

A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A PARTIR DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

CLÁUDIO CAIRO GONÇALVES ¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A concepção Jurídica do Estado. 3. Posições Doutrinárias sobre a Noção de Serviço Público. 4. Critérios Classificatórios de Serviço Público. 5. Considerações sobre as Posições Doutrinárias relativas ao Serviço Público. 6. Os Serviços Públicos na Constituição Federal de 1988. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução.

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

Ter em mente uma exata noção de serviço público, vigente no estágio atual do nosso ordenamento jurídico, é tarefa que exige do intérprete detido esforço hermenêutico, dadas as peculiaridades a que aquela noção já esteve sujeita ao longo das sucessivas alterações no panorama das atribuições estatais.

Em outros tempos, chegou a se formar, em França, a *Escola de Serviço Público*, que propugnava até mesmo a substituição da noção de soberania nacional, como pressuposto do direito público.

Foi na doutrina francesa, que a noção encontrou seu mais alto grau de desenvolvimento científico. Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, as *"primeiras noções de serviço público*

¹O Autor é Procurador do Estado, Advogado, Mestre em Direito pela UFBA e Professor da Faculdade de Direito da UNIME.

surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado” (1996:80).

Atualmente, com a evolução do direito comunitário europeu, surgem noções positivadas que começaram a chamar a atenção dos doutrinadores, tais como *serviços de interesse econômico geral e serviços universais*².

A partir do tratamento encetado à matéria pela Constituição Federal de 1988 e também com o ressurgimento de inclinações liberais, adaptáveis à uma concepção de Estado identificada como pós-social, impõe-se verificar os novos delineamentos existentes, sendo este o principal objetivo do presente estudo.

2. A Concepção Jurídica do Estado.

Antes de se buscar precisar o conteúdo da noção de serviço público nos dias que correm, necessário girar sobre a concepção jurídica do Estado, como forma de poder oferecer uma visão geral sobre o universo das atribuições estatais.

A origem etimológica da palavra “Estado” deriva do latim *status*. **Nelson de Souza Sampaio** elenca que a organização política, por excelência, é designada pelo nome *Estado*. Era empregado para significar condição em geral (*status familiae, status libertatis*), sendo conhecida a definição de **Ulpiano** que o direito público é aquele que diz respeito “*ad statum rei romanae*” (1960, p. 254).

² Ver **Dinorá Adelaide Musseti Grotti**, O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78 e segs.; **Mônica Spezia Justen**, A Noção de Serviço Público no Direito Europeu, . São Paulo: Dialética, 2003, p. 169 e segs.; **Odete Medauar**, Nova Crise do Serviço Público? *In: Estudos de Direito Constitucional – em Homenagem a José Afonso da Silva*. GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 530 e segs.

Reinhold Zippelius escreve que a "comunidade estatal é uma totalidade de indivíduos cujas condutas são coordenadas de maneira específica: a comunidade, no fundo, constitui-se como estrutura de condutas orientadas por um determinado sentido, e a comunidade estatal, em especial, constitui-se como estrutura de acção juridicamente organizada. Desta concepção aproxima-se um dos significados originários do vocábulo "status" que designa um estado, uma determinada "constituição" de convivência" (1997: 61).

A conceituação científica satisfatória de Estado é algo impensável em termos das inúmeras correntes doutrinárias que se posicionaram sobre o tema³ ⁴. Segundo **Nelson de Souza Sampaio**, o "nome **Estado** pode ser conferido a toda associação humana que viva sob um governo capaz de manter a ordem dentro de uma área territorial determinada, por meio de um poder originário de dominação" (ob. cit., 256). Mais adiante, este Autor, após fazer digressões sobre as dificuldades e perigos de formular um conceito de Estado, propõe-se em afirmar que o Estado é "uma associação política de base territorial, com capacidade jurídica interna e externa, cujo governo é dotado do poder originário de sanção direta e incondicionada, bem como da atribuição de conferir a pessoas e bens a condição de nacionalidade que os distingue na órbita internacional" (ob. cit., 265).

A concepção jurídica do Estado é a conformação histórica dos poderes, atribuições, competências e limitações

³ A análise sobre a conceituação de Estado, tipos de Estados, formas de Estados, formas e regimes de governo, por natureza objetos da ciência política, não constitui objeto deste trabalho, deixando-se de abordar especificamente o tema sobre este ângulo.

⁴ **Dalmo de Abreu Dallari** conceitua Estado como a "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território" (1995: 101). Precisamente, **J. J. Gomes Canotilho** define Estado como sendo "uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de **qualidades** que a distinguem de outros "poderes" e "organizações de poder" (1998: 83).

impostas pela Constituição e pelas leis em geral, regendo as relações existentes entre Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

No Brasil, após os variados sobressaltos institucionais e a partir da Constituição Federal de 1988, tem-se fixado que o Estado se organiza sob a forma de governo federativa. Assim dispõe o artigo 1º da C.F., quando adota o *nomem juris*, *República Federativa do Brasil*, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Em incontrastável entendimento, **José Afonso da Silva** averba que a "*federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados, Estados-membros ou simplesmente Estados*" (1996:101).

O Estado brasileiro, *República Federativa do Brasil*, como organização político-administrativa, é composta pelas pessoas jurídicas de direito público, ou seja, pela União, Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, consoante dispõe o artigo 18 da Constituição.

A atividade estatal é tripartida entre as funções *legislativa*, *executiva* e *jurisdicional*. Em linhas gerais, a função legislativa é incumbida de promover as formulações normativas, leis gerais e abstratas, aplicáveis em determinado espaço geográfico e certa época, estabelecendo os *fins do Estado*. À função executiva incumbe promover a aplicação dos mandamentos legais, através "*de atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas*, enquanto que à função jurisdicional incumbe zelar pela correta aplicação da norma, na "*solução de conflitos e na aplicação coativa da lei*"⁵.

