

MONOPÓLIO ESTATAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA

NELSON EIZIRIK*

1. Introdução. 2. Princípios orientadores da ordem econômica na Constituição. 3. Modalidades de Intervenção do Estado na Economia. 4. Alcance do Monopólio Estatal. 5. Conclusões.

1. Introdução

Analisaremos, no presente artigo, o regime jurídico da intervenção monopolista do Estado na atividade econômica.

Para tanto, partiremos da enunciação dos princípios que orientam a ordem econômica na Constituição e das modalidades de intervenção estatal na atividade econômica. Uma vez fixados tais conceitos básicos, analisaremos o alcance da atividade monopolista estatal, a partir do estudo do significado econômico do monopólio.

Trata-se, a nosso ver, de questão extremamente relevante, no contexto de nosso direito constitucional, de enorme repercussão nas esferas econômicas pública e privada, devendo, inclusive, ser objeto de reflexão no Congresso Nacional por ocasião da revisão constitucional que se avizinha.

2. Princípios Orientadores da Ordem Econômica na Constituição

Eça de Queiroz, já há muito, advertia que *emborcar bocks e desenrolar teorias não constituem ocupações heterogêneas, nem novas*.¹ Sem querer tirar, do fundo de um bock, a síntese do universo, nem mesmo desenrolar a ontologia e a gênese da ordem econômica no regime constitucional pátrio, é necessário, para a encadeada ordenação da matéria, uma sumária exposição acerca dos princípios que informam a ordem econômica na Constituição vigente, à qual seguir-se-á também breve análise dos princípios que regulam a intervenção estatal no domínio econômico.

Muito se tem discutido a respeito do alcance da intervenção estatal na economia no vigente texto constitucional; para alguns autores, com efeito, a reforma constitucional realizada em 1988 teria operado uma formidável *estatização* da economia, consagrando a *estatolatria*, com o crescente *dirigismo governamental* das atividades econômicas.²

* O autor é Mestre em Direito pela PUC/RJ e Advogado no Rio de Janeiro; foi Diretor da Comissão de Valores Mobiliários e Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização.

¹ *Notas Contemporâneas*. Porto, Livraria Chardron, 1920. p. 339.

² MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO "O Estado Onipresente." *Folha de S. Paulo*, 10.1.287; RAUL MACHADO HORTA. *A Ordem Econômica na Nova Constituição: problemas e contradições*, in

Para outros, a Constituição teria ido mais adiante, no seu conteúdo progressista, ao criar as condições fundamentais para a *adoção do desenvolvimento aut centrado, nacional e popular*; embora ainda capitalista, por consagrar a liberdade de iniciativa econômica privada, legítima *apenas enquanto exercida no interesse da justiça social*, abriria, o texto constitucional vigente, o caminho *às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou*.³

O certo é que, passadas as reações iniciais, em que a tônica dominante era a de certa revolta contra o que estaria a configurar um dirigismo estatal dos negócios privados, uma análise fria da nova Constituição revela que, no que toca à ordem econômica, não houve modificações de maior relevância, capazes de operar uma transformação no modelo econômico vigente.

Com efeito, a Constituição consagra plenamente o modo de produção capitalista, que se funda na apropriação privada da produção econômica. O sistema vigente é o da economia de mercado, da liberdade de iniciativa, conforme referido expressamente em vários dispositivos.

Nesse sentido, o art. 170 dispõe que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, observados os seguintes princípios:

- I — soberania nacional;
- II — propriedade privada;
- III — função social da propriedade;
- IV — livre concorrência;
- V — defesa do consumidor;
- VI — defesa do meio ambiente;
- VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII — busca do pleno emprego;
- IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A *livre iniciativa*, elemento essencial caracterizador da economia de mercado, encontra-se não só referida como princípio geral da ordem econômica, como também constitui *princípio fundamental da República Federativa do Brasil*, conforme a disposição expressa do art. 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, encontram-se consagrados, no art. 5º, como direitos essenciais:

- o livre exercício de qualquer trabalho ou ofício;
- a plena liberdade de associação;
- a liberdade de criação de associações;
- o direito de propriedade.

A Constituição assegura, portanto, os elementos básicos da economia de mercado, como liberdades individuais: a liberdade de iniciativa; a liberdade de competição; a liberdade de contratação e de apropriação.

A Constituição brasileira — 1988 — Interpretações. Rio de Janeiro, Forense, 1988. A respeito do excessivo intervencionismo estatal, a esmagar a liberdade de iniciativa, comentou-se: o indivíduo abstrato não existe: o que conforma a sociedade são operários, empresários, professores, militares, contribuintes, agricultores, profissionais liberais etc... — mas, a alguns, a Constituição cerca e cerceia, como se fossem apenas tolerados, e, a outros, os engana com falsas concessões, como se o progresso fosse produto da lei e dádiva do papel (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Dádiva do Papel* in *Carta APEC*, nº 797).

³ JOSÉ AFONSO DA SILVA *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, RT., 1989, pp. 662, 663, 669.

