás e a indústria petroquímica, nenhuma dúvida existe quanto à liberdade da PETROBRÁS de contratar associações e parcerias com terceiros.

21. Assim, não há como alegar a inconstitucionalidade do acordo objeto da consulta, com base no art. 37, XXI, que tem a seguinte redação:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

22.Evidentemente que, no caso de associação ou parceria, não se tratando nem de obras, nem de serviços, nem de compras, nem de alienações, não incide a norma constitucional, que, aliás, prevê a exclusão da sua incidência nos casos especificados na legislação. Há, outrossim, mesmo em relação aos contratos regidos pela Lei nº 8.666, um regime especial para a PETROBRÁS, à qual não se aplica o mencionado diploma legal, como vimos ao analisar o art. 67 da Lei nº 9.478.

23.Também se alegou ⁸ que haveria violação do inciso XX do art. 37 da Constituição, de acordo com o qual:

“XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

24.Ora, verifica-se que existe autorização legal específica para a PETROBRÁS criar subsidiárias, ou seja, para participar em outras empresas, acrescentando o art. 64 acima transcrito que tal participação tanto pode ser majoritária, quanto minoritária (caso em que não se trata de subsidiária, mas de participação acionária).

25.O inciso XX do art. 37 da Constituição, ao referir-se a cada caso, pretende evitar que o Executivo possa criar uma subsidiária ou autorizar uma participação que não tenha sido autorizada de modo específico pelo Poder Legislativo para uma determinada empresa e com finalidades legalmente previstas. A expressão cada caso significa que não pode haver autorização genérica, para todas as empresas e em qualquer hipótese. Tratando-se de autorização, para criar subsidiária, visando atender às finalidades sociais da PETROBRÁS, que foi dada pela Lei nº 9.478, não há necessidade de lei específica para a associação com a OPP, pois a autorização já existe e não se trata de realização pelo Estado de atividade não prevista pelo legislador.

26.A este respeito já tivemos o ensejo de escrever, na vigência da Constituição anterior, mas interpretando os arts. 236 e 237, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas, que tinham redação análoga ao atual texto constitucional:

8 Correio Brasiliense de 24.9.97, p. 16.

“Como o § 1º do artigo 237 não esclarece se a lei autorizativa deve ser geral ou especial, nada impede que a faculdade de criar subsidiárias ou de modificar as finalidades sociais conste, desde logo, da lei que autorizou a criação da empresa. (...) Queremos dizer que o texto legal não deve ser interpretado como exigindo um casuísmo absoluto, com lei autorizativa para cada caso. Embora o artigo 237 caput se refira às atividades previstas na lei que autorizou a constituição da companhia, é evidente que qualquer lei pode alterar ou autorizar a modificação das finalidades da sociedade de economia mista, pois a lei que autorizou a constituição é do mesmo nível que qualquer outra e não pode ter qualquer prevalência sobre as leis posteriores. O que o legislador federal pretendeu proibir foi alteração do objeto pelos estatutos sem autorização legislativa. Desde que tal autorização exista, seja ela geral ou especial, pela lei criadora da empresa ou por outra posterior, nenhum óbice poderá surgir para realizar a modificação estatutária ou admitir a criação de subsidiárias.

É, aliás, preciso salientar que os próprios autores do anteprojeto admitem que não há necessidade de autorização específica para a criação de cada subsidiária, bastando a autorização genérica para que a sociedade de economia mista possa participar de outras”.⁹

27. Parece-nos, assim, que não tem fundamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.649, na qual se pretende considerar inválido o art. 64 da Lei nº 9.478, como aliás decidiu o Supremo Tribunal Federal ao indeferir a liminar pleiteada, pela unanimidade dos seus ilustres integrantes, em 29.10.1997.

II. OS CONTRATOS DE PARCERIA E A LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE

⁹ Arnoldo Wald, *As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas*, loc. cit., p. 77 e 78.

28. Tem sido alegado que a concessão do direito de preferência, em determinados contratos de associação, poderia constituir abuso do poder econômico, ensejando uma concentração, que propiciaria às empresas associadas um verdadeiro oligopólio. Na realidade, a situação da PETROBRÁS era monopolística no passado mas, com a nova legislação, passou a mesma a ser uma empresa que compete com as demais, especialmente em virtude da liberdade de importação. Assim, toda a política atual da PETROBRÁS consiste na realização de parcerias, tanto com empresas nacionais, como com as estrangeiras.

