

MONOPÓLIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA — PETROBRAS — PROPRIEDADE E EMPRESA — BENS PÚBLICOS

O ilustre colega Dr. RUI BERFORD DIAS encaminhou-me a seguinte

“CONSULTA

A PETROBRAS montou um projeto financeiro para desenvolvimento de um campo gigante de petróleo, denominado PROJETO CABIÚNAS, que é composto de três sub-projetos (‘queima zero’, ‘gasoduto submarino de Roncador’ e ‘melhorias em Cabiúnas/REDUC’), e tem por objetivo permitir um melhor aproveitamento para o gás natural associado produzido na Bacia de Campos. Com o ‘queima zero’, pretende-se dotar algumas plataformas de produção da Bacia de Campos, cerca de 18, de condições para processar o gás natural produzido e fazê-lo chegar às instalações da PETROBRAS em Cabiúnas. O ‘gasoduto submarino de Roncador’, por sua vez, aumenta a capacidade de escoamento do gás produzido naquela região produtora. O último subprojeto, ‘melhorias em Cabiúnas/REDUC’, compreende a instalação de gasodutos terrestres (OSDUC II — ligando Cabiúnas a REDUC; e GASCAV — ligando Cabiúnas a Vitória-ES), plantas de processamento de gás natural (Unidades de Recuperação Líquidos em Cabiúnas; e Unidade Fracionadora de Líquidos na REDUC) e outras facilidades complementares.

Com a operação destes ativos, a PETROBRAS pretende elevar a capacidade combinada de escoamento, processamento, com-

pressão e transporte de gás natural para o patamar de 14 milhões de m³/dia a partir de Cabiúnas.

Em virtude de restrições impostas pelo Governo Federal em nossa rubrica de investimentos, a PETROBRAS se viu obrigada a buscar formas alternativas de financiamento para seus projetos. Assim, para que o financiamento de tais ativos pudesse ser contabilmente classificado como fora do balanço (*off-balance*) e fora do seu orçamento de investimento (*off-budget*), a PETROBRAS buscou utilizar técnicas de Project Finance na estruturação financeira desse projeto.

Mediante uma associação com as *tradings* japonesas MITSUI e SUMITOMO, pretende-se a criação de uma EPE (Empresa de Propósito Específico) estrangeira (*rectius* localizada no exterior), que obterá o financiamento junto ao JBIC (*Japan Bank for International Cooperation*), BNDES-EXIM e bancos comerciais, para a construção dos ativos (prevista para durar 3 anos), que serão incorporados pela EPE em seu balanço. A EPE será de propriedade exclusiva da MITSUI e da SUMITOMO, que participarão com capital próprio nesse empreendimento.

O valor total previsto para esse financiamento é de US\$ 800 milhões.

Através de um contrato de *lease operacional internacional*, celebrado entre a EPE e a PETROBRAS, criar-se-ão as condições necessárias para a construção dos ativos e sua posterior operação, via subsidiária da PETROBRAS. Assim, o período de lease será constituído pela fase de construção (3 anos),

mais o período de operação (7 anos). Após os dez anos, a PETROBRAS terá a opção de compra dos ativos.

Diante dessa estruturação financeiro-legal, submetemos à sua consideração as perguntas a seguir elencadas:

1. Pode uma empresa com domicílio no exterior, cujos sócios sejam em sua totalidade estrangeiros, possuir ativos no Brasil, que venham a ser empregados nas atividades econômicas sujeitas ao monopólio previsto no art. 177 da Constituição da República?

2. Ofende a ordem pública ou o interesse público o arrendamento desses ativos a uma empresa brasileira capacitada pelo art. 5º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a exercer as atividades econômicas acima referidas?

3. A cassação da concessão por parte do órgão concedente é remédio bastante para evitar que o proprietário de instalações utilizadas nas atividades sujeitas ao monopólio do art. 177 da Constituição da República tente se substituir ao exercente da atividade econômica, como decorrência do inadimplemento de obrigação a cargo deste último em contrato de arrendamento mercantil envolvendo essas mesmas instalações?