O mercado interno é tido expressamente como *patrimônio nacional*, devendo ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos do art. 219.

Como em qualquer outra moderna economia de mercado, ao elenco de liberdades individuais que consagram o modo de produção capitalista, encontramos, no regime constitucional pátrio, determinados princípios *corretivos*, os quais temperam e moderam referidas liberdades.

Conforme observado doutrinariamente, o princípio da *liberdade de iniciativa* é temperado pelo princípio da *iniciativa suplementar do Estado*; o princípio da *liberdade de empresa* é moderado com o princípio da *função social da empresa*; os princípios da *liberdade de lucro e de competição* são moderados com o da *repressão ao abuso do poder econômico*; o postulado da *liberdade de contratação* é limitado pela aplicação dos princípios da *valorização do trabalho* e da *harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção*; e o princípio da *propriedade privada* é temperado pelo princípio da *função social da propriedade*. Tais princípios corretivos devem ser objeto de definição precisa nas constituições democráticas, posto que, simultaneamente, *outorgam e limitam* o poder do Estado. Ou seja, a atuação do Estado quando limita as liberdades fundamentais (entre as quais as de livre iniciativa, contratação, apropriação, exercício de ofício ou profissão) é necessariamente *vinculada* aos princípios corretivos, na oportunidade, na forma, com o conteúdo previsto, e, principalmente, para os estritos fins para os quais foram criados referidos mecanismos de correção.⁴

Os princípios que moderam a liberdade de iniciativa são estabelecidos visando precisamente a sua conservação, jamais a sua negação. Daí ser necessariamente *vinculada* a atividade do Estado quando os aplica ao intervir no domínio econômico.

Nesse sentido, é necessário enfatizar, conforme reconhecido por TERCIO SAMPAIO FERRAZ, em lúcido estudo sobre a matéria,⁵ que o art. 170 da vigente Constituição, ao proclamar a *livre iniciativa* e a *valorização do trabalho humano* como fundamentos da ordem econômica, está em tais princípios reconhecendo a sua base, ou seja, aquilo sobre o que se constrói a ordem econômica brasileira. Sem a plena vigência de tais princípios, que constituem a sua *conditio per quam* e a *conditio sine qua non*, a ordem econômica passaria a ser outra, constitucionalmente inaceitável. Ademais, afirmar a *livre iniciativa* como base da ordem econômica significa reconhecer na *liberdade* um dos fatores estruturais da ordem, significa afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica; ou seja, *a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado*. Tal não significa uma ordem de *laissez faire*, uma vez que a livre iniciativa conjuga-se com a valorização do trabalho humano. *Liberdade de iniciativa* e *valorização do trabalho humano* constituem os fundamentos harmônicos da ordem econômica, nos quais se consagra o valor *liberdade*: na iniciativa, em termos de liberdade *negativa*, da ausência de impedimentos na expansão da própria criativi-

⁴ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, 1989, APEC, pp. 28 e 29

⁵ *A Economia e o controle do Estado*. Parecer publicado em *O Estado de S. Paulo*, de 04.06.89.

dade; na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade *positiva*, de participação na construção da riqueza econômica.

Do exposto decorre que a intervenção do Estado no domínio econômico, além de *vinculada*, deve visar, fundamentalmente, a manutenção e reafirmação do valor *liberdade*, em seu duplo aspecto: de iniciativa; e de participação nos resultados econômicos do trabalho.

A intervenção estatal na economia, portanto, quando não estiver a serviço do valor *liberdade*, é excepcional, necessariamente decorrente de dispositivos constitucionais expressos, os quais devem ser objeto de interpretação restritiva, descabendo qualquer aplicação de métodos hermenêuticos analógicos ou que possam importar em ampliação da atuação estatal no domínio econômico.

Vigora, assim, nas modernas Constituições, no que concerne à intervenção estatal no domínio econômico, o princípio da *subsidiariedade*, nos termos do qual a atividade do Estado na economia não se autojustifica; sua presença deve ocorrer no caso de defeito da atividade dos indivíduos e da sociedade, e na medida de tais faltas. O princípio, assim, resulta num critério *residual* de atribuição de funções; na falta de soluções por parte dos indivíduos ou dos organismos sociais, cabe a atuação estatal, ou para estimular a iniciativa privada ou para suplementar os vazios por ela eventualmente deixados.⁶

3. Modalidades de Intervenção do Estado na Economia

A partir da 1.^a Guerra Mundial, as Constituições dos diversos países passaram a conter preceitos disciplinando a intervenção estatal no domínio econômico, visando basicamente suprir as faltas da iniciativa privada e fornecer à sociedade determinados serviços que não eram suficientemente providos pelo sistema do livre mercado. Nesse sentido, merecem registro a Constituição Alemã de Weimar, de 1919, e a Constituição Espanhola de 1931.⁷ Após a 2.^a Guerra, intensificou-se a atuação estatal no domínio econômico, seja visando a recuperação das economias nacionais abaladas pela guerra, seja aumentado o número de serviços que passaram a ser atendidos pelo Estado, no movimento em direção ao chamado *Welfare State*; de tal movimento constituem marcos importantes a Constituição Francesa de 1946, a Constituição Italiana de 1947, e a Constituição Francesa de 1958.

