

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



MINISTRO LEWANDOWSKI

**RECEBE MEDALHA
TIRADENTES**

Editorial: HOMENAGEM A UM HOMEM DE BEM

MONOPÓLIO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Maximino Gonçalves Fontes Neto

Advogado



Em magnífica palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, realizado na prazerosa cidade de Campos do Jordão (SP), em 1º de julho deste ano, o procurador Marcos Juruena destacou, com proficiência e singularidade, que “toda a questão que envolve uma concessão e uma permissão envolve uma relação com o mercado”¹.

Há, consoante enfatizou o ilustre Professor, problemas que causam instabilidades às delegações (concessões e permissões), como, v.g., quem é o poder concedente nas regiões metropolitanas; qual o entendimento prevalente acerca da regra do art. 2º, da chamada “lei das concessões e permissões” (nº 8.987/95), se, efetivamente, somente contemplaria com a qualidade jurídica de poder concedente as pessoas políticas (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) e não outros entes ou órgãos; qual o sentido em se declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais que admitem a transferência de concessão ou de permissão, uma vez que não teria sido a vencedora do certame licitatório, quando se sabe que a regra do art. 175 atenuou sobremaneira a idéia de execução personalíssima dos contratos de concessão, ao exigir que o contrato fosse executado por pessoas jurídicas, de modo que a idéia no âmbito da reforma do Estado é viabilizar o investimento privado.

“Para que o investimento privado ocorra onde haja recursos privados disponíveis, é preciso tratar a concessão como um negócio que tenha liquidez, a permitir a transferência do fundo de comércio, observado o padrão de qualidade que tenha sido fixado na licitação”².

É, nesse mesmo contexto, que exsurge o tema ora proposto, “monopólio”, igualmente abordado pelo ilustre Procurador, quando afirma que: “No caso de concessões de serviços, especialmente os que envolvem o setor de transporte,

dada a limitação de equipamento urbano, não raro envolvem a atribuição do serviço público por meio da previsão de monopólios.”

Com efeito, o termo “monopólio” tem sido empregado, muitas vezes, em leis infraconstitucionais, a versarem sobre serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, sendo literalmente interpretado pelo Poder Concedente, para, com sua acepção econômica, utilizá-lo como argumento para desconstituir delegação para execução desses serviços, ou mesmo impedir sua delegação quando se trata de uma única empresa.

Manifesta, contudo, a ambigüidade com que tem sido empregado o termo monopólio, no seio da linguagem jurídica e no texto constitucional.

É, nessa moldura, que se promoverá o debate, em breves considerações, destacando-se, desde logo, que, no seu sentido mais amplo, a atividade econômica do Estado engloba não só a atuação empresarial, como também a prestação de serviços públicos.

A atividade econômica do Estado, em seu sentido estrito, conforme acentua Eros Roberto Grau, referido por Nelson Eizirik³, significa a sua ação propriamente como agente econômico.

Tal ação pode ocorrer em duas modalidades: em regime de competição ou em regime de monopólio. Assim, a atuação monopolística do Estado na economia importa em exercício de atividade econômica em sentido estrito, enquanto que a exclusividade da prestação de serviços públicos constitui expressão de uma situação de privilégio.

Logo, um e outro são distintos entre si, como afirma Eros Roberto Grau⁴.

Enfatize-se, com o atual e eminente Ministro do STF, que monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a

exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão, senão de uma situação de privilégio.

Ainda que esses serviços públicos sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário, o que conduziria a suposição de haver um regime de competição entre eles, o prestador do serviço o empreende, em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito.

Ressalte-se, a propósito, que doutrina tem feito adequada distinção entre o monopólio e o serviço público, institutos submetidos a regimes jurídicos diversos.

Para tanto, é o conceito de serviço público, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça, às vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”⁵.

Há serviços públicos privativos do Estado que somente podem ser prestados pelo Estado (União, Estados, DF, Municípios) diretamente, sendo admitida a possibilidade de sua prestação por particulares apenas em regime de concessão ou de permissão (art. 175, da Constituição de 1988). Já os serviços públicos não privados podem ser prestados tanto pelo Estado quanto pelos particulares, como ocorre com os serviços de educação, saúde, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello⁶.