29. Por outro lado, já vimos que, no tocante ao setor petroquímico, surgiu, no mundo inteiro, uma espécie de oligopólio de fato, que deve ser examinado tendo em vista a economia mundial e não somente a situação brasileira. Essa nova visão da concorrência acaba de ser sedimentada, com a manifestação que os países europeus fizeram em relação à fusão entre a BOEING e a MCDONNELL DOUGLAS, examinando as posições das empresas nos diversos países e os contratos que tinham para fornecer aeronaves aos seus clientes no mundo inteiro, e não apenas nos Estados Unidos.

30. A doutrina tem salientado que qualquer controle pela autoridade administrativa deve ter em conta não só o mercado nacional mas também o do grupo econômico no qual o mesmo se insere - o Mercosul - e até, eventualmente, a situação, existente em outros países, tanto das empresas a que se associam como dos seus concorrentes.

31. Assim, ao lado dos interesses das partes e dos consumidores, também deve ser examinado o interesse público, que decorre da necessidade de fortalecimento de empresas nacionais ou sediadas no país, assegurando-lhes possibilidade de competição internacional, que atualmente pressupõe que tenham alcançado determinadas dimensões.

32. É evidente que o simples direito de preferência ou o dever de informação, de boa-fé, de planos de operações a serem realizadas na área na qual as empresas se associam, não pode constituir abuso do poder econômico, nem mesmo aquisição de posição dominante que possa ameaçar a livre concorrência.

33. Há cerca de quarenta anos, o Professor SAN TIAGO DANTAS já fazia a distinção entre o monopólio constituído pela atuação das partes e o monopólio natural, sendo que tais considerações se aplicam perfeitamente aos oligopólios existentes no setor petroquímico.

34. Escrevia o ilustre jurista que:

“A oposição entre livre concorrência e monopólio não parece hoje tão irreduzível. O monopólio, assim como pode ser criado artificialmente pelo Poder Público (monopólio legal) ou por um acordo de produtores (monopólio convencional) pode resultar de circunstâncias que o configuram como verdadeiro monopólio natural. É o que sucede, por exemplo, quando uma empresa detém a única fonte existente de certa matéria-prima, ou possui com exclusividade certa patente, ou ainda quando circunstâncias tecnológicas ou dificuldades de capital obstruem a entrada no mercado de fornecedores concorrentes. Em todos esses casos e em outros fáceis de apresentar, o mercado se acha sob condições monopolísticas, ainda que nenhuma norma legal ou convencional faça obstáculo à ampliação da concorrência.

Essas considerações (Cf. Joe S. Bain, Pricing, distributions and employment, ed. 1948, caps. 5º e segs.) levam à conclusão de que entre a livre concorrência e o monopólio não existe uma oposição antitética, mas uma diferença de grau. À medida que se reduz o número de fornecedores de um produto, e à medida que se agrava a dificuldade de entrada de novos fornecedores, a estrutura do mercado se torna mais e mais monopolística.”¹⁰

35. Na realidade, a partir da década de 70, a legislação ordinária brasileira reconheceu a importância crescente da concentração e da coordenação entre empresas como meios de fortalecer as empresas sediadas no país. Assim, a preocupação de evitar os abusos do poder econômico se apresenta mitigada pela necessidade de dar eficiência e dimensões adequadas às empresas nacionais, a fim de atender às necessidades do mercado interno e de enfrentar, eventualmente, os concorrentes no mercado internacional.

10 F. C. de San Tiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, ps. 94 e 95.

36. Assim, já o Iº Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado pela Lei nº 5727, de 4.11.1971, cuidando da integração social, reconhece a existência de meta da política nacional no sentido de:

“impedir os abusos do poder econômico, pela contínua melhoria da distribuição de renda, sem prejuízo da eficiência que garanta às empresas o poder de competição”. (Seção V, inciso IIIº)

37. No IIº PND, aprovado pela Lei nº 6.151, de 6.12.74, são numerosas as referências à necessidade de concentração econômica, à criação de estruturas empresariais poderosas, inclusive no campo da comercialização, incentivando-se, especialmente, a formação de conglomerados, devendo ser dada às empresas sediadas no país a necessária escala para que obtenham ou mantenham o indispensável poder de competição. Mais ainda, modificando aparentemente o espírito e a letra da então vigente Lei nº 4.137, o IIº PND esclarece que a repressão aos abusos do poder econômico não mais deverá ocorrer mediante a utilização de remédios jurídicos, mas sim “através de instrumentos econômicos. Tais mecanismos são o crédito, os incentivos fiscais, regulados no sentido de evitar práticas oligopolistas, assim como o sistema de controle de preços, orientado na forma já citada”.