Entre nós, a Constituição de 1934 já continha dispositivo relativo à ordem econômica, garantindo a liberdade econômica, limitada aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional (art. 115). As Constituições seguintes, de 1937; de 1946;

⁶ VITAL MOREIRA. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra, 1978 pp. 220 e 221; ALFREDO NICZ. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, RT, 1981, p. 112 e segs. Vale notar, aliás, que tanto para os pensadores marxistas como para os pensadores ditos conservadores, a atuação do Estado na economia jamais foi interpretada como algo essencialmente contraditório aos interesses dos proprietários dos meios de produção; na realidade, tal intervenção é vista como elemento de conservação da ordem capitalista, jamais de sua negação (RALPH MILIBAND. *The State in Capitalist Society*. Londres, Quartet Books, 1973; BARAN e SWEEZY. *Monopoly Capital*. New York, Monthly Review Press, 1966; RAYMON ARON. *Classe Sociale, Classe Politique, Classe Dirigeante*. in *Archives Européennes de Sociologie*, 1960, vol. I, n.º 2; HAROLD DEMSETZ. *Toward a Theory of (Property Rights)*. American Economic Review, maio de 1967.)

⁷ A propósito: KARL LOEWENSTEIN. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ed Ariel, 1976.

de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foram disciplinando, com maior ou menor detalhe, a ordem econômica, fundamentada sempre nos princípios da livre iniciativa e da atuação suplementar do Estado no domínio econômico.⁸

A Constituição vigente, a despeito de suas inúmeras incorreções conceituais, deficiências técnicas, repetições de preceitos, e abundância de normas programáticas, o que conduziu a uma situação de *ineficácia relativa* de vários de seus preceitos,⁹ instituiu, a nosso ver, um tratamento mais sistemático do que aquele verificado nas anteriores a questões das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico.

O modelo constitucional vigente, na realidade, aumentou o número de hipóteses de intervenção estatal nas áreas de regulação e fiscalização de determinadas atividades, tornando, por outro lado, mais limitada a atuação empresarial do Estado na economia.

Podemos identificar, inicialmente, a atuação do Estado na economia como agente *normativo e regulador*, incumbindo-lhe, na forma da lei, as funções de *incentivo, fiscalização e planejamento*, este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174).

Assim, o Estado intervém, na economia, como *agente regulador* de determinadas atividades, posto que entendeu o legislador constituinte que, deixadas ao livre jogo das forças do mercado, poderiam ocasionar imperfeições no processo concorrencial ou causar prejuízos ao interesse público.

Conforme já tivemos a oportunidade de analisar,¹⁰ a regulação de determinada atividade econômica significa, basicamente, a atuação do Estado de baixar normas de acesso e exercício de tal atividade, assim como de fiscalizar o seu atendimento por parte dos particulares. Ainda que a regulação deva ser estabelecida tendo em vista o interesse público, é inequívoco que muitas vezes serve ela aos interesses dos grupos dominantes da indústria regulada, na medida em que impede a maior competição (ao estabelecer normas restritivas à entrada de novos competidores), gerando efeitos similares aos da cartelização privada.¹¹

Podemos encontrar exemplos de atuação do Estado como regulador de determinadas atividades econômicas: na disciplina dos investimentos do capital estrangeiro e de remessa de lucros (art. 172); na ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre (art. 178, I); na limitação da aquisição ou arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (art. 190); na autorização para o funcionamento e na disciplina das instituições financeiras (art. 192, I); na autorização e fiscalização do funcionamento de estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão ressegurador (art. 192, II); na participação do capital estrangei-

⁸ Para um completo estudo da evolução histórica da noção de ordem econômica na Constituição: ALBERTO VENÂNCIO FILHO. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 72 e s.

¹⁰ Cf. o nosso *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, IBMEC, 1977, p. 32 e s.

¹¹ RICHARD POSNER. *Theories of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science. vol. 5, nº 2., 1974; GEORGE STIGLER *The theory of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science. vol. 2, nº 1, 1971.; e também o nosso *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, cit. p. 38 e s.

ro nas instituições financeiras (art. 192, III); na disciplina do comércio exterior (art. 237); na disciplina da produção e comercialização de material bélico (art. 21, VI) etc.

Em amplo estudo sobre a matéria, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO contabilizou em vinte e oito o número de institutos de intervenção regulatória do Estado na atividade econômica, bastante superior ao das Constituições anteriores. O elenco constitucional dos instrumentos de intervenção regulatória é *exaustivo*, inadmissível ampliação por via interpretativa, posto que representam, cada um deles, exceção ao princípio da livre iniciativa, esculpido nos arts. 1º, IV e 170, *caput*, assim como ao princípio da livre concorrência, estabelecido no art. 170, IV.¹²

Pode ainda o Estado intervir *diretamente* no domínio econômico, desempenhando determinada atividade econômica. No seu sentido mais amplo, a atividade econômica do Estado engloba não só a atuação empresarial como também a prestação de serviços públicos.