Nesta última categoria, aduz, ingressam os serviços que o Estado pode desempenhar, imprimindo-lhes regime de direito público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Aqui, afigura-se lícito aos particulares desempenhá-los, independentemente de concessão, submetendo-se, no entanto, à fiscalização do Poder Público, que a executa no exercício normal de sua polícia administrativa.

Conforme enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello, referido por Nelson Eizirik, o traço caracterizador do serviço público é de natureza formal, consistente no específico regime de direito público, do qual são exemplos significativos: a estrita submissão ao princípio da legalidade; a utilização de técnicas autoritárias por parte do Estado, como possibilidade de constituir obrigações mediante ato unilateral; a presunção de legitimidade dos atos praticados; a auto-executoriedade dos atos praticados; a impossibilidade de o concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se de suas obrigações; a continuidade necessária das atividades tidas como públicas⁷.

Consoante adverte Celso Ribeiro Bastos, não se deve confundir, no nosso Sistema Constitucional, o monopólio com serviço público⁸, porquanto este se submete a regime jurídico especial, de direito público.

O exercício de atividade econômica sob o regime de monopólio, ao contrário, constitui atuação empresarial do Estado, regido pelo direito privado. Tem-se, neste caso, atividade econômica do Estado em sentido estrito, como agente econômico, não se tratando de serviço público, como de fato não se trata, porém de serviço governamental, desenvolvido sob as regras de direito privado⁹.

Quando o Estado atua no domínio econômico, na exploração direta de determinada atividade econômica, seja de maneira monopolística ou não, não há qualquer traço de direito público em tal atuação¹⁰. Trata-se de intervenção excepcional, que somente se justifica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo,

conforme definidos em lei (art. 173, *caput*, da CR/88).

Por força da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, foi dada nova redação ao § 1º desse artigo, estatuinto, *in verbis*:

“Art. 173

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

Assim, nota-se, por esse texto, que, na exploração direta de atividade econômica, quando através das chamadas estatais, o Estado atua como se fora empresário privado, submetendo-se a regras de direito privado, sem privilégios, em que pese se lhe aplicarem princípios normativos da administração pública (art. 37, da CR/88), pertinentes à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Conforme anteriormente se ressaltou nestas considerações, o termo monopólio tem sido empregado de forma ambígua, não sendo assim unívoco, o que evidencia a necessidade de se estabelecer o seu significado.

Dessa forma, segundo Ferrara, “No direito, algumas palavras revestem uma acepção técnica que não coincide nem corresponde ao seu significado popular, como as palavras ‘posse’, usufruto, boa-fé, diligência, hipoteca, caso fortuito, legado e semelhantes. Em tal caso, deve escolher-se, na dúvida, a significação técnica jurídica, pois é de presumir que o legislador usou das palavras com plena reflexão e, portanto, se serviu delas no seu significado técnico, de preferência ao vulgar”¹¹.

Na hipótese vertente, verifica-se que, na linguagem comum, o termo monopólio pode significar monopólio de propriedade, o que resultaria no exercício de um direito de propriedade, ou seja, a exclusividade da exploração econômica de determinado bem, como no caso da Petrobrás, tendo o monopólio do petróleo.

Por isso, observa Eros Roberto Grau, que monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, e não de propriedade¹².

Na pesquisa do seu significado técnico, Nelson Eizirik entende que a linguagem jurídica recebeu o termo monopólio da teoria econômica e adotou o mesmo significado, que não se confunde com aquele, impreciso, da linguagem comum¹³.

Desse modo, a noção de monopólio na teoria econômica constitui a antítese à de concorrência perfeita.

No modelo da concorrência, cada unidade produtiva tem que aceitar preço de mercado como algo posto, inalterável pela ação individual. O mercado é quem dita os preços e cada unidade econômica é uma tomadora de preços.

O monopólio, no entanto, constitui o mercado, no qual toda a mercadoria é fornecida por uma única empresa. No caso, desaparece por inteiro a competição; a característica essencial do monopolista é que a curva de procura individual de sua empresa é idêntica à curva de procura de seu produto.