Vale trazer a lição do prof. Paulo Modesto, que relembra a noção de Renato Alessi, analisando o tema das funções estatais sob o critério formal e estritamente jurídico. Na sua classificação,

⁵ **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, *Direito Administrativo*, 1996, p. 50.

as funções públicas são tidas como formas de emanção de atos de produção jurídica, formas de introduzir alterações numa ordem jurídica dada, com alcance e efeitos diversos: a) a **legislação** vem caracterizada como a emanção de atos jurídicos primários, fundados direta e imediatamente no poder soberano, que produzem uma inovação primária na ordem jurídica anterior; mediante a lei, ou exercitando a função legislativa, o Estado disciplina relações permanecendo acima e à margem das mesmas; b) a **jurisdição** vem caracterizada como a emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários, dirigida a concreção e atuação coativa desses últimos, permanecendo o órgão estatal cima e à margem das relações a que os atos referem; c) a **administração** vem definida como a emanção de atos de produção jurídica complementar, pois são aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa; nessa atividade, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, a semelhança do que ocorre nas relações de direito privado, mas com a diferença de agir como parte em situação de superioridade, podendo unilateralmente intervir na esfera jurídica de terceiros (poder extroverso)⁶.

A concepção do Estado está ligada aos fins para os quais este é cogitado no seio social, de determinada época e espaço geográfico. **Manoel Ribeiro**, albergando o entendimento de que o Estado é uma instituição, traz o pensamento de **Georges Burdeau** no sentido de que como instituição vê-se nele: "1º) a idéia de obra a se realizar, em um grupo social; 2º) o poder organizado para a realização dessa idéia; 3º) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo, em relação a idéia e a sua realização" (1983: 23).

⁶ *Função Administrativa*, Revista Eletrônica Diálogo Jurídico, Ano I – vol. I – nº 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

Colocam-se, em nível do Direito Constitucional pátrio, preceitos relacionados com os fins do Estado e da sociedade brasileira, na forma do que dispõe o artigo 3º da Constituição Federal de 1988. De acordo com o Texto Maior, *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.*

Justamente neste ponto, convém relacionar e distinguir as tarefas ou atribuições do Estado, confrontando suas razões de existência. As tarefas ou atribuições do ente estatal são chamadas de *funções do Estado*⁷.

De forma bastante lúcida, **Caio Tácito** lembra a dicotomia entre os fins administrativos do Estado, distinguindo a *atividade jurídica* e a *atividade social* da Administração Pública. Segundo ele, na atividade jurídica, "*como exercício da soberania do Estado e de seu poder de império, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas*", enquanto que na "*atividade social, ao contrário, a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando o bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos*

⁷ Para **Jorge Miranda** são dois os sentidos possíveis de **função do Estado**: "*como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade colectiva ou a certa zona da vida social; e como actividade com características próprias, passagem a ação, modelo de comportamento. No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado - da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente - decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder*" (1997:8). "*No segundo sentido, a função - agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado - encontra nos actos e actividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses actos e actividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública*"(ibid, 8/9).

particulares. A primeira atividade corresponde um ação administrativa; à segunda, uma prestação administrativa” (1975: 199).

No sentido colocado, existem atividades ingêntas ao Estado, que estão relacionadas, no nível externo, com o aspecto da soberania, da defesa nacional, com os princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção, também com os princípios da igualdade entre os Estados e da defesa da paz, enquanto que, no nível interno, com a manutenção da ordem pública, com a estruturação do ordenamento jurídico-positivo, com a garantia da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica. Outrossim, outras atividades do Estado estão afeitas à prestação de utilidades colocadas à disposição e em benefício da coletividade, prestadas de forma exclusiva ou concomitantemente com os particulares.

De acordo com este entendimento, adota-se aqui o posicionamento de que ao Estado estariam afeitas as *atividades de coexistência*, também chamadas de atividades jurídicas, e as *atividades prestacionais*, denominadas também de atividades sociais. As primeiras ligadas à defesa nacional, à soberania, à preservação da ordem pública, da garantia da liberdade individual e da paz pública, bem como da atribuição, à ordem jurídica interna, no fornecimento de segurança jurídica, situações consubstanciadas, preambularmente, no artigo 4º e no *caput* do artigo 5º da Constituição vigente. As segundas estariam também a cargo do Estado, embora voltadas para o fornecimento de utilidades fruíveis pelos administrados, tais como os serviços de educação, saúde, assistência social, transportes, comunicações, saneamento e energia ⁸.

⁸ **Carlos Ari Sundfeld** traz uma classificação das atividades do Estado que, de acordo com o seu conteúdo, são divididas em: *atividades instrumentais* e *atividades-fim*, sendo que as primeiras servem para o aparelhamento do Estado, enquanto que as últimas justificam a sua existência (2.000: 79/80). Neste sentido, entre as atividades instrumentais podem ser citadas: "a) a captação de recursos financeiros, através de empréstimos, lançamento de títulos da dívida

Ocorre também que, embora as atividades prestacionais estejam relacionadas ao oferecimento de utilidades à coletividade, algumas estão voltadas essencialmente para o atendimento dos fins do Estado (art. 3º CF), pois para que a sociedade brasileira venha a se tornar *livre, justa e solidária* salutar é que sejam envidados esforços do Estado para a disponibilização e desempenho próprio de certas atividades, *v.g.*, atividades estatais no campo da educação e saúde. Enquanto isso, outras atividades prestacionais necessariamente não estão relacionadas com os fins do Estado, como ocorre, por exemplo, com os serviços de telecomunicações (tradicionalmente identificados como serviço público). Desta forma, é possível classificar as atividades prestacionais que visam diretamente os fins do Estado, *i.e.*, dirigem-se aos máximos ditames exigidos pela ordem jurídico-constitucional a serem alcançados pelo Estado, e atividades prestacionais que não visam diretamente os fins do Estado, ou seja, não há uma intrínseca correlação entre os fins estatais e o oferecimento da utilidade posta à disposição da coletividade. Em síntese, as atividades prestacionais se dividem em: *atividades de prestação de serviços públicos; e, atividades de atendimento dos fins do Estado.*

pública e cobrança de tributos, esta última regulada pelo direito tributário; b) a gestão de recursos financeiros do Poder Público, regida pelo direito financeiro; c) a escolha dos agentes públicos, através de eleições (no caso dos agentes políticos) e de concurso (na maior parte dos agentes profissionais), a primeira regida pelo direito eleitoral e a última pelo direito administrativo; d) a obtenção dos bens indispensáveis ao suporte da atividade do Estado, através da aquisição (desapropriação, compra, etc.), produção (impressão de Diário Oficial etc.) e construção de edifícios públicos, atividades, essas, também disciplinadas pelo direito administrativo" (ibid, 80).