Já a atividade econômica do Estado em sentido estrito, conforme a lúcida análise desenvolvida por EROS ROBERTO GRAU, significa a sua ação propriamente como *agente econômica*. Tal ação pode ocorrer em duas modalidades: ou em regime de competição ou em regime de monopólio. Assim, 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 *privégio*.¹³

Nos termos do art. 173, *caput*, fica expresso que, ressalvados os casos previstos na Constituição, *a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*.

Conforme refere a doutrina, a Constituição apresenta a intervenção concorrencial do Estado na economia como *uma exceção à regra da livre iniciativa*. Nesse sentido, avançou no rumo da desestatização da economia, ao limitar a atuação empresarial do Estado a apenas três hipóteses: 1. nos casos previstos na própria Constituição, como para a prestação de serviços públicos (atuação na economia em sentido amplo) e de atividades monopolizadas; 2. nos casos em que a exploração direta de atividade econômica por parte do Estado for necessária aos imperativos de *segurança nacional*, definidos em lei; e 3. nos casos em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado for necessária para atender *relevante interesse coletivo*, conforme definido em lei.¹⁴

Assim, houve uma evidente *limitação* às atividades empresariais desenvolvidas pelo Estado; com efeito, a Constituição anterior, em seu art. 170, § 1º, estabelecia um regime de complementariedade ampla da iniciativa estatal sobre a privada. Na vigente Carta, passou-se a um sistema de complementariedade restrita, nos termos do art. 173, *caput*, que reduz as hipóteses de atuação do Estado na economia, ao dispor expressamente quais são os casos em que ela se justifica (*segurança nacional e relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei).

¹² *Ordem Econômica e Desenvolvimento da Constituição de 1988*, cit. pp. 63 a 70.

¹³ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo, RT., 1990, p. 154 e s.

¹⁴ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, op. cit., p. 71.

A análise fria dos dispositivos constitucionais atinentes à ordem econômica, em seu conjunto, leva necessariamente o intérprete a concluir que não existe, em nosso sistema jurídico, *dirigismo* econômico, mas mero *intervencionismo*, da mesma forma que ocorre nas demais modernas economias de mercado. O intervencionismo, conforme refere a doutrina,¹⁵ não se faz contra o mercado, mas a seu favor; com efeito, o mercado, enquanto mecanismo de organização do processo econômico e que pressupõe a liberdade de iniciativa e de apropriação privada, é mantido no intervencionismo como princípio regulador da economia. No *dirigismo*, diversamente, pressupõe-se a propriedade estatal dos meios de produção e a atuação do Estado como centralizador das decisões econômicas. A Constituição de 1988, em seus arts. 173 e 174, deixa claro que a intervenção (não a *direção*) do Estado sobre o domínio econômico não se faz em substituição ao mercado, mas a seu favor, visando reafirmar o pluralismo da iniciativa econômica e a valorização do trabalho humano.

4. Alcance do Monopólio Estatal

Enunciados, brevemente, os princípios que informam a ordem econômica e a intervenção estatal no domínio econômico, em nosso sistema constitucional, passaremos a examinar, no presente tópico, a questão referente aos monopólios estatais.

Com relação à intervenção monopolista do Estado na atividade econômica, embora tenha a vigente Constituição ampliado o elenco de hipóteses em que ela ocorre, impossibilitou-se a criação de novos monopólios estatais, salvo por emenda constitucional. Já na anterior Constituição era possível a criação de monopólio estatal por lei federal, desde que presentes motivos de *segurança nacional* ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime da livre competição, conforme dispunha o seu art. 163.

Nos termos do art. 177 da vigente Constituição, são atribuídos *cinco* monopólios à União:

- da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- da refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- da importação e exportação dos produtos e derivados básicos do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;
- do transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, assim como do transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados, e do gás natural de qualquer origem;
- da pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Vale notar, inicialmente, que a doutrina tem feito a adequada distinção entre o monopólio e o serviço público, os quais constituem institutos submetidos a regimes jurídicos diversos.

O *serviço público*, na conceituação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, constitui toda atividade de oferecimento de comodidade fruível pelos adminis-

¹⁵ TERCIO SAMPAIO FERRAZ, ob. cit.

trados, prestado diretamente pelo Estado ou por outra pessoa que lhe faça às vezes, *sob um regime de direito público*, consagrador portanto de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios ao sistema normativo.¹⁶

Há serviços públicos *privativos*, que somente podem ser prestados pelo Estado (União, Estado-membro ou Município) diretamente, sendo admitida a possibilidade de sua prestação por entidades do setor privado, apenas em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição). Já os serviços públicos *não privativos* podem ser prestados tanto pelo Estado como pelos particulares, como é o caso dos serviços de educação e saúde.¹⁷

O traço jurídico 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 a possibilidade de constituir obrigações mediante ato unilateral; a presunção de legitimidade dos atos praticados; a auto-executoriedade dos atos praticados; a impossibilidade do concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se de suas obrigações; a continuidade necessária das atividades tidas como públicas etc.¹⁸

No nosso sistema constitucional, portanto, conforme refere a doutrina,¹⁹ não se confunde o *serviço público* com o monopólio, posto que o primeiro submete-se a um regime jurídico especial, *de direito público*.