4. Na qualidade de empresa brasileira, que atende aos requisitos do art. 5º da Lei 9.478/97 para o exercício das atividades objeto do monopólio da União previsto no art. 177 da Constituição Federal, tem a PETROBRÁS, na qualidade de arrendatária e exclusiva operadora das futuras instalações, legitimidade de requerer a autorização para a construção, a ser realizada por terceiro contratado, sob orientação e supervisão direta da PETRO-

BRÁS, bem como para a operação de unidade de processamento de gás natural?"

PARECER

01. — *Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito.*

Tenho reiteradamente¹ insistido na necessidade de distinguirmos *serviço público e atividade econômica*.

É que, por um lado, a Constituição de 1988 os aparta, a ambos conferindo tratamento peculiar². Por outro, como a expressão "ordem econômica", no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões "relações econômicas" ou "atividade econômica", cumpre-nos precisar, também, que *atividade econômica* é esta, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios.

02. — Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica e serviço público*: pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

Em texto anterior³ averbei:

"A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

"*Serviço público* — dir-se-á mais — é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto

1 Meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 5ª edição. Malheiros, Editores, São Paulo, 2.000, págs. 132-133.

2 No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de "atividade econômica" pelo Estado, além de, no § 1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem "atividade econômica". No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de "serviços públicos". Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da "atividade econômica". A necessidade de distinguirmos *atividade econômica e serviço público* é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável.

3 Meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pág. 109.

que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

“Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.”

Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos:

“Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie*, *serviço público*.

“Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*.”

Daí a verificação de que o *gênero* — atividade econômica compreende duas *espécies*: o serviço público e a *atividade econômica*.

Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da lingua-

gem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota *gênero*, de outra as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, desde há muito venho propondo, hoje acolhida em inúmeros textos de doutrina: *atividade econômica* em *sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica* em *sentido estrito*, a espécie¹.

03. — As observações propedêuticas imediatamente acima desenvolvidas me permitem remarcar o sentido de minha afirmação inicial: *monopólio*, é de *atividade econômica* em *sentido estrito*.

Dela portanto cogitamos — e não de *serviço público* — ao dizer que a existência de um monopólio pressupõe que, em princípio, apenas um agente esteja apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes².

Convém salientar, porém, o fato de nem

1 Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a expressão *atividade econômica* nos artigos 170, 173 e seu parágrafo 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada. No artigo 173 e seu parágrafo 1º, a expressão conota *atividade econômica* em *sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no artigo 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de, atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro e do Município — como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica* em *sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica* em *sentido estrito*. As hipóteses indicadas no artigo 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo. No artigo 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* é utilizada n'outro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica* em *sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. Finalmente, no que concerne ao artigo 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica*, conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica* em *sentido amplo*.

2 Valho-me, aqui, dos ensinamentos de MODESTO CARVALHOSA ao explicar que monopólio origina-se de duas palavras gregas: “monos” só; “polein” vender; *donde vender só*” [*Poder econômico — a fenomenologia — seu disciplinamento jurídico*, São Paulo, 1967, pág. 30]. No mesmo sentido, Harold Fox, *Monopolies and patents; a study of the history and future of the patent monopoly*, Toronto, The University of Toronto Press, 1947, pág. 19. O vocábulo monopólio é geralmente entendido, entre nós, como expressivo da posição dominante de um agente econômico. Ora, ainda que o vocábulo monopólio passe a idéia de que seu detentor é titular de independência e indiferença no mercado, a sinonímia entre ele e a expressão *posição dominante* é equivocada. Talvez a confusão entre essas expressões tenha origem na tradução do termo “monopoly” para as línguas latinas. “Monopoly”, como assinala THOMAS E. KAUPER, é comparável à expressão *posição dominante* mas não, necessariamente, a monopólio (“Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Antitrust Law Journal*, v. 59, 1991, pág. 443).

sempre a existência do monopólio determinar a produção de ambiente caracterizado pela ausência de concorrência, impermeável à livre iniciativa. Tudo dependerá da forma mediante a qual o monopólio foi alcançado.

O monopólio — toda a gente sabe disso, mas será útil relembarmos — (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante lei. No primeiro caso, o agente econômico, valendo-se de sua superioridade em relação aos competidores, logra eliminar seus concorrentes, transformando-se no único a atuar naquele segmento da economia. Aqui, embora tenha havido a eliminação dos concorrentes, inexistente prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa.