Entre as atividades-fim, distinguem-se: *as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais, as atividades de controle social e as atividades de gestão administrativa*, sendo que as atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais *"consistem no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros, bem como na defesa contra invasões do território nacional"*, enquanto que as atividades de controle social, destinando-se a regular a vida em sociedade, utilizam-se do poder de coerção, ordenando o comportamento dos indivíduos (atividade legislativa, judiciária e administração ordenadora), bem assim, as atividades de gestão administrativa que *"visam criar utilidades em favor do corpo social por força direta da atuação estatal"* (ibid, 81 usque 83).

3. Posições Doutrinárias sobre a Noção de Serviço Público.

Na doutrina, o conceito de serviço público pode ser encontrado em sentido amplo, abrangendo todas as atividades desempenhadas pelo Estado (administrativa, legislativa e judiciária), assim como também em sentido restrito, considerando apenas as desempenhadas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. Da mesma forma, refere-se também à abrangência das atividades exercidas pela Administração Pública, distinguindo as atividades jurídicas (poder de polícia), as atividades materiais (serviços públicos) e as atividades econômicas (fomento) ⁹.

Para se ter uma idéia da falta de um marco científico delimitador da noção de serviço público, nesse instante, é importante traçar um quadro panorâmico sobre a noção de serviço público, com os conceitos e entendimentos de alguns dos principais doutrinadores, pátrios e estrangeiros, enfocando os critérios amplo e restrito, na tentativa de firmar pontos comuns e entendimento próprio.

Na doutrina alienígena, sob o critério amplo, **Leon Duguit** compreendia existirem certas obrigações de ordem jurídica que se impõem aos governantes, aqueles que de fato têm o poder em um dado país, obrigações estas que têm o sentido de assegurar sem interrupção o cumprimento de certas atividades. **Duguit** aponta que o fundamento destas obrigações jurídicas é a crescente interdependência social, amplamente verificada na consciência dos homens modernos (1923: 98). Assim as obrigações ou deveres jurídicos fazem com que sejam mantidas certas atividades à disposição da coletividade. Este Autor afirma, em conclusão, que a noção de serviço parece estar formulada deste modo: "*es toda*

⁹ Cf. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, *ob. cit.*, p. 81.

actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (ibid, 105).

Assim também de acordo com o critério amplo, **Gaston Jéze** traçou a noção de serviço público baseada na distinção das necessidades de interesse geral, que só podem ser satisfeitas pela administração (monopólio), com exclusão dos particulares, e outras necessidades que podem ser satisfeitas concorrentemente pela administração e pelos particulares. Para **Jéze**, *“la administración pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general: defensa nacional, policía, justicia, tránsito, etc.”*¹⁰.

Jéze então faz distinção entre os procedimentos utilizados pela administração e pelos particulares, na satisfação do interesse geral. Segundo ele, simples particulares que satisfazem as necessidades de interesse geral, utilizam-se de procedimentos de direito privado, enquanto que a idéia de serviço público, prestado pela administração, está intimamente ligada com a de procedimento de direito público. Neste sentido, averba que em determinada hipótese, dizer que existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, é dizer, um regime jurídico especial, e que leis e regulamentos podem modificar em qualquer momento a organização do serviço público, sem que se possa opor-se a ela nenhum obstáculo insuperável de ordem jurídica.

⁴⁰ Cf. a sua obra *Principios Generales del Derecho Administrativo*, La Noción de Servicio Público, Vol. II, 1ª parte, 1949, p.3).

Conclui assim o Autor francês, que *"toda vez que se está em presença de um serviço público propriamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular e contínuo del servicio público, satisfaciendo, em la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interes general"* (ob. cit., p.4).

Georges Vedel e **Pierre Devolvè** expressam-se no sentido de que serviço público pode ser definido em duas feições: seja numa feição orgânica ou formal, ou através de uma feição material. A feição orgânica ou formal, para os Autores é: *"le service public se caractérise par une entreprise gérée par l'Administracion"*, enquanto que: *"la définition matérielle s'attache à la nature de l'activité, considérée indépendamment de l'organisation par laquele cette activité s'exerce"* (Droit Administratif - Thémis Droit Public, Tome 2, 1992, p. 724).

Jean Rivero define serviço público *"como uma forma de actividade administrativa em que uma pessoa pública assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral"* (1981: 484).

Em consonância com o critério restrito, **Rafael Bielsa**, sobre a noção e características do serviço público, expressa-se, de logo, fazendo a distinção entre função pública e serviço público. Para **Bielsa** as funções públicas são abstratas e gerais, como no caso da defesa da soberania, a de assegurar a paz interior e promover o bem estar social, enquanto que os serviços públicos são concretos e particulares (1964: 458). O Autor citado afirma existir um conceito *lato* de serviço público, compreendendo toda atividade pública ou privada, regulada pela lei com o objetivo de satisfazer necessidades coletivas. Entende, porém, que esta é uma noção insuficiente, pois compreende serviços de interesse público, e não precisamente "serviços públicos".

Mais adiante, o Autor argentino afirma que o conceito de serviço público está muito próximo ao que se poderia chamar de serviço público próprio. Seu entendimento sobre serviço público é o de que é *“toda ação ou prestação realizada pela Administração pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta de necessidades coletivas, e assegurada essa ação ou prestação pelo poder de polícia”* (loc. cit., 463).

Roberto Dromi, por seu turno, fazendo uma sistematização dos conceitos de serviços públicos, conforme a concepção de filiação, seja orgânica, funcional-material, teleológica ou mista, afirma que pode-se perceber a noção de serviço público sob o ponto de vista de uma interpretação *negativa* ou *positiva*, conforme se afirme a crise e extinção desta noção. Quanto à interpretação positiva, ou seja, a que recepciona positivamente a noção de serviço público, várias alternativas surgem. Em seu dizer, a noção de serviço público pode assim ser vislumbrada: *“1) máxima, servicio público es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado(...); 2) media, servicio público es toda la actividad de la Administración Pública, y 3) mínima, servicio público es una parte de la actividad administrativa”* (1996; 529). **Dromi** se posiciona no sentido de que os serviços públicos como atividades prestacionais, estão subsumidas às funções do Estado.

Entre os portugueses, destacadamente, **Marcello Caetano** chama de serviço público o *“modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meio idôneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”*. Para o citado Autor português, serviço administrativo é gênero, enquanto que serviço público é espécie. Aquele *“é toda organização permanente de actividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa colectiva de direito público sob a direcção dos*

respectivos órgãos”, e este é “fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos” e propõe-se a “satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida” (1994: 1.067).

