

*Eros Roberto Grau e
Willis Santiago Guerra Filho
(Organizadores)*

**DIREITO CONSTITUCIONAL
ESTUDOS EM HOMENAGEM**

**A
PAULO BONAVIDES**

1ª edição 2ª tiragem

Colaboradores

- ROBERTO AMARAL • SAMUEL RODRIGUES BARBOSA • GILBERTO BERCOVICI • JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO • MARCELLO CERQUEIRA • FÁBIO KONDER COMPARATO • SÉRGIO SERVULO DA CUNHA • DALMO DE ABREU DALLARI • PINTO FERREIRA • JUAREZ FREITAS • JORGE MIRANDA • GERMANA DE OLIVEIRA MORAES • VITAL MOREIRA • FRIEDRICH MÜLLER • MARCELO NEVES • CARMÉN LÚCIA ANTUNES ROCHA • PAULO LOPO SARAIVA • FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO • JOSÉ AFONSO DA SILVA • WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA • KLAUS STERN • PABLO LUCAS VERDU • OTÁVIO YAZBEK

**MALHEIROS
EDITORES**

ênfase do que aquela dedicada às regras, que são declaradas inconstitucionais, em regra, com a pronúncia de nulidade.

12. O intérprete constitucional somente pode declarar a inconstitucionalidade (material ou formal) quando frisante e manifestamente configurada. Dito de outro modo, deve concretizar o Direito, preservando a unidade substancial e formal do sistema em sua juridicidade.

Em última análise, a Carta de 1988 merece encontrar nos seus intérpretes a defesa imunológica indispensável à longevidade saudável. E mais: desde que bem interpretado o atual texto, indubitavelmente revela-se uma Carta legítima e democrática, sobretudo no plano mais alto dos princípios. Demanda, sem dúvida, aperfeiçoamentos, a serem promovidos especialmente por intermédio da interpretação, a qual deveria, com presteza, assumir o compromisso sagrado e simultâneo de preservar e de transformar, o único meio eficiente e eficaz de resguardar a unidade espiritual de nossa Constituição aberta, como gosta de acentuar o nosso homenageado.

Nesta quadra, a vida ou a sobrevivência de nossa Constituição dependem, é claro, dos intérpretes como um todo (está claro, sem o extremismo de determinadas leituras de Häberle). Entretanto, de modo especialíssimo dependem dos magistrados. São os juízes os intérpretes que detêm e merecem continuar detendo, como sublinhado, a chamada jurisdição única. Deles dependem, por isso mesmo, o futuro e a eficácia da nossa Constituição e, por implicação lógica, do nosso Estado Democrático.

Almejo, finalmente, deixar consignado que se mostra indispensável apostar no Poder Judiciário Brasileiro, em sua capacidade de dar vida aos preceitos ilustrativamente formulados e crer, apesar dos pesares, na sua fundamentada sensibilidade para o justo, razão pela qual insisto em proclamar que todos os juízes, sem exceção, precisam, acima de tudo, ser respeitados, fazendo-se respeitar como *juízes constitucionais*.

CONSTITUIÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO

EROS ROBERTO GRAU

I – Introdução. II – As expressões “atividade econômica” e “serviço público”. III – Identificação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público. IV – Serviço público e Constituição. V – A Constituição de 1988. VI – Breve nota sobre a interpretação do Direito. VII – Interpretação da Constituição e serviço público. VIII – Conceito e noção. IX – Noção de serviço público. X – Conclusão.

I – Introdução

1. Pretendo sustentar, neste breve ensaio elaborado em homenagem a Paulo Bonavides, a tese, originariamente postulada por Ruy Cirne Lima, de que a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público.

Assim a enunciou Ruy Cirne Lima: “A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”.¹

Desejo, contudo, acrescentar ao que disse o Mestre gaúcho determinada nota, referida à interpretação da Constituição, e, ainda, cogitar da noção de serviço público e de outros aspectos do tema.

1. *Pareceres (Direito Público)*, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1963, p. 122.