O monopolista tem a prerrogativa de fixar o preço de seu produto, mas seu único problema é estabelecer a mais lucrativa equação preço-quantidade na sua curva de procura.

No monopólio, o preço não é fixado pelo mercado. A característica básica do monopólio é o poder de influenciar preço ou quantidade produzida. O monopolista, portanto, é o controlador da oferta de um determinado produto que não possui substituto. Seu poder básico é o de fixar preço e quantidade de determinado produto.

Em determinado Município deste Estado, há regra, na sua lei orgânica, contida no seguinte texto “Fica proibido o monopólio no serviço de transporte coletivo no município”.

Nesse ponto, impõe-se observar que essa alusão tem por destinatária única operadora desses serviços que, por operar há muitos anos os serviços de transporte coletivo de passageiros no Município, deteria “monopólio”, que, como continuamente tem-se afirmado, deveria ser quebrado.

Cotejando-se tais afirmações com as considerações até aqui expendidas, nota-se certo baralhamento sobre dois conceitos: o de monopólio, de natureza econômica, e o de exclusividade, que não se confundem e são diversos.

Desde logo, pode-se, com rigor, afirmar que, em momento algum, existiu, por parte da referida prestadora de serviços públicos, “monopólio”. O que houve foi exclusividade na execução dos serviços, pois quem o detém é o titular, o dono dos serviços, ou seja, o próprio Município, delegante da execução dos serviços.

Literalmente, há, de fato, no texto da lei orgânica em pauta, vedação à existência de monopólio no serviço de transporte coletivo daquela cidade.

Ante essa proibição, opõe-se esse óbice à delegação da execução indireta dos serviços de transporte coletivo de passageiros por ônibus pela operadora de serviços daquela comuna, que, neste caso, segundo se alega, estaria promovendo a dominação do mercado nela existente.

Em que pese o respeito pelos que assim pensam, lastreados na mencionada regra legal, há de se objetar, em primeiro lugar, que não se pode confundir serviços públicos com atividades econômicas, conforme restou amplamente demonstrado.

Com efeito, os serviços públicos, de titularidade do Estado, ou seja, dos Municípios, Estados, Distrito Federal e a União, como parte, estão fora do regime de livre iniciativa (da concorrência, onde é o mercado quem dita os preços), tendo por sede o art. 175, da Constituição da República, regulamentado

pela Lei nº 8.987, de 13 de novembro de 1995, denominada de “lei das concessões e permissões”.

Por seu turno, as atividades econômicas, que caracterizam a aludida livre iniciativa, estão sob a titularidade de particulares, cujo acompanhamento cabe ao Poder Público, a teor do art. 173, da Carta Magna, regulamentado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Vale enfatizar, a esse respeito, o ensinamento de Rui Barbosa, referido por Marcos Juruena Villela Souto¹⁴, por Eros Roberto Grau¹⁵, acerca da necessidade de se distinguir entre monopólio da atividade econômica e serviço público, *verbis*:

“Absolutamente diversa, nos seus elementos materiais e legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício de certas faculdades reservadas, de seu natural, ao uso da administração, no País, no Estado ou no Município, e por elas delegadas, em troca de certas compensações, a estes concessionários privativos. Num ou noutro caso, pois, todos esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não são monopólios, na significação má e funesta da palavra.”

Além dessa aguda observação, ainda há de se enfatizar que, quando a atividade realizada pelo particular tem a natureza de serviço público, a regulamentação substitui o sistema concorrencial. Assim, nos serviços públicos, o sistema regulamentar passa a estabelecer as variáveis, tais como o preço, ou seja, a tarifa, e a quantidade e qualidade dos serviços a serem prestados, sendo o prestador do serviço fiscalizado pelo próprio órgão governamental, dotado do poder regulamentar.

Desnecessário é ressaltar que, nessa moldura, se encontra a referida operadora de serviços, pois o Poder Concedente é o próprio Município, aliás, o titular do serviço, por força do art. 175, da Carta Magna, sendo-lhe cometida a competência para organizar os serviços (art. 30, inciso V), fixar a tarifa e fiscalizar a sua execução indireta pela referida permissionária.