O exercício de atividade econômica sob regime de monopólio, ao contrário, constitui atuação *empresarial* do Estado, sujeita, portanto, ao regime do *direito privado*. Temos, no caso, atividade econômica do Estado em sentido estrito, como agente econômico;²⁰ trata-se não de serviço público, mas sim de *serviço governamental*, desenvolvido sob as regras do direito privado.²¹

Quando o Estado atua no domínio econômico na exploração de determinada atividade econômica, seja de maneira monopolística ou não, *não* há qualquer traço de direito público em tal atuação. Trata-se de intervenção *excepcional*, que só se justifica quando necessária aos imperativos de *segurança nacional* ou para atender *relevante interesse coletivo*, ou, ainda, quando decorrente de monopólio constitucionalmente cometido ao Estado (art. 173, *caput*). Tal intervenção ocorre sob o regime do direito privado, ou seja, o Estado não tem qualquer poder de império com relação aos particulares.

Nesse sentido, o § 1º do art. 173 da Constituição dispõe expressamente que *a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades de que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.*

¹⁶ *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo, RT, 1975, p. 20.

¹⁷ EROS ROBERTO GRAU. ob. cit., p. 149 e s.

¹⁸ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *O Conteúdo do Regime Administrativo e seu Valor Metodológico*. Revista de Direito Público, vol. II, p. 44.

¹⁹ CELSO RIBEIRO BASTOS. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7º vol., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 165.

²⁰ EROS ROBERTO GRAU. ob. cit., p. 152.

²¹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. ob. cit., p. 23.

Complementarmente, estabelece o § 2º do mesmo artigo que *as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos as do setor privado*.

No desempenho de determinada atividade monopolizada, portanto, não há qualquer dúvida de que o Estado atua *como se fosse um empresário privado*, submetendo-se aos princípios e regras do direito privado e não gozando de privilégios de qualquer natureza.

A noção do que seja exatamente *monopólio* deve ser objeto de análise criteriosa, posto que muitas vezes, na linguagem comum, a expressão é atribuída, indistintamente, ao exercício de um direito de propriedade (Fulano tem o *monopólio das terras*), a determinados atributos (Beltrana tem o *monopólio da beleza*), assim como à exclusividade da exploração econômica de determinado bem (a Petrobrás tem o *monopólio do petróleo*).

A linguagem jurídica (aquela mediante a qual o legislador edita as normas jurídicas), como qualquer outra, possui o seu vocabulário e a sua codificação. As expressões do vocabulário jurídico, porém, originam-se de diversas fontes: linguagem comum; linguagem científica; linguagem técnica (sociológica, econômica etc.). Em alguns casos, conforme já tivemos a oportunidade de analisar,²² o legislador define tais expressões, para certos ou para todos os efeitos; em outros, porém, utiliza-as com o mesmo significado que apresentam na linguagem natural ou na linguagem técnica de onde foram extraídas. Assim, o estudo das expressões utilizadas na linguagem jurídica, quando não são elas explicitamente definidas pelo legislador, deve levar em conta o seu significado na linguagem de onde se originaram.²³ Tal procedimento evita que se incorra no equívoco das interpretações em abstrato das normas jurídicas, que muitas vezes transforma em verdadeiros *fetiches* os termos utilizados na lei, outorgando-lhes vida autônoma, independente da textura real e lingüística que envolveu a sua utilização na norma jurídica.

Para evitar que a expressão *monopólio* seja transformada em autêntico *fetiche*, é indispensável a análise do seu preciso significado no contexto da linguagem de onde se originou, que é a da teoria econômica. Com efeito, tal expressão *não* foi objeto de definição jurídica; a linguagem jurídica recebeu a expressão *monopólio* da teoria econômica e adotou-a com o mesmo significado, que não se confunde com aquele, absolutamente impreciso, verificado na linguagem comum.

A noção de *monopólio* na teoria econômica constitui a antítese à de *concorrência perfeita*.²⁴ Os pressupostos básicos do modelo de *concorrência perfeita* ou *mercado competitivo* para determinado produto são os seguintes:

²² ARNOLDO WALD E NELSON EIZIRIK. *A designação grupo de sociedades e a interpretação do art. 267 da Lei das S.A.* Revista de Direito Mercantil, nº 54, abril-junho de 1984, p. 51 e s.

²³ JUAN RAMON CAPELLA *El Derecho como Lenguaje* Barcelona, Ariel, 1968.