II – As expressões “atividade econômica” e “serviço público”

2. Observei em outra ocasião² que a Constituição do Brasil, de 1988, aparta, a ambos conferindo tratamento peculiar, *atividade econômica* e *serviço público*:

(i) No art. 173³ enuncia as hipóteses nas quais é permitida a exploração direta de *atividade econômica* pelo Estado.

(ii) No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de *serviços públicos*.

(iii) Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da *atividade econômica*.

A necessidade de distinguirmos *atividade econômica* e *serviço público* é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável.

3. Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Podemos afirmar que a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí por que *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

Serviço público – dir-se-á – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não “exclusivamente” – note-se –, visto que o setor privado presta *serviço público* em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.

Usei propositadamente, no parágrafo anterior, a expressão *atividade econômica* em distintos sentidos:

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

2. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pp. 132 e ss.

3. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

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

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

Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar, de uma banda, as hipóteses nas quais ela conota gênero; de outra, as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a *espécie*.

4. Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a expressão “atividade econômica” nos arts. 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada.

No art. 173 e seu § 1º a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

No art. 174, no entanto, a expressão “atividade econômica” é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador.

Finalmente, no que concerne ao art. 170, *caput*, a *ordem econômica* pressupõe o exercício de *atividade econômica* enquanto gênero. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social etc. Nenhuma

dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.

III – Identificação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público

5. Embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* ou como *atividade econômica em sentido estrito*, costuma-se dizer que há hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria. Temos aí os chamados *serviços públicos por definição constitucional*.

A esta altura cumpre distinguirmos os *serviços públicos privados* dos *serviços públicos não-privativos*. Entre os primeiros aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – *serviços públicos não-privativos* aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto *serviço público*, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de *atividade econômica em sentido estrito*. Exemplos típicos de *serviços públicos não-privativos* temos nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde. Quando sejam eles prestados pelo setor privado – arts. 209 e 199 da Constituição de 1988 – atuará este exercendo *atividade econômica em sentido estrito*. De outra parte, tanto a União quanto os Estados-membros e os Municípios poderão (deverão) prestá-los, exercendo, então, atividade de *serviço público*.⁴

Dir-se-á, então – ainda que isso não seja rigorosamente correto, como demonstrarei mais adiante –, que a definição constitucional de determinada *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* afasta qualquer dúvida que se pudesse opor à sua caracterização como tal. Quer se trate de *serviço público privativo*, quer se trate de *serviço público não-privativo*, quando a eles faça expressa referência a Constituição, especificadamente, o debate classificatório não teria mais razão de ser.

4. Art. 30, VI e VII, da Constituição de 1988.

Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, quando prestados pelo Estado, configuram *serviço público – serviço público não-privativo*, como vimos.

Quanto aos *serviços públicos* do tipo *privativo*, do texto do art. 21 da Constituição de 1988 extraímos a conclusão de que há serviço público, de titularidade da União, na prestação dos serviços referidos nos seus incisos X, XI e XII;⁵ do texto do § 2º do art. 25, a conclusão de que há serviço público na prestação de serviços locais de gás canalizado; do texto do art. 30, V, a conclusão de que há serviço público na prestação de transporte coletivo local.⁶

Importa, contudo, verificarmos se, efetivamente, basta a mera leitura do texto constitucional para identificarmos determinadas atividades como concernentes a *serviços públicos por definição constitucional*.

Relembro, neste passo, a observação de Ruy Cirne Lima, acima transcrita: “A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal, e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”.

6. Ainda neste passo cabe, no entanto, recorrermos à distinção que aparta atividades econômicas que são obrigatoriamente serviços públicos (*serviços públicos privativos*), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (*serviços públicos não-privativos*) e atividades econômicas que não podem ser serviços públicos (*atividade econômica em sentido estrito*), postulada entre nós por Celso Antônio Bandeira de Mello.⁷

Estas últimas – atividades econômicas em sentido estrito –, embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. Isso poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição – isto é, se a exploração direta,

5. A propósito da aparente superposição entre os preceitos dos incisos XI e XII. “a”, na redação anterior à Emenda Constitucional 8, de 1995, na alusão a “demais serviços de telecomunicações”, v. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 430.