Já no segundo caso (instituição de monopólio mediante lei, *monopólio legal*), tem-se situação diversa: aqui o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de uma determinada atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente (= pela lei) um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo — a lei não admite essa exploração.

Dividem-se os monopólios legais, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia (aí a atuação estatal por *absorção*¹).

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada *propriedade industrial*: da e na proteção

dos patentes, marcas, *know-how* etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.

O segundo tipo de monopólio legal substancia atuação estatal no domínio econômico² — o Estado assume o exercício de determinada atividade em regime de monopólio, em cumprimento a preceito contemplado no plano constitucional. Na vigência da Constituição de 1988 apenas a União poderá fazê-lo, nos casos nela expressamente previstos³.

04. — Uma ainda outra breve incursão propedêutica aqui se torna oportuna, na medida em que o discurso doutrinário sobre os monopólios faz uso corrente do vocábulo *privilégio* com determinada carga de significação, diverso sentido contudo conotando, o mesmo vocábulo, quando usado no contexto das alusões a *serviço público*.

Em meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*⁴ insisti na necessidade de apartarmos o regime de *privilégio*, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, do regime de *monopólio* sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. Um e outro são distintos entre si.

Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* não é expressão senão de uma situação de *privilégio*. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário — o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários⁵ — ainda então o prestador do

1 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., págs. 158-159.

2 *Elementos de direito econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, páginas 63 e seguintes e *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., págs. 158-159. Cf., também, sobre a atuação do Estado na economia e sobre a economia, FRANCESCO GALGANO, “*Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*”, AAVV, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia: la costituzione economica*, Padova, Cedam, 1977, págs. 123 e s.

3 Art. 177 da Constituição do Brasil.

4 Cit., págs. 150 e ss.

5 É o caso da navegação aérea — artigo 21, XII, “c” da Constituição — e dos serviços de transporte rodoviário — artigos 21, XII, “e”; 30, V e 25, parágrafo 1º da Constituição.

serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o *serviço público* é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários¹ de certo privilégio, por mais de um deles, e o regime de competição que caracteriza o exercício da *atividade econômica em sentido estrito* em clima de livre concorrência².

A propósito, afirmava RUY BARBOSA³ a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, “absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalmando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da Administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troca de certas compensações, a esses concessionários privativos”. E, adiante⁴, completava: “Num ou noutro caso, pois, todos

esses serviços não 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 monopólios na significação má e funesta da palavra”.

Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que seja sua prestação desenvolvida *sob privilégios*, inclusive, em regra, o da *exclusividade* na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de *exclusividade* na sua prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão. Neste sentido, a concessão de serviço público é um privilégio que em regra envolve *exclusividade na prestação do serviço*. O concessionário de serviço público goza, sempre — nas palavras de MARCELLO CAETANO⁵ — de uma situação de *inevitabilidade de consumo* de suas prestações pelo público.

05. — Atribui-se a ARISTÓTELES a cunhagem do vocábulo “monopólio”⁶, usado

1 Vide meu *Permissões de transporte coletivo rodoviário*, in RDP 77, págs. 104 e ss.

2 Daí a enunciação da seguinte oposição:

serviço público	atividade econômica em sentido estrito
a. privilégio	a monopólio
b. atuação, ainda em regime de privilégio, de mais de um concessionário ou permissionário do serviço	b. competição

3 *Privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos*, in Obras Completas, vol. XXXV, tomo II, Ministério da Educação e Cultura, Rio, 1963, págs. 13/14.

4 Ob. cit., pág. 15.

5 *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, Forense, Rio, 1970, pág. 1.015; do mesmo autor, *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1977, págs. 313 e 314.