38. Na filosofia do IIº PND, a ênfase é dada à necessidade de ser assegurada maior produtividade às empresas nacionais e às sediadas no país, garantindo-se, assim, a “emergência de forte expressão de capacidade empresarial”. Se insistimos na visão econômica da época, é porque ela inspirou, como já vimos, a criação da indústria petroquímica brasileira, cuja estrutura básica se manteve no tempo, não obstante as mudanças legislativas, as alterações de composição acionária das sociedades que atuam no setor e o aumento da produção e do consumo no país e no exterior.

39. Os autores que analisaram a evolução do regime jurídico das empresas se referem, a partir daquela época, à existência de uma “concentração estimulada” pelo legislador, que atende à preocupação constitucional de assegurar o desenvolvimento econômico e a justiça social no país (art. 160 da Emenda Constitucional nº 1). Surge, assim, o princípio da chamada “economicidade”,

pelo qual deve ser definida “a linha da maior vantagem” na aplicação da política econômica¹¹, diminuindo o campo de incidência da legislação antitruste.

40. Os mecanismos de concentração ou de integração, plena ou parcial, de empresas deixam de ser, assim, necessariamente, condenáveis, para que neles se possa vislumbrar técnicas úteis ou necessárias ao próprio desenvolvimento nacional.

41. Por outro lado, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.76) abriu novos horizontes aos mecanismos de associação e cooperação entre empresas, cuidando dos consórcios, das sociedades holdings, das coligadas, das subsidiárias e dos grupos societários. Assim sendo, a aparente ilegalidade dos “ajustes ou acordos entre empresas” e da “integração ou qualquer outra forma de concentração das empresas”, que defluía do disposto na então vigente Lei nº 4.137, ficou superada pela admissão dessas fórmulas, desde que nelas não se consagrasse um abuso de poder econômico destinado a assegurar o domínio do mercado a determinada empresa, em detrimento dos interesses dos concorrentes, dos consumidores e da própria coletividade. O legislador abandonou, pois, a sua posição negativista em relação aos ajustes de cooperação entre as empresas, para reconhecer a eventual utilidade dos mesmos.¹²

42. Em várias ocasiões, desde a sua criação, o Conselho Administrativo da Defesa Econômica reconheceu que os ajustes para a integração ou a concentração empresarial são lícitos desde que não constituam o meio de conseguir o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência, mediante abuso do poder econômico.

43. Já no Processo Administrativo nº 1, julgado ainda em 1966, a ementa da decisão salientou que:

“O abuso do poder econômico caracteriza-se por meios que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

11 Washington Peluso Albino de Souza, O Regime Jurídico da Concentração de Empresa, artigo publicado na Revista de Direito Econômico, nº 9, abril de 1978, p. 16 e seguintes, especialmente p. 30.

12 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Sociedades Coligadas e Consórcios, in Revista de Direito Mercantil, nº 12, 1973, p. 137 e seguintes e Mauro Rodrigues Penteadó, Consórcios de Empresas, S. Paulo, Livraria Pioneira, 1979, p. 24.

A eliminação da livre concorrência ou o emprego de meios para consegui-la é substancial à infração”.

44.Cinco anos depois, apreciando o Processo Administrativo nº 6, reiterou o plenário do CADE que:

“As práticas capituladas nas alíneas a e g do item I, do art. 2º da Lei do CADE são simples meios para a obtenção dos fins previstos no caput do mesmo item; se estes não forem alcançados - ainda que por outros meios - não podemos cogitar de violações autônomas às alíneas em questão. Somente uma titular do monopólio natural, ou de fato, pode ser agente da prática definida como abusiva no item II do art. 2º da Lei nº 4.137/62”.

45.Ainda em 1976, apreciando o Processo Administrativo nº 12, decidiu o CADE que a concessão de exclusividade para a comercialização de produtos não importa em abuso de poder econômico, salientando, na ocasião, que:

“A concessão de exclusividade para a comercialização de produtos, por si só, não constitui forma de abuso de poder econômico, sobretudo, quando a exclusividade é concedida a estabelecimentos em diversos pontos, diversos locais e variadas regiões.