6. V. também art. 21, XII, ‘e’, da Constituição de 1988.

7. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1.973, pp. 21-22.

pelo Estado, for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo – quanto nos casos nos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição. Por isso mesmo é que o aludido art. 173 dispõe: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta (...)”.

A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista pelo texto constitucional no art. 177.⁸ Cuida-se, aí, de atuação em regime de monopólio. Apenas esses casos justificariam, já, a menção inicial, contida no preceito veiculado pelo art. 173 do texto constitucional. Além deles, contudo, outro mais encontramos precisamente no referido inciso XXIII do art. 21.⁹

Exploração de serviço e instalações nucleares de qualquer natureza e exercício de monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados seguramente não constituem serviço público. Trata-se, aí, de exploração, pelo Estado, de atividade econômica em sentido estrito, em regime de monopólio. Tanto é assim, de resto, que justamente o art. 177, no seu inciso V, reafirma constituírem monopólio da União “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e metais nucleares e seus derivados”. Literal reprodução, vê-se para logo, da dicção inscrita no segundo termo do inciso XXIII do art. 21 do texto constitucional.

Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente ao empreendimento de atividades ao Estado não é

8. “Art. 177. Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e metais nucleares e seus derivados.”

9. “Art. 21. Compete à União: (...) XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados; (...)”

suficiente para definir essa prestação como serviço público. No caso, assim como naquele do art. 177 – monopólio do petróleo e do gás natural –, razões creditadas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há, pois, aí, *serviço público*.

É sob detidos cuidados, assim, que se deve tomar como indicativa da elevação de algumas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* a circunstância de o texto constitucional atribuir a sua exploração à competência do Estado.

7. Além disso, a alusão a atividades econômicas que não podem ser *serviço público (atividade econômica em sentido estrito)* evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da *atividade econômica em sentido amplo como serviço público*.

Para tanto bastaria, se consagrado o entendimento de que *serviço público* é atividade em *regime de serviço público*,¹⁰ que o legislador atribuísse a qualquer atividade, mesmo a atividade que se caracterize como *atividade econômica em sentido estrito*, “regime de serviço público”. Com isso seria bordejado o preceito inscrito no art. 173 da Constituição de 1988, bastando ao legislador, para escapar à acusação de afronta à norma constitucional, argumentar alegando que a atividade em pauta não se caracterizaria como *atividade econômica em sentido estrito* (porque sujeita a “regime de serviço público”), não estando alcançada, assim, pelo preceito.

Como, no entanto, esse entendimento é insustentável – a atividade fica sujeita a um determinado regime jurídico porque é serviço público e não o inverso, lembre-se –, a violação da norma constitucional resultaria, na hipótese, flagrante.

IV – Serviço público e Constituição

8. Alcançado este ponto de minha exposição, assume efetiva relevância a afirmação de Ruy Cirne Lima, conduzindo-nos à busca de critérios ou subsídios, extraídos da Constituição de 1988 que nos

10. Parte da doutrina adota no Brasil esse entendimento, recusando as conceituações materiais de serviço público.

permitam discernir se e quando determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* podem – mais do que isso, devem – ser assumidas pelo Estado como *serviço público* – a ele, então, incumbindo o dever de prover a sua prestação. Impõe-se, ademais, ao mesmo tempo, verificarmos se aquelas acima tidas como atividades de serviço público efetivamente o são.

O art. 173 do texto constitucional brasileiro evidentemente não respeita, restringindo-a – isso é óbvio, curial, evidente – à conversão de qualquer dessas parcelas em *serviço público*, visto que cogita de *atividade econômica em sentido estrito*, aludindo a *imperativo da segurança nacional* e a *relevante interesse coletivo*. Por isso, incumbe ao estudioso da Constituição do Brasil buscar tais critérios e subsídios no seu todo (dela, Constituição), o que exige a prévia enunciação de um conceito de *serviço público*.

Um determinado aspecto deve, porém, ser desde logo sublinhado: a Constituição autoriza o Estado a explorar diretamente a atividade econômica exclusivamente nas hipóteses expressamente por ela previstas e quando essa exploração se impuser como necessária aos *imperativos da segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*, “conforme definidos em lei”.