De outra forma, inclusive em aberta contraposição ao pensamento do pré-citado Autor português, **Diogo Freitas do Amaral**, após prender-se aos argumentos da doutrina francesa de que o conceito de serviço público é fundamental para a teoria geral da organização administrativa, averba que “*serviços públicos são as organizações humanas criadas no seio de cada pessoa colectiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob direcção dos respectivos órgãos” (1992: 620).*

A doutrina pátria, por seu turno, costuma tratar da noção de serviço público a partir de critérios identificadores e distintivos das atividades que estariam a cargo exclusivo do Estado e das que estariam submetidas à possibilidade de execução também pelos administrados ligados à iniciativa privada.

Edvaldo Brito, em seu *Reflexos* (1985: 6), traça uma noção de serviço público que pode ser trazida aqui como noção preambular. Para ele serviço público é “*o modo de satisfação das necessidades coletivas de caráter público”.*

Sob o critério amplo, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, considerando a evolução nos critérios subjetivo, material e formal, traça o conceito de serviço público como sendo “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (1996, p. 84).*

O sempre lembrado administrativista brasileiro, **Themístocles Cavalcanti**, discorrendo sobre a extensão da noção de serviços públicos após considerações sobre o pensamento de diversos autores, inclusive sobre a distinção entre serviços

públicos e serviços de utilidade pública, traça algumas conclusões que se dirigem no sentido de que: *a noção de serviço público varia no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado; a noção varia, ainda, de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica; o serviço para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar somente benefícios e interesses individuais; a intervenção do Estado, por meios dos seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos; não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita* (Curso de Direito Administrativo, 1967, p.206/207).

Hely Lopes Meirelles, inicialmente adotando o sentido amplo, chegou a entender por serviços públicos, como sendo *"todos aqueles realizados pelo Estado ou por seus delegados, sob as condições impostas pelo Poder Público, para a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da comunidade"*(1966: 267). Posteriormente, modificando seu entendimento e perfilando-se ao critério restrito, define serviço público como *"aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado"* (1999: 297).

Celso Antônio Bandeira de Mello assim define serviço público: *"é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público - portanto consagrador de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema*

normativo" (1996: 405). Tendo em vista que sua definição volta-se para considerar o objeto do serviço público como a prestação de utilidade ou comodidade material, seu conceito de serviço público assenta-se sob o aspecto restrito. Todavia, sob o aspecto subjetivo, sua definição mantém-se ampliada, para considerar o Estado como prestador de serviço público, abrangendo a noção de Administração Pública.

José Cretella Júnior traça noção simplificada de serviço público como sendo *toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins* (2.000/402), porém ao referir-se à expressão Estado, mantém ampliada a noção de serviço público, englobando todas as atividades desenvolvidas pelo ente estatal.

De outra forma, a partir de constatações doutrinárias da dificuldade de se definir esta importante atividade prestacional do Estado, seja sob os critérios orgânico, material ou formal, **Lucia Valle Figueiredo** estipula um conceito de serviço público, conjugando critérios. Diz a Autora que "*serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de **deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública**, que deve ser concretizada, sob o regime prevalente de Direito Público*" (1998 b:71) (grifo nosso).

Odete Medauar, claramente sob o ângulo restrito, afirma que "**serviço público**, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a **atividade prestacional**, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano" e etc. (1999: 346). Nesse particular a Autora, averba que tradicionalmente existe o chamado "núcleo

pacífico dos serviços públicos”: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza urbana, correio (*ob. cit.*, 347).

Fernando Herren Aguillar anota que os serviços públicos estão compreendidos entre as atividades econômicas em geral, ao lado das atividades econômicas em sentido estrito (1999, p. 124), e desta forma posiciona-se para entender que serviços públicos, “*no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são as atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de serviço público*” (*ob. cit.*, 155).

Com precisão, adota **Eros Roberto Grau**, a noção de serviço público como “*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)(2001:267).*

Sob o enfoque restrito, **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** conceitua “**serviços públicos** como uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob condições impostas unilateralmente pela própria Administração” (1998: 323).

Este mesmo Autor, em seu *Mutações do Direito Administrativo*, considerando lacunoso o seu próprio conceito sucessivamente emitido, afirma que serviços públicos, como um conceito transicional e provisório, a partir das modificações tendenciais que apresentam a Sociedade e o Estado neste final de século no tocante à *administração dos interesses públicos*, podem

ser considerados como "as atividades (Grifo do Autor) pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público" (2.000: 126). Sucede pois, segundo **Moreira Neto**, que não é mais necessário, "tanto em sede positiva quanto em doutrinária, que a Administração ou quem dela seja delegado atuem como prestadores de um determinado serviço à coletividade, bem como de que essa atividade se submeta a um estrito regime de direito administrativo para que possa ser considerado público" (ob. cit.: 125).

Muito embora todos estas considerações sobre a noção de serviço público sejam úteis na dilucidação de seus principais contornos, entendimento de doutrina¹¹, a partir das iniciativas do Estado intervencionista, verifica que a noção de serviço público encontra-se em "crise" ou em "evolução".

Isto porque com a expansão do Estado, que passa a desempenhar atividades antes só executadas pelos particulares, as tradicionais características do serviço público, que seriam a titularidade, a natureza do interesse e o objeto, passaram a ser insuficientes para justificar a existência, ou não, de serviço público, variando o estreitamento de certos critérios de acordo com a atividade assumida pelo ente estatal, não se podendo reconhecer, em todos os casos de atuação estatal, o exercício de atividade de interesse geral (v.g., serviços comerciais e industriais).

¹¹ Sobre a crise da noção, v. **Orlando Gomes**. Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 59. **Edvaldo Brito**. Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1985, p. 7. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 160. Ver também do mesmo Autor: Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 1. Sobre a evolução da noção, v. **Juan Carlos Cassagne**. La Intervención Administrativa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, p. 33/34. **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61. **Marcelo Pereira**. O serviço público na atualidade, Tese(Doutorado) (USP), 1993, p. 28/29.