6 FRITZ MACHLUP, em sua clássica obra *The political economy of monopoly*, identifica a seguinte cronologia dos monopólios, na história antiga: 347 a.C. — a palavra “monopólio” é utilizada, pela primeira vez, na Política de Aristóteles; circa 30 d.C. — Tiberius introduz a palavra “monopólio” na língua latina em um comunicado ao Senado; circa 79 d.C. — Plinius faz referência às reclamações dos cidadãos contra os excessos dos monopólios; 483 d.C. — Zenão proíbe todos os monopólios, quer aqueles criados em virtude de decreto imperial ou da ação privada.

n'A *Política*¹ para referir expediente usado por TALES DE MILETO para enriquecer. Conta ARISTÓTELES que o filósofo, dispondo de pequena quantidade de dinheiro, assegurou para si o direito de utilizar todos os lagares de azeite de Mileto e Quio; quando chegou o momento favorável, diante de uma demanda inesperada, TALES os sublocou, os lagares, sob as condições que desejava. Tendo assim acumulado uma soma considerável — diz ARISTÓTELES — provou ser fácil para os filósofos enriquecer quando queiram, ainda que isso não seja objeto de sua ambição. Mas, ainda que TALES tenha assim feito prova de sua sabedoria, o expediente que adotou para fazer fortuna é válido para qualquer pessoa que possa assegurar a si mesmo um *monopólio*. E prossegue ARISTÓTELES observando que certas cidades empregam esse expediente quando à busca de dinheiro: eles criam monopólios de certas mercadorias.

A idéia que apresenta é bastante simples: não enfrentando concorrentes, quem detiver monopólio de alguma atividade poderá praticar o preço que lhe aprouver.

A exploração dos monopólios pelo poder centralizado era também praticada em Roma, onde a exclusividade da atividade de comercialização do sal assegurava ao governo grande parte de suas rendas². Já no final do Império, justamente para aumentar os recursos do Estado, o número de monopólios concedidos aos particulares, mediante retribuição, multiplicou-se de forma a abranger toda a distribuição de alimentos³.

Tanto na Idade Antiga, quanto na Idade Média, foi muito difundida a prática da concessão de privilégios (i.e., a concessão do direito à exploração de monopólios de determinadas atividades) pelos soberanos⁴.

Posteriormente, na Inglaterra, a contestação aos monopólios até então tidos como lícitos expressava, na realidade, contestação ao poder do monarca que os, concedia. É paradigmático o conhecido "Caso dos Monopólios"⁵, de 1.603, quando se decidiu pela ilegalidade do monopólio da atividade de fabricação e importação de cartas de jogo, que havia sido concedido pela Rainha a Edward Darcy⁶. E, a seguir, o golpe de misericórdia nos privilégios

1 *A Política*, I, 11, na trad. de J. Tricot, quatrième tirage, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1982, pág. 70.

2 HAROLD G. FOX, *Monopolies and patents*, cit., pág. 20. Vale a transcrição das palavras do autor sobre o sistema de comércio na Roma antiga: "The Roman theory of trade was that of free competition, but the practice of obtaining exclusive sale was so widespread that the Senate received many complaints on the subject" (pág. 22).

3 HAROLD FOX, *Monopolies and patents*, cit., pág. 22. Essa política de monopólios foi regulamentada pelo conhecido Édito de Zenão (ou Zeno), de 483. Vale, aqui, analisar parte do texto dessa norma: "That no one may presume to exercise a monopoly of any kind of clothing or of fish or of any other thing serving for food or for any other use, whatever its nature may be, either on his own authority or under a rescript of an emperor already procured, or that may hereafter be procured, or under an imperial decree or under a rescript signed by our Majesty"¹⁹ (a tradução para o inglês é de THORTON, *Combinations in restraint of trade*, pág. 32. apud FOX, *Monopolies and patents*, cit., pág. 23).

4 FRANCESCHELLI (*Trattato di diritto industriale*, Milano, I, 1960, pág. 77) dá destaque ao processo que culminou na distinção entre monopólios lícitos e ilícitos: a outorga de monopólios, na medida em que a "causa publicae utilitatis vel necessitatis", eram justificadas

5 Coke 84, 77 Eng.Rep. 1260 (K. B. 1603).

6 Não posso deixar de notar a forma como argumentos que se transformariam em tipicamente liberais acabaram por revestir de certa tecnicidade uma decisão que, no fundo, poreja a guerra pelo poder. Em outras palavras, alguém desatento ao contexto histórico do *Case of Monopolies* restará impressionado apenas com o argumento de que o monopólio havia de ser combatido porque (i) causava a elevação do preço; (ii) reduzia a qualidade do produto e (iii) diminuía o nível da atividade econômica. Textualmente: "(...) there are three inseparable incidents to every monopoly against the commonweath (...) 1. That the

gios é dado em 1624, com o Statute of Monopolies¹, que proíbe a sua concessão pela Coroa — *crown-granted monopolies*, como dizem FOX & SULLIVAN.