9. Recusada a concepção formal de serviço público – serviço público é o serviço gerido em regime de direito administrativo¹¹ (regime especial marcado pela submissão dos interesses privados aos interesses públicos – Jéze) –, encontraremos em Léon Duguit a conhecida descrição, assim enunciada: serviço público é “toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendence sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante”.¹²

A doutrina brasileira, na expressão de Cirne Lima,¹³ diz ser serviço público “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo,

11. De outro modo dir-se-á que o serviço público se caracteriza pela sujeição a um regime exorbitante do direito comum.

12. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., t. 2, Paris, E. de Boccard, 1928, p. 61.

13. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 82.

tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.

Vê-se bem, destarte, a caracterização dele, no Brasil, pelos mesmos traços que o distinguem na conceituação de Duguit: serviço público é atividade “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social”.

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social: Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.

Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito*; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao *interesse social*, o Estado desenvolve *serviço público*.

Detida atenção dedicada a essa circunstância permitirá ao estudioso do Direito Brasileiro observar que são distintos entre si o *interesse coletivo* e o *interesse social*, ainda que ambos se componham na categoria *interesse público*.

V – A Constituição de 1988

10. Uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente *principiológica* – e, por conseqüência, *programática* –, no sentido de que dispõe não apenas *regras*, mas também *princípios*.

Assim, assumem extrema importância no seu contexto em especial os preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

“I – a soberania;

“II – a cidadania;

“III – a dignidade da pessoa humana;

“IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

“V – o pluralismo político.”

"Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

"I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

"II – garantir o desenvolvimento nacional;

"III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

"IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

"I – soberania nacional;

"II – propriedade privada;

"III – função social da propriedade;

"IV – livre concorrência;

"V – defesa do consumidor;

"VI – defesa do meio ambiente;

"VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

"VIII – busca do pleno emprego;

"IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país."

De outra banda, sendo a Constituição do Brasil uma Constituição programática – no sentido de que enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade –, teremos que, quando ela refere a "República Federativa do Brasil", está de fato a mencionar "o Brasil", a sociedade brasileira.

Por isso dizemos que o Brasil tem como fundamentos aqueles indicados no art. 1º e que os objetivos fundamentais do Brasil são os descritos no art. 3º do texto constitucional. Por isso mesmo cumpre também observarmos que aí, nesses preceitos, opera-se a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social – aí caminhavam juntos, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade.

II. A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha a ordem econômica¹⁴ por fim assegurar a todos existência digna.

Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil,¹⁵ a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.

De resto, além de permitir a identificação de novas áreas de serviço público, a Constituição do Brasil, através das diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, indica decisivamente a intensidade a ser adotada na prestação das atividades que o caracterizam.

O que importa considerarmos é a possibilidade de encontrarmos no bojo da Constituição Brasileira parâmetros conformadores da área, no interior do espaço das *atividades econômicas em sentido amplo*, definida como própria dos *serviços públicos*.

VI – Breve nota sobre a interpretação do Direito

12. A pesquisa de tais parâmetros no bojo da Constituição de 1988 reclama a sua interpretação.

"Interpretar" não é apenas "compreender".¹⁶ A interpretação substancia uma operação de *mediação* que opera a transformação de

14. Isto é, o modo de ser empírico da *atividade econômica em sentido amplo*.

15. Não se está a examinar, neste passo, a questão da efetividade das normas da Constituição Brasileira. A emergência do discurso neoliberal após a sua promulgação bem assim o advento do fenômeno da globalização conduziram à adoção de políticas que, privilegiando a perspectiva individualista de mercado, efetivamente se desenrolam de sorte a afrontar a Constituição.

16. V. meus *La Doppia Destruzzione del Diritto (Una Teoria Brasiliana sull' Interpretazione)*, Milão, Edizioni Unicopli, 1996, pp. 55 e ss.; *La Doble Destruzzion y la Interpretación del Derecho*, trad. de Bárbara Rosenberg, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 65 e ss.; e *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 153 e ss.

uma expressão em outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica.¹⁷

Observei, em meu *La Doppia Destrustrazione del Diritto*,¹⁸ ser ela um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo; mais: observei ser ela atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos). Interpretar – completei – é atribuir um significado a um ou mais símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo.¹⁹

17. Por isso dizemos que a interpretação do Direito é, em um primeiro momento, interpretação semântica, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidas nos textos normativos. Isto é: refere-se a “normas reveladas por enunciados linguísticos” (cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 148), não a intenções ou vontades do texto ou do legislador.