4. Critérios Classificatórios de Serviço Público.

Alguns critérios são utilizados para definir-se se há presença de serviço público, ou não. Os critérios mais difundidos são os chamados critérios: *orgânico; material ou formal*. O primeiro critério repousa na noção orgânica de serviço público, segundo a qual se o serviço é prestado pela administração pública, há serviço público. O segundo critério, material, está respaldado na existência de necessidades coletivas a serem atendidas pela administração pública ou por particulares, no exercício de poderes delegados. Neste sentido, se, por determinação constitucional ou legal, estivermos diante da imposição de atendimento de necessidades coletivas, estamos na presença de serviço público. O terceiro e último desta classificação, critério formal, repousa na circunstância de que se as atividades desempenhadas pela administração pública estão regidas pelo regime de direito público, estamos diante de serviço público propriamente dito.

Como a diversidade dos anseios humanos e o método para fazer com que estes sejam satisfeitos variam de acordo com padrões culturais no tempo e no espaço, uma classificação possível é a de que as necessidades podem ser individuais, comuns e coletivas.

Recorrendo ao exame feito por ***Maria Sylvia Zanella Di Pietro***, os elementos definidores de serviço público podem ser: o subjetivo; o formal; e, o material.

O elemento subjetivo, por determinação da própria Constituição Federal (artigo 175), está centrado na figura do Estado, uma vez que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, cabendo-lhe sua criação, na forma da lei, e sua gestão,

através dos órgãos da administração pública centralizada ou descentralizada, ou ainda, por meio de concessão ou permissão.

Sobre o elemento formal, ou seja, com relação ao regime jurídico a que estão submetidos os serviços, a Autora afirma que é a lei que vai determinar se o regime jurídico é de direito público, com pessoal estatutário, afetação de bens públicos e contratos regidos pelo direito administrativo, ou, pelo contrário, se o regime é de direito privado, no caso de serviços comerciais e industriais, com pessoal regido pelo regime 'celetista', bens sem afetação pública e contratos, em regra, de direito comum.

Quanto ao elemento material, averba a Autora que, seja adotando o conceito amplo de serviço público, segundo o qual este abrange todas as atividades do Estado, ou o restrito, que engloba apenas a atividade administrativa, não há como se afastar da idéia de que serviço público está estreitamente correlacionado à idéia de interesse público. Isto indica que para que determinada atividade seja tida como serviço público, consideradas as condições espaço/tempo, seu objeto deve revestir-se de interesse público, caráter este que deve constar da lei (1996, p. 85).

A respeito da noção de serviço público, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, assevera que esta "*há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é o **substrato material**, consiste na prestação de utilidades ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, (b) **traço formal** indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa unidade normativa (ibid, 407).*

Outro critério trazido por **Di Pietro** é aquele segundo o qual o serviço público pode ser considerado *próprio* ou *impróprio*, permitindo-se falar em serviços exclusivos e não exclusivos do Estado, com base nas determinações constitucionais. Desta forma, encontram-se serviços, previstos na Constituição, que são

exclusivos do Estado, não se admitindo que qualquer outro os exerça. Adquirem este caráter de exclusividade também, de acordo com a Autora, os serviços que são prestados mediante concessão ou permissão (art. 175). Com relação àqueles que podem ser executados pelo Estado e pelos particulares, necessitando apenas de autorização do poder público, a Autora os considera serviço público impróprio, porque não estão a cargo exclusivo do Estado (*ob. cit.*, p.91).

Com relação ao instituto da autorização, cumpre, de logo, esclarecer o seu conteúdo, cabendo afirmar que a autorização é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário praticado em prol de interesse do administrado, decorrente do poder de polícia do Estado. Neste aspecto, recorrendo às abalizadas lições trazidas por **Di Pietro**, verificam-se várias acepções que recaem sobre o termo autorização. Uma como sendo a autorização facultada ao particular para exercer determinada atividade ou praticar determinado ato, sem a qual estaria legalmente impedido, como no caso da autorização e fiscalização para produção e comércio de material bélico (art. 21, VI, CF), da autorização para a pesquisa e lavra de recursos minerais (art. 176), e também da autorização para porte de arma; uma outra, como sendo a que faculta ao particular o uso privativo de bem público, denominada *autorização de uso*; bem assim, a denominada *autorização de serviço público* a título precário. A Autora afirma a impropriedade desta última expressão, porque o ato administrativo que o poder público expede é precário e está baseado no poder de polícia exercido sobre as atividades dos particulares, bem como porque inexistente delegação de serviços públicos através de autorização, sendo mais correto entender que a delegação de poder público só é feita mediante concessão ou permissão, na forma do artigo 175 da Constituição (*ob. cit.*: 89/90).

A Autora lembra também a referência feita por **Caio Tácito**, segundo a qual os serviços públicos podem ser originários (congênitos) e derivados (adquiridos). De acordo com este entendimento, há serviços, que pela sua natureza, são próprios ou privativos do Estado, e há aqueles que, podendo ser executados também pelos particulares, são abrangidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência. Aos primeiros, chama de serviços originários ou congênitos, enquanto que os últimos denomina-os de serviços derivados ou adquiridos (*ob. cit.*, 90).

Rafael Bielsa afirma que serviços públicos próprios são aqueles que os deve prestar o Estado diretamente ou por concessionários, e por outra via, os serviços públicos impróprios são aqueles em que o Estado não os presta nem os concede, somente os regulamenta, tendo em comum com os serviços próprios sua contínua satisfação (*ob. cit.*, 459).

O *Plano Diretor de Reforma do Estado*, lançado em novembro de 1995, faz referência à existência de *serviço público estatal* e *serviço público não-estatal*, a partir da consideração de que existem quatro setores em que se localizam as tarefas do Estado, tais como: o núcleo estratégico; as atividades exclusivas de Estado; as atividades não exclusivas de Estado; e as atividades de produção de bens e serviços para o mercado¹², fazendo inferir-

¹² Segundo o Plano Diretor de Reforma do Estado: NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas. ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc. SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias

se, erroneamente, como válida a idéia de serviço público não estatal¹³.

Depreende-se também que a Constituição Federal de 1988 dispensou emblemático e inovador tratamento ao exercício de atividade econômica ao Estado, distinguindo nitidamente, segundo **Fernando Herren Aguillar** (1999, p. 125), serviço público e atividades econômicas em sentido estrito, uma vez que de um lado conforma o princípio da livre iniciativa econômica (atividade econômica em sentido estrito) aos particulares (arts. 170, *caput*), prevendo a atuação supletiva ou subsidiária ao Estado em matéria de desempenho de atividade econômica própria, tendo em vista segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173), e de outro reservou para o Estado a prestação de serviços públicos (art. 175), prevendo regime jurídico próprio para sua prestação¹⁴.