Portanto, incogitável, neste caso, a figura do monopólio, pois não é a operadora quem fixa preços, pois sequer pode alterar itinerários, locais de atendimento, não podendo, inclusive, aumentar ou reduzir o número de veículos para o atendimento dos usuários. A operadora não tem disposição sobre as principais características dos serviços.

A segunda observação diz respeito à previsão dessa figura na Lei Orgânica do Município, que, conforme a maioria das demais leis, com idêntico teor, datam de 1990.

Naquela época, possivelmente por ainda não vigorar a Lei nº 8.987, que foi promulgada em 13 de fevereiro de 1995, não percebeu o legislador municipal que a hipótese não era de monopólio, que se refere às atividades econômicas, conforme se acentuou, porém de exclusividade, figura bem diversa que se aplica aos serviços públicos.

Efetivamente, segundo preconiza o art. 16, do referido diploma legal federal, a exclusividade é expressamente admitida, devendo, no entanto, ser justificada quando houver a sua imposição ante a impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição, o que se dará por motivos técnicos e econômicos. Mormente, este último quando residir na impossibilidade de obtenção de resultados econômicos capazes de manter o desempenho da atividade, especialmente se estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade.

Observa-se, pois, que o fato de haver somente uma empresa a operar com exclusividade os serviços de transporte coletivo de passageiros na cidade, provavelmente, deve-se à circunstância política de que, caso se estabelecesse competição com pluralidade de empresas, talvez os resultados econômicos por elas auferidos acabassem por comprometer a qualidade desses serviços, em prejuízo dos munícipes.

Esse fato, aliado aos motivos técnicos, respaldaria a exclusividade prevista na “lei das concessões e das permissões”, existente na cidade onde opera empresa transportadora, na execução indireta dos aludidos serviços.

Portanto, a questão não é de monopólio, porém de exclusividade.

Por derradeiro, nunca é demais invocar os ensinamentos, sempre brilhantes e necessários de Luís Roberto Barroso, para quem somente atividades econômicas podem ser objeto de monopólio estatal, porquanto o Estado o institui exatamente para subtrair da iniciativa privada o exercício de determinada atividade econômica.

O serviço público é, por sua própria natureza e definição, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade de um regime de monopólio.

NOTAS

¹ Marcos Juruena Villela Souto, in “Concessões e Permissões nos Serviços Públicos”, palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, realizado em 1º de junho de 2007, em Campos do Jordão, Revista Justiça e Cidadania, setembro de 2007, págs. 26/31;

² Marcos Juruena Villela Souto, ob. cit. p. 27;

³ Eros Roberto Grau, in “A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e aplicação)”, São Paulo:RT, 1990, p.154, referido por Nelson Eizirik, RDA v. 194, p.70;

⁴ Eros Roberto Grau, in “Monopólio Estatal da Atividade Econômica – Petrobrás – Propriedade e empresa – Bens Públicos”, RDA v. 222, p. 359;

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, 2ª ed., São Paulo:RT, 1983, p. 20;

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, in “O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico”, RDA v. 2, p. 49;

⁷ Nelson Eizirik, in “Monopólio Estatal da Atividade Econômica”, RDA v. 194, 63-76;

⁸ Celso Ribeiro Bastos, in “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo:Saraiva, 1990, págs. 164 e segs.;

⁹ Nelson Eizirik, ob. cit. p. 70;

¹⁰ Idem;

¹¹ Francesco Ferrara, in “Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis”, Armênio Amado – Editor:Coimbra, 1978, pág. 139;

¹² Eros Roberto Grau, ob. cit. 365;

¹³ Nelson Eizirik, ob. cit. p. 71;

¹⁴ Marcos Juruena Villela Souto, in “Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações”, Rio:Lúmen Júris, 2000, pág. 197

¹⁵ Eros Roberto Grau, ob. cit. pág. 361;

¹⁶ Luís Roberto Barroso, in Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”, RDA v. 222, pág. 179-212.