18. Ob. cit., p. 59. Esta parte da exposição que produzi neste livro, editado na Itália e, após, na Espanha, não foi publicada em Português. É o seguinte o texto italiano: “L’interpretazione dunque è un processo intellettuale tramite il quale, partendo da formule linguistiche contenute nei testi, enunciati, precetti, disposizioni, si stabilisce un contenuto normativo. Questa attività interpretativa è volta al discernimento degli enunciati semantici veicolati dai precetti (enunciati, disposizioni, testi). (...) Interpretare è attribuire un significato a uno o più simboli linguistici scritti in un enunciato normativo” (na ed. espanhola, cit., p. 68).

19. Daí a necessidade de considerarmos a distinção entre texto e norma. O texto, preceito, enunciado normativo, é alográfico (v. meu *La Doppia Destrustrazione del Diritto (Una Teoria Brasiliana sull’Interpretazione)*, cit., pp. 57 e ss.; também *La Doble Desestructuración y la Interpretación del Derecho*, cit., pp. 67 e ss.). Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completei” do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma. Temos, assim, bem clara a distinção entre o texto (enunciado, disposição) e a norma (a respeito da distinção entre texto e norma, v. Ricardo Guastini, “Interpretation et description de normes”, in *Interpretation et Droit*, direção de Paul Amselek, Bruxlas, Bruylant, 1995, p. 325, e *Le Fonti del Diritto e l’Interpretazione*, Milão, Giuffrè, 1993, p. 18; também NEIL MacCormick, “La texture ouverte des règles juridiques”, in *Controverses autour de l’Ontologie du Droit*, direção de Paul Amselek e Christophe Grzegorzczak, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 93-96). Um e outro (texto e norma) não se identificam: o texto é o sinal linguístico; a norma é o que se revela, designa (cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 225).

13. Importa, ademais, observarmos que interpretar o Direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar²⁰ a lei; o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Daí dizermos que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado.²¹ Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação.²² Interpretação e aplicação se superpõem.

Ora, sendo, a interpretação, concomitantemente, aplicação do Direito, deve ser entendida como produção prática do Direito, precisamente como a toma Friedrich Müller,²³ para quem inexistente tensão entre Direito e realidade; não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso, a articulação ser e dever-ser (a relação norma-fato) é mais do que uma questão da Filosofia do Direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por consequência, ao mesmo tempo, uma questão da estrutura deste processo de transposição.

Isso significa que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso (= dos fatos)

Daí também dizermos ser a interpretação uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. A compreensão disso permite ao intérprete observar que nem sempre um e outro – o texto normativo e a norma – correspondem (v. Canotilho, idem, pp. 211 e ss.), seja porque determinada norma pode ser produto da interpretação conjunta de mais de um texto normativo, seja porque um mesmo texto normativo pode ser moldura para a produção de mais de uma norma (v. meu *La Doppia Destrustrazione del Diritto (Una Teoria Brasiliana sull’Interpretazione)*, cit., p. 61; também *La Doble Desestructuración y la Interpretación del Derecho*, cit., p. 71).

20. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método*, 4ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991, p. 401.

21. Hans-Georg Gadamer, idem, p. 397.

22. V. Enrique E. Marí, “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad”, in Enrique E. Marí e outros, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 236.

23. *Juristische Methodik*, 5ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1993, pp. 145-146.

ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen,²⁴ é o fato de a *moldura da norma* ser, diversamente, moldura do *texto*, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do *texto* e moldura dos *fatos*. O intérprete interpreta também os *fatos*, necessariamente, além dos *textos*, ao empreender a produção prática do Direito.

Isso reclama do intérprete a efetiva consideração, em cada caso, não apenas dos *textos* (de todo o Direito, a partir da Constituição), mas também dos *fatos*, até porque desse enlace é que resulta (a produção da) a norma. A interpretação de ambos, *textos* e *fatos*, dá lugar à norma (= *decisão*) aplicável ao *caso*.²⁵

VII – Interpretação da Constituição e serviço público

14. Daí por que, v.g., a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* (os chamados *serviços públicos por definição constitucional*) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das *atividades econômicas em sentido estrito*.

Suponha-se tenha a União deixado de prestar serviços de transporte por via fluvial, atividade que, enquanto empreendida por determinada empresa estatal federal, permitia o transporte de produtos agrícolas. O exemplo de que me sirvo enseja, no momento em que estou a escrever este ensaio, debate no Supremo Tribunal Federal a proposta da caracterização dessa atividade como serviço público ou não.²⁶

24. *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979, p. 467.

25. Por isso, o trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do Direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.

26. Trata-se do RE 220.999-7-PE, julgado no dia 25 de abril próximo passado. O Supremo Tribunal Federal, seguindo voto do Min. Nélson Jobim, entendeu não se caracterizar, na hipótese, serviço público.

Lembro dizer o art. 21, XII, “d”, da Constituição de 1988 o seguinte: “Art. 21. Compete à União: (...); XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...); d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

A mera leitura do preceito constitucional poderia levar-nos à conclusão de que estamos, no caso – serviços de transporte por via fluvial em trajeto que transpõe os limites de um Estado –, diante de serviço público de competência da União.

Sucedo que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos – o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivo – não sendo possível sustentarmos, repito, que a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima).

Daí não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público.

Essa atividade, no caso, reclama mera *autorização* para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende *atividade econômica em sentido estrito*.

Pelo contrário, acaso houvesse, no caso, prestação de *serviço público*, então a sua prestação por uma empresa privada exigiria a obtenção de *permissão* ou *concessão* da União, nos termos do disposto no art. 175 da Constituição de 1988.

Por isso mesmo, aliás, é que, glosando o que anteriormente anotei, se a empresa estatal federal de que se cuida estivesse a prestar serviço público ao empreender a atividade de transporte aquaviário, estaria a fazê-lo para atender ao *interesse social*. Ao contrário, se estivesse então a empreender *atividade econômica em sentido estrito*, haveria de estar a fazê-lo para atender a *relevante interesse coletivo*.

Desejo deixar bem vincado, neste passo, o seguinte: o *interesse social* exige a prestação de *serviço público*; o *relevante interesse coletivo* e o *imperativo da segurança nacional*, o empreendimento de *atividade econômica em sentido estrito* pelo Estado.²⁷

27. Todos eles – *interesse social, relevante interesse coletivo e imperativo da segurança nacional* – se compõem no *interesse público primário*. A propósito, cum-

VIII – Conceito e noção

15. Dirá o leitor mais afoito, a esta altura, que estou a privilegiar o paradigma da filosofia do objeto, fundada no essencialismo, propondo pesquisa sobre a natureza das coisas, isto é, sobre a natureza do *serviço público*.

Nada menos correto, mesmo porque o serviço público não possui essência alguma. Aquele paradigma, e ao da filosofia do sujeito ou da consciência, opõe-se a reflexão sobre a significação das palavras e expressões lingüísticas.

Precisamente isso buscamos, a significação da expressão “serviço público”, o que não pode ser determinado mediante o recurso a um *conceito* de serviço público.

16. Desejo, aqui, aludir às *noções*, desde as seguintes observações de Sartre:²⁸ “Althusser sustenta que o homem faz a História sem o saber. Não é a História que o reclama, mas o conjunto estrutural em que está situado que o condiciona. Mas Althusser não vê que há uma contradição permanente entre a estrutura prático-inerte e o homem que descobre estar condicionado por ela. Cada geração toma, em relação a essas estruturas, uma outra posição, e é esta posição que permite as mudanças das próprias estruturas. Althusser, como Foucault, atém-se à análise das estruturas. Do ponto de vista epistemológico, isso resulta em tomar partido pelo *conceito* contra a *noção*. O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a História podem ser objecto de um conceito. Ai ha uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A *noção*, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvi-

pre procedermos a uma releitura de Alessi para compatibilizar essa verificação à sua exposição.

