

“Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891- 1934)*

“Monopolies” and “public services” in the Brazilian Constitutions (1891 and 1934)

*Gustavo Kaercher Loureiro***

RESUMO

No presente estudo o autor procura traçar os sentidos dos termos “monopólio” e “serviço público” nas duas primeiras Constituições republicanas, em razão da importância que tiveram para a determinação dessas duas figuras em nossas Constituições seguintes. O resultado que emerge dessa análise é que — diferentemente do entendimento doutrinário atual — os *serviços públicos* e os *monopólios* não configuravam duas categorias jurídicas apartadas, mas, antes, espécies de um mesmo gênero, o das *atividades reservadas*.

PALAVRAS-CHAVE

monopólio — serviço público — atividade reservada — atividade econômica — ordem econômica

* Artigo recebido em abril de 2011 e aprovado em abril de 2011.

** Professor adjunto de direito administrativo e constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), coordenador do Grupo de Estudos em Direito dos Recursos Naturais (GERN/UnB), www.gern.unb.br.

ABSTRACT

In the present article, the author intends to define the meaning of the terms “monopoly” and “public service” in the two first republican Constitutions — which should be carefully analyzed, regarding such issues, because of their influence in our subsequent Constitutions. The result that arises from such analysis is that — differently from current legal doctrine — *public services* and *monopolies* were not understood as two separate legal categories, but, rather, as species of a same gender — that of the *reserved activities*.

Key-words: monopoly — public service — reserved activity — economic activity — economic order

1. Introdução

Nossa Constituição atual emprega os termos “serviço público”¹ e “monopólio” em dispositivos da Ordem Econômica (arts. 175 e 177, respectivamente), para indicar modos de atuação estatal no âmbito das atividades de produção e circulação de bens e serviços.

Nossa doutrina constitucional costuma iniciar a análise destas categorias formulando, de imediato, distinções entre elas, com base em diferentes critérios.

Grosso modo, tais critérios envolvem diferentes elementos de difícil manejo concreto, que dizem respeito ao *tipo de interesse supraindividual*² atendido. Assim, serviço público serviria à satisfação das exigências de “solidariedade”, “coesão” ou “interdependência pessoal”, ao passo que monopólio satisfaria “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”;³ ou ainda, serviço público realizaria “direitos fundamentais”, enquanto que a formação de um monopólio estatal seria determinada por “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”⁴ etc.

¹ Emprega também — seguindo a tradição constitucional brasileira (e a doutrina) — a expressão “serviço público” em outros contextos que aqui não interessam.

² Usa-se aqui esta expressão em sentido completamente genérico e não técnico, para não ter de recorrer a expressões empregadas pela Constituição.

³ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. Especialmente o Cap. 3.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 693 e 813.

Situando-se a distinção no pano de fundo da consagrada dicotomia *serviço público x atividade econômica em sentido estrito*, diz-se também que as atividades compreendidas em um monopólio, por ser uma espécie de *atividade econômica em sentido estrito* excepcionalmente subtraída da arena da livre iniciativa,⁵ devem ser realizadas sob regime de direito privado, enquanto que o serviço público (gênero *a se* que indica a área “própria” do Estado) desenvolve-se sob o regime de direito público.⁶

Neste artigo vai-se contra esta *communis opinio*, a partir de argumentos retirados da análise de nossa história constitucional. Em particular, a partir de dois momentos decisivos, os quais formaram a base normativa e teórica que pautou por muito tempo o tema em nosso direito público: o período da Constituição de 1891 e aquele da Constituição de 1934.

Nossa primeira Constituição republicana não continha dispositivos específicos sobre monopólios e serviços públicos (econômicos). Nada obstante isso — e talvez muito por isso —, a doutrina constitucional e administrativa do período tratou longamente de ambos, com um tão rico quanto complexo (e, por vezes, confuso) arsenal de expressões e noções, importados de diferentes experiências jurídicas (francesa e norte-americana, sobretudo). Diante do silêncio constitucional, cabiam as mais diferentes posições, sobre todos os problemas possíveis, suscitados pelo fenômeno empírico da intervenção do Estado no âmbito da economia. Nesse emaranhado terminológico e conceitual, *serviço público* e *monopólio* relacionavam-se de diversos modos. Por vezes, eram *sinônimos*.

Esta intensa reflexão doutrinária — que é consequência da viragem de concepção de um Estado liberal para um Estado social e interventor —, feita com pouca ou nenhuma base normativa, dá o contexto de elaboração da Carta seguinte (1934) que, recolhendo e positivando certas alternativas forjadas no período anterior, (i) tratou longa e detalhadamente dos *serviços públicos econômicos* (delegados, sobretudo); (ii) instituiu não uma figura contraposta ou paralela àquela dos serviços públicos (econômicos), mas uma expressa *competência de monopolização*, operante em todo o universo das atividades econômi-

⁵ Sem maiores considerações dogmáticas, a afirmação é difícil de compartilhar quando se tem presente que a indústria do petróleo (pesquisa e lavra, pelo menos), o nosso monopólio “típico”, é uma daquelas em que a presença do Estado é mais tolerada, reconhecida ou praticada no direito comparado. Parece, pois, completamente inadequado qualificar tal atividade como “excepcionalmente” subtraída da livre iniciativa.

⁶ Novamente, Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 692 e 813.

cas (com o que se estabeleceu certa relação entre o resultado do exercício da competência, o “monopólio”, e o “serviço público”).⁷

A partir daqui (1934), as figuras adquiriram permanente *status* constitucional.

Reputa-se decisivos estes dois momentos porque, forjando os trilhos dos quais não se afastou muito nossa história constitucional posterior, eles reforçam certas convicções — já manifestadas em outra ocasião e sob outros fundamentos⁸ — de que, **muito antes do que começar distinguindo “monopólios” e “serviços públicos”, é necessário dar-se conta da proximidade das duas categorias** da perspectiva jurídica: numa Constituição, como a de 1988, que consagra a livre-iniciativa e a livre concorrência como vetores primeiros da organização das atividades econômicas, “monopólios” e “serviços públicos” são fundamentais instrumentos *de sentido contrário* que limitam, excluem ou mitigam a valência dos princípios referidos. E isto é um dado normativo da maior relevância que justifica — ao menos no início da análise da Ordem Constitucional — uma *aproximação* das duas figuras num mesmo gênero, no lugar da imediata e radical separação que sofrem com o esquema “serviço público” *versus* “atividade econômica em sentido estrito”. Eles são, sim, distintos, mas, são *espécies distintas de um mesmo gênero*: o das *competências públicas* (materiais) *de cunho econômico* ou, mais sucintamente, *atividades reservadas*.

A categoria abrangente é importante, na medida em que oferece — em um plano muito geral, i.e., antes que se especifiquem os problemas do regime jurídico *do monopólio* ou *do serviço público* — alguns elementos que formam uma espécie de “teleologia mínima” e também um “mínimo normativo”, aplicável tanto aos monopólios quanto aos serviços públicos. Analiticamente, a figura da “competência pública” está ligada: (i) a uma teleologia inerente a toda e qualquer função atribuída ao Estado; e (ii) à presença de certos (poucos) elementos normativos que devem ser observados pelo legislador ordinário na tarefa de conformar concretamente as atividades qualificadas como monopólios ou serviços públicos que, afinal, são antes de tudo, competências públicas.

Daí porque também parece ser injustificável, do ponto de vista constitucional, entender que as atividades monopolizadas *devem* se desenvolver sob

⁷ Efetivamente, este é um ponto importante, que se verá na parte 2 deste trabalho: ao longo da maior parte de nossa história constitucional, a ênfase da regulação não estava na figura “monopólio”, mas nas condições de exercício e campo de aplicação da competência “monopolização”.

⁸ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional — a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 29, p. 101-123, 2010.

o (exclusivo domínio do) regime de direito privado. Diante de uma *decisão constitucional* de — excepcionando a regra geral que a própria Constituição positivou — tornar competência pública certa atividade econômica, *segue-se* que alguns elementos (em que medida?) publicísticos devam ser necessariamente incorporados no regime jurídico de execução da atividade.

Até aqui o que possuem de comum.

O que os diferencia basilarmente não é uma suposta característica ou qualidade intrínseca da atividade objeto da competência pública (uma suposta “qualidade inata”), ou um específico tipo de interesse supraindividual realizado por cada qual, mas — ao menos até a Emenda Constitucional nº 6/1995⁹ — um traço formal, relativo ao regime de execução da competência pública: a possibilidade ou impossibilidade de ter sua execução delegada a agentes privados. A “monopolização” (como dizia a Constituição de 1934) e a qualificação de uma atividade como serviço público expressam, em nossas Cartas, duas *operações jurídicas* apenas parcialmente diferentes no que diz com a ação estatal no universo econômico.

A diferença é parcial e é *formal*: monopólio e serviço público situam-se no mesmo polo da grande dicotomia “público/privado”. Mas a manifestam de diferentes maneiras e de diversas perspectivas.

Ao longo de nossa história constitucional (até a Emenda Constitucional nº 6/1995), a figura do monopólio expressou esta dicotomia certamente da perspectiva da titularidade da atividade (pública), mas, **sobretudo**, da perspectiva da *forma de execução de competência pública reservada*; aquela do *serviço público* manifestou-a, **sobretudo** (ou apenas), pela perspectiva da *titularidade da competência*.

No primeiro caso, a contraposição específica se refere à (in)admissibilidade da **ação** empresarial privada em determinado setor econômico (ação estatal exclusiva x possibilidade de *iniciativa privada*); no caso do (mero) serviço público, extremam-se *tarefa estatal* e *tarefa privada*, sem que se tenha excluído necessariamente a ação privada (competência pública x *livre iniciativa*). Embora com elementos comuns — a *publicatio* é o mais saliente e decisivo, e é o que

⁹ A partir daí também “monopólios” passaram a poder ter sua execução delegada — admitindo-se que “contratar” possa significar também “delegar”. Se não se desejar introduzir sutis e pouco manejáveis distinções no seio do interesse supraindividual, possivelmente a diferença terá de ser buscada a partir do exame dos casos específicos de monopólios, em contraste com as cláusulas gerais de serviços públicos. Uma hipótese é configurar “monopólio” como atividade reservada *não prestacional* e serviço público como propriamente *prestacional*.

faz a ambos orbitarem no polo “público” da grande distinção “público/privado” — monopólio e serviço público se confrontam, respectivamente, com *iniciativa privada* e *livre-iniciativa*. Tal circunstância é que faz com que se possa cogitar de sobreposições de que falava nossa doutrina mais antiga, como a do “serviço público monopolizado” ou a do “monopólio realizado em regime de serviço público”.

Estas são algumas das sugestões oferecidas pela análise histórica que ora se inicia.

2. A Constituição de 1891: texto pobre, doutrina rica

2.1. O texto

Bem ao estilo das Cartas liberais, pouco propensas a um tratamento analítico e específico da relação entre Estado e economia, a Constituição de 1891 não emprega as expressões “serviço público”¹⁰ e “monopólio”, e não possui um *locus* próprio para acomodar sistematicamente normas que se ocupam, de modo mais direto, da relação do Estado com o universo das atividades de produção e oferta de bens e serviços (as *atividades econômicas*¹¹).¹² Nada obstante, apresenta elementos que permitem certas ilações e, mais do que isso, a lacuna não impediu que a doutrina constitucional e administrativa da época tivesse empregado tais categorias quando da análise de dispositivos seus.¹³

¹⁰ Conhece as expressões “dinheiro público” (art. 54, n. 7); “cargos públicos” (art. 73), “funcionário público” (art. 75 e outros); “emprego público” (art. 34, n. 25); “estabelecimento público” (art. 72, § 6º).

¹¹ Com a expressão pretende-se, apenas, significar o conjunto de atividades passíveis de organização empresarial que oferta, para o conjunto dos interessados, utilidades por eles fruíveis singularmente, mediante contraprestação específica. Não tem ela, aqui, qualquer conotação jurídica.

¹² Há dispositivos genéricos que enunciam diretrizes para a relação Estado/economia, como o art. 35, n. 2 (“Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: (...) 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; (...)”), e algumas garantias individuais, relativas à liberdade de indústria e profissão. Em todo caso, não é em torno deles que se construíram as teorias sobre intervenção do Estado no domínio econômico, da perspectiva que aqui interessa mais de perto.

¹³ Por questões históricas e conjunturais bem conhecidas, a Constituição de 1891 centrou sua atenção na divisão federativa de competências e é aí que se vão encontrar algumas normas economicamente relevantes. Pode-se dizer que em nossa primeira Constituição republicana a relação Estado/economia é quase um subproduto do problema relativo à construção do Estado Federal. Com isso, a Constituição inaugurou o que hoje é já uma tradição: importantíssimos dispositivos de evidente e direta incidência na ordem econômica encontram-se nas partes relativas à estrutura

Na Constituição de 1891, é no uso das expressões não qualificadas “Poder” e “serviço” que se descortina o panorama das ações estatais.

“Poder” é usado para indicar os órgãos da “Soberania Nacional”;¹⁴ por derivação, designa as tradicionais funções que lhes competem.¹⁵

“Serviço” (ou “serviços”), por seu turno, também é usado em contextos relacionados a atividades vinculadas ao poder público, mas os textos em que aparece sugerem que se trata de atividades de algum modo instrumentais ao exercício dos *Poderes*. Assim, por exemplo, vem dito que a cada uma das Câmaras de que se compõe o Congresso Nacional compete “regular o serviço de sua polícia interna” (art. 18, parágrafo único); que também ao Congresso Nacional compete “legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o Governo da União” (art. 34, n. 30); ou que “os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados” (art. 64, parágrafo único), entre tantos exemplos.¹⁶

Sem indicar outros traços que lhe configurem uma feição comum, o que ressaí destes empregos constitucionais é o elemento da *vinculação orgânica* com o poder público: *serviços*, como os *Poderes*, são *tarefas acometidas ao Estado*. São *competências estatais*.

Esta ideia — que torna o vínculo orgânico com o Estado uma nota característica do conceito de serviço — restará básica ao longo de todas as nossas Constituições.