5. Considerações sobre as Posições Doutrinárias relativas ao Serviço Público.

Sobre as emanações aqui trazidas relativas às noções de serviço público, algumas considerações também podem ser dispostas.

produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

¹³ Nas conclusões sobre a noção de serviço público esta questão será tratada mais detalhada e justificadamente.

¹⁴ O que se verifica é que o crescimento das atividades prestacionais do Estado, que fez com que quase tudo ficasse sob a sua responsabilidade, originou uma impropriedade terminológica que considera que todas as atividades prestacionais desenvolvidas pelo Estado são necessariamente serviço público. **Alain-Serge Mescheriakoff** a partir da multiplicação dos serviços públicos que caracterizaram a afirmação do Estado-providência, afirma que a atividade econômica das pessoas públicas repousa sempre sobre a noção de serviço público de caráter industrial ou comercial que é distinta da clássica noção de serviço público administrativo (1996: 53). Esta impropriedade será abordada mais pormenorizadamente no decorrer deste trabalho.

No caso da doutrina brasileira, pode-se vislumbrar que as noções trazidas convergem para o entendimento de que para identificar se o serviço é público, não basta que o Estado exerça em regime de monopólio o serviço, pois pode haver a delegação de poderes aos particulares para exercício de serviço, não desnaturando a qualidade de serviço público a ele atribuído (concessões de serviços públicos e de obras públicas e permissão de serviços públicos), descaracterizando, de logo, o exame exclusivo da noção orgânica na verificação de serviço público ou não. Assim, entende-se aqui que o critério orgânico, por si só, não é suficiente para explicar e justificar a existência de serviço público. É que, isolando-se o critério orgânico para verificar a existência do serviço público, debate-se com o fato de que a administração pública pode prestar serviço público de forma direta, indireta, e ainda, através de delegação de poder, como o que se encontra na concessão de serviço público e de obra pública.

Precisa é a lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, no sentido de que é preciso "*atrair atenção para o fato de que existem indicações constitucionais claras de que há (a) certos serviços que não podem ser serviços públicos e (b) certos serviços que o são obrigatoriamente ou que (c) podem ser públicos*" (ob. cit.: 426).

Independentemente das discrepâncias colhidas nos conceitos e definições aventados pela doutrina, principalmente sobre os sentidos amplo e restrito, um traço peculiar é encontrado na maioria das definições aqui trazidas. É que os serviços públicos são considerados como tais, quando o ordenamento jurídico assim o determinar, seja em nível constitucional ou infra. Isto significa que o fato de considerar-se determinada atividade desempenhada pelo poder público, ou por delegação, como serviço público depende intimamente do exame do preceito normativo.

De acordo com este entendimento estão juristas do quilate de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**(1996:83); **Celso Antônio Bandeira de Mello**(1996:413,416); **Marçal Justen Filho** (1997:54); **Odete Medauar**(1999: 346/347); e, **Lucia Valle Figueiredo** (1998:72).

Esta conclusão leva a que se verifique que é através do exame do texto constitucional e de leis ordinárias que veiculam a matéria, que se vai poder precisar sobre se a atividade é, por imposição normativa, caracterizada como serviço público.

Desta forma, o caráter substantivo da noção de serviço público também perde força, uma vez que é o ordenamento jurídico que determina quais são as atividades que necessariamente encontrar-se-ão sob o crivo de serviço público, dado que a investigação sobre interesse público varia de acordo com a época em que prepondera maior ou menor intervenção estatal. O exame sobre se certas atividades são, em si mesmas, serviços públicos, consubstancia-se, em verdade, numa verificação de caráter extrajurídico ou pré-jurídico. Importa, efetivamente, aquilo que a lei determina, e não o que deveria determinar.

Infere-se, pois, que a verdadeira noção de serviço público que entrou em crise foi aquela que se respaldou unicamente nos critérios orgânico e material, sem dar conta de que o que necessariamente releva é o traço formal a que está submetida a atividade desempenhada pelo Estado, havendo serviço público quando o legislador atribuir um regime especial - o administrativo - a determinada atividade¹⁵.

Neste sentido, um outro aspecto que merece destaque é o fato de que a grande parte dos conceitos tradicionais a respeito da noção de serviço público, não levam em conta o caráter histórico das emanações legislativas, podendo-se, numa

¹⁵ Cf. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 169.

determinada época, considerar uma determinada atividade como sendo serviço público, enquanto que em outra, não mais ser tida como serviço público.

Isto equivale a dizer que a noção de serviço público varia de acordo com a compreensão que se tenha a respeito de necessidades sociais e coletivas, vigente em determinada época.

É de se reconhecer que a caracterização de serviço público varia de acordo com os preceitos legais, vigentes em determinado período histórico. Assim enuncia **Marçal Justen Filho**, em trecho de sua obra *Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nº8.987 e 9.074, de 1995*:

"É imperioso reconhecer a historicidade de questões relacionadas à intervenção do Estado na ordem econômica. Cada Estado desenvolveu, durante sua evolução, um modelo, peculiar, onde as formas de atuação, os limites e a disciplina jurídica retratam experiência própria, única e intransferível. Mais ainda, o conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico" (p.54).

Tal fato se deve essencialmente à circunstância de que o conceito doutrinário de serviço público está, na maioria das vezes, atrelado à "atividade exercida em prol dos interesses públicos ou da coletividade". Ora, num dado momento histórico, os interesses públicos ou os da coletividade podem identificar-se com esta ou aquela concepção ideológica, e não serem os mesmos no futuro, como não foram no passado, inclusive por serem influenciados por mudanças na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado momento histórico. Assim, os tradicionais conceitos de serviço público são enfaticamente essencialistas, porque não reconhecem a "*variabilidade histórica dos conceitos de serviço público*"¹⁶.

¹⁶ Cf. **Fernando Herren Aguillar**, 1999: 113.