06. — É bem evidente que, no evoluir do tempo, as referências feitas aos monopólios estiveram sempre vinculadas ao desenvolvimento exclusivo de uma *atividade*, geralmente a atividade, de comercialização de determinado bem. Em outras palavras, sustento que a atenção social atribuída ao tema dos monopólios está, desde sempre, visceralmente ligada ao *desenvolvimento de uma atividade*, não à propriedade.

O conceito de monopólio efetivamente não se presta a explicitar características da propriedade, de modo tal que não cabe aludirmos a *monopólio de propriedade*.

Ora, na medida em que *erga omnes*, a propriedade é sempre exclusiva. Isso significa que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade [= monopólio] do domínio do bem pelo seu titular². Por isso são redundantes e desprovidas de significado as expressões

“monopólio da propriedade” ou “monopólio de um bem”.

Note-se bem que a Constituição enumera, em seu art. 177, as *atividades* que constituem monopólio da União, (v.g., pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refinação de petróleo, importação e exportação de produtos derivados de petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto etc.) e, em seu art. 20, os *bens* que são de sua exclusiva propriedade (terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, terrenos de marinha, recursos minerais: sítios arqueológicos etc.), à propósito cumprindo ainda lembrar que as Constituições de 1946 e de 1967-69 facultavam aos Poderes Públicos, sob certas condições, “monopolizar determinada indústria ou atividade”.

07. — Por isso não é adversa à Constituição de 1988 a existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade³. Dizendo de outro modo: o conceito de atividade

price of the same commodity will be raised, for he who has the sole selling of any commodity, may and will make the price as he pleases ... The 2d incident to a monopoly is, that after the monopoly granted, the commodity is not so good and merchantable as it was before (...) 3. *It tends to the impoverishment of divers artificers and others, who before, by the labour of their hand in their art ou trade, had maintained themselves and their families (...)*” (cf. transcrição de FOX & SULLIVAN, *Cases and materials on antitrust*. St. Paul, West Publishing Co., 1989, pág. 13).

1 Por isso, SIEVEKING e BECKER anotam que a derrocada dos monopólios foi uma vitória contra a Coroa inglesa (*Historia economia universal*, México, Milagro, 1943, pág. 194).

2 Por essa razão, o art. 527 do Código Civil diz que “*O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário*”. Glosando esse dispositivo legal, Carvalho Santos lembra que “*O direito real, como se sabe, traduz uma relação direta e imediata entre a pessoa e a coisa, em face de quem quer que seja. Desdobrando-se este conceito, deparamos dois elementos a) a relação do sujeito com a coisa, que lhe permite, somente a ele, tirar da coisa a utilidade que lhe apraz, cabendo, assim, ao sujeito um poder autônomo. É este o elemento interno, o conteúdo econômico ou estático do direito real; b) obrigação, por parte de terceiros, de não perturbar aquela relação autônoma e direta entre o sujeito e a coisa; uma obrigação, portanto, de conteúdo negativo, que acarreta para os terceiros um dever de abstenção e, de outro lado, o direito para o titular de exigir aquela abstenção. É este o elemento externo ou dinâmico, isto é, a relação jurídica determinada pelo direito real*” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. VII, 1956, pág. 314).

3 Precisamente neste sentido, a conclusão de FÁBIO KONDER COMPARATO (*Direito Público — Estudos e Pareceres*, Saraiva, São Paulo, 1996, págs. 146 e ss., especialmente 152): “... o agente executor do monopólio não precisa ter a propriedade dos bens, móveis ou imóveis, utilizados na exploração da atividade monopolizada, podendo, por exemplo, tomá-los em arrendamento de terceiros”. Note-se bem que o parecer de FÁBIO KONDER COMPARATO versa exatamente sobre a matéria objeto da consulta que ora me é apresentada.

econômica (enquanto atividade empresarial) há muito prescinde da propriedade dos bens de produção¹.