²⁴ ALEX HUNTER. *Monopoly and competition*. Penguin, 1970, pp. 17 e ss.; ROBERTO DORFMAN. *Prices and Markets*. Nova Jersey, Prentice-Hall, 1972, p. 190 e s.; ROBERTO A. MUNDELL. *Man and Economics* McGraw-Hill, 1968, p. 80 e s.; B. J. McCORMICK, P. D. KITCHIN, G. P. MARSHALL, A. A. SAMPSON, R. SEDGWICK. *Introdução à Economia* Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976, p. 317 e s.; J. P. MILLER *Business Concentration and Price Policy* Report of the National Bureau for Economics Research, Princeton University Press, 1955.

- Os produtores desejam maximizar seus lucros, por um lado, e os consumidores, por outro lado, estão interessados em maximizar sua utilidade;
- Existe um grande número de compradores e vendedores efetivos e potenciais;
- Todos os compradores efetivos e potenciais tem perfeito conhecimento de todas as oportunidades existentes de comprar e vender, ou seja, a informação sobre preços e produtos é livre;
- Os compradores vêem todas as unidades do produto como homogêneas;
- Os fatores de produção são perfeitamente móveis;
- Os processos produtivos são perfeitamente divisíveis, isto é, prevalecem os rendimentos constantes de escala;
- Somente os bens privados *puros* são comprados e vendidos, isto é, não há externalidades, ninguém sofre prejuízos ou recebe benefícios extras quando compra o produto.

No modelo de concorrência, assim, 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*. Tal significa que, embora a curva de demanda do mercado seja descendente, a curva de cada unidade econômica é perfeitamente elástica. Como só existe *um* preço de equilíbrio de mercado, e como todos os vendedores e compradores o conhecem, a produtora pode vender qualquer quantidade a esse preço; porém, se pedir um preço mais elevado, ninguém compra o seu produto.

O mercado competitivo, portanto, é caracterizado pelo fato de que todos os que dele participam são *tomadores de preços*. Com efeito, todos admitem que não lhes é possível afetar os preços pelos quais compram ou vendem. Para que tal situação de competição seja mantida deve haver um grande número de *tomadores*, de porte bastante uniforme, de sorte que nenhuma empresa possa exercer um efeito notável no preço ou na oferta agregada do produto.

Em muitas indústrias, porém, as vantagens da produção e da comercialização em massa, adicionadas aos custos crescentes do desenvolvimento de novas tecnologias, que somente podem ser suportados por grandes empresas, conduzem a uma situação de *concentração*. Com efeito, os modernos métodos de produção tendem a exigir grandes quantidades de bens de capital fixo e a se caracterizar pelos custos crescentes de longo prazo; ou seja, uma grande fábrica operando em um eficiente volume de produtos terá custos médios mais baixos do que aqueles suportados por uma pequena fábrica. Quando tal ocorre, há um processo de concentração, constituindo as poucas empresas remanescentes um *oligopólio*. Na situação de oligopólio, a competição de preços é praticamente eliminada; remanescem poucas empresas, cada uma delas ciente de que suas ações exercem um impacto significativo no preço e na oferta do produto.

No oligopólio não desaparece a competição, subsistindo, na realidade, concorrência entre poucos vendedores.

O que caracteriza o comportamento oligopolístico é que cada empresa sabe que uma mudança no seu comportamento terá efeitos perceptíveis nas vendas e margens de lucros de seus concorrentes. Por exemplo: se a empresa *X* reduzir o seu preço, a empresa *Y* será forçada a segui-lo, ou a aumentar a sua publicidade, ou a melhorar a qualidade de seu produto, enfim, a seguir um comportamento que impeça a queda de suas vendas.

Nas últimas décadas do século XX, verifica-se o crescimento dos oligopólios, ou seja, do comportamento *interdependente* entre as empresas, particularmente nos setores em que o tamanho proporciona acesso a grandes economias de escala. Na situação de oligopólio há uma tendência dos oligopolistas de maximizarem sua renda conjunta, na qual os preços são uniformes, e os que já estão *dentro* do mercado conjugam seus esforços para impedir a entrada de novos concorrentes, muitas vezes mediante pressão sobre os legisladores para que estabeleçam normas restritivas ao ingresso de novas empresas no setor.

O processo de concentração pode ir além da situação de oligopólio, até que uma única empresa torne-se tão grande e poderosa que possa abastecer todo o mercado consumidor. Nessa hipótese, temos a situação de *monopólio*.

Assim, o monopólio 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*; seu único problema é estabelecer a mais lucrativa equação *preço-quantidade* na sua curva de procura. Logra obtê-la mediante o processo de igualar suas margens — igualando o custo marginal do seu produto ao aumento da sua receita bruta de vendas que resultasse da venda de uma unidade adicional (*receita marginal*, que constitui o acréscimo no valor bruto das vendas resultante da venda de uma unidade adicional).