Uma questão importante não esclarecida pela mera afirmação de pertinência ao Estado diz respeito ao que atecnicamente se poderia qualificar como sua *intensidade* ou *alcance* dessa pertinência. Os exemplos citados acima sugerem que a tarefa estatal é, adicionalmente, realizada pelo Estado pois que se referem, primacialmente, a atividades *tipicamente estatais* (no contexto do início do século XX). Vale dizer: “serviços” seriam, então, competências públicas compreendendo atividades de pública execução. Mas convém manter distintos os planos: **uma coisa** é a *imputação da competência (publicatio)*; ela opera no âmbito da titularidade da atividade e é, em princípio, compatível

do Estado Federal. Na Constituição de 1988, em particular, no art. 21 que, por seu turno, tem também ancestrais bastante antigos (v. nota 47, adiante).

¹⁴ Art. 15.

¹⁵ Arts. 16 e 41.

¹⁶ Art. 3º, art. 4º.

com diferentes formas de sua execução. **Outra coisa** é a *forma de execução* da competência imputada.

A necessidade de distinguir estes planos aflorou no contexto ligado aos serviços de certo tipo.

Um conjunto de dispositivos mostra ter a Constituição de 1891 admitido e mesmo previsto que o Estado desempenhasse *serviços de cunho econômico* (atividades econômicas) ou que especialmente interviesse em algumas empresas.¹⁷

Assim é que ao Congresso Nacional compete “legislar sobre o serviço dos correios e telégrafos federais” (art. 34, n. 15), e à União compete cobrar as respectivas taxas (art. 7º, n. 4). Semelhantemente, aos Estados é permitido criar seus serviços de correios estaduais e cobrar as pertinentes “contribuições” (art. 9º, § 1º, n. 2). A União e os estados exploram os serviços, cada um em sua esfera, de ferrovias.¹⁸

No plano mais geral, as questões acerca da existência de serviços estatais de cunho econômico estiveram ligadas à exegese deste dispositivo: “Art 10 — É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”.

É em torno do art. 10 que a doutrina constitucional da época terá a ocasião de discorrer sobre “monopólios” e “serviços públicos”; sobre titularidade de competência e sobre a forma de sua execução.

2.2. A doutrina

2.2.1. O problema, os modelos e o nosso tradicional ecletismo

Em face da lacuna normativa constitucional, coube à doutrina procurar elementos jurídicos aptos para lidar com uma questão que se fazia cada vez mais presente e premente ao longo do início do século XX (ao menos nos países que desde sempre foram os modelos de nossos juristas): diante do acelerado crescimento urbano, da sofisticação e dimensão das atividades econômicas, do crescimento populacional e das novas ideias políticas e ideologias, qual deveria ser a função do Estado no plano da economia?

¹⁷ São as empresas que gozam de “privilégios”, referidas no art. 24.

¹⁸ Art. 13; art. 64.

A resposta, até pouco tempo antes — encontrada no contexto da clássica divisão entre sociedade e Estado¹⁹ —, era não problemática: o Estado deveria garantir que cada um (os indivíduos iguais) pudesse desenvolver do modo mais pleno a própria *liberdade de iniciativa e perfeita disposição da propriedade*, para satisfação de seus interesses pessoais econômicos, os quais, realizados, levariam *ipso facto* ao bem-estar de todos. Em síntese, o Estado deveria limitar-se a emitir normas que coordenassem o exercício dos direitos de liberdade de sujeitos iguais vivendo em conjunto (a sociedade). O motor da satisfação dos interesses econômicos é o livre jogo das forças de produção e consumo.

Cada vez menos esta resposta era tida por satisfatória por um maior número de sujeitos.²⁰ Mas isso, por óbvio, não indica consenso quanto à exata forma de enfrentar os novos tempos: admitindo-se que se a queira, em que medida se deve dar a intervenção estatal? Como qualificá-la ou fundá-la juri-

¹⁹ Quanto à dicotomia Estado/sociedade, considera-se que é na sociedade que estão as atividades econômicas, produtivas de utilidades oferecidas aos cidadãos — juntamente com as manifestações religiosas, culturais etc. Cumpre, pois, ao Estado, sobretudo, garantir que estas realizações ocorram em respeito aos princípios da ordem jurídica (que é liberal). Somente sob circunstâncias especialíssimas admite-se mais intensa presença do poder público em tal seara, regulando ou agindo diretamente na sociedade (e na economia, de consequência). Veja-se, com essa orientação: SOUZA, José Soriano de. *Princípios gerais de direito público e constitucional*. Rio de Janeiro: A Província, 1893. p. 55 e 83; REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Ed. do Autor, 1923. p. 19 e 321.

²⁰ Com notáveis exceções: “A verdade é que estão sendo evidentemente desprezados e esquecidos princípios básicos do Estado e do nosso regime político! [...] Não há mais normalidade na vida da Nação! Cada dia que passa surgem surpresas trazidas pela novidade de medidas administrativas, que só se explicam pela vaidosa preocupação de mostrarem (principalmente os legisladores bisonhos) a sua grande capacidade política, a sua extraordinária operosidade legislativa por meio de inumeráveis projetos em *l’air*, e portanto, sem realidade possível, como se porventura estivesse nessa endemia de leis o remédio infalível contra os males de que padece a sociedade brasileira. [...] No Brasil está se fazendo, do difícil mister de legislar, uma arte de fácil manipulação e ao mesmo tempo um *sport!* Se não me engano, vamos caminhando, a passos precipitados, para o estabelecimento, no país, do Estado-providência, o que importa dizer — do socialismo do Estado! Tal como ele deve ser, de acordo com os princípios que considero os únicos verdadeiros, eu não compreendo, senhores, essa regulamentação desordenada, supérflua e excessiva (já não direi dos serviços a cargo da União), mas de novos e inúteis serviços criados ultimamente; de todos os misteres e profissões; de todas as utilidades e vantagens que possam, enfim, ser auferidas ou aproveitadas de tantas riquezas naturais que possui o país. Escusado dizer que a oficialização de todos esses serviços (principalmente do comércio e da indústria), em vez de ser um bem é um mal! [...] Não é, senhores, precisamente esta (eu vos asseguro!) a missão do Estado. A sua principal função deve ser assegurar a defesa do país contra os inimigos do exterior, e, nas suas relações internas, respeitar e garantir a estabilidade da ordem jurídica, sobre que assentam principalmente a observância dos direitos individuais e os da coletividade social”. SANTOS, Oliveira. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919. p. 79-80. No mesmo sentido, LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Azevedo, [s.d.]. v. 2, p. 215. E, em relação aos bancos (inclusive os de emissões), VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 335. ed. fac-similar.

dicamente? Em quais circunstâncias é recomendável? Que objetivos alcançar com ela? Que tipo de atividade a enseja? Como construir sua dogmática?

Assim, por exemplo — e generalizando ao máximo, correndo o risco da simplificação grosseira²¹ —, o direito norte-americano intensificou e potencializou antigas doutrinas da *common law* que, em certos casos, asseguravam ao Estado um poder de polícia *tonificado*, que desaguava em diferentes formas de regulação “invasiva” (para os padrões liberais), como aquela concorrencial (de aplicação geral) e outra (de aplicação especial), incidente em algumas atividades econômicas particularmente sensíveis do ponto de vista social e que, contemporaneamente, apresentavam certas *disfunções* (estruturais ou conjunturais). De regra, a resposta norte-americana não consistia em “publicizar” a atividade econômica em questão, mas em submetê-la a uma disciplina jurídica peculiar, que incluía controle de preços, padrões do serviço e fiscalização estrita e abrangente, realizada por entidades dotadas de poderes normativos, fiscalizatórios e quase jurisdicionais (as agências): era o modelo da *regulation of public utilities*, em desenvolvimento intenso desde o final do século XIX.

Por seu turno, o direito administrativo francês seguiu outra via bem mais intervencionista — mais consentânea com práticas, concepções e figuras herdadas de contextos que apreciam diferentemente a relação Estado/indivíduo. Também de modo muito simplificado, a resposta aqui foi na direção de considerar certas atividades econômicas como *competências públicas*. Certamente: são competências públicas realizadas de variadíssimos modos, e sem uma rejeição *a priori* da presença dos indivíduos no desempenho destas tarefas (os “tradicionais habitantes” do mundo econômico); em alguns casos — em muitos — esta “publicização”, inclusive, não vai além de uma operação virtual que justifica soluções muito semelhantes àquela do direito norte-americano (mais poderes normativos, de fiscalização e controle etc.). Mas é inegável o potencial expansivo das prerrogativas públicas num modelo que enfrenta o problema incrementando qualitativamente (e não apenas quantitativamente, como faz o direito norte-americano) o rol das funções estatais. Este potencial será utilizado (infra).

Além dos Estados Unidos e França, abundavam em nossos primeiros autores referências às “soluções” italianas, alemãs, espanholas etc.

²¹ O tema não pode ser aprofundado aqui; para um estudo mais detalhado, A INDÚSTRIA elétrica e o código de águas. Porto Alegre: Fabris, 2007. Caps. V e VI.

Essa ampla oferta de possibilidades, aliada à novidade do problema e à sua extrema complexidade, imprimiu às reflexões de nossa primeira doutrina um caráter assistemático e eclético.

Já no plano linguístico, a variedade é a nota característica: “serviço público”, “serviço de utilidade pública”, “monopólio”, “serviço público monopolizado”, “serviços industriais e econômicos do Estado”, entre outras, são expressões empregadas profusamente e sem preciso sentido em nossos autores. As tentativas de ordenar os modos e formas de presença estatal na economia — existentes²² — não conseguiram evitar o empirismo e o caráter tópico das soluções e figuras utilizadas pela doutrina: as relações do Estado com determinados agentes econômicos são reguladas por “concessão”, “acordo”, “pacto”, “concessão de privilégio”, “concessão-subvenção”, “arrendamento”,²³ “contrato de concessão e juros”, “concessão de favores de qualquer espécie”²⁴ etc. Falava-se também de “concessão de monopólio”, “serviços públicos monopolizados concedidos” e *cosi via* (infra).

Nessa selva terminológica e conceitual, monopólios e serviços públicos não eram (necessariamente ao menos) coisas que se repeliam. Ao contrário:

²² José Soriano de Souza articulou a questão de modo particularmente preciso para a época: “De três modos pode o Estado intervir na ordem econômica; agindo diretamente, impulsionando e regulamentando. Age diretamente quando por si mesmo obra como produtor de um serviço, como quando se incumbe da instrução ou quando constrói uma estrada de ferro; intervém impulsionando quando anima e dirige a atividade individual em um certo sentido, premiando, subvencionando os esforços individuais; finalmente intervém regulamentando, quando, mediante regulamentos de polícia administrativa, previne males que podem ocorrer no trabalho, na indústria, no comércio. O Estado simples sentinela, mero guarda do direito nunca existiu, nem existe em parte alguma”. SOUZA, op. cit., p. 62.

Também tentando sistematizar os modos de atuação do Estado no domínio econômico, Viveiros de Castro lecionava: “As limitações” — à livre atuação dos privados — “podem ser incluídas nas seis classes seguintes: 1ª, as que provêm de certos monopólios do Estado; 2ª, as motivadas por considerações de salubridade e segurança; 3ª, as que se fundam na necessidade de tutelar os direitos de certos produtores (patentes, marcas de fábrica etc.); 4ª, as que se estabelecem para garantir a boa qualidade dos produtos; 5ª, as que se impõem para garantir o funcionamento econômico de certas empresas (leis sobre sociedades anônimas etc.); 6ª, as que se originam de fins tributários, na aplicação dos impostos indiretos”. CASTRO, Viveiros de. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 213-214.

²³ Muito usado no setor de portos, ao lado da concessão. Assim o “Regimento” anexo ao Decreto nº 15.238, de 31 de dezembro de 1921, da Inspetoria de Portos, Rios e Canais, que informa competirem a tal Inspetoria “os estudos relativos a portos e vias de navegação interior e bem assim a construção e exploração dos respectivos melhoramentos, quer por administração nos executados diretamente pelo governo quer exercendo fiscalização, nos entregues a empresas pelo regime de concessão ou arrendamento”.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929. p. 249; LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira*. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1925. T. 1, p. 149 e 177; BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934. T. VI, p. 11.

monopólios serviam para garantir certos objetivos tipicamente associados aos serviços públicos:

Há, em toda a parte, e considera-se constitucional no Brasil o monopólio dos serviços de água, esgotos, carris urbanos (*tramways*), telégrafo, telefones, estradas de ferro, pontes, matadouros. Só se concedem privilégios mais ou menos necessários, isto é, quando sem eles seria irrealizável um serviço útil ao público, relativamente bem feito, e por preço ao alcance do maior número. Quanto a estes mesmos se levanta uma corrente de publicistas que preferem a municipalização geral à entrega à iniciativa e controle de particulares.²⁵

O transporte postal é um *serviço público monopolizado* pelo estado que, explorando-o visa menos o lucro porventura auferir que interesses de ordem social.²⁶

Convém tentar estabelecer alguns pontos firmes.

2.2.2. A categoria preferida: serviço público

Nada obstante a plethora de termos e a vacilação conceitual, nossos autores, de maneira geral, orientaram suas exposições na direção do amplo quadro de possibilidades oferecidas pela teoria francesa do serviço público (sem, porém, desdenhar referências frequentes à experiência norte-americana, cf. infra).

Em sua acepção original e pouco problemática, a noção evocada pela expressão *service public* cobre o conjunto todo das funções do Estado:

A Administração Pública é o conjunto de serviços públicos que têm por objeto atender às necessidades e aos interesses coletivos do Estado. Na sua forma externa, a Administração é divisível, comportando subdivisões, segundo a distribuição dos serviços públicos confiados ao que no nosso direito se denomina Ministérios.²⁷

²⁵ MAXIMILIANO, op. cit., p. 808.

²⁶ CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914. p. 222. Grifo nosso.