Os juristas tradicionalmente se valem dos ensinamentos da Teoria Econômica para acolher a definição de empresa como “organismos econômicos, que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem à: satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral”²; “O conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o exercício da atividade produtiva”³.

Por atividade devemos entender “a série coordenada e unificada de atos em função de um fim econômico unitário. (...) A prática reiterada” de “atos negociais, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, visando a uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transmuda em *atividade negocial*. Essa atividade (...) manifesta-se economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício”⁴.

Em suma: *a empresa é uma atividade: e o*

*empresário, aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”*⁵

Por isso a empresa (= atividade) não pode ser confundida com o complexo de bens que possibilita seu desenvolvimento (= estabelecimento).

Aliás, a doutrina costuma esclarecer que *a empresa é exercida por meio do estabelecimento*, ou seja, do complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante. Por isso, OSCAR BARRETO FILHO, na mais clássica monografia brasileira sobre a questão, esclarece que “O empresário (...) é um sujeito de direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o estabelecimento”. “O exercício da atividade econômica organizada pelo empresário pressupõe, necessariamente, uma base econômica, ou seja, um complexo de bens que constituem o instrumento e, de certo modo, o objeto de seu trabalho. Esse complexo de bens destinados pelo empresário ao exercício da empresa é a *fazenda ou estabelecimento*”⁶.

1 Essa assertiva é de comprovação imediata pela prática empresarial, onde é cada vez mais mitigada a importância dos ativos como instrumento para consecução do objeto social. Lembremo-nos que o tradicional método de avaliação da empresa por seu valor de patrimônio líquido é muitas vezes desprestigiado em favor do método do “fluxo de caixa descontado”. Dizem os administradores, em linguagem coloquial, que “uma empresa vale o quanto ela gera de lucros e não o quanto ela tem registrado em seu balanço”. Ora, se uma empresa vale o quanto está apta a gerar, mais importante do que os bens que possui são o processo de produção e a rede de contratos que assegura a diminuição dos custos de transação a serem suportados. Por exemplo, pensemos que o lucro a ser obtido na atividade empresarial pode independer dos imóveis que estão registrados em nome da sociedade. Uma vez que, no processo produtivo, a faculdade de desfrutar o bem é muito mais importante do que a sua propriedade, pode mostrar-se mais vantajoso alugar um imóvel (ou seja, celebrar um contrato que assegure seu uso) do que possuí-lo no ativo.

2 RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 47.

3 Ob. cit., pág. 57.

4 OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, páginas 18 e 19. Em idêntico sentido, v. SYLVIO MARCONDES, *Problemas de direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, pág. 136.

5 Cf. art. 965 do Anteprojeto de Código Civil, publicado no Diário do Senado Federal (Suplemento), em 11 de dezembro de 1.997.

6 Ob. cit., pág. 115. V., também, LUIZ AUTUORI, *Fundo de comércio*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, páginas 31 e seguintes. VIVANTE, ao comentar o caráter organizado da atividade empresarial, diz que “l’attività è organizzata quando si esercita a mezzo di un’azienda” (equivalente, no ordenamento italiano, ao nosso estabelecimento) (*Gli imprenditori e le società*, 2ª ed., Milano. Giuffrè, 1946, pág. 21).

08. — Temos bem presente, destarte, a separação que se manifesta tanto no mundo do ser, quanto do dever-ser [na medida em que uma e outra suportam regulamentação segundo princípios e regras específicos], entre *atividade econômica*¹ e *propriedade*.

Não obstante, permito-me ainda tecer breve consideração à propósito dos bens públicos.

Em voto memorável, no acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de junho de 1924², o Ministro EDMUNDO LINS observa “que o Código não diz que ‘são bens públicos os de uso comum do povo, etc.’ mas que ‘os bens públicos são: os de uso comum do povo, etc.’”.

E prossegue:

“A diferença é grande entre as duas sentenças: pela primeira, todos os bens de uso commum do povo seriam públicos, ao passo que pela segunda, não.

O Código apenas definiu uma das classes dos bens públicos, a saber, os de uso commum do povo.

Nem poderia ser de outro modo.

Na verdade, bens há que são particulares, mas que os proprietários deixam; por algum tempo, para o uso commum do povo.