A tendência do monopolista é de restringir a quantidade do produto para manter o seu preço. Ao comprimir a produção até o nível no qual o custo marginal iguala sua receita marginal, o monopolista desperdiça recursos econômicos, o que não ocorreria numa situação de concorrência. Ademais, o monopolista faz com que seus clientes paguem preços muito superiores aos que se verificariam num mercado competitivo.

A atuação do monopolista, portanto, não só causa desperdício econômico, como também distorções no processo de formação dos preços.

Com efeito, no monopólio o preço não é fixado pelo mercado. A característica básica do monopólio, assim, é o *poder de influenciar preço ou quantidade produzida*. O monopolista, portanto, é o controlador da oferta de um determinado produto que não possui um substituto; seu poder básico é o de fixar *preço e quantidade* de determinado produto.

O monopólio pode surgir basicamente de três causas: naturais; de *indivisibilidades*; de restrições legais.

As causas *naturais* determinam o surgimento de monopólios pela propriedade da terra que contém minérios, petróleo, ou que apresenta uma utilização desejável.

As causas ditas de *indivisibilidades* relacionam-se a eventuais descontinuidades no processo produtivo. É impossível, por exemplo, ter meia ponte, ou meia estrada. As *indivisibilidades* estão associadas às economias de escala; quanto maiores, aumenta a probabilidade de se formar uma situação de monopólio.

O monopólio pode surgir, ainda, de causas *legais*. Com efeito, o Estado pode atribuir a alguém ou a si próprio a exclusividade de produção ou de comercialização de determinado bem. O *monopólio legal*, assim, consiste no poder reservado ao Estado ou a uma empresa de exercer determinada atividade em regime não competitivo, isto é, mediante a exclusão de quaisquer outros concorrentes.

É fundamental enfatizar que o conceito de monopólio, tal como desenvolvido na teoria econômica, e recepcionado pelo Direito, refere-se a uma situação de *inexistência de competição*. Trata-se de conceito antagônico ao de competição; sua existência só faz sentido quando referido à exploração econômica de determinada atividade, no contexto de um mercado determinado. Não se liga, o conceito de monopólio, à noção de propriedade, mas sim de *atividade econômica*.

Na teoria tradicional do Direito Administrativo, ignorava-se a noção econômica do monopólio, o que levava alguns doutrinadores a entender o monopólio legal como um *monopólio genérico*, compreendendo todos os processos de exercício da atividade monopolizada.²⁵ Tal concepção aproximava o monopólio da noção de propriedade, deixando de lado a sua feição primordial, tal como desenvolvida pela teoria econômica: o de significar, basicamente, *exclusão de concorrência*, isto é, possibilidade de fixação unilateral de preço e de quantidade do produto.²⁶ De tal sorte, operava, a visão tradicional, verdadeiro *fetichismo* do monopólio estatal, entendendo-o, não como exercício de atividade econômica sem concorrência, mas como *propriedade exclusiva* de todos os meios de produção de determinado bem.

A concepção moderna, porém, desenvolvida pelo Direito Econômico,²⁷ põe em relevo, exatamente, a noção de monopólio tal como elaborada pela teoria econômica, para a qual pouco importa quantas unidades econômicas atuaram no processo produtivo de determinado bem; estando ausente a competição na formação do preço estará configurada a situação de monopólio. Ou seja, é inteiramente irrelevante se o bem foi produzido por uma ou por várias empresas; o que importa, para caracterizar o monopólio, é que, no momento de sua venda, *o preço não será fixado pelo mercado, mas sim pelo vendedor*.

Ou seja, o monopólio *não* significa a propriedade exclusiva dos meios de produção, mas sim a situação em que o vendedor é o único fornecedor do produto. O conceito de monopólio, com efeito, foi desenvolvido no contexto da teoria do *mercado perfeito*; relaciona-se aos conceitos de *concorrência* e de *oligopólio*, que tratam de explicar, basicamente, o processo de formação de preços na economia de mercado.

O monopólio do Estado, igualmente, *não* significa a propriedade estatal de todos os meios de produção de determinado bem, mas simplesmente a exclusão de outros competidores pela *venda* de tal bem; no processo produtivo podem participar inúmeras empresas, o que não descaracterizará o monopólio, posto que, entre elas, *não haverá concorrência na fixação do preço*. Assim, quando a União produz, por conta própria, determinado bem, e trata de vendê-lo no mercado, concorrendo com os particulares, não estará caracterizada a situação de monopólio; por outro lado, se entrega a sua fabricação a terceiros, mas vende *com exclusividade*, isto é, *sem competidores*, aí sim estará caracterizado o monopólio, posto que o preço não é formado no mercado, mas sim pela ação do único vendedor.

²⁵ MARCELO CAETANO. *Manual de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1970, tomo II, pp. 995.