Se o domínio do mercado ou a eliminação parcial da concorrência não ocorreu por meio da criação de dificuldades ao funcionamento de uma empresa ou por meio de agregação de empresas, não se caracteriza o abuso do poder econômico”.

46.Em outras decisões, reiteradamente, salientou-se que “na ausência de configuração legal nítida de abuso do poder econômico” impõe-se o arquivamento da representação, conforme já se verifica na decisão proferida, em 29.4.1964, no processo de averiguações preliminares nº 1/64.

47.Em várias das suas decisões, o CADE esclareceu que, nos termos da Constituição e da lei, as práticas enumeradas na então vigente Lei nº 4.137, em si mesmas, não constituíam irregularidade, só sendo suscetíveis de penalização

quando, em virtude delas, ocorressem situações ilegais e quando o resultado tivesse sido alcançado por meio abusivo. No acórdão proferido no Processo Administrativo nº 6, o relator teve o ensejo de salientar que, no entendimento daquela entidade:

“a lei antitruste brasileira não incriminava, como não incrimina, a formação de grupo econômico por agregação de empresas ‘per se’; mas tão-só e unicamente, quando o mesmo grupo se tenha formado e se venha mantendo por meio de qualquer das práticas abusivas”.¹³

48. Essa mesma jurisprudência administrativa se aplica, em nosso entender, aos textos análogos da atual Lei nº 8.884/94, que manteve os mesmos princípios, embora dispensando o dolo e a culpa, para que pudessem incidir as sanções legais.

49. O CADE também teve o ensejo de reconhecer, diversas vezes, que, para examinar a licitude ou não dos ajustes, devia-se invocar a “regra da razão”, consagrada no direito norte-americano¹⁴ e cujo sentido exato passaremos a analisar em seguida.

50. Mais recentemente, houve uma ampla discussão quanto ao papel do CADE, especialmente no tocante às fusões ou aos convênios de cooperação entre empresas estrangeiras e nacionais, prevalecendo a idéia de que a joint venture não deveria ser aprovada quando cada um dos associados ou acordantes pudesse, por si só, desenvolver adequadamente a sua atividade. A situação é evidente e absolutamente distinta da existente no caso da consulta, no qual a simbiose dos interesses enseja nova realidade e dota a empresa do nível que necessita para poder ser competitiva nacional e internacionalmente.

51. Alguns votos proferidos por conselheiros do CADE têm salientado, aliás, a importância de atender à política industrial do país, especialmente quando não há prejuízo para os consumidores.

52. Assim, no Ato de Concentração nº 58/95, foi lembrado por um dos eminentes conselheiros que:

¹³ Revista de Direito Econômico, nº 7, agosto de 1977, p. 129.

¹⁴ Revista citada, p. 127.

“A Lei 8.884/94 é explícita ao impor aos seus aplicadores a consideração de ocorrência de eficiências e estímulos ao desenvolvimento econômico.

Parece evidente, portanto, que a autoridade de defesa da concorrência deve otimizar sua atuação, procurando sinergias com as políticas públicas de estímulo ao investimento. Isto não significa subordinar a defesa da concorrência à política de governo. Trata-se antes de fazer aquilo que a sociedade reclama e o legislador estabeleceu: procurar equilíbrio e harmonia entre as diferentes ações do Estado em benefício do aumento de bem estar da população”.¹⁵

53. Por outro lado, a jurisprudência norte-americana, citada em decisões recentes do CADE, se refere a casos de empresas que pretendiam unir-se, mesmo podendo, isoladamente, ocupar o seu papel no mercado. Essa jurisprudência nos parece hoje parcialmente superada com a decisão no caso da empresa BOEING, no qual tanto ela quanto a MCDONNELL DOUGLAS tinham, em tese, condições de sobreviver, embora a realidade fática pudesse vir a ser outra.

54. Cabe, finalmente, lembrar que a própria Lei nº 8.884/94 cogita da matéria, dando-lhe a solução adequada, pois, no seu art. 20, inciso II, considera que constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir o domínio do mercado, modificando, assim, a legislação anterior.

55. Além de não ocorrer tal hipótese, cabe lembrar que, no seu § 1º, o mesmo artigo esclarece que:

“§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”.