Na cidade de Diamantina, por exemplo, houve um capitalista que destinou uma de suas casas para o uso commum do povo, que vinha, de outros lugares e precisava de hospedagem; lá ficava, sem pedir licença, e o tempo que queria.

Com a sua morte, os herdeiros acabaram com esse hotel gratuito e deram ao prédio outro destino.

Nesta cidade, particulares ha que deixam terrenos abertos para o uso do povo, que nelles estabelece campos de ‘football’, enquanto o proprietário não fecha os ditos terrenos ou nelles não edifica”.

No mesmo sentido, o também memorável parecer de RUY CIRNE LIMA³ à propósito da praça existente, em Porto Alegre, diante da

igreja de Nossa Senhora dos Navegantes. A igreja foi construída sobre um terreno doado à Devoção de Nossa Senhora dos Navegantes, constando da escritura de doação a previsão de que o restante do terreno, depois de levantada a igreja, seria “destinado para uma grade praça, em frente daquêlo templo, para comodidade do público que concorresse às suas festas e romarias... dentro da qual nenhuma outra edificação, além da igreja, poderia ser levantada”.

A conclusão, aqui, é a de que essa praça jamais foi incorporada ao domínio público, ainda que aberta ao uso comum do povo.

09. — Ora; assim como não é juridicamente incoerente ou contraditória a existência de bem de uso comum que não consubstancie propriedade pública, a cisão entre *atividade econômica* e *propriedade* enseja o pleno exercício de determinada atividade, dele privativa, ainda que o seu titular a exerça fazendo uso, para que a possa exercer, de propriedade de terceiros.

Explícito: é perfeitamente possível, em face da Constituição do Brasil, que um monopólio — que é de *atividade econômica em sentido estrito* — seja exercido mediante a utilização, para esse exercício, da propriedade de outrem.

Detenho-me no primeiro quesito proposto na consulta, lembrando que o monopólio é de *atividade*, não de *propriedade*.

Por isso pode perfeitamente, uma empresa com domicílio no exterior, cujos sócios sejam em sua totalidade estrangeiros, possuir ativos no Brasil, que venham a ser empregados nas atividades econômicas sujeitas ao monopólio previsto no art. 177 da Constituição do Brasil.

10. — No que diz respeito ao segundo quesito, o arrendamento dos ativos de que se trata a uma empresa brasileira capacitada pelo art. 5º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a exercer as atividades econômicas [em sentido estrito] referidas na consulta certamente não ofende a ordem pública ou o interesse públi-

1 Aqui menciono a atividade econômica em geral, não apenas em sentido estrito.

2 Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal (dir. Antonio Bento de Faria, vol. 73, pág. 528.

3 In *Pareceres (Direito Público)*, Livraria Sulina Editora, Porto Alegre, 1963, págs. 43-48.

co. Pelo contrário, tudo indica que o acesso aos recursos financeiros indispensáveis ao desenvolvimento do PROJETO CABIÚNAS presta pleno acatamento àquele.

A expressão *ordem pública* ganha sentido bem definido ao referir o conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas, de direito privado¹. Daí outra expressão, lei de *ordem pública*, que dela decorre: norma jurídica que impacta sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo.

É certo ser impossível, como afirma VICENTE RAÓ², indicarmos *a priori*, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública. Ademais, a doutrina tem incidido no equívoco de superpor, de um lado, ordem pública e direito público e, de outro, ordem privada e direito privado. A propósito, lê-se em GABBA³: “Chi può invero tracciare un confine fra l'ordine privato e l'ordine pubblico, fra il bene privato e l'interesse della società?”. Ora, ainda que no último termo da sentença como que invertendo os critérios do Digesto 1.1 — *publicum jus est quod ad statum rei publicae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem* — o que subjaz nas afirmações da impossibilidade

de se distinguir ordem pública do seu oposto — a ordem privada — não é senão consequência daquela equivocada superposição.

O fato é que, adotando a exposição de CARLOS MAXIMILIANO⁴, lograremos apartar uma e outra: “A distinção entre prescrições de *ordem pública* e de *ordem privada* consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o *fim principal* do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto: a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial”.

Pois bem, não violando, o arrendamento dos ativos de que se trata a uma empresa brasileira capacitada a exercer as atividades referidas na consulta, qualquer preceito ou prescrição de ordem pública, evidentemente não ofenderá, esse mesmo arrendamento, a chamada *ordem pública*.

Quanto ao interesse público, aqui concebido como *interesse público primário*⁵, encon-

1 Cf. RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations*, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1974, pp. 165 e ss.

2 *O direito e a vida dos direitos*, v. I, reedição, Max Limonad, São Paulo, 1960, p. 237

3 *Teoria della re-troattività delle leggi*, v. I, 3ª ed., Unione Tipografico-Editrice, Milão, 1.891, p. 152

4 *Hermenêutica e aplicação do direito*, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, Rio, 1.957, p. 270.

5 Ensina RENATO ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, I, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1978, págs. 232/233) que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são — note-se — simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo *primário*. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo *primário*. A distinção — fundamental e necessária — entre *interesse público primário* e *interesse da Administração* (interesse público secundário) também está pacificada entre nós (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo; 1993, pág. 22). Por certo é possível tomarmos como *interesse da Administração* o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permanecerá “mais rica”. Mas esses interesses — interesses públicos secundários — diz ALESSI, “*possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario*” — interesse como tal “*non potrebbe esser realizzato se non in vista della coincidenza con*

tra seus parâmetros e sua medida na legalidade, de modo que, ao desempenhar suas funções, a Administração atua vinculada pelo dever de buscar a sua realização nos quadrantes dela.

Explico-me: à Administração incumbe o exercício não de *poderes*, mas de *dever-poder*¹. Insisto, quanto a este ponto, em afirmação que não me canso de repetir: a Administração desempenha *função*: pode fazer tudo quanto deva fazer, nada mais.

O interesse público impõe, no caso, que se busque realizar as condições que permitam o desenvolvimento do PROJETO CABIÚNAS, nos quadrantes da legalidade. Ora, precisamente isso se realiza na medida em que, como vimos acima, o arrendamento dos ativos de que se trata a uma empresa brasileira capacitada a exercer as atividades referidas na consulta não importa violação de qualquer preceito de *ordem pública*, resultando, pois, plenamente adequado à legalidade.

Não será demasiado lembrar, neste passo, que monopólio é de *atividade*, atividade econômica em sentido estrito, e não de *propriedade*.

11. — No que tange ao terceiro quesito proposto na consulta, a cassação da concessão será por certo bastante para evitar que o pro-

prietário de instalações utilizadas nas atividades sujeitas ao monopólio do art. 177 da Constituição da República tente se substituir ao concessionário da atividade econômica, como decorrência do inadimplemento de obrigação a cargo deste último em contrato de arrendamento mercantil envolvendo essas mesmas instalações.

12. — Por fim, quanto ao derradeiro quesito proposto, há de ser respondido afirmativamente. A PETROBRAS, na qualidade de empresa brasileira que atende aos requisitos do art. 5º da Lei 9.478/97 para o exercício das atividades objeto do monopólio da União previsto no art. 177 da Constituição Federal, e na qualidade de arrendatária e exclusiva operadora das futuras instalações, tem legitimidade de requerer a autorização para a construção, a ser realizada por terceiro contratado, sob orientação e supervisão direta dela, PETROBRAS, bem como para a operação de unidade de processamento de gás natural.

É o que me parece

São Paulo, 1º de março de 2000

EROS ROBERTO GRAU; Professor Titular da Faculdade de Direito da USP; Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I (França) (1995-1998)

l'interesse primario, pubblico"; ou, na dicção de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., pág. 22), esses interesses "não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa".

1 Deve-se a introdução de ênfase ao *dever*, na afirmação da função como *poder-dever*, a CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. A referência a *dever-poder* não é expressiva de alteração meramente formal no termo do conceito, porém de efetiva reformulação do conceito. A ênfase posta por CELSO ANTONIO no vocábulo *dever* (*O desvio de poder*, in RDA 172/5) evidencia que a *função* autoriza o seu titular a exercer determinados poderes, ao contrário do que anteriormente seria possível supormos, ou seja, que o *poder* detido pelo titular da função teria de ser exercido por consubstanciar um *dever*.