6. A noção de Serviço Público a partir da Ordem Econômica Constitucional.

Ocorre que a vigente Constituição, dispensando um tratamento inovador na definição do espaço público e privado, conforme demonstrado, reservou para o Estado a prestação de serviço público, prevendo regime jurídico próprio para sua prestação (art. 175)¹⁷ ¹⁸. Esta opção constitucional deve ser vista como um marco histórico na definição da noção de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra situação que se torna evidente, é que a noção de serviço público deve ser percebida como uma noção fragmentada, uma vez que, através do critério classificatório de serviços próprios e impróprios do Estado, abundantemente tem sido utilizada e implementada no direito legislado brasileiro uma adequação voltada para fragmentar os serviços a cargo exclusivo do Estado, e os serviços que podem ser prestados mediante concessão, permissão ou autorização aos particulares, mesmo sabendo que pela sua conformação jurídica, o serviço concedido ou permitido tem índole regida pelo direito público, enquanto que o serviço autorizado, quando exercido pelos particulares, é regido pelo direito privado. Esta fragmentação leva a que venha a se tornar ainda mais confuso o estudo da noção de serviço público.

Presentemente, na tentativa de esclarecê-la, pois, tornando obrigatório que se leve em consideração as mutações do pensamento de cada época, é imperiosa a análise das disposições constitucionais e legais sobre o que pode ser tido como atividade a cargo exclusivo do Estado, serviço público próprio, e de outra

¹⁷ Prevê o artigo 175 da Constituição que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁸ Aqui se valoriza também o elemento topográfico, com relação à inclusão de uma definição de serviço público no âmbito do capítulo da *Ordem Econômica Constitucional*.

forma, quais atividades que poderiam, concorrentemente, também estar a cargo dos particulares, na prestação de utilidades de interesse geral, tendo-as como serviço público impróprio. Neste sentido, a obrigação veiculada na Constituição, na *Seção da Saúde*, estaria enquadrada como *serviço público impróprio*, tendo em vista que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (art. 196) e sua execução *deve ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197).

Não há dúvida de que, modernamente, ao Estado são atribuídas tarefas e atribuições de diversas naturezas, ligadas a seus fins, constitucionalmente colimados. Conforme antes dito, as atividades do Estado estão relacionadas à coexistência social e à prestação de utilidades aos administrados. Isto leva a uma conclusão de que são as atividades prestacionais do Estado aquelas que se vinculam à noção de serviço público, devendo-se distinguir daquelas que estão relacionadas à manutenção da convivência social.

A partir das considerações feitas, enfeixa-se um entendimento próprio sobre a noção de serviço público, fundamental para o empreendimento do presente estudo, como sendo *as atividades continuamente desenvolvidas por alguns órgãos ou entidades da administração pública, diretamente ou pelos regimes de concessão ou permissão, nos moldes constitucionais e legais, e na prestação de utilidades de interesse geral*.

Este entendimento implica no seguinte: 1- o serviço público é *uma atividade contínua*, ou seja, não pode ser suspenso, em face de que as necessidades básicas da sociedade não se interrompem; 2- é atividade exercida por *alguns órgãos da administração*, não por todos, porque nem todos os órgãos da administração prestam serviços públicos; 3- pode ser exercido de forma *direta pela Administração Pública*, ou ainda, através do

regime de permissão ou concessão, em que o permissionário ou o concessionário exercem função delegada de Poder público; 4- é a Lei Maior que designa quais atividades deverão ser obrigatoriamente exercidas na prestação de serviço público, e são as *leis* que regulam seu exercício; 5- as atividades têm caráter prestacional, distinguindo-se das atividades de coexistência, e seu exercício está voltado para o atendimento do *interesse geral*, em benefício da coletividade¹⁹.

Sob este ponto de vista, os serviços prestados na área do Poder Judiciário não se revestem da peculiaridade de serviços públicos, sendo mais correto dizer-se *serviços de interesse geral*, correlacionados com as atividades prestacionais de atendimento dos fins do Estado.

Neste ínterim, convém dizer que a figura da delegação administrativa, que é o *poder conferido pela lei a uma autoridade administrativa para que transfira a outra autoridade a possibilidade de praticar certos atos de sua competência originária*, é envolta em uma série de complexidades da doutrina jurídica e da prática administrativa ²⁰, inclusive no que concerne à delimitação da extensão da competência para prática de atos administrativos, bem assim da responsabilidade do delegante e do delegado^{21 22}.

Outro aspecto relevante é justamente o fato de que o interesse que circunda a noção de serviço público deve ser visto

¹⁹ Neste particular, o serviço público como espécie do gênero, atividade econômica geral, em face da sistematização da Ordem Econômica Constitucional, na direção do pensamento de **Eros Roberto Grau**. *Constituição e Serviço Público*. in *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2001, p. 266 e segs.

²⁰ **Lafayette de Azevedo Pondé** faz brilhante estudo sobre a figura da delegação administrativa (1995, p. 137 e segs.).

²¹ A propósito, a Súmula 510 do STF dispõe que praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial. Publicada no DJ em 10-12-69 PG:05932.

²² Dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LXIX prevê que *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público*.

como de natureza metaindividual, *i.e.*, que transcende o indivíduo isoladamente considerado.

A partir desta atribuição qualitativa, é de se dizer que a expressão *interesse público* deve permanecer vinculada à presença do Estado, cabendo-lhe mesmo fixar o seu próprio conteúdo, uma vez que a esfera de atuação estatal giza elementar e fundamentalmente sob a ótica das suas funções constitucionalmente previstas a partir do atendimento dos fins do Estado, bem assim em relação aos espaços públicos; da garantia da ordem pública; da preservação da segurança pública; da manutenção das liberdades públicas constitucionalmente previstas; da disponibilização de utilidades e benefícios em prol da coletividade, levadas em consideração as razões de espaço e tempo. Neste aspecto, a expressão *interesse geral* vem a representar os interesses de toda a coletividade (Estado e Sociedade), como um fim a ser alcançado seja através do serviço público prestado pelo Estado, seja através da participação, do envolvimento e da integração dos entes ou grupos sociais em atividades que atendem ao universo coletivo.

Dentro desta ótica, o qualificativo “público” só deve ser atribuído ao serviço que for prestado pelo Estado, diretamente ou por meio de concessão ou permissão. Quando se estiver diante de atividade de interesse geral que for prestada por particulares, não se pode falar de serviço público, e sim em *serviço de interesse geral* ou *serviço social*²³.

Modernamente, alguns Autores²⁴ infirmam o alargamento da noção de interesse público, para atribuir à

²³ Denominação empregada pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, **Luiz Carlos Bresser Pereira**, na edição do primeiro número dos *Cadernos do MARE da Reforma do Estado*, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília, 1997, p. 25.

²³ **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2.000, p. 124/129; **Odete Medauar**, *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 182.