²⁶ Encontramos exemplo de tal postura na concepção de PONTES DE MIRANDA, para quem o monopólio da exploração do petróleo seria privativo da União, inadmissível qualquer delegação no seu exercício (in *Comentários à Constituição de 1967*. Rio, Forense, 1987, tomo VI, p. 28)

²⁷ C. CHAMPAUD et. J. HOUSSIAUX. *Les Monopoles dans le Marché commun*. Ligue internationale contre la concurrence déloyale. Milão, 1968, p. 90 e ss.

A moderna teoria do direito econômico vem pondo em relevo, precisamente, a existência de diversas modalidades de organização e de gestão do monopólio estatal,²⁸ alguns monopólios são geridos diretamente pelo Estado, outros por entidades autônomas e descentralizadas, como empresas públicas e sociedades de economia mista, ou mesmo entregues, em regime de concessão, a particulares. Considera-se, a propósito, que existe grande *flexibilidade* na gestão do monopólio estatal, bastando, para caracterizar a inserção de tal atividade econômica no setor público, que o Estado detenha uma *preponderância* no processo decisório.²⁹

Entre nós, igualmente, pode ser mencionado o exemplo do monopólio do petróleo, o qual, tendo sido atribuído à União, passou, por força da Lei nº 2.004, de 03.10.1953, a ser explorado por uma sociedade de economia mista, como é a PETROBRÁS.

A crescente complexidade de gestão empresarial vem operando uma *flexibilização* no conceito de monopólio estatal; sua caracterização, com efeito, não exige a execução, por parte do Estado, de todas as etapas do processo produtivo, muito menos a propriedade de todos os meios de produção utilizados na exploração econômica. Nada impede, a rigor, que o monopólio seja explorado por outras pessoas jurídicas, das quais o Estado detenha o controle acionário, ou nas quais exerça algum tipo de preponderância no processo decisório. Continua a caracterizar-se a situação de monopólio, desde que: 1. não exista competição na venda do bem, ou seja, o Estado continue a ser o *único vendedor*; 2. o Estado detenha o poder do monopolista, ou seja, a capacidade de fixar preço ou de influir decisivamente no processo de sua fixação, *independentemente da concorrência de outros vendedores*.

Nesse sentido, vale mencionar os preceitos do Tratado de Roma referentes aos monopólios nacionais dos países-membros (art. 37), nos quais verifica-se, precisamente, a tendência de flexibilização do conceito de gestão do monopólio, antes mencionada. Ali dispõe-se que os Estados-membros devem eliminar gradativamente os monopólios nacionais, visando a extinção das restrições à livre comercialização de produtos; aplica-se tal preceito, literalmente, à *tout organisme par lequel un Etat membre, de jure ou de facto, controle, dirige ou influence, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les Etats membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'Etat délégués*. Ou seja, a caracterização da situação de monopólio é nitidamente econômica, alcançando qualquer modalidade de atuação em que exista *controle, direção ou influência*.

5. Conclusões

Face à análise desenvolvida, podemos concluir que:

1 — a Constituição, no que toca à ordem econômica, consagra plenamente a economia de mercado, erigido o princípio da livre iniciativa a *princípio fundamental da República Federativa do Brasil*;

²⁸ ANDRÉ DE LALUBADÈRE. *Droit Public Économique*. Paris, Dalloz, 1976, p. 252 e ss; J. CHEVALIER. *Le pouvoir de monopole et le droit administratif français*, R.D.T., 1974, nº 21.

²⁹ HUBERT CHARLES. *La concurrence partagée: concurrence a l'intérieur du secteur public*, in *Droit Public de la Concurrence*, org por JEAN-MARIE RAINAUD e RENÉ CRISTINI, Paris, Economica, 1987, p. 271 e ss.

2 — a intervenção empresarial do Estado no domínio econômico é *supletiva*, justificando-se apenas para estimular a iniciativa privada ou para preencher vazios por ela deixados;

3 — o intervencionismo estatal na economia, que não se confunde com o dirigismo, faz-se, necessariamente, *a favor do mercado*;

4 — a situação de monopólio é indesejável, posto que nela o processo de formação de preços não é ditado pelo mercado;

5 — a caracterização do monopólio decorre do poder do monopolista de estabelecer o preço, independentemente de qualquer concorrência;

6 — o monopólio estatal caracteriza-se não só nos casos em que o Estado explora, em todas as suas etapas, determinada atividade econômica, mas também quando, delegando todas ou parte delas a outras pessoas, mantém o *poder do monopolista de fixar os preços*, o qual decorre de sua situação de único fornecedor do produto para o mercado;

7 — a situação de monopólio estatal de determinada atividade econômica é *excepcionalíssima*; primeiro, porque a atuação empresarial do Estado deve ser meramente supletiva, a favor do mercado, e não contra o mercado; segundo, porque a situação de monopólio não é desejável, não só porque contrária aos princípios da economia de mercado, como também pelos efeitos indesejáveis que acarreta para a economia. Assim, as normas que asseguram o monopólio estatal de determinada atividade econômica devem ser objeto de interpretação *restritiva*, descabendo a aplicação de qualquer método hermenêutico que acarrete eventual ampliação do escopo do monopólio.