²⁷ CRUZ, op. cit., p. 19. Ele ainda divide os diferentes serviços públicos, de forma ampla, em (i) financeiros; (ii) policial; (iii) de defesa externa; (iv) aquele relativo aos bens destinados ao uso

Enquanto essas funções poderiam ser reconduzíveis ao núcleo tradicional do liberalismo clássico, dificuldades de definição não se apresentavam de modo intenso. Em particular, podiam-se juntar harmonicamente os três critérios comumente utilizados na definição de um “serviço público” (o material, o orgânico e o formal):

Serviço público por se destinar a servir à coletividade e ser organizado, executado e dirigido pela pública administração. Serviço público por ser uma tarefa obrigatória ao Estado, incumbir a um grupo de agentes arrematados com essa missão e assentar sobre certa soma de meios pecuniários, consignados ao seu desempenho. Serviço público, por ser constituído com um regime jurídico especial, cuja modificabilidade se acha sujeita à discricção das autoridades legislativas. Serviço público por se prestar ao público de um modo regular e contínuo, para atender a uma exigência pública impreterível, mediante uma organização pública não industrial. Serviço público por formar uma das sub-ramificações da administração do Estado, e entender com interesses de cuja guarda o poder público tem a competência exclusiva. Serviço público, enfim, por ser de relevância tal para a vida coletiva que os Governos estão adstritos à obrigação jurídica de lhe dar cumprimento ininterruptamente.²⁸

As dificuldades surgiram, exatamente, quando se tratou de aplicar esta ideia geral ao problema em estudo, i.e., quando se procura qualificar como “serviço público” uma ação estatal nova e atípica, como era aquela econômica no início do século XX — note-se que, na citação feita acima, falava-se textualmente que serviços públicos eram aqueles prestados “mediante uma organização pública não industrial”. No momento em que o Estado passa a assumir esse tipo de atividade, como ela deve ser classificada? A tentativa irá romper a harmonia dos três critérios e mergulhar o até então tranquilo conceito de serviço público em não poucas crises.

público; (v) o industrial do Estado; (vi) o ensino público; (vii) a assistência pública. Em sentido substancialmente semelhante, Rui Barbosa: “Um serviço público é o complexo dos meios, do pessoal e do material com os quais uma pessoa administrativa se desempenha da sua tarefa [...]. O exército é um serviço público”. BARBOSA, op. cit., v. I, p. 338. Aarão Reis tem um inteiro capítulo intitulado “Os serviços públicos”, dedicado às mais variadas atividades do Estado. Divide-os em “Serviços Públicos de Defesa”, “Serviços Públicos de Garantia” e “Serviços Públicos de Prosperidade”.

²⁸ BARBOSA, op. cit., p. 144.

Mais precisamente, uma das agudas dificuldades de transpor em bloco o conceito de serviço público para as atividades econômicas estava em que, muito frequentemente, se tinha de aplicar a noção a iniciativas já existentes, não criadas nem realizadas pelo Estado, mas desde sempre sob execução e administração dos agentes privados, e conduzidas sob uma (pura) disciplina de direito privado. Tratava-se, em síntese, de avançar, intervindo em âmbito existente, tipicamente privado, e não de inaugurar a atuação pública em área nova e “desocupada”.

Daí que, muito naturalmente, o critério mais utilizado por nossos primeiros autores para expandir o uso do conceito de serviço público para dentro da ordem econômica será aquele *material* que, por suas características, tem uma função de justificação da ação estatal e permite chamar de “públicos” serviços que não apresentavam (até então) vinculação com o Estado ou regime jurídico diferenciado daquele privado:

Mas nem só serviços públicos são, na realidade, aqueles cujo pessoal é constituído por agentes diretos do Estado, que adquire, também diretamente, o respectivo material. Ao lado desses, inúmeros outros, dos mais importantes e dos mais necessários funcionam tendo igualmente por objeto a satisfação de sérios interesses coletivos nacionais, de assistência, de previdência, de educação, de instrução, de mutualidade, de beneficiência, de arte, de ciência, de circulação e produção da riqueza etc. — embora organizados e custeados pela própria iniciativa privada, com ou sem apoio e auxílio direto, ou indireto, do Estado e agindo individualmente ou por meio de associações coletivas.²⁹

A identificação do “interesse público” no desempenho de certa tarefa³⁰ permitirá, posteriormente, sua vinculação ao Estado (critério orgânico) e seu

²⁹ CASTRO, op. cit., p. 210. De modo semelhante, Aarão Reis: “Foi por largo tempo tendência liberal deixar amplo e ilimitado campo de ação à iniciativa individual para organização e funcionamento de diversos serviços públicos necessários à satisfação de necessidades públicas coletivas, restringindo, assim, como e quanto possível, a esfera da atividade administrativa nacional ou local; o extraordinário desenvolvimento, porém, de tais necessidades na vida [...] das nações modernas, acrescido pelo enorme vulto que tem atingido o capital exigido pela organização e funcionamento desses serviços públicos, tende, sem cessar, a impor a interferência cada vez maior daquela atividade [...]”.

³⁰ Assim, por exemplo: “O Estado tem por função essencial velar pelo bem público. Se o zelo deste encargo lhe parece reclamar a criação de estabelecimentos de transportes, ele se mantém, decretando a sua fundação, nos limites estritos de suas atribuições. Ele procede, no caso, como a

desenvolvimento sob o regime do direito em maior ou menor medida aberrante do direito privado (critério formal). O critério material é o “aríete” com o qual se rompe a cidadela do liberalismo econômico, pois com ele se pode chamar de serviços públicos — preparando uma intervenção efetiva, veiculada pela aplicação dos critérios orgânico e formal — também atividades até então (puramente) privadas (pelos critérios formal e orgânico).

Na esfera municipal, a mesma nota material tornava *públicos* certos serviços: “Dadas a natureza e as circunstâncias do suprimento de tais comodidades nos distritos urbanos, as organizações que o exploram já não são, propriamente falando, indústrias particulares, mas serviços públicos [...]”.³¹

Para lidar com esta expansão do conceito de serviço público (que ganha em extensão, mas perde em densidade), a doutrina inicia uma laboriosa operação de distinções no seio da classe aumentada.

Uma das mais famosas destas operações separa os “serviços públicos oficiais”³² dos “serviços públicos industriais e comerciais”, também chamados de “serviços de utilidade pública”.³³ Na medida em que os segundos são qua-

respeito dos caminhos de ferro, bancos públicos... que explora. Não é exclusivamente com o intuito de um interesse fiscal que o Estado reserva para si os estabelecimentos postais e telegráficos. É antes o zelo dos interesses públicos que o guia”. (LABAND, apud LEAL, op. cit., p. 638). “Navegação, canais, portos, estradas, correios e telégrafos grandemente interessam à prosperidade geral, ao comércio e ao desenvolvimento da riqueza pública e não podem escapar à solicitude dos governos.” (BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira*: comentários. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguet, 1924. p. 66.)

³¹ BARBOSA, op. cit., p. 21.

³² “Estas duas categorias distintas de serviços públicos — os propriamente oficiais, organizados e custeados diretamente pelo Estado, e os de utilidade pública, confiados temporária ou permanentemente à iniciativa particular — tendem, cada vez mais, com a jurisprudência moderna, a confundir-se pela intervenção crescente do Estado, senão no próprio funcionamento, pelo menos na organização de todos eles, desde que destinados à satisfação de necessidades públicas de ordem coletiva, interessando à vida nacional. Há, entretanto, entre os serviços públicos dessas duas categorias, diferenças de funcionamento bem caracterizadas pela limitação da capacidade jurídica e pelos privilégios especiais atribuídos em geral aos funcionários que, nos da primeira, exercem de fato e de direito funções de agentes diretos do Estado; o que nem sempre se torna extensivo aos indivíduos que funcionam nos da segunda categoria. Acresce que aos serviços da primeira — em relação às respectivas operações financeiras e de contabilidade — se aplicam regras especialíssimas de execução e fiscalização, às quais não podem ficar sujeitos os serviços realizados — como os da segunda — pela iniciativa particular, embora de utilidade pública, e mesmo quando organizados e funcionando em virtude de concessão do Estado e gozando de favores especiais.” REIS, op. cit., p. 209.

Anhaia Mello classifica as atividades econômicas socialmente relevantes influenciado pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Para ele, há “funções públicas”, considerados assim os serviços essenciais à vida da sociedade que o “governo monopoliza e não cede a ninguém”, “funções quase públicas”, aí compreendidos os serviços de utilidade pública, “serviços coletivos” e “serviços públicos delegáveis”. MELLO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940. p. 24 e segs.

³³ Eis aqui uma das mais problemáticas figuras do direito administrativo econômico brasileiro, pois evoca não apenas uma espécie distinta de serviços públicos, mas também a categoria norte-

lificados como “serviços públicos”, possuem em comum com as demais espécies o traço material: atendem a interesses sociais que justificam a presença estatal. Na medida em que formam uma espécie do gênero, recebem qualificações específicas. Entre elas, a de serem facultativos, poderem ser realizados pela iniciativa privada, desenvolverem-se sob (ao menos em parte) regime de direito privado etc.³⁴

Um ponto importante a ser notado é que nossos autores não fizeram qualquer esforço analítico para distinguir, *no interior* do conceito de serviço público econômico, diferenciadas manifestações suas, capazes de fundar ulteriores distinções dogmáticas, como a que hoje (supostamente) sustenta a separação entre “monopólios” e “serviços públicos”. Nesse estágio incipiente (não necessariamente equivocado), havia uma preocupação geral e genérica, não esgallhada em ramificações e sutilezas relacionadas com diferentes interesses públicos (“imperativos de segurança nacional”, “coesão social”, “interdependência social”, “relevante interesse coletivo” etc.). A questão era: como justificar a atuação estatal (em suas variadas manifestações)? A resposta foi: recorrendo a qualquer elemento que possa ser reconduzido à ideia de “interesse público”.

Como quer que seja, instala-se no panorama jurídico uma nova figura: o **serviço público de cunho econômico** (ou “serviço industrial do Estado” etc.). Quais são suas notas normativas?

Muito fácil é passar do critério material para um tipo de vinculação orgânica *fraca*, que consiste na qualificação da atividade como uma *competência pública*, sem que com isso se explorem todas as potencialidades que esta passagem e este enquadramento admitem.

Entende-se por tal uma mera *imputação ao poder público de responsabilidade jurídica relativamente à existência e oferta da atividade qualificada como “pública”*, mas ainda não uma exigência de exclusiva ação administrativa (uma vinculação orgânica “forte”): se a atividade em tela satisfaz interesses caros à organização estatal, ela pode ser, com toda a justiça, considerada uma *competência pública*, i.e., uma tarefa que o Estado *deve* realizar (num sentido muito amplo), ou melhor,

americana de *public utilities*, que **não pode ser considerada** um serviço público, na medida em que é sempre **atividade privada**, apenas que submetida à especial atuação normativa e fiscalizadora estatal (*regulation*), como não se cansa de repetir Bruce Wyman. Ver: WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations*. Washington: Beardbooks, 1911.

³⁴ Rui Barbosa, citando doutrina francesa e belga, esboça a seguinte classificação: “Isto posto, o grande repertório belga estabelece a distinção entre os *serviços públicos* que entendem com todos, embora não solicitados, e os que, acessíveis a todos, não se prestam senão a quem os requer. Na primeira classe estão os serviços de polícia e segurança. Na segunda, entre outros, o serviço dos correios e o dos transportes”. BARBOSA, op. cit., v. I, p. 340.

De “serviço federal de tipo industrial de prestação não obrigatória”, fala LEAL, op. cit., p. 152.

garantir que exista. Isso, porém, não significa que a competência pública deva ser exercida diretamente por seu titular (nem que seja competência pública exclusiva). Aliás, no plano em que se está (econômico), isso normalmente não se dava: o Estado “identificava”, entre as atividades existentes, aquelas que mais de perto se relacionam com objetivos que cumpre a ele (Estado), tutelar. Diante dessa identificação, assumia como tarefa garantir o pleno desenvolvimento dela. Encontrando-a em realização, limitava-se a introduzir elementos jurídicos que lhe garantiriam maior controle (e que, no limite, justificariam sua própria atuação), sem, porém, alijar o agente privado — agora “delegado” — da tarefa que foi, virtualmente, *transformada* em missão pública.

Essa transformação, se não elimina nem postula a eliminação da presença (originária!) privada no campo de uma (agora!) competência pública, postula, sim, que se desenvolvam elementos jurídicos aptos a lidar com a relação jurídica que (necessariamente) passa a existir, então, entre o Estado e o privado.

São as *delegações* e *contratações* de serviços (algumas vezes instituídas muito tempo *depois* de existente a própria atividade, realizada até então como livre empresa!).³⁵

Para os propósitos do presente estudo, não é necessário repassar a rica casuística que se formou em torno deste ponto específico (delegações e concessões). Ora dele se tratava no contexto mais antigo (e conhecido), das execuções de obras públicas;³⁶ ora se o analisava sob a ótica do direito

³⁵ O caso típico desta “inversão” ocorreu no setor elétrico. Ver A INDÚSTRIA, op. cit., cap. IV.

³⁶ Viveiros de Castro, falando de obras públicas, está afinado com a doutrina francesa: “O direito administrativo francês ainda não precisou sua terminologia, confundindo não raro a concessão administrativa com a simples autorização, quando se trata de duas entidades completamente distintas, porque a última é uma liberalidade, um favor revogável *ad nutum*. [...]”

Resumindo os ensinamentos dos mestres, formularei a doutrina jurídica sobre a concessão administrativa pelas fórmulas seguintes: I. Expedindo um decreto de concessão, o Estado age como poder público soberano, discricionariamente, e não há princípio algum que possa coartar a sua liberdade de ação e impedir que ele estabeleça as condições que julgar convenientes. II. A aludida expedição, porém, constitui uma autolimitação dessa liberdade; a concessão se converte em um contrato bilateral, fonte de direitos e obrigações para as duas partes contratantes. III. O contrato de concessão tem uma feição especial, sem similar no direito civil. As regras que regem o aludido contrato não se encontram geralmente nos textos de lei nem nas disposições regulamentares e sim nas cláusulas contratuais peculiares a cada concessão. IV. O concessionário fica subrogado nos direitos conferidos à Administração, dentre os quais salientam-se o de desapropriação por utilidade pública, o de ocupação temporária e o de extração de materiais. V. Importando o contrato de concessão em uma restrição de soberania do Estado, as respectivas cláusulas devem ser interpretadas estritamente, não cabendo analogia ou paridade. Todos os compromissos assumidos pelo poder público devem ser expressamente declarados. VI. Em regra toda a concessão sobre o domínio público é revogável. Mas, quando se trata de obras públicas, como há capitais particulares empregados no serviço, o direito de revogação se transforma em direito de resgate, estabelecendo as cláusulas contratuais o prazo e as bases para sua decretação. VII. Salvo expressa cláusula contratual em contrário, a concessão sempre se presume ter sido feita sob a reserva do

privado³⁷ etc. Tendencialmente, porém, o tema recebia um enfoque muito semelhante ao que recebe ainda hoje, como se verifica deste pioneiro julgado do Supremo Tribunal Federal:

Na concessão de uma obra ou serviço público, como é um porto de mar, o Governo não transfere propriedade alguma ao concessionário; este obtém, apenas, o uso ou gozo da coisa durante o prazo da exploração concedida.

Os direitos de poder público, de que o concessionário é investido, como o de desapropriar ou arrecadar taxas do público, não os exerce *iure proprio* mas como mero delegatário ou mandatário do poder concedente e nos precisos limites da delegação recebida.

Quaisquer que sejam os favores e direitos reconhecidos ao concessionário, todos eles são outorgados em vista do bem público; conseqüentemente, se entendem sempre regulados e fiscalizados pelo poder concedente.

O concessionário, mesmo quando a concessão assenta em um verdadeiro contrato, nada pode pretender que não se ache expressamente concedido nas cláusulas do instrumento; nada pode obstar ao poder concedente, que não se ache aceito; tudo o que não for expressamente concedido se entende negado e subsistente no poder concedente; porque todo o direi-

interesse público e, portanto, não pode servir de obstáculo ao direito do Governo de fazer uma nova concessão, ainda que prejudique a primeira. O concessionário devia prever a eventualidade duma concorrência, uma vez que o interesse público o exigisse, e assim não tem direito a ser indenizado. VIII. O concessionário não pode ceder a sua concessão sem licença do Governo. IX. A morte do concessionário não tem como efeito a terminação do contrato, cuja vigência não raro excede a duração de uma existência. X. A forma da adjudicação não é exigida quando se trata de concessão de obras públicas, e nem é usada, porque, sendo elas muito importantes, o número de concorrentes não poderia deixar de ser muito restrito. XI. Como o empreiteiro, o concessionário é responsável pelos prejuízos causados na execução dos trabalhos. [...] XII. Se o concessionário não cumprir as suas obrigações contratuais, a Administração decretará a caducidade da concessão, salvo o direito do concessionário de recorrer ao Poder Judiciário se entender que não houve justa causa para a decretação da caducidade." CASTRO, op. cit., p. 268.

³⁷ Para Rui Barbosa, assim como para Francisco Campos, a concessão era um contrato *de direito privado*, e, como tal, imutável. Respectivamente:

"A inviolabilidade atribuída a estes contratos, como aos demais atos jurídicos de natureza contratual, tão longe vai que, uma vez feitos, *nem as próprias Constituições dos Estados* os podem invalidar ou prejudicar". BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 34.

"A concessão é, portanto, o que os americanos chamam *a property*, isto é, um direito incorporado ao patrimônio do concessionário, e que não é lícito ao poder público revogar, anular, diminuir ou alterar, na qualidade, que é a sua, de direito adquirido pelo concessionário, a saber, integrado no conjunto ou no complexo de valores protegidos pelo direito e que constituem o seu patrimônio." CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 177.

to do concessionário nasce da concessão e com a concessão, ao contrário do poder concedente, que se entende sempre na posse e gozo de toda faculdade sobre a qual não se tenha livremente coartado.

O poder concedente nada pode fazer que afete ou diminua os favores e direitos concedidos quanto à substância dos mesmos; mas, a não ser nos casos nomeadamente declarados no contrato, tudo pode ordenar quanto ao regulamento dos modos da execução da obra ou serviço, que é seu, e assim continua, assim como em relação à mais completa fiscalização do bem público.

Embora reduzida a contrato, uma concessão para a exploração de serviço público, propriamente dito, e na qual se delegam ao concessionário direitos desse poder público, isto é, o exercício de poder sobre uma parte da administração ou do domínio público, não pode ser somente regida pelos preceitos do direito civil ou privado; este direito seria incapaz de criar uma concessão da espécie e ditar-lhe seu objeto e fim. Toda concessão desta natureza é, antes de tudo, ato do direito administrativo e, como tal, explorada pelo concessionário sempre sob as vistas imediatas do Governo concedente.³⁸

³⁸ Acórdão do STF de 26 de agosto de 1908 (União x Companhia Docas de Santos). A Companhia não queria submeter-se à fiscalização contábil do governo além do que lhe prescreviam as normas de direito comercial.

No mesmo sentido, outra manifestação do Supremo Tribunal Federal: “(...) a disposição exarada no art. 72, § 24 da Constituição (...) contém restrições postas à atividade humana pelo direito civil e comercial, e pelas leis de polícia, sem as quais não há ordem nem liberdade; e sofre a exceção de privilégios constituídos a bem da utilidade pública, como sejam os concernentes aos serviços de iluminação e as linhas telegráficas e telefônicas que o Estado estabelece e dirige diretamente por meio de seus funcionários ou indiretamente por meio de empresas, a quem os concede ou transfere sob condição de uma tarifa” (Acórdão na Apelação nº 193, de 29 de novembro de 1896).

Também em sentido surpreendentemente moderno, Alcides Cruz e Mário Masagão.

O primeiro: “Nos principais países estrangeiros, com exceção dos Estados Unidos e Inglaterra, os caminhos de ferro são, na quase totalidade, explorados diretamente pelo Estado e têm o caráter de serviço público. Até os caminhos de ferro explorados pela indústria privada não escapam à regra geral da interferência oficial do poder público, pois que a existência deles representa uma concessão do Governo e a concessão a particulares é um dos modos de efetuar um serviço público. [...] O particular, a empresa ou a sociedade anônima não pode construir estrada de ferro alguma sem que obtenha do governo a competente autorização, que é dada em forma de concessão, pela qual o concessionário adquire o uso e o gozo da exploração do serviço durante certo e determinado tempo, findo o qual a estrada de ferro com todos os seus acessórios, bem como o material rodante são devolvidos ao governo que fez a concessão, sem dar direito a nenhuma indenização. [...] Verificada por meios legais a concessão, o concessionário passa a ocupar o lugar do concedente (União, Estado ou Município); é subrogado portanto nos direitos do concedente. Por este ato, não propriamente contrato, o concessionário passa a ter não só deveres como direitos. Não é contrato porque toda a concessão em direito público é um ato administrativo cujos princípios lhe são aplicados, em conformidade de seu conteúdo. [...] Tal como todo o ato

Em suma: certas atividades econômicas atendem (também) a interesses públicos; nessa medida, são tarefas do Estado; nada obstante, podem ser realizadas por agentes privados, na qualidade de contratados ou, mais propriamente, *delegados* seus. São os **serviços públicos econômicos**.

Esse o raciocínio que parece estar por trás das interpretações que a esmagadora maioria de nossos autores fez do art. 10 da Carta de 1891, citado acima:

Notadamente quanto aos serviços, para incidir na proibição constitucional, (imunidade recíproca) não é necessário que a União ou os Estados o efetuem de modo imediato, por administração direta; basta que o executem indiretamente, de modo mediato, por meio de concessão ou arrendamento. Em direito administrativo esta espécie se considera gestão indireta.³⁹

A ressalva expressa pelo art. 10 aproveita às empresas particulares que

administrativo, a concessão [...] cria uma situação jurídica para o concessionário, traduzida nos direitos que este começa a usufruir e nas obrigações correspondentes, às quais se submeteu em virtude da aceitação da concessão. [...] O ato jurídico da concessão criou para o concessionário: a) direitos e obrigações para com o concedente, isto é, para com o poder público; b) direitos e obrigações para com o público. [...] As relações jurídicas do concessionário com o poder público concedente são de direito administrativo; as do concessionário com o público são de direito comercial. [...] A administração pública, se é estranha à organização interna de qualquer empresa particular de estradas de ferro, contudo se faz sentir por outros modos, variados e inflexíveis, de ordem técnica ou policial, financeira e comercial, a saber: a) nenhuma estrada de ferro será construída sem que o governo tenha ciência de todas as obras d'arte a serem executadas e ele pode fazer toda a sorte de alterações que julgar convenientes à segurança do trabalho, bem como exigir outras obras que não constem das plantas previamente exibidas. [...] b) o governo, em virtude do poder de fiscalização, tem o direito de exercer ampla inspeção, em se tratando de estradas em que ele seja interessado por garantia de juros, fiança ou outra garantia, assim no tocante à receita e à despesa, como em tudo o mais, inclusive os vencimentos dos empregados, o quadro destes, a contabilidade delas (que pode ser sempre inspecionada pelo governo), as operações de crédito etc. c) a interferência da administração pública a respeito da atividade comercial ferroviária exerce-se sobre a determinação de horários e sobre a organização das tarifas. [...] Se o tráfego for feito com frequente irregularidade, o Estado pode avocar a si o restabelecimento da respectiva regularidade, ou marcado um prazo peremptório para isso, declarar caduca a concessão [...]". CRUZ, op. cit., p. 230-232.

Para Mário Masagão, a concessão possui as seguintes características: "(i) tem sempre por objeto um serviço público (a chamada "concessão de obra" pública nada mais seria do que uma espécie da concessão de serviço público, dotada de certa cláusula relativa a um objeto material viabilizador do serviço concedido); (ii) é contrato de direito público; (iii) tem prazo certo; (iv) importa em fazer com que o prestador do serviço aja em nome próprio e não em nome da administração, auferindo os benefícios e suportando os riscos da atividade e remunerando-se pela cobrança de taxas dos usuários, determinadas pelo concedente (eventualmente pode receber auxílio do poder público, representado, dentre outros, pela garantia de interesses); (v) importa na transferência dos poderes (públicos) necessários para realizar o serviço, como os de desapropriação". MASA-GÃO, Mário. *A natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.

³⁹ LACERDA, op. cit., t. 2, p. 49.

contratam serviços com a União, Estado ou município; não podem ser diretamente tributadas [...]: assim acontece com as companhias ou indivíduos que, mediante concessão, acordo ou pacto, exploram loterias, cais ou porto; fornecem água, luz, esgotos, telefones ou transporte urbano; constroem estradas e pontes, melhoram lagos, rios e canais.⁴⁰

Os serviços são as diferentes molas do mecanismo administrativo ou econômico organizados pela União e pelos Estados, por eles dirigidos ou por eles concedidos. [...] O serviço de estradas de ferro é *basilarmente* um serviço público. Uma vez concedido a particulares, as vantagens e direitos da União ou dos Estados acompanham a concessão, e, portanto, livre é esta da ação tributária do fisco geral e estadual. Do mesmo modo as caixas econômicas, bancos, títulos da dívida pública etc. incidem no privilégio da isenção recíproca.⁴¹

As estradas de ferro concedidas e subvencionadas pelo governo federal são tidas e havidas por bens da União, ou quando menos, por serviços federais e, como tais, isentas de impostos estaduais, segundo é expresso no art. 10 da Constituição Federal.⁴²

Quais são estes serviços públicos econômicos, em concreto?

Dado o critério de identificação — material, substancialmente —, trata-se de questão que não pode ser respondida de uma vez por todas. Os exemplos do direito comparado, a *communis opinio* dos juristas e homens políticos do tempo, as necessidades específicas do país etc. são os guias que sugerem a inclusão de uma ou outra atividade no rol dos serviços públicos econômicos. De toda a sorte, esta lista, em nossos autores da República Velha, envolve um *discrímén* federativo.

À União competem os correios, os telégrafos, as ferrovias, os portos (alguns) e certos meios de transporte (fluviais, de longo curso), para ficar nos mais frequentes, muito embora a Carta tenha uma abertura para outros casos. Mesmo loterias — para desespero de Pontes de Miranda, cf. adiante — são consideradas neste elenco.⁴³

⁴⁰ MAXIMILIANO, op. cit., p. 249.

⁴¹ LEAL, op. cit., p. 152.

⁴² LEAL, op. cit., p. 177.

⁴³ O caso das loterias é muito interessante, pois coloca em confronto diferentes critérios de definição do serviço público, além de, nesse confronto, fazer aflorar concepções antigas, relativas à possibilidade de o Estado explorar certas atividades econômicas com o mero escopo de lucro (os

As ferrovias constituíam o campo das concessões por excelência. Viveiros de Castro entende “líquido e certo” o direito de o Estado intervir nas estradas de ferro, “tão importante é a soma dos interesses em jogo, tão considerável é a influência que elas exercem na economia nacional”:

Neste assunto não é possível contar com o jogo da livre concorrência para limitar a uma justa remuneração o benefício dos concessionários das vias de comunicação e para obrigá-los a fazer com que o público aproveite, pelos melhoramentos introduzidos no serviço ou pelas reduções das taxas, com a prosperidade das empresas. [...] A exploração das estradas de ferro, dizem eles, constitui uma função peculiar ao Estado, representante e tutor da universalidade dos cidadãos, porque, pela importância econômico-política e militar dessas estradas, por ser o meio mais barato e rápido de transporte, elas influem consideravelmente sobre o desenvolvimento industrial e comercial do país...⁴⁴

Os correios, diferentemente das ferrovias, constituem o campo do “monopólio”. São eles “serviços públicos monopolizados”, como se verá em seguida.

Aos estados, incumbiam as mesmas tarefas federais (correios, ferrovias e transportes), no âmbito mais restrito de seus territórios.⁴⁵

É nos municípios que o tema assume uma complexidade que levará ao desenvolvimento de uma verdadeira teoria jurídica dos “monopólios” no di-

monopólios fiscais, cf. adiante). Paradigmática destas oscilações é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Inicialmente, entendeu o STF que tal atividade configurava, sim, serviço público, por ter sido tornada atividade da União, do que dava mostras a concessão do exercício do jogo a privados que estariam, por isso, protegidos pelo art. 10 da Carta (Acórdãos de 6/3/1897 e 13/1/1900). Neste caso, o Tribunal operou com um critério formal.

Mais tarde, no Acórdão de 15 de janeiro de 1902, desqualificou o traço formal existente (também uma concessão), em favor de um critério material; eis que afirmou *inexistente* qualquer interesse público “primário” na atividade, que servia apenas para interesses públicos “secundários” do Estado: “sendo as loterias, entre nós, toleradas tão somente para os fins autorizados pelo art. 2º, § 4º da Lei n. 1.099 de 18 de setembro de 1860, constituindo, fora daí, contravenção [...] elas não podem, em face do nosso direito, ser erigidas em serviços públicos, e, como *meras concessões* a particulares, nada obsta ou pode obstar a que sejam tributadas, tanto pela União quanto pelos Estados, na conformidade do art. 12 da Constituição federal”. Ver tb. BARBOSA, op. cit., t. I, p. 331 e segs.

Pontes de Miranda se insurgirá contra isso de forma veemente, quando da análise da Constituição de 1934, cf. adiante.

⁴⁴ CASTRO, op. cit., p. 227.

⁴⁵ No plano estadual: correios; navegação: LEAL, op. cit., p. 182.

reito brasileiro. Por esse período, as dimensões ainda acanhadas das atividades que mais tarde chamarão a atenção de outras esferas públicas desenvolvem-se na área restrita da comuna.

De um modo geral, entendia-se amplamente a possibilidade de atuação dos municípios na economia, sobre a base do “serviço público” (econômico). Poderia tal atuação dar-se em paralelo aos privados, por motivos variados; poderia assumir a forma de delegação, atuação direta em caráter de exclusividade, e até mesmo o estabelecimento de um ambiente de livre concorrência entre estabelecimentos municipais e estabelecimentos privados. Alcides Cruz expressa-se nestes termos amplos e indeterminados, mas entende que, em linha geral, a intervenção não deveria ir a extremos:

O grande desenvolvimento da vida urbana, na Europa como na América do Norte, deu origem a numerosos problemas de difícil e, entretanto, de urgente resolução. Tem-se, então, outorgado às municipalidades a exploração e o exercício direto de vários serviços públicos tais como: iluminação pública, transportes urbanos por meio de carris, padaria, abastecimento d’água, fabricação e venda de gelo etc. [...]. Esta nova orientação, que vai assumindo a expansão da atividade municipal, recebeu o nome de *municipalização dos serviços públicos*.

[...]

Os serviços suscetíveis de exploração municipal, de caráter industrial (de telefone, farmácia, banhos, gelo etc.) não permitem a ilação de que a sua municipalização constitui monopólio, mas a de que no regime da livre concorrência, o município pode produzir e fornecer pelo custo um produto puro e isento de falsificação, em se tratando de gêneros alimentícios, impedindo, então, o monopólio dos produtores particulares, cuja consequência imediata é a elevação de preço.⁴⁶

⁴⁶ CRUZ, op. cit., p. 131 e 132.

Atualmente, estamos habituados a pensar na “regulação” de atividades econômicas por meio da edição de regras que limitam a ação de agentes privados. Alcides Cruz, escrevendo no âmbito da Constituição de 1891, explicava que essa regulação poderia ocorrer também por meio de *atuação direta do Estado no âmbito econômico*. Se a livre concorrência entre particulares poderia levar à formação de cartéis, provocando elevação de preços e/ou redução da qualidade dos produtos oferecidos à população, caberia ao município *ingressar na arena econômica* como um agente “de confiança” do público — oferecendo produtos de qualidade e impedindo, por sua presença no mercado, a cartelização (pois qualquer tentativa de elevação arbitrária de preços e/ou de redução de qualidade redundaria imediatamente em uma ampliação da fatia de mercado do estabelecimento comercial municipal). Esse tipo de regulação só era possível porque a categoria do “servi-

Mas admitia-se mais do que isso, como se verá logo adiante.

Em síntese: serviço público (econômico) é a atividade que, por sua relevância social, é considerada tarefa do Estado, a ser desempenhada, porém, sobretudo por meio de agentes privados devidamente titulados.

Em certos casos (i.e., considerando-se certas circunstâncias adicionais caracterizadoras da atividade), admite-se uma ainda maior ingerência estatal no âmbito destas atividades socialmente relevantes. É o que se passa a ver.

2.2.3. Os serviços públicos monopolizados

A) “MONOPÓLIOS FISCAIS”

A reserva, pelo Estado, de determinadas atividades econômicas, para que sejam realizadas por ele, Estado, diretamente, ou por ele confiadas, discricionariamente, a privados é bastante antiga. Ela faz parte do arsenal de medidas de que dispunham as *monarquias patrimonialistas* para incrementar tanto seu controle social quanto — e principalmente — suas *rendas*.

Diferentemente da justificativa moderna para a ação econômica estatal direta — fundada genericamente no que hoje chamaríamos de “interesse público primário” —, esta mais antiga ação pública — exercício de prerrogativas reais (as *regalia minora*⁴⁷) — estribava-se, sobretudo, em conveniências fiscais

ço público” não estava necessariamente associada ao “monopólio” das atividades que estavam nela compreendidas.

⁴⁷ As “regalias menores” são recursos provenientes da propriedade permanente de certos bens produtivos, garantidores, de modo estável, de renda (salinas, minas, florestas, portos etc.). O texto básico, que posteriormente influenciou as Ordenações do Reino (Ordenação Afonsina, 2, 24), é *Libri Feudorum* 2, 56: “Quae sint regalia: potius ad fiscale ius, et proventus, quam ad ipsam supremam auctoritatem et dignitatem spectant”. Nas Ordenações Filipinas, lê-se no Livro II, Tit. XXVIII — Dos Direitos Reais que aos Reis pertence de haver em seus Reinos, por direito comum. “[...] 3. E disseram as Leis Imperiais que Direito Real é o almirantado, que significa autoridade para criar Almirante no mar e Capitão na terra em tempo de guerra, para haver de reger e governar a hoste em nome d’El Rei. 4. Item, dar lugar a se fazerem armas de jogo, ou de sanha entre os requestados e ter campo entre eles. 5. Item, entradas e ruas públicas antigamente usadas e os rios navegantes e aqueles de que se fazem os navegantes, se são cabedais, que correm continuamente o tempo todo, para que o uso assim das estradas e ruas públicas como dos rios seja igualmente comum a toda a gente, e qualquer outra coisa animada, ficando sempre a propriedade deles no Patrimônio Fiscal. 6. Item, os portos de mar, onde os navios costumam ancorar; e as rendas e direitos que desde antigamente se acostumaram a pagar as mercadorias que a eles são trazidas. 7. Item, as ilhas ou ínsulas adjacentes ao Reino, a que são mais chegadas. 8. Item, os direitos que se pagam pelos passageiros, atravessando os rios cabedais de uma parte para outra. [...] 10. Item, autoridade para fazer moeda. [...] 21. Item, geralmente todo o encargo assim real como pessoal, ou misto, que seja imposto por Lei ou por Costume longamente aprovado. 22. Item, direito real é

– “interesse público secundário” — e era vista como uma alternativa à tributação direta. Praticados intensamente na Europa do Antigo Regime, vicejaram também no Brasil colonial os chamados “monopólios fiscais”: pau-brasil, tabaco, sal, fósforos, álcool, pesca de baleias, ouro etc.

Do ponto de vista formal, a configuração destes “monopólios” era semelhante àquela dos posteriores “serviços públicos”: *publicatio* da atividade e possibilidade de escolha entre exercício direto da competência ou delegação a privados, mediante remuneração do titular (Estado) pelo contratado (privado).

Com o fim do *ancien régime* e das concepções econômicas que lhe serviam de base, uma tal manifestação estatal caiu em descrédito e mesmo foi veementemente condenada.

Nada obstante alguns autores ainda tenham admitido a possibilidade de “monopólios fiscais”,⁴⁸ a grande maioria da doutrina republicana repudiava a hipótese, em base a justificativas que combinavam — em linguagem de hoje — a preponderância do princípio da livre-iniciativa em desfavor da busca, pelo Estado, do seu interesse público secundário. Opinião generalizada entendia que o Estado, se empresário, não deveria buscar *renda*⁴⁹ — mas a satis-

poder o Príncipe tomar os carros, bestas e navios, assim grandes como pequenos dos seus súditos e naturais, cada vez que lhe fizerem mister para seu serviço; e por semelhante guisa, lhe são teúdidos e obrigados a lhe fazer pontes para passar e levar suas coisas de uma parte para a outra, em todo o tempo que lhe seja compridoiro. [...] 24. Item, lançar pedidos e pôr imposições no tempo da guerra ou de qualquer outra necessidade que é tanto lícita que o Rei o deve fazer com acordo do seu Conselho por serviço de Deus e bem do seu Reino, ou conservação de seu Estado. [...] 26. Item, Direito Real é argentaria [...] 28. Item, as rendas de pescaria [...] 29. Item, os bens daqueles que cometem crime de lesa-majestade ou heresia. [...]”

Quem quer que leia hoje despreocupadamente o art. 21 da Constituição, com seu rol muito heterogêneo de competências da União em face dos estados, municípios e (mesmo) agentes privados, não se apercebe nem da carga histórica que carrega nem de sua filiação conceitual ancestral. Instrumento de partição de competências para o poder central, no seio do Estado Federal, deve muito aos esforços feitos pela tradição jurídica para garantir um espaço de autonomia do monarca em face dos poderes territoriais/regionais (senhores feudais), de um lado, e dos poderes universais (Igreja e Império), de outro.

⁴⁸ Viveiros de Castro, falando dos monopólios estabelecidos pelo Estado, entendia que se justificavam “ora sob o ponto de vista da segurança pública, ora, como é mais frequente, no interesse puramente fiscal”. CASTRO, op. cit., p. 212. Também, Rodrigo Octávio e Paulo Vianna, falando das atividades industriais, admitiam tal possibilidade (OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo. *Elementos de direito público e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Briguet Editores, 1927. p. 284).

⁴⁹ Assim, por exemplo, Viveiros de Castro em um contexto mais geral do que o do monopólio: “A questão de saber se um Estado deve ou não manter uma empresa, não pode ser encarada sob o estreito ponto de vista mercantil, nem resolvida pelo simples balanço de receita e despesa. Nesse exame deve preponderar a consideração dos altos interesses sociais, que nem sempre podem ficar à mercê da iniciativa individual.

Seja qual for o resultado pecuniário de uma empresa industrial do Estado, deve ser considerada produtiva quando satisfaz uma necessidade coletiva de melhor forma do que poderia ser feito pelos particulares”. CASTRO, Viveiros de. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*,

fação de interesses públicos (muito embora pudesse empregar procedimentos do direito privado)⁵⁰ — nem engajar-se em atividades *desnecessárias*:

A maioria dos países da Europa, inclusive as repúblicas da França e Suíça exploram, com o intuito de auferir renda para o erário, monopólios ou *régies*, de preparo, importação ou venda em grosso de fumo, fósforos, álcool etc. Os publicistas justificam um tal processo, com afirmar que também o imposto é uma restrição à amplitude do direito de propriedade, com objetivo social; o monopólio referido é verdadeiro imposto indireto, fonte de rédito; o Estado tem o direito amplo de deliberar como o imposto há de ser cobrado — se em forma de tributo ou de monopólio. O interesse das pessoas é menos importante e respeitável que o da sociedade, e este exige que, em vez de aumentar os ônus fiscais diretos, se tirem proveito da retificação ou venda de álcool e do tráfico de outras coisas *desnecessárias*.

[...]

O sistema brasileiro, vazado em moldes norte-americanos, é mais individualista que os europeus. [...] Todas as veredas do tráfico não são abertas aos indivíduos. Não pode o Governo excluí-los de nenhuma. Admitem-se as restrições como medidas do Poder de Polícia [...]. Não pode o Governo ser competidor dos cidadãos, nem tomar a si qualquer ocupação ordinariamente exercida até agora pelos indivíduos [...].⁵¹

Por conta disso, o “monopólio” acabou sendo aproximado do genérico “interesse público primário”:⁵²

Em geral, o patrimônio da coletividade abrange: [...]

Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Bastos, 1914. p. 230.

⁵⁰ Era opinião compartilhada por muitos aquela segundo a qual a utilidade produzida pelo monopólio — assim como ocorria com aquela dos serviços públicos concedidos — poderia fazer uso de regras de direito privado. Por todos, CRUZ, op. cit., p. 224 e segs.

⁵¹ MAXIMILIANO, op. cit., p. 807 (grifo nosso).

⁵² Desconsideram-se aqui outras acepções em que o termo “monopólio” foi usado por nossos autores. Assim, por exemplo, Agenor de Roure fala de monopólio da navegação de cabotagem, para referir a reserva, feita pela Carta de 1891 deste tipo de navegação, a brasileiros (ROURE, Agenor de. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. V. II, p. 633). Rui Barbosa também fala da proteção dos inventos como um monopólio constitucional (BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 17).

e) os monopólios, naturais ou artificiais, necessários à normalidade e ao desenvolvimento da vida nacional, tais como: estradas, canais, moeda, justiça, higiene, telégrafos e correios, instrução e educação, obras contra os efeitos desastrosos das secas e das inundações periódicas etc.⁵³

Este sentido amplíssimo de monopólio, que o relaciona a quaisquer exigências atinentes à “normalidade e desenvolvimento da vida nacional”, não era ainda, porém, o usual. Mais propriamente, falava-se de monopólios — em dois sentidos diversos, cf. adiante — no âmbito dos *serviços públicos econômicos*.

B) “MONOPÓLIOS ORGÂNICOS”

Em um primeiro sentido, ele indicava um algo a mais em relação àquilo que acima se qualificou de critério orgânico *fraco*. “Monopólio”, aqui, envolve não apenas a imputação de competência sobre um inteiro segmento da atividade econômica, mas também a atribuição do *dever de seu exercício exclusivo e direto pelo Estado*, ou seja, um “critério orgânico forte”.

O caso típico, na esfera federal, foi o dos correios. Nesse serviço público, o Estado atua *sozinho*.

A hipótese é de interesse não apenas porque apresenta o *sentido forte* de monopólio, mas também porque explicita o entendimento da doutrina acerca da possibilidade jurídica de instituição de tal intensa intervenção estatal *sem a respectiva previsão constitucional expressa*.

Com efeito, a Carta de 1891 não possuía nem um dispositivo específico prevendo o monopólio postal, nem um genérico, para atividades econômicas, como será o caso a partir de 1934. Os arts. 7º, n. 4, e 34, n. 15 limitavam-se a fixar a competência da União para cobrar e arrecadar taxas dos serviços postais e telegráficos federais, e para legislar sobre os serviços federais de correios e telégrafos (respectivamente), *sem* estabelecer a impossibilidade de atuação privada paralela. Por isso, a legislação infraconstitucional sobre telégrafos não instituiu a reserva de execução da atividade, enquanto que aquela dos correios o fez (Decreto 14.772, de 1921, em seu art. 2º). Entendia-se, pois, que o monopólio postal era uma decisão do legislador ordinário, por questões de

⁵³ REIS, *Direito administrativo*, op. cit., p. 285.

conveniência e utilidade pública: “Em direito público e constitucional não se deve ver na competência privativa de legislar sobre correios e telégrafos um monopólio forçado desses serviços, para o Estado. Esse poder de legislar é elástico até o monopólio, mas não o implica”.⁵⁴

Efetivamente, os autores se esforçavam por encontrar justificativas para a exclusividade da atuação estatal aí. Carlos Maximiliano entendia-a necessária por ser mais eficaz para esta indústria o método de ação tipicamente estatal, de tipo burocrático.⁵⁵ Aristides Milton, admitindo a execução deficitária,⁵⁶ reputava-o necessário para garantir “superiores interesses públicos”, e João Barbalho endossava o monopólio porque “é de interesse público prover à presteza e segurança das comunicações e à generalização e privacidade do serviço, o que não seria possível se fosse confiado à iniciativa privada”.⁵⁷ Aurelino Leal justificava-o por questões ligadas ao desenvolvimento do comércio e segurança das transações comerciais.⁵⁸ Viveiros de Castro encontra a justificativa na satisfação de exigências típicas do serviço público, a continuidade, universalização e modicidade:

O monopólio do Estado, estabelecido, aliás, em todas as nações civilizadas, apresenta uma dupla vantagem: garante a continuação do serviço, por mais improdutiva que seja a linha, ficando assim salvaguardados os interesses das pequenas povoações; e torna possível a aplicação de uma taxa única muito módica, sem atenção às distâncias, não havendo, portanto, necessidade de um cálculo especial para cada correspondência, o que produz notável economia de tempo e de pessoal.⁵⁹

⁵⁴ LEAL, *op. cit.*, p. 637.

⁵⁵ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 233-234: “O serviço postal constitui em toda parte, e com aplauso geral dos economistas, um monopólio do Estado; por sua natureza converte em vantagens comprovadas as qualidades e os defeitos comuns das empresas oficiais; simplicidade, método rotineiro, ausência de risco e a maior eficiência de uma organização singular. Assegura-se por esse processo centralizador o sigilo da correspondência, a sua regularidade, rapidez e universalidade”.

⁵⁶ “O correio, no entanto, não é serviço criado propriamente para dar uma renda. Os economistas ensinam que ele representa antes uma indústria explorada pelos governos, e cuja receita só pode dar saldo depois que a instrução estiver disseminada por todas as camadas sociais...” MILTON, Aristides. *A Constituição do Brasil*: notícia história, texto e comentário. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 58.

Em sentido semelhante, LEAL, *op. cit.*, p. 637.

⁵⁷ BARBALHO, *op. cit.*, p. 152; LEAL, *op. cit.*, p. 636.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 637.

⁵⁹ CASTRO, *Tratado*, *op. cit.*, p. 222.

Outros casos são semelhantes aos dos correios: são os do serviço telefônico e radiotelefônico, também impostos pela respectiva legislação setorial.⁶⁰

“Monopólio”, aqui, indica que o serviço público — competência pública — é realizado pelo Estado e somente por ele. Contrapõe-se não apenas à *livre-iniciativa*, mas, ainda mais, à *iniciativa privada*.

O caso dos telégrafos, por oposição aos correios, reforça este sentido forte do monopólio: depois de salientar que se tratava, aqui também, de “serviços públicos”, Viveiros de Castro esclarece:

No Brasil, o serviço telegráfico não está monopolizado; o Estado cuida do interesse público desenvolvendo, tanto quanto possível, as suas linhas e estabelecendo taxas muito módicas, que facilitem o emprego do mais rápido meio de comunicação. [...] Os particulares podem construir as suas linhas, e a Repartição Geral dos Telégrafos incumbe-se da direção dos trabalhos, mediante as condições estabelecidas no respectivo regulamento.⁶¹

Esta hipótese de monopólio envolve diferentes interesses públicos, mas não se justifica em base a uma dificuldade intrínseca qualquer para desenvolver-se em regime concorrencial.

c) “MONOPÓLIOS NECESSÁRIOS” OU “NATURAIS”

Outro sentido o termo assumia, sobretudo, no plano das atividades econômicas municipais.

Aqui as considerações genéricas relativas ao interesse público encontram-se com específicas características empíricas de certas indústrias, relativas à dificuldade ou impossibilidade fática de sua realização por uma plêiade indeterminada de agentes (monopólio no sentido econômico). Genericamente, são os “monopólios necessários”; variados motivos imporiam a presença de

⁶⁰ LEAL, *op. cit.*, p. 638. Viveiros de Castro identifica os seguintes: “Entre nós a União monopoliza: a) a fabricação da moeda nacional; b) a fabricação da pólvora (Decreto de 13 de maio de 1808); c) a correspondência postal, internacional ou interestadual; d) a impressão das leis, decretos e mais atos dos Poderes Legislativo e Executivo da Nação; e) a concessão das penas d’água na Capital Federal”. CASTRO, *Tratado*, *op. cit.*, p. 212.

⁶¹ CASTRO, *Tratado*, *op. cit.*, p. 223.

apenas um sujeito executando materialmente a tarefa. Rui Barbosa apresenta um espectro amplo dos candidatos possíveis em base à “necessidade”:

Os princípios constitucionais que asseguram a liberdade em matéria de indústria e trabalho não envolvem condenação do monopólio, quando o impuserem as condições naturais de especialidade, ou as altas exigências do interesse social.

[...]

Temos, assim, monopólios justificados primeiramente pela razão da impossibilidade material na concorrência. Temos, depois, os monopólios estribados nas razões administrativas de polícia: moralidade, salubridade, ordem. Temos, em terceiro lugar, os monopólios de base econômica, ou porque se trate de serviços obrigados a enormes capitais, que a concorrência afugentaria, ou porque seja a hipótese de cometimentos em relação aos quais maior vantagem derive o público da sua concentração privilegiada numa só empresa que da sua dispersão entre muitas.⁶²

É certo que alguns casos abrigados nestas genéricas necessidades não se deixariam mais qualificar como monopólios “por necessidade”. Em todo caso, nesta categoria interessa mais de perto um tipo específico, de valor ainda atual. Trata-se de “monopólios” impostos (i.e., *jurídicos*), por *características econômicas* da atividade, que a tornam inapta para execução em regime concorrencial.

Como dito, o discurso jurídico do interesse público encontra aqui a teoria econômica e desse encontro resulta uma alteração no conceito de monopólio: num sentido mais fraco do que o anterior, “monopólio” poderá significar, também, *a atividade que, relevante para a coletividade, apresenta características de monopólio natural* (econômico), e que, por tais motivos, é considerada uma *competência pública privativa*, mais precisamente, um *serviço público econômico*, o qual pode ser executado direta e exclusivamente pelo Estado ou por um (e somente um) privado, mediante delegação.

⁶² BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 16. Páginas antes fora ainda mais permissivo, admitindo monopólios (“naturais”, “necessários” ou “inevitáveis”) “pela força das coisas, pelo império das exigências policiais ou das leis econômicas” (v. VI, p. 12).

No sentido *jurídico*, fala-se aqui também de monopólio, para indicar a mera *publicatio* (possivelmente, a justificativa ou sugestão para chamar de “monopólio” a simples *publicatio* encontra-se na configuração econômica, monopolista, da atividade). Se delegado o exercício deste serviço público (monopólio jurídico = *publicatio*) que é monopólio econômico, fala-se em **concessão de serviço público ou de privilégio** (de atuar sozinho).⁶³

De início, parte-se de uma dificuldade econômica que *impede* a atuação de vários agentes ofertantes. Rui Barbosa, compreensivelmente, vai buscar a caracterização desta dificuldade na doutrina norte-americana dos *natural monopolies*,⁶⁴ para depois afirmar:

Irracional seria considerar adscritas à norma da concorrência, isto é, da liberdade industrial, matérias que, pela natureza das coisas, a repelem. A Constituição não podia querer implantar o regime da indústria livre num domínio onde a livre indústria é materialmente irrealizável. Aí o monopólio é legítimo porque é necessário. A consequência — de levar-se ao extremo o princípio da livre concorrência — transcende os limites do insensato.⁶⁵

Até aqui está-se descrevendo um estado de coisas que é o *monopólio em sentido econômico*: impossibilidade de pluralidade de agentes ofertantes, sejam quais forem eles e independentemente de qualquer norma jurídica.

Fossem tais atividades de pequena importância, o problema que possuem seria tratado no plano da concorrência. Ocorre, porém, que entraram aí também considerações de cunho jurídico, relativas ao “interesse público” e à “relevância social” da atividade. Esses fatores tornariam insuportável a constituição de monopólios privados, livres de qualquer limitação, em torno de determinadas atividades.

Por este período, no direito americano as atividades naturalmente monopolistas de grande relevância social, qualificadas de *public utilities*, atraíam uma especial regulação e fiscalização estatais. O poder de polícia tonificado de que se falou traduzia-se na *regulation of public utilities*. O direito americano, menos propenso a qualificações dogmáticas e à intervenção estatal, chamava de *monopolies* tais atividades em função única e exclusivamente de sua carac-

⁶³ Assim o Supremo Tribunal Federal, na Ap. Cível nº 1.049, de 16 de junho de 1906.

⁶⁴ Richard T. Ely, apud BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 13.

⁶⁵ BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 20.

terística econômica (monopólio natural): os monopólios econômicos (socialmente relevantes e, em sua esmagadora maioria, de agentes privados) são submetidos à regulação estatal. Consistiam na mais importante espécie do gênero das public utilities.⁶⁶

⁶⁶ Na verdade, o problema de identificação do gênero é mais rico do que o texto faz crer e ultrapassa o conceito estrito de monopólio natural. Resumidamente, a discussão envolvia a presença, em variadas combinações, das seguintes características: (i) existência de monopólio, de fato ou de direito; (ii) existência de um ato de vontade do proprietário/empresário de devotar a propriedade privada ao uso do público; (iii) elevada importância econômica ou social da atividade; (iv) existência de alguma delegação de específico poder público, tal como o poder de desapropriar, de valer-se de terrenos públicos etc.

Bruce Wyman, oferece uma análise da questão ao mesmo tempo padrão e detalhada. Para ele, o traço distintivo da *public utility* vem resumido no que chama de public calling. E o public calling é estabelecido a partir de dois elementos: a) a importância da atividade e b) a insuficiência da competição para regulá-la.

A preocupação maior concentrava-se no segundo elemento: inadequação da competição para garantir o acesso universal e igualitário, serviço adequado e preços razoáveis. Trata-se de situação que, no limite, constitui-se como monopólio, por qualquer motivo. Sempre que o público estiver dependente de um prestador que não se encontra submetido à competição em sua atividade, aí há de se ver espaço para a *regulation* que deverá fazer as vezes de mercado (o ponto foi exaustivamente tratado na doutrina e jurisprudência: “*The demand is for freer trade where competition prevails and stricter regulation where monopoly is found*” (WYMAN, op. cit., p. ix); “*The basic justification for rigid public regulation of municipal public service corporations is that they are essentially natural monopolies, and hence subject to no other regulative force.*” (LYNDON, Clyde. *The regulation of municipal utilities*. New York: D. Appleton, 1912. p. 10).

Entre os corolários dessa concepção que vê no aspecto econômico a maior justificação para a *regulation* está aquele que assevera que a existência de favores legais, tais como *exclusive franchise*, *right of eminent domain*, empréstimos públicos etc., não é a causa da natureza diversificada da atividade, mas consequência dessa característica (BAUER, John. *Effective regulation of public utilities*. New York: The Macmillan Company, 1925. p. 5: “*The correct line of causation is not that the special rights rendered the street railways and other concerns public utilities, but rather that the extraordinary privileges could not be granted to corporations other than public utilities. Consequently, the argument is, wherever the condition of monopoly obtains, a special public interest is created, justifying regulation to provide the protection that is otherwise afforded the public under competition.*”).

Outras opiniões, entretanto, invertem o condicional: se e somente se há favores públicos outorgados pelo Estado, a atividade será considerada própria para a *regulation*.

Esta é, por exemplo, a opinião dos Justices Strong e Field, que apresentaram voto dissidente em *Munn vs. Illinois* (no mesmo sentido, MUNRO, William Bennet. *Municipal government and administration*. New York: The Macmillan Company, 1930. p. 398). Para estes Justices, a tese de que bastaria, para caracterizar uma atividade como *vested with a public interest*, um elemento de fato (importância social ou existência do que se poderia chamar atenciosamente de “posição dominante”) deve ser terminantemente rejeitada, pois ela terminaria por colocar toda e qualquer propriedade que possua alguma projeção externa à mercê da legislação, frustrando as garantias constitucionais da livre fruição da propriedade (esses juizes elaboram, na verdade, uma *reductio ad absurdum* da tese vencedora). Contra a doutrina majoritária, Field sustenta que apenas aquela propriedade que possui algum privilégio outorgado pelo Estado pode sofrer restrições especiais, além do normal poder de polícia: “*If this be sound law*” — refere-se ele à tese vencedora do Justice Waite no caso em comento — “*if there be no protection, either in the principles upon which our republican government is founded, or in the prohibitions of the Constitution against such invasion of private rights, all property and all business in the State are held at the mercy of a majority of its legislature. The public has no greater interest in the use of buildings for the storage of*

Nossa resposta foi diversa: estas mesmas características serviram de base para a qualificação da atividade como *serviço público econômico* (municipal). **O interesse público que uma atividade monopolista (no sentido econômico) suscita, torna-a uma competência pública.** Em outras palavras, o monopólio em sentido econômico faz com que a atividade se torne um monopólio em (pelo menos) um sentido jurídico fraco (*publicatio*).

Como já referido, esta operação era qualificada como “monopólio”, em sentido jurídico, *sem que, porém, se tomasse qualquer decisão acerca da forma de execução da competência*. Rui Barbosa, citando Gascón Marin, esclarecia:

*Los servicios que constituyen monopolio de hecho pueden ser satisfechos ó por concessión a empresa ó municipalizandolos, ó por el sistema intermedio, municipalizando el establecimiento del servicio, su implantación y encargando a un concesionario de su funcionamiento.*⁶⁷

*grain than it has in the use of buildings for the residences of families, nor, indeed, any thing like so great an interest; and, according to the doctrine announced the legislature may fix the rent of all tenements used for residences, without reference to the cost of their erection. If the owner does not like the rates prescribed, he may cease renting his houses. He has granted to the public, says the court, an interest in the use of the buildings, and 'he may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.' The public is interested in the manufacture of cotton, woollen, and silken fabrics, in the construction of machinery, in the printing and publication of books and periodicals, and in the making of utensils of every variety, useful and ornamental; indeed, there is hardly an enterprise or business engaging the attention and labor of any considerable portion of the community, in which the public has not an interest in the sense in which that term is used by the court in its opinion; and the doctrine which allows the legislature to interfere with and regulate the charges which the owners of property thus employed shall make for its use, that is, the rates at which all these different kinds of business shall be carried on, has never before been asserted, so far as I am aware, by any judicial tribunal in the United States.” E conclui: “No prerogative or privilege of the crown to establish warehouses was ever asserted at the common law. The business of a warehouseman was, at common law, a private business, and is so in its nature. It has no special privileges connected with it, nor did the law ever extend to it any greater protection than it extended to all other private business. No reason can be assigned to justify legislation interfering with the legitimate profits of that business, that would not equally justify an intermeddling with the business of every man in the community, so soon, at least, as his business became generally useful”. O mesmo argumento é repetido pelo Justice Field em seu voto dissidente nos *Slaughter cases*.*

Em geral, porém, a existência de favores públicos para o empresário era apenas um indício de que a atividade era de natureza especial (a esse respeito, convém salientar que o direito norte-americano não distingue um tipo especial de favor-poder público que fosse essencialmente diferente de medidas meramente facilitadoras da atividade, também concedidas pelo Estado. Por esta razão entravam em linha de consideração, indiferentemente, desde simples financiamentos favorecidos, favores fiscais, até a outorga do poder de desapropriação e de exclusividade no uso do solo etc.). Uma eventual declaração normativa de que a atividade era “de utilidade pública” seria outro elemento de persuasão.

⁶⁷ BARBOSA, op. cit., v. VI, p. 14.

“Monopólio delegável”, para este sentido fraco de monopólio, não é qualquer *contradictio in terminis*. Vai-se do sentido econômico para o sentido jurídico de vinculação orgânica “fraca” (a atividade economicamente monopolista se torna competência pública, portanto, de “um só”, o Estado). Daí se poderá ir um sentido jurídico “forte”, de atividade economicamente monopolista que se torna competência pública **e de execução pública**.

Resumindo: “monopólio”, em nossa primeira doutrina republicana, pode significar (deixando de lado acepções demasiado amplas) três coisas, duas das quais relacionadas com o “interesse público” e com os *serviços públicos econômicos*:

- Sentido (puramente) econômico: *atividade que se constitui em monopólio natural*.
- Sentido jurídico fraco: *serviço público econômico (publicatio)*
 - Em particular: *serviço público econômico que apresenta características de monopólio natural, realizado direta e exclusivamente pelo Estado ou concedido a apenas um agente privado (“vinculação orgânica fraca”, que indica apenas a qualidade de competência pública da atividade, somada à constatação de que o seu regime ideal de execução não é compatível com um ambiente de livre concorrência).*
- Sentido jurídico forte: *serviço público econômico realizado exclusivamente pelo Estado, independentemente de suas configurações econômicas (“vinculação orgânica forte” que indica um acréscimo à mera imputação de competência: sua execução indelegável).*

Esta é a rica herança que a República Velha deixou para a Revolução de Outubro.

3. A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 é exemplar em vários aspectos e firmou o que se poderia qualificar de uma *tradição constitucional* em matéria de disciplina das atividades econômicas.

A partir dela todas as nossas Constituições (inclusive a atual) distribuíram as normas de cunho diretamente econômico em dois grandes *loci*: (i) a divisão federativa de competências (herança da Constituição americana de 1787, recepcionada na Constituição de 1891, e que não foi removida) e (ii) o

novo espaço específico por ela criado, a Ordem Econômica (herança da Constituição alemã de Weimar de 1919).

Foi sobretudo neste segundo lugar que se realizou o ideal já propugnado por Pontes de Miranda, no ocaso da República Velha:

A tentativa — por parte de quase todos os Estados — de submeter as novas formas econômicas, os grupos proletários ao direito do Estado não reestruturado, do *Estado antigo que persiste*, necessariamente é vã. Esforço inútil. Todos os pequenos resultados serão provisórios e inconsistentes. O propósito de subjugar a matéria nova à velha forma, de prender a nova vida em *normas estranhas* a ela, extraídas por entidade distinta, agrava o dualismo entre sociedade e Estado, entre classes trabalhadoras e organização estatal. Todo programa de solução do problema social mediante leis ordinárias, leis de direito privado, nenhuma probabilidade pode ter de êxito. Só no terreno do direito público, do *direito constitucional*, é que poderá plantear-se.⁶⁸

Com a Carta de 1934 se estabelece não só a almejada constitucionalização da vida econômica, mas o conjunto normativo básico, seguido (também) ainda hoje: um ou mais dispositivos principiológicos que consagram, em intensidade variada, a propriedade privada e a livre-iniciativa, temperando-a com valores ou objetivos públicos bastante abstratos; outros, também genéricos, mas que reconhecem ao Estado certos poderes de ação neste universo para realizar os temperamentos reconhecidos; e ainda um conjunto de dispositivos relativamente casuísticos, atinentes a atividades sensíveis nos diferentes momentos históricos.

Por fim — e este o ponto que mais interessa aqui —, nesse contexto, a Constituição de 1934 constitucionalizou o discurso sobre serviços públicos e monopólios.

3.1. “Serviço público”

Num plano ainda muito geral, a Carta de 1934 recolheu de 1891 o sentido básico de “serviço” — qual seja, a pertinência estatal como *competência*

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos atuais do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Técnicas, 1932. p. 268-269.

— adjetivando, no mais das vezes, o substantivo com o adjetivo “público”. “Serviço” ou “serviço público” é, primariamente, uma atividade imputada ao poder público como sua; não necessariamente a atividade econômica pública: “Art. 50 — O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos”.⁶⁹

Mas, da mesma forma que a Constituição de 1891, a nova Carta conhece um sentido mais restrito, de competência estatal de cunho econômico. À diferença de 1891, porém, e em consonância com o mudado contexto histórico, ela foi muito mais detalhada do que sua antecessora neste ponto e lançou as bases constitucionais (sempre ela...) do serviço público de cunho econômico em nosso direito.

Neste plano mais específico, a Constituição de 1934, além de manter o sentido originário e básico de “serviço”, que vinha da Constituição de 1891, agregou alguns elementos novos,⁷⁰ relativos ao *regime jurídico* destas atividades. Este regime, por sua vez, aponta para uma característica empírica importante das atividades econômicas que podem se qualificar como “serviços públicos” (infra).

O primeiro aspecto que impressiona na leitura da Constituição de 1934 é a constante presença da **possibilidade de delegação do exercício do “serviço público”** (econômico). E se trata de ponto fundamental que muito explica sobre o modo como a Constituição regulou estas atividades públicas.⁷¹

Com exceção da hipótese do serviço dos correios, que, muito compreensivelmente não a menciona,⁷² a previsão de delegação encontra-se não apenas para os serviços expressamente previstos na Constituição.⁷³ A forma como

⁶⁹ Com o mesmo sentido: arts. 13, inc. III; 16, § 1º; 106, b; 170, n. 4; 79, n. 1.

⁷⁰ Novos constitucionalmente, pois, como se viu, a doutrina já de há muito trabalhava com as delegações, sistemas de remuneração e outros traços constitucionalizados em 1934.

⁷¹ É importante que reste claro, já no momento em que se introduz esta nota característica do regime dos serviços públicos econômicos, que se está a afirmar a **possibilidade de delegação**, não sua **necessidade**. Em outras palavras, as variadas Constituições brasileiras sempre trabalharam com a “delegabilidade” dos serviços públicos econômicos, como um traço característico seu. Se tal possibilidade se transformará em realidade, é questão afeita ao legislador ordinário.

⁷² “Art. 5º — Compete privativamente à União: [...] VII — manter o serviço de correios; [...]” A falta de previsão sugere mas não implica, necessariamente, a indelegabilidade do exercício da atividade.

⁷³ “Art. 5º — Compete privativamente à União: [...]”

VIII — explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; [...].

tratam do tema diversos textos constitucionais (assim os arts. 17, inc. X; 137; 5º, § 2º; 13, inc. III, entre outros) também manifesta esta tendência num plano mais geral (infra).

Poder-se-ia ir ainda além e avançar a hipótese de que a Constituição, no âmbito dos serviços públicos de cunho econômico, deu mais importância ao regime jurídico dos serviços *delegados* do que ao regime dos serviços econômicos realizados pelo próprio Estado.

Enquanto para a última hipótese há apenas a previsão genérica — sem maiores especificações — de instituição de *taxas* para a remuneração dos serviços federais, estaduais e municipais,⁷⁴ para a primeira hipótese — serviços públicos concedidos — a regulação é bastante mais densa.

Em primeiro lugar avulta a preocupação com a economia destes serviços.

As *tarifas* dos serviços públicos concedidos — a relação “taxa/prestação direta” x “tarifa/concessão” avulta na Constituição de 1934 — receberam uma atenção especial, ao mesmo tempo que uma prática muito comum da época anterior foi expressamente vedada:

Art. 137 — A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

Art. 142 — A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos.

Em segundo lugar, o art. 137, indiretamente, estabelece a *teleologia* destas atividades. O agente privado que executa, por delegação, tarefa pública,⁷⁵ está habilitado a obter uma “justa remuneração” do capital (o interesse privado), que, da perspectiva pública, é *funcionalizada* à vista de certos interesses supraindividuais:⁷⁶ genericamente, o “interesse coletivo”.

§ 4º — As linhas telegráficas das estradas de ferro, destinadas ao serviço do seu tráfego, continuarão a ser utilizadas no serviço público em geral, como subsidiárias da rede telegráfica da União, sujeitas, nessa utilização, às condições estabelecidas em lei ordinária.”

⁷⁴ Arts. 6º, inc. II; 8º, inc. II e 13, inc. V.

⁷⁵ Lembre-se sempre: a nota característica do vínculo orgânico com o Estado é aquela originária e sempre presente no plano dos “serviços públicos”.

⁷⁶ *En passant*, convém notar os termos que indicam a proteção econômica do privado: a Constituição não fala (como falará a Constituição de 1967, em seu art. 167, inc. II) de “equilíbrio econômico

Reconhecidamente, trata-se de promover interesses públicos. Mas nesta sede ele assume coloração específica: “necessidades públicas de *expansão e melhoria* desses serviços” (modernamente, dir-se-ia: *universalização e atualidade*, em atendimento aos direitos dos usuários).

Em terceiro lugar — e muito importante —, estas informações normativas apontam para uma característica empírica da atividade que dará maior nitidez à figura do “serviço público econômico”.

Com efeito, “taxas”, “tarifas” e “necessidades de expansão e melhoria” estão a indicar que a atividade de que se cuida é (i) tendencialmente voltada para o público em geral (e não a um segmento econômico consumidor de insumos industriais, p.ex.); (ii) de modo a oferecer a cada interessado, individualmente, a fruição de uma determinada utilidade apreciável economicamente (daí possibilitar-se a contraprestação por taxas ou tarifas) e passível de ser obtida por meio de uma organização empresarial (daí a possibilidade de delegação do seu exercício a privados). Para resumir: são *atividades prestacionais* oferecidas ao conjunto dos indivíduos (“público em geral”), mas individualmente considerados em sua relação com o agente econômico.⁷⁷

Ainda em relação ao regime jurídico dos serviços públicos delegados, dispunha a Constituição adicionais medidas acauteladoras ou promotoras do que, à época, se entendia por interesse público, agora em sua feição “nacionalista”. Nos termos do art. 136,

as empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão: a) cons-

financeiro do contrato”, expressão que se filia à teoria francesa do contrato de concessão de serviço público, mas de “justa remuneração”, uma tradução de *fair remuneration*, base e princípio da teoria do *rate making* da *regulation* norte-americana.

É certo que a mera presença destes termos nada prova relativamente ao significado que tinham. Em todo caso, são sinais que não devem ser desprezados. Sobre isso, de modo mais detalhado, LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas*: entre a *concession* de serviço público e a *regulation of public utilities*. Porto Alegre: Fabris, 2007. passim.

⁷⁷ Em consonância com as finalidades (públicas) destas *tarefas* (públicas), a Constituição ainda foi além na disciplina jurídica e estabeleceu uma *ordem de preferência* para a delegação, consubstanciada na primazia dos estados para a execução da tarefa federal (em seus territórios) nos termos do § 2º do art. 5º. Muito justificado: trata-se de uma técnica de cooperação federativa para a realização de atividades da União que defende, tanto quanto o Estado-membro, o interesse público. A dimensão regional de alguns serviços recomenda — a título de uma antiga percepção da eficiência administrativa? — a atuação de entes públicos de ação mais localizada: “Art. 5º [...] § 2º — Os Estados terão preferência para a concessão federal, nos seus territórios, de vias férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação.”

tituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.⁷⁸

Enfim, e como decorrência lógica da qualidade de *competência pública* (federal, estadual ou municipal, conforme o caso), estas tarefas, mesmo quando delegadas, estavam isentas de imposições tributárias, em homenagem à ideia de Federação:

Art. 17 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

X — tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão.

Parágrafo único — A proibição constante do nº X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos.

Como se viu, bastante minudente era a Constituição, em tema de regime jurídico dos serviços públicos econômicos delegados. Claro também parece ser o traço a ser buscado para qualificar-se um serviço como *público*: sua pertinência, como *competência*, ao Estado (o critério orgânico “fraco”).

O problema é que a Constituição, para além dos casos em que previa expressamente tal competência (supra), parecia admitir *outros casos possíveis de serviços públicos*. E, para estes, não fez as exigências que fará para o monopólio, entre elas, a necessidade de uma *lei* que expressamente o institua (para os serviços públicos, uma lei que fizesse expresamente a *publicatio*).

Diante dessa falta de rigor da Constituição para com a criação de serviços públicos, nossa doutrina contentou-se em ver a *publicatio* por meio de indícios

⁷⁸ Nos termos do art. 135, também deveriam as empresas concessionárias, em medida protetiva típica do então nascente direito laboral, empregar determinado percentual de trabalhadores brasileiros, em disposição de intervenção interna que, se não atine diretamente ao regime de execução dos serviços, mostra o grau de intervenção que se permitia o Estado, em face de privados que com ele mantinham uma relação jurídica especial (de delegação).

normativos: ainda que não dispusesse a lei (ou a Constituição) expressamente acerca da qualidade de competência pública da atividade, poderia o intérprete extrair do texto a existência do serviço público a partir da *intenção do legislador*. Essa intenção de criar um serviço público manifestar-se-ia por certos *indícios normativos*. Era o modelo francês:

*Cómo se reconocerá que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer a una necesidad de interés general por el procedimiento del servicio público? Imposible dar un criterio único, pues en esto juega un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales no es por sí sola bastante para que se revele con exactitud la voluntad de organizar un servicio público. [...] Los tribunales tienen amplios poderes de apreciación.*⁷⁹

Tais “signos” eram entendidos amplamente. Entre aqueles referidos pela doutrina encontravam-se: a instituição de cargas especiais para os administrados em face da atividade (serviços administrativos, uso de terrenos particulares, enfim, privilégios para o realizador da atividade); retribuição por meio de um preço fixado e revisado pelo poder público; exigência de autorização administrativa para o funcionamento da empresa ou de aprovação dos estatutos pela administração pública; fiscalização administrativa quanto à contabilidade e cumprimento de metas; existência de representantes da administração pública na direção do empreendimento; exigência de aprovação dos atos da empresa, entre outros. Em resumo: “*para saber si existe servicio público propiamente dicho es necesario averiguar si esa ha sido la intención de los gobernantes, y esta voluntad se aprecia no por una característica particular esencial, sino por un conjunto de signos*”.⁸⁰

Esta lacuna permitirá, ainda, a Pontes de Miranda articular uma muito pouco usual teoria sobre a identificação de um serviço público (adiante).

Como quer que seja, a explicação para esta “frouxidão” parece estar em que não havia muito a temer com a (mera) *publicatio*.

Como a própria regulação constitucional sugeria, a qualificação de uma atividade como *serviço público* não afastava necessariamente a atuação empresarial privada (o que ocorria em casos de *monopolização*, cf. adiante). A característica antes mencionada, de uma “tendencial delegabilidade” dos serviços públi-

⁷⁹ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 22.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 292.

cos econômicos, indicava que, sim, o *serviço público* (econômico) configurava uma intervenção estatal certamente intensa — diversa daquela que se poderia considerar “normal” —, mas não radical. Mais regulação, mais fiscalização, legitimação da atuação estatal em “paralelo” aos concessionários, mas não muito mais do que isto, a menos que, em passo ulterior, o serviço público sofresse uma *monopolização*. No plano do (mero) serviço público não se exige lei expressa ou *indenizações* de qualquer sorte. A “encampação conceitual” que operava a “expropriação ideal” não retirava a iniciativa privada desse setor de atividade. Isto poderia se obter para os serviços públicos pela *monopolização*.

3.2. “Monopolização”: uma competência, não uma figura jurídica, que opera dentro e fora do âmbito dos serviços públicos

Logo após enunciar, em seu art. 115, que a “liberdade econômica” é garantida dentro de certos limites,⁸¹ a Constituição de 1934 institui uma competência estatal radical no plano da economia, em favor da União:

Art. 116 — Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112,⁸² nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Este dispositivo — que emprega o termo no *sentido orgânico forte* como logo se verá — deu expressamente⁸³ ao Estado um poder que vai muito além e que está formalmente desconectado da chancela e/ou regulação de atividades que, por questões empíricas, contam apenas com um agente ofertante. Não se afirma (o que faz, em parte, p. ex., o direito norte-americano) que o Estado tem poderes especiais em face dos monopólios (econômicos), mas que o Estado *cria* (apenas segundo o metro do “interesse público” e por via de lei)

⁸¹ “Art. 115 — A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

⁸² Há um erro de referência: o artigo correto é o 112.

⁸³ Viu-se que na República Velha se poderia chegar à “monopolização” a partir da competência legislativa simples.

monopólios. Nos termos do dispositivo, esta medida, a “monopolização”, é uma *operação jurídico-política discricionária* feita, dentro de certos limites bastante vagos, pela União e incidente em um determinado setor da economia.⁸⁴ A competência é efetivamente radical e típica de uma organização estatal severamente intervencionista.

Qual, exatamente, seu conteúdo?

Em primeiro lugar — e isto se mostrará muito importante —, note-se que, diferentemente do que ocorre com a regulação do serviço público, a Constituição não trata, diretamente, de uma *categoria jurídica*, o “monopólio”, mas de uma *ação estatal*, a “monopolização”.

Isso significa que o dispositivo institui uma *competência estatal* e não uma figura específica no âmbito econômico.

O campo de aplicação desta competência não está limitado juridicamente, mas apenas empiricamente: é **o universo (todo) das atividades de produção e circulação de riquezas** (“determinada indústria ou atividade econômica”). Não há qualquer motivo para excluir, *a priori*, sua incidência no campo dos serviços públicos (que, tendencialmente, são explorados por privados, em regime de delegações, como se viu). É bem possível falar — como falava a doutrina da República Velha, cf. supra — em monopolização de serviços públicos. E, de fato, Pontes de Miranda admite a hipótese, no caso de serviços públicos municipais que não tenham sido municipalizados, i.e., tomados (como monopólios!) pelos municípios.⁸⁵

Isto por si só está a indicar que o resultado do exercício da competência de monopolização, o “monopólio”, não é qualificado por um qualquer traço intrínseco seu (tipo e interesse público atendido) ou por sua pertinência a um grupo específico de atividades econômicas (como se diria hoje, as *atividades econômicas* stricto sensu), mas pelo resultado que o exercício da competência realiza: **a exclusividade da atuação estatal** em um qualquer setor econômico (seja ele, virtualmente já do Estado, um serviço público delegado; seja ele uma atividade que nunca antes cultivou maiores relações com o Estado). Em síntese-

⁸⁴ A circunstância de tratar-se de uma competência da União parece indicar que o monopólio incide e alcança um inteiro setor da economia e não apenas uma empresa particular, ou iniciativa econômica específica, caso em que poderia ocorrer (atendendo-se a outros pressupostos), uma específica *desapropriação*, também, por certo, indenizável.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. v. II, p. 216.

se, a providência aí prevista é a “estatização” ou “nacionalização”, praticada tanto em face dos serviços públicos quanto em face de outras atividades.⁸⁶

Também a referência às *indenizações*, aí, não deixa margem de dúvida de que a providência envolve não apenas a mera titularidade da competência (*publicatio* ou monopólio no sentido *fraco*), mas também o *alijamento de qualquer forma de atuação privada* no setor (i.e., mesmo como delegatários). Se eventualmente presentes no setor que será monopolizado, serão dele devidamente afastados e por isso expropriados.⁸⁷

Efetivamente, a Constituição de 1934 recolheu o sentido (orgânico) *forte* de monopólio, já presente nos autores da República Velha.

Esta circunstância, aliada ao fato de que se está a admitir que o Estado **crie** monopólios (i.e., independentemente da configuração de monopólio econômico), é o que explica a severidade na instituição de condições e limites para o exercício desta competência, diferentemente do que ocorre no plano dos serviços públicos.

Quanto a elas, é interessante notar que a Carta de 1934 também aqui fixou o padrão que será utilizado para reger o exercício de competências que dão ao Estado a possibilidade de se tornar empresário: (i) duas exigências formais, uma que envolve a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, qual seja, a necessidade de uma *lei*; (ii) a exigência de que a lei seja “especial”, e que portanto tenha como matéria regradada apenas e tão somente essa monopolização da atividade; e (iii) uma exigência substancial, relacionada com o interesse supra-individual. Ao longo de nossas Constituições este par⁸⁸ foi sempre exigido, variando, apenas, o *tipo* de atuação empresária admitido.⁸⁹

⁸⁶ Pontes de Miranda: “O art. 116 abre margem às socializações e pois às nacionalizações, às *régies*, aos monopólios. A indenização é assegurada nos termos do art. 112, 17; de modo que a extensão das desapropriações ainda mais longe vai do que sob a Constituição de 1891 e sob o Código Civil”. *Ibid.*, v. II, p. 306.

⁸⁷ O artigo 113, n. 17, mencionado pelo art. 116 reza: “Art. 113 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. [...]”

⁸⁸ Há ainda dois limites específicos, quais sejam, a necessidade de respeito à propriedade privada e a impossibilidade de monopolizar os serviços municipais, cf. *infra*.

⁸⁹ É interessante notar dois pontos aqui.

O primeiro: muito variou a forma de expressar o “interesse supra-individual” (termo neutro empregado no texto, por não aparecer em nenhuma de nossas Constituições) que justifica a monopolização: ora foi o “interesse público” (1934 e 1946); ora o “motivo de segurança nacional” ou a necessidade de “organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (1967).

A duas primeiras exigências decorrem muito naturalmente da força da intervenção (em contraste com eventuais direitos e garantias individuais): a identificação de um “monopólio” **há de ser inequívoca — “especial” — e não parece, portanto, poder resultar de meras ilações ou interpretações doutrinárias e jurisprudenciais** obtidas por simples “sinais” legislativos — diferentemente do que poderia ocorrer com a identificação de um (mero) serviço público, pois que tal identificação, em princípio, não alija os privados da atividade, mas submete-os à necessidade de um título e de uma regulação especial (e, é claro, à “ameaça” potencial, da encampação, que, porém, não é muito diferente de uma expropriação em seu resultado prático).

A terceira condição diz respeito ao “interesse público”.

Ao referir genericamente o “interesse público” como justificativa para a instituição dos monopólios, a Carta parece prosseguir na tradição que, repudiando os monopólios fiscais, aproxima o discurso legitimador da monopolização àquele dos serviços públicos, sem que seja possível — pelo menos a partir do texto — postular ou derivar distinções no seio da (grande) classe dos interesses da coletividade. Simplesmente pelo texto do art. 116, não é possível excluir que a *monopolização* (a “estatização”, como refere Pontes de Miranda) não possa incidir em serviços públicos eventualmente explorados por delegação. Nesse caso, seu *quid* específico em relação à encampação seria que opera *em todo o setor*, e não apenas em relação a um específico agente. Em síntese: *prima facie*, não se deixou o campo dos serviços públicos econômicos, muito embora não se possa excluir a possibilidade, em tese, de monopolização de atividades que não eram tidas por serviços públicos.

Por outro lado, *não é condição jurídica* da regularidade do exercício deste poder qualquer característica econômica da atividade, como o ser um monopólio natural ou o apresentar problemas de concorrência; já se disse: cuida-se de uma operação fundada na discricionariedade legislativa relativamente à apreciação do “interesse público” e não de uma determinação constitucional vinculada. Dessa perspectiva, é, do ponto de vista jurídico, perfeitamente pos-

O segundo: estas duas condições (necessidade coletiva e lei), que deviam se fazer presentes para a regularidade jurídica da monopolização, passaram, na Constituição de 1988, a ser exigidas para a mera atuação estatal paralela àquela privada (art. 173), alterando-se, novamente, a expressão da necessidade coletiva: “imperativo de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”. Estes pontos reforçam a ideia defendida no texto de que não é o elemento material que define o monopólio (ainda mais se se pretende em oposição ao serviço público) e sugere ainda que muito varia o que se entende por ação estatal mais incisiva na economia, condicionada por exigências substancialmente semelhantes. Até 1967 (69), tal atuação forte era a monopolização; em 1988, a ação estatal paralela do art. 173.

sível a monopolização de uma atividade econômica passível de organização competitiva. Também não entra em linha de consideração o caráter prestacional (ou não) da atividade. Da perspectiva “material”, tudo o que se exige é que se trate de “indústria ou atividade econômica”.

Mais do que isso, porém, o texto constitucional não informa.

Em particular, o art. 116 nada diz acerca de como a União exercerá (sem delegar a privados) a atividade que tomou para si. Tanto o agente (estatal) encarregado de atuar a competência quanto a disciplina jurídica sob a qual agirá são temas afeitos à legislação ordinária (que muito variou quanto a estes pontos).⁹⁰

Em síntese: o monopólio instituído discricionariamente pelo legislador ordinário por força de competência constitucionalmente estipulada da monopolização é um ato de vontade estatal que cria casos jurídicos de monopólio econômico,⁹¹ em todo e qualquer campo da atividade de produção e circulação de bens e serviços. Em seu efeito mais visível e próprio, o “monopólio” indica uma forma de execução de certa atividade econômica tornada competência pública: pelo Estado, **sem a ação da iniciativa privada**.⁹² Não está nem material nem formalmente em oposição ao (mero) serviço público, para os quais o traço saliente é aquele que, no caso do monopólio, ficou em segundo plano:⁹³ a *publicatio*.

Este o quadro lançado em 1934. Como dito, ele reforça a ideia de que há algo de errado em nossa leitura padrão da Constituição de 1988.

Para confirmar isso, porém, é necessário prosseguir com a análise.

Referências

A INDÚSTRIA elétrica e o código de águas. Porto Alegre: Fabris, 2007.

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira*: comentários. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguet, 1924.

⁹⁰ Os casos mais interessantes envolvem os correios, petróleo (a partir de 1954) e setor nuclear.

⁹¹ O que não é, porém, não impediria a hipótese teórica de vários agentes estatais atuando na mesma atividade monopolizada.

⁹² Haveria que se explicar melhor o que significa *sem a iniciativa privada*, visto que, em nossa experiência infraconstitucional, os monopólios foram quase sempre executados por sociedades de economia mista, com participação privada. Em princípio, o “sem a iniciativa privada” nesse contexto significa que os privados não têm e não podem ter poderes de determinação dos rumos da atividade ou que não podem ter alocados para si, de forma autônoma, riscos inerentes à atividade.

⁹³ Mas que nem por isso deixa de existir, como se verá adiante.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934.

BAUER, John. *Effective regulation of public utilities*. New York: The Macmillan Company, 1925.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

CASTRO, Viveiros de. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

_____. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Bastos, 1914.

CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. Especialmente o Cap. 3.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2I.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACERDA, Paulo M. de. *Princípios de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Azevedo, [s.d.]. v. 2.

LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira*. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1925. T. 1.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: entre a concessão de serviço público e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Fabris, 2007. passim.

_____. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional — a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 29, p. 101-123, 2010.

LYNDON, Clyde. *The regulation of municipal utilities*. New York: D. Appleton, 1912.

MASAGÃO, Mário. *A natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MELLO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940.

MILTON, Aristides. *A Constituição do Brasil: notícia história, texto e comentário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. v. II.

_____. *Os fundamentos atuais do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Técnicas, 1932.

MUNRO, William Bennet. *Municipal government and administration*. New York: The Macmillan Company, 1930.

OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo. *Elementos de direito público e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Briguet Editores, 1927.

REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Ed. do Autor, 1923.

ROURE, Agenor de. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. V. II.

SANTOS, Oliveira. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SOUZA, José Soriano de. *Princípios gerais de direito público e constitucional*. Rio de Janeiro: A Província, 1893.

VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 335. ed. fac-similar.

WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations*. Washington: Beardbooks, 1911.