28. Jean Paul Sartre, entrevista concedida a Bernard Pingaud, in *Estruturalismo – Antologia de Textos Teóricos*, seleção e introdução de Eduardo Prado Coelho. Barcelos, Portugália Editora, 1968, p. 134. Diz Étienne Balibar (1991/126-127). em nota biográfica de Althusser, que: “Visant explicitement Althusser et son influence, Sartre dira qu’il s’agissait de ‘prendre parti pour le concept, contre la notion’”.

mento das coisas. É o que Foucault chama de ‘doxologia’, e que ele recusa”.

A partir daí parece-me, hoje, que a questão da *indeterminação* dos *conceitos* se resolve na *historicidade* das *noções* – lá, onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado* há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre).

Por isso conduzirá a muito pouco a determinação de um *conceito* de serviço público, impondo-se buscarmos enunciar a sua *noção*.

IX – Noção de serviço público

17. Esta, a noção de *serviço público*, há de ser construída sobre as idéias de *coesão* e de *interdependência social*.

Dela nos aproximando, inicialmente diremos que assume o caráter de *serviço público* qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima).

Por isso, porque assume o caráter de *serviço público*, deve ser prestada à sociedade pelo Estado (ou por outra pessoa administrativa, direta ou indiretamente).

Pois bem: a identificação dos casos nos quais a realização e o desenvolvimento da coesão e da interdependência social reclamam a prestação de determinada atividade pelo Estado (= casos nos quais essa atividade assume caráter existencial em relação à sociedade) é conformada pela Constituição.

Esta, como observei linhas acima, além de permitir a identificação de novas áreas de *serviço público*, indica decisivamente a intensidade a ser adotada na prestação das atividades que o caracterizam.

Note-se bem que essa função – de conformação da própria noção de serviço público – é cumprida pela Constituição como um todo. Desejo dizer, com isso, que o seu intérprete não se deve deter exclusivamente na análise das diretrizes, programas e fins que ela enuncia, a serem realizados pelo Estado e pela sociedade; mas, ao contrário, interpretá-la no seu todo. Repito, também aqui, afirmação que reite-

radamente venho fazendo: não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.²⁹

Ademais, cumpre considerar, também, que a Constituição é um dinamismo. É do presente, da vida real – como observei anteriormente³⁰ – que se toma as forças que a ela, bem assim ao Direito, conferem vida. Por isso mesmo, os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição.

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Não há qualquer demasia em lembrarmos, aqui, que a interpretação da Constituição, indispensável ao desvendamento do quanto por ela definido a esse respeito, explícita ou supostamente, envolve também a interpretação dos fatos, tal como se manifestam em um determinado momento, qual linhas acima enfatizei.

X – Conclusão

18. Ao cabo da exposição acima produzida penso ser possível enunciarmos algumas conclusões, como segue:

18.1 *Serviço público* é atividade indispensável à consecução da coesão social; o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.

18.2 Ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito* (art. 173 da Constituição de 1.988); de outra banda, ao

29. V. meu *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 179.

30. *Idem*, p. 187.

exercê-la para prestar acatamento ao *interesse social* o Estado desenvolve *serviço público* (art. 175 da Constituição de 1988).

18.3 Encontramos na Constituição de 1988 parâmetros conformadores da área, no interior do espaço das *atividades econômicas em sentido amplo*, definida como própria dos *serviços públicos*.

18.4 A interpretação exige do intérprete a efetiva consideração, em cada caso, não apenas dos *textos* (de todo o Direito, a partir da Constituição), mas também dos *fatos*, até porque desse enlace é que resulta (a produção da) a norma; a interpretação de ambos, *textos e fatos*, dá lugar à norma (= *decisão*) aplicável ao *caso*.

18.5 *Noção jurídica* é *idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre).

18.6 Podemos adotar a seguinte *noção de serviço público*: serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

18.7 A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvimento e forte, o quão necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha a ordem econômica por fim assegurar a todos existência digna; daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.