56. Quanto à posição dominante no mercado, ela, por si só, não importa em infração econômica, como aliás não poderia acontecer dentro da sociedade capitalista, na qual sempre existem empresas com situações mais privilegiadas

15 Revista do IBRAC 4/148-9.

do que outras. O que se pune não é a obtenção da situação dominante, mas sim e tão-somente, o abuso da mesma (art. 20, inciso IV), criando-se uma responsabilidade agravada para quem domina o mercado, do mesmo modo que, na sociedade anônima, tem maior responsabilidade o acionista controlador.

57. De qualquer modo, verifica-se que, para o CADE, impõem-se as conclusões seguintes:

- a) os ajustes de integração ou de cooperação, por si só, não são ilegais;
- b) a sua ilegalidade só ocorre quando importa em abuso do poder econômico praticado com a finalidade de eliminar os concorrentes do mercado ou criar monopólio; e
- c) a legitimidade dos contratos deve ser apreciada tendo em conta a chamada “regra da razão”.

58. Inspirando-se no direito norte-americano, especialmente na Lei Sherman e na interpretação que lhe foi dada pela Suprema Corte norte-americana, a lei brasileira considerou que não devem prevalecer os ajustes ou acordos entre empresas que tenham a finalidade de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência. O que a lei veda é, na realidade, a restrição desrazoável da concorrência. A razoabilidade é critério que surgiu na jurisprudência norte-americana, devendo ser apreciada conforme o caso concreto e considerando a situação econômica do momento.

59. Num acórdão histórico, o Juiz BRANDEIS esclareceu que não é qualquer restrição à concorrência que torna ilegal o acordo entre as partes, mas, tão-somente, aquele que suprime ou elimina a concorrência. No mencionado caso, *Chicago Board of Trade versus United States*, o eminente magistrado salientou que:

“The legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that ques-

tion the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences”.¹⁶

60. Passando-se para o vernáculo, as conclusões do texto do acórdão norte-americano são as seguintes:

“.....”

Para determinar a licitude de uma restrição do comércio, normalmente o tribunal deve considerar os fatos peculiares ao ramo de negócios ao qual a restrição se aplica; a condição deste ramo de negócios, tanto antes da imposição da restrição, como depois; a natureza da restrição e seus efeitos reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão que levou à adoção do remédio, a finalidade que se visava atingir - todas estas considerações são relevantes.....”.

61. A regra da razoabilidade se complementa pela necessidade da eficiência na produção, cabendo examinar, em cada caso, qual a relação entre a eventual restrição razoável à concorrência e o aumento de eficiência na produção que, nos seus reflexos finais, beneficia não só o fabricante ou comerciante, mas ainda o consumidor, ou seja, a comunidade no seu todo. A economia de escala, a especialização das empresas e a divisão do trabalho entre concorrentes podem, em certos casos, permitir o fortalecimento da economia nacional e, conseqüentemente, atender aos interesses sociais do país, como os referentes à diminuição do desemprego e à atribuição de uma melhor condição de vida a todos os cidadãos.

16 Ap. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books Inc., 1978, p. 43.

62. Este equilíbrio entre as necessidades de garantir a concorrência e de racionalizar a produção já se faz sentir no direito norte-americano, admitindo-se a licitude dos acordos de cooperação desde que não se apresentem abusivos. É ainda o Juiz BRANDEIS que chegou a afirmar que o Sherman Act não exige que a concorrência seja procurada cegamente (*American Column and Lumber Co. v. US*). Os tribunais norte-americanos esclareceram que não se deve confundir racionalização da produção com restrição à concorrência, embora a racionalização possa repercutir nas condições de concorrência existentes no mercado. Assim, no caso *Maple Flooring Mfrs. Association v. US*, decidiu a Corte que:

“Competition does not become less free because the conduct of commercial operation becomes more intelligent...”.

A concorrência não sofre restrição pelo fato de ser a gestão comercial mais inteligente ...).¹⁷

63. Ao examinar o atual regime de parcerias da PETROBRÁS, não se pode deixar de ter em conta as condições especiais da indústria petrolífera e petroquímica nas quais existe um oligopólio natural decorrente da importância dos investimentos necessários e da constante modernização tecnológica constantes exigidas neste setor de atividade. Nas alianças estratégicas, não cabe, pois, presumir a violação da legislação antitruste mas, ao contrário, aplicar sempre o critério da racionalidade, tendo em vista a maior eficiência industrial e o interesse nacional no mundo da globalização no qual vivemos.

17 Ap. Jean Paul Maire, *Les Accords de Coopération entre Entreprises*, Lausanne, Éditions René Thonney, Dupraz, 1974, p. 144.