²⁴ Entidade que por sua atividade caminha paralelamente ao Estado, ao seu lado, na consecução de serviços de interesse geral.

sociedade o compartilhamento do interesse público, antes condicionado ao monopólio estatal, podendo-se encontrar a distinção entre o *público estatal* e o *público não-estatal*. O *público estatal* estaria representado pelo Estado no exercício de suas atividades próprias e exclusivas, enquanto que o *público não-estatal* estaria representado por entidades que, embora com personalidade jurídica de direito privado, exercem certas atividades não exclusivas de Estado, que, pela permissividade da lei e pelo não esgotamento por parte deste, incumbem-se de realizá-las paralelamente ao ente estatal.

Tais entidades foram vulgarmente denominadas como prestadoras de serviço público não-estatal. Há uma denominação utilizada para entidades que exercem serviços de interesse geral que é similar às entidades prestadoras de serviços não-estatais. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (1999:199), entende como *entidades paraestatais*²⁵, aquelas "*peças privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção*", tratando-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva de Estado), tais como o *amparo a hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional*, bem como as entidades declaradas de utilidade pública e de fins filantrópicos.

De outro modo, se houver específica atividade diretamente desenvolvida pelo Poder Público, sendo circundada pelo interesse geral, embora possa concomitantemente ser desenvolvida pelos particulares, dúvida remanesce se se pode considerar esta atividade como serviço público. É o caso, por exemplo, das atividades ligadas à educação (escolas e universidades públicas) e à saúde (hospitais públicos), posto que o Estado diretamente as exerce, muito embora seja também deferida

aos particulares. Nesse aspecto, **Fernando Herren Aguillar** faz interessante ponderação, com a qual concordamos, no sentido de que seria uma contradição lógica fossem serviço público tipicamente, porque não sujeitas aos regimes de concessão ou permissão, e sim de simples autorização do poder público, sob pena de tornar letra morta a previsão do artigo 175 da Constituição de 1988. Todavia, quando estas atividades são exercidas pelo Estado, o Autor atribui-lhes a condição de *função estatal*, e não a de serviço público (1999: 139). Conforme antes observado, a obrigação constitucionalmente prevista no artigo 196, na *Seção da Saúde*, estaria enquadrada doutrinariamente como *serviço público impróprio*, tendo em vista que a *saúde é direito de todos e dever do Estado* (art. 196) e sua execução *deve ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197), porém, quando prestada pelo Estado, passaria a representar o cumprimento do Estado de uma de suas funções, "*que não pode deixar de fazê-lo*" (1999: 152).

Assim, no exercício de suas funções, o Estado está obrigatoriamente vinculado a desempenhar determinadas atividades, não somente em relação a levar um benefício ou utilidade à coletividade, mas na prossecução de seus próprios fins, como aqueles relacionados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988²⁶. Assim, fica rechaçado aqui o emprego da expressão *serviço público não estatal*, pela sua absoluta impropriedade jurídica de cunho conceitual e metodológico.

²⁶ Conforme antes anotado, prevê o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 que *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*. Na atualidade do mundo tecnológico e da necessidade de preparação para a competitividade, tais objetivos só se perfazem com o compromisso e dever estatal de prestar educação e saúde à população brasileira.

7. Conclusão.

Importa, a partir do traço oferecido às atividades prestacionais do Estado, deixar infirmada esta específica noção de serviço público, constituindo-se tarefa indispensável para a distinção de atividades que estejam regidas ou não pelo seu contorno formal, especialmente a partir da sistematização trazida para a Ordem Econômica Constitucional brasileira.

É justamente no intuito de separar e distinguir que este estudo foi empreendido, para oferecer um pouco de luz onde havia escuridão, revelando uma peculiaridade inquietante do direito administrativo-constitucional pátrio.

Exortada pela atual concepção jurídica estatal, a noção de serviço público se apresenta como algo circunscrito a um regime rígido e com nítido entendimento, dilucidando-se as dúvidas quanto ao seu conteúdo, a partir do traço concedido pela Constituição Fundamental.

8. Referências Bibliográficas.

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, reimpressão, 1 v.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR6023: Informação e Documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, 2.000.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora y Impresora, 1964, 6ª edición, tomo I.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1985.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, II v..
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, 2ª edição.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1994, p. 33/34
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria F. Bastos, 1967, 8ª edição, ref. e atual..
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 17ª edição, 2.000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1996, 6ª edição.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, 5ª edición.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*: Paris - France: A. Libraire Fontemoing & Cie. Editeurs, 1923, Deuxième edition.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998 b, 3ª edição, rev. e atual..

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão (Condições Gerais dos Contratos)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. in Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética Editora, 2000, 8ª edição.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº8.883, de 08/06/1994*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996, 4ª edição.

_____. *Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nº8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo-SP: Dialética, 1997.

JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo, La Noción de Servicio Público*, Buenos Aires, Editorial DEPALMA, 1949, II v., 1ª parte.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria Geral da Administração*. São Paulo: Editora Altas, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 3ª edição revista e atualizada.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Nova Crise do Serviço Público?. In: Estudos de Direito Constitucional - em Homenagem a José Afonso da Silva*. GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, 2ª edição rev. e amp..

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 24ª edição atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 8ª edição rev., atual. e amp..

_____. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit Public Économique*. Paris: PUF, 1996, 2ª édition revue et augmentée.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, Tomo V.

MODESTO, Paulo. *Função Administrativa*, Revista Eletrônica Diálogo Jurídico, Ano I - vol. I - n.º. 4 - julho de 2001 - Salvador - Bahia - Brasil.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998 a, 11ª edição, totalmente rev. e atual..

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.

PEREIRA, Marcelo. *O serviço público na atualidade*. Tese(Doutorado), São Paulo (USP), 1993.

PONDÉ, Lafayette de Azevedo. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.

RIBEIRO, Manoel. *A Institucionalização Democrática do Poder*. Salvador: Editora Distribuidora de Livros Salvador, 1983, 2ª edição.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*: Coimbra, Livraria Almedina, 1981, Trad. Rogério Ehrhardt Soares.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Prólogo à Teoria do Estado (Ideologia e Ciência Política)*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, 2ª edição.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, 11ª edição rev..

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, 4ª edição, rev., aum. e atual..

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

_____; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif - Thèmes Droit Public*. Paris - France: Presses Universitaires de France, 1992, Tome 2.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, J.J. Gomes Canotilho (Coord.), 1997, Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho.