

U

35

Conceito Moderno do Serviço Público.

José Cretella Junior

(Livre Docente de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.)

PRIMEIRA PARTE.

Conceito de Serviço Público na Doutrina Universal.

SUMÁRIO: 1. Noção de Serviço Público. 2. Importância da obtenção do conceito de Serviço Público. 3. Crise da noção jurídica de Serviço Público. 4. Dificuldades da conceituação do Serviço Público. 5. Teorias relativas ao Serviço Público. 6. Escola negativista. 7. Escola do Serviço Público. 8. Escola Institucional de HAURIUO. 9. Outras definições.

1. A noção de Serviço Público¹.

Investigação das mais complexas, tarefa das mais árduas é fixar de modo preciso o sentido da expressão Serviço Público.

1. **Bibliografia.** GASTON JÈZE, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Madrid, s/d., trad. de CARLOS GARCIA OVIEDO, p. 283. Cf. idem, Buenos Aires, 1949, trad. de JULIO N. SAN MILLÁN ALMAGRO, v. II, p. 3; MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 56; LÉON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, p. 438 e *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Paris, 1911, p. 69; HENRY BERTHÉLEMY, *La notion de service public*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 817-820; ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif* (Partie

Com efeito, embora a organização e o funcionamento dos Serviços Públicos sejam, na opinião de autorizados mestres, de importância fundamental no âmbito do Direito

Générale), Paris, 1935, p. 235 e *Précis de Droit Public*, 7.^a ed., Paris, 1946, pág. 183; LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, págs. 1 e 16; PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, p. 502; MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.^a ed., Paris, 1952, p. 5; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 35 e 551 e *Manuel de Droit Administratif*, 4.^a ed., Paris, 1955, p. 19; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 3 e *Principes généraux, organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Bruxelles, 1954, pág. 51; FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, 1933, p. 198 e p. 259 da ed. espanhola; ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, Milano, 1930, vol. VI, parte I, p. 379; Idem, *Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Padova, 1951, p. 281; GUIDO ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, Milano, 1935, vol. II, parte III, p. 235; Idem, *Corso di Diritto Amministrativo*, 4.^a ed., Milano, 1949, vol. III, pág. 301; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, pág. 806; VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Murcia, 1920, vol. I, p. 43; Idem, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, p. 88; ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1923, p. 267; ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Valladolid, 1927, p. 662; CARLOS GARCIA OVIEDO, *La teoría del Servicio Público*, Madrid, 1923 e *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1951; GASCÓN Y MARIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11.^a ed., Madrid, 1950, vol. I, p. 225; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., México 1948; p. 15; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, vol. I, p. 57; RODOLFO BULLRICH, *Nociones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 26 e *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 18; RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 8; Idem, *Principios de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., 1948, pág. 41; Idem, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. I pág. 475; Idem, *Estudios de Derecho Público*, vol. I, Buenos Aires, 1950, p. 73; Idem, *Compendio de Derecho Público*, vol. II, Buenos Aires, 1952, p. 92; FELIX SARRIA, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., 1950, vol. I, pág. 215; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949, v. I, p. 51 e v.

Administrativo², a expressão consagrada para caracterizá-los tem sido das mais discutidas e criticadas³.

III, parte I, Buenos Aires, 1951, p. 3; MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Coimbra, 1963, p. 544; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1945, p. 217; Idem, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed. 1954, p. 189; Idem, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, 2.^a ed., 1949, p. 7; MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1937, v. I, p. 125; GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, vol. II, p. 224; MARIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, S. Paulo, 1933, p. 21 e *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, v. II, p. 285; ANTÃO DE MORAES, *Problemas e Negócios Jurídicos*, S. Paulo, 1949, v. III, p. 29; CELSO BRANT, *Teoria Geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951; RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 81; TITO PRATES DA FONSECA, *Direito Administrativo*, 1939, p. 58 e Lições, 1943, p. 31; FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*. Rio, 1943; p. 266; THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, *As taxas e seus principais problemas teóricos*, S. Paulo, 1941, p. 119; EUSTORGIO SARRIA, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Bogotá, 1957, p. 75 a 115 (*Teoria del Servicio Público*) e *Régimen jurídico del subsuelo*, Bogotá, 1957, p. 15; ANTONIO LANCIS, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., La Habana, 1952, pág. 72.

2. Além de GASTON JÈZE, que considera os *Serviços Públicos* como a “pedra angular do Direito Administrativo francês”, convém registrar as opiniões de LÉON DUGUIT (“Esta noção de Serviço Público é capital: em torno dela gravita todo o Direito Público Moderno”. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. I, p. 223), de SAYAGUÉS LASO (“No direito moderno, a execução dos Serviços Públicos é um dos principais cometidos estatais”. *Tratado*, v. I, p. 57), de GARCIA OVIEDO (“O Serviço Público é o eixo sôbre o qual gravita o moderno Direito Administrativo”. *La Teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 5), de VILLEGAS BASAVILBASO (“Instituição fundamental no âmbito do Direito Público e da Ciência da Administração” *Derecho Administrativo*, v. III, p. 3).

3. “É a noção de Serviço Público uma das mais controvertidas” (BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires 1955, v. I, p. 475). MÁRIO MASAGÃO: “A noção de serviço público tem sido objeto de confusão, criada principalmente pelos modernos escritores” (*Curso de Direito Administrativo* S. Paulo, 1960, v. II, p. 285).

Considerada por alguns como incerta e flutuante⁴, por outros, como não correspondendo, dentro da doutrina que se examina, a um conceito bem delineado, visto ser noção puramente teórica, em desacôrdo com a realidade⁵, vem constituindo permanente óbice⁶ com que lutam quase todos⁷ os especialistas da matéria que se esforçam, há muito, para conseguir noção clara e sintética do que se deva entender por Serviço Público.

Raro, pois, o tratadista que, devendo utilizar a consagrada expressão, não se empenhe, preliminarmente, com cautela especial, em obter um conceito próprio para exprimir a realidade proteiforme que as palavras Serviço Público precisam, necessariamente, traduzir.

2. *Importância da obtenção do conceito de Serviço Público*⁸.

Não se pode fazer estudo completo a respeito da Função Pública e da posição do Funcionário Público dentro da má-

4. "O tratamento dos Serviços Públicos apresenta uma dificuldade inicial, de definição e de limites: a falta, na literatura jurídica, de um conceito, não digo preciso, mas, pelo menos, genérico" (ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato* de ORLANDO, Milano, 1930, v. VI, parte I, p. 379). TITO PRATES DA FONSECA escreve: "O conceito de Serviço Público está por demais flutuante" (*Direito Administrativo*, 1939, p. 58).

5. Cf. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, México, 1952, 5.^a ed., p. 16 e 6.^a ed., 1955, p. 17.

6. "Uma das torturas do Direito Administrativo é definir, com exatidão, o que seja Serviço Público" (ANTÃO DE MORAES, *Problemas e Negócios Jurídicos*, p. 29).

7. RODOLFO BULLRICH, isoladamente aliás, acha que "o conceito de Serviço Público está ao alcance da compreensão da maioria; é muito mais acessível à mentalidade média do que outros conceitos..." (*Noções de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 27). Em outra obra, o mesmo autor frisa: "Não é preciso realizar estudos especiais, nem valorizar a capacidade pessoal mediante um título universitário para poder apreciar o verdadeiro significado das palavras serviço público" (*Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 18).

8. ANDRÉ BUTTGEBACH, em dois recentes e importantes trabalhos, salienta de maneira insofismável a importância do esclarecimento da

quina administrativa do Estado, sem que se tenha noção exata do que é o Serviço Público”⁹.

Se não se aclara esta noção, corre-se certamente o risco de incidir, por exemplo, na identificação do Serviço Público com a Função Pública que constituem, no entanto, aspectos bem distintos da mesma realidade, se bem que com alguns necessários pontos de contato ¹⁰.

Além disso, reconhecidas autoridades do Direito Público francês, que timbram em identificar o Serviço Público com o próprio Direito Administrativo ¹¹, merecem tôda a consi-

expressão *Serviço Público*. Cf. *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 10 e *Principes Généraux, organisation et moyens d'action des Administrations Publiques*, Bruxelles, 1954, p. 51.

9. “A noção do Serviço Público no Estudo do Direito Administrativo é de grande importância, porque representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração” (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 7).

10. RAFAEL BIELSA elucida de modo completo a questão escrevendo: “Confunde-se com freqüência a idéia de Serviço Público com a de Função Pública: Serviço Público e Função Pública para alguns seriam termos e conceitos equivalentes. Para precisar ou deslindar estes conceitos, tomemos como exemplo a justiça. É um serviço público a administração judicial? É uma função pública? Sem dúvida, o órgão jurisdicional, ao decidir em uma ação ou um recurso promovido por quem reclama justiça, presta um serviço jurídico, mas o fim do ato jurisdicional é restabelecer o império do direito. Nos procedimentos judiciais *de officio* se verifica este princípio. A administração da justiça não é um serviço público no conceito que aqui damos de serviço. O conceito de Serviço Público deve restringir-se à atividade concreta, mediante a qual se realiza essa prestação, geralmente de caráter econômico ou cultural e êle não deve estender-se a essa atividade intermitente e propriamente jurisdicional (puramente jurídica) que exerce a magistratura judicial. A jurisdição é uma função pública essencialmente jurídica” (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 85-86).

11. Para GASTON JÈZE, o Direito Administrativo é o conjunto de regras relativas aos Serviços Públicos (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*, trad. argentina de SAN MILAN ALMAGRO, Buenos Aires, 1948, v. I, p. 1 e trad. esp. de GARCIA OVIEDO, Madrid, s/d., p. 29), definição esta ainda seguida em nossos dias por LOUIS ROLLAND, que o

deração da parte do analista, porque em suas obras estudam a maior parte dos problemas de nossa disciplina, embora não lhe perscrutem todos os setores, visto que o Direito Administrativo deve, necessariamente, estudar a organização e o modo por que funcionam os Serviços Públicos, mas precisa ir além, para abranger em seus limites outros aspectos, não incluídos naquele modo obrigatório porém não suficiente, de considerar esta matéria¹².

3. *Crise da noção jurídica de Serviço Público*¹³

Tão controvertida é a polêmica em torno da expressão Serviço Público que moderno autor francês — JEAN LOUIS DE CORAIL — fazendo exaustivo estudo das metamorfoses por que passou aquela noção e comparando sempre o resultado

define como o conjunto das regras relativas à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e às relações destes com os particulares” (*Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, p. 1).

12. “A idéia de Serviço Público não pode faltar na definição de Direito Administrativo, embora o Serviço Público não seja tudo (como parece ser, na concepção de JÈZE); contudo, é elemento essencial” (RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires, 1955, v. I, p. 40).

13. Sobre a crise desta noção, modernos autores vêm fazendo contínuas referências, como, por exemplo, os seguintes: JEAN LOUIS DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954; GUY MORANGE, *Recueil Dalloz*, 1947, p. 45; MARCEL WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de Service Public*, in *Revue Administrative Française*, n. 5, 1948, p. 23-25 e *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.^a ed., Paris, 1952, págs. 306-308; AUBY, *Les incertitudes de la théorie du service public*, in *Annuaire de la Faculté de Droit de Bordeaux*, Bordeaux, 1951, p. 3; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13-14 (*La Crise actuelle de la Théorie du Service Public*: “A noção e a teoria do Serviço Público atravessaram, sem dúvida, uma crise em Direito Administrativo francês”, p. 13) e *Manuel de Droit Administratif*, Bruxelles, 1954 (“Enquanto que a Teoria do Serviço Público parece, sob alguns aspectos, estar regredindo, na França...”, p. 53, nota n.^o 1); ANDRÉ DE LAUBA-

com o que ocorria, paralelamente, no mundo administrativo francês chegou à conclusão que o que se verificava, de fato, era uma verdadeira crise da noção jurídica do Serviço Público, sendo necessário, pois, abandonar de imediato aquela fugidia e inconstante concepção.

Em diferentes alturas de sua monografia, faz o autor francês referências ao assunto, assim resumido no remate da obra:

“as conclusões a que chegamos são uma clara condenação dos postulados sôbre os quais repousava a doutrina do Serviço Público. As crises sucessivas contribuíram para arruinar uma noção jurídica que, desde a época de seu aparecimento, não lograra vencer de maneira satisfatória. No final dêste estudo, cremos poder afirmar que em nosso Direito Administrativo a noção de serviço público não tem mais valor de noção jurídica... A crise da noção do Serviço Público parece confirmar a tradição dos juristas de todos os tempos”¹⁴.

Para chegar a tal conclusão, JEAN LOUIS DE CORAIL tomou como ponto de partida a noção de Serviço Público na época em que se achava em pleno apogeu: “Serviço Público é uma empresa criada pelas autoridades públicas e dotada de meios exorbitantes do direito comum, a fim de satisfazer a uma necessidade de interesse geral”¹⁵.

DÈRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 562; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 6.^a ed., México, 1955, p. 16; CAIO TACITO, *Imposto, Taxa e Preço Público*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 44.

14. Cf. *La crise de la notion juridique de Service Public en Droit Administratif français*, Paris, 1954, p. 347.

15. *Idem*, *ibidem*, p. VI-VII (Préface de PAUL COUZINET).

Decompondo-a nos três elementos que a integram, colocando-a em confronto com fenômenos originais surgidos no campo do Direito Administrativo, concluiu CORAIL que os fatores postos em relêvo pelos doutrinadores ao conceituarem o Serviço Público não são essenciais, visto que ora um, ora outro, e, em alguns casos, até mesmo dois dêsses elementos sofreram abalos em diferentes circunstâncias da vida administrativa.

Nessas condições, o caráter móvel, flutuante, instável dum conceito que não resistiria, mercê dos elementos que o constituem, à menor análise, impõe ao cientista um só caminho: o abandono de noção por demais frágil.

De qualquer maneira, porém, o exame atento das transformações sofridas pela noção de Serviço Público serve para mostrar que, mesmo em nossos dias, continuam os estudos e indagações tendentes a esclarecer um dos mais importantes capítulos do Direito Administrativo ¹⁶.

4. *Dificuldades da conceituação do Serviço Público.*

Diante de tantas teorias elaboradas para explicar o Serviço Público, não é nada fácil o só trabalho de sistematizá-las para em seguida, eliminando o que há de supérfluo e agrupando o que reúnem de comum, conseguir-se uma noção lapidar que reflita do modo mais objetivo possível a realidade dos fatos.

Há muito tempo, ARNALDO DE VALLES já observara que a dificuldade em compreender a expressão global, Serviço Público, residia no fato de ser essa expressão composta de dois elementos — um substantivo e outro adjetivo — por sua vez carecedores de interpretação.

Escreveu o festejado mestre italiano:

16. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., 1952, p. 16. Cf. *Idem*, 6.^a ed., p. 16.

“A expressão Serviço Público é usada, na prática, com um significado global que não corresponde ao significado particular do substantivo e do seu atributo: ao contrário, se há tanta variedade de opiniões sôbre o conceito de Serviço Público, isto se deve ao fato de que, se é incerto o atributo, o substantivo é tomado sucessivamente em todos os seus significados, ocorrendo daí uma noção diferente da idéia integral”¹⁷.

VILLEGAS BASAVILBASO acentua igualmente a dificuldade em conceituar o Serviço Público, assinalando:

“As definições de Serviço Público não podem ser concordantes, visto estarem sujeitas a conceitos, segundo os autores, de ordem político-jurídica ou político-econômica, o que produz, infalivelmente, a maior disparidade de critérios”¹⁸.

Passaremos em revista as teorias mais importantes a fim de dar uma idéia aproximada do estado atual do problema, ao mesmo tempo que prepararemos o terreno para a apresentação de nosso conceito do Serviço Público.

5. *Teorias relativas ao Serviço Público.*

Entre as inúmeras teorias elaboradas para explicar a natureza e o fundamento dos Serviços Públicos com relação ao Estado, cumpre mencionar apenas as mais importantes, reunindo-as numa escala que se estende desde a posição dos autores que negam àquela noção qualquer utilidade, até a colocação extrema de autoridades que julgam ser o Serviço Público o momento culminante, a base do Direito Administrativo moderno.

17. *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1930, vol. VI, Parte I, p. 384.

18. *Derecho Administrativo*, v. III, Buenos Aires, 1951, p. 5.

Numa tentativa cômoda de reunir, para facilidade de estudo, as principais Teorias do Serviço Público, apresentamos o seguinte esquema:

Serviço Público	1. Escola negativista	BERTHÉLEMY
		RIVERO
	2. Escola do Serviço Público	DUGUIT
		BONNARD
JÈZE		
	ROLLAND	
3. Escola Institucional	HAURIOU	
4. Outras definições		

Estudemos nos subseqüentes parágrafos os traços característicos de cada uma dessas Escolas, os méritos e os deméritos de cada uma dessas contribuições.

6. *Escola Negativista*¹⁹.

Ao contrário da maioria dos autores franceses que, ou esposam a Teoria do Serviço Público de modo absoluto ou, pelo menos, lhe dão em seus trabalhos lugar de merecido relêvo, o clássico H. BERTHÉLEMY, seguido ainda em nossos dias por JEAN RIVERO, nega qualquer importância à noção que estamos analisando.

Para BERTHÉLEMY e seu discípulo RIVERO, convictos defensores da concepção subjetivista e voluntarista do Direito, a teoria do Serviço Público é fonte perene de erros e con-

19. **Bibliografia.** H. BERTHÉLÉMY, *La notion de service public*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 817-820; H. BERTHÉLÉMY e JEAN RIVERO, *Cinq ans de réformes administratives (1833-1838)*, supplément à la première édition du *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, ROUSSEAU, 1938; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, v. III, p. 6.

fusões, devendo ser banida do âmbito do Direito Administrativo.

Razão alguma assiste, entretanto, aos adeptos da posição negativista porque, se por um lado, atribuir à noção que estamos analisando uma importância total, exclusiva, como querem alguns, é colocação passível de crítica, não menos isenta de reparos é a atitude que procura afastar do mundo científico uma conquista tradicional, complexa, é verdade, pela natural dificuldade em ser definida, dificuldade, aliás, fácil de compreender-se quando se pensa que o conjunto dinâmico dos fenômenos do mundo administrativo, por sua própria natureza, só admite temporário enquadramento em expressões às quais os doutrinadores emprestam muitas vezes significação estática.

Meditada e imparcial leitura dos mais modernos autores da França deixa evidente que, se a noção do Serviço Público pode ter perdido um pouco da precisão dos primeiros tempos quando, de modo mais absoluto, abrangia a maior parte dos fatos administrativos, isso não quer dizer que esteja em crise, mas ao contrário, em fase do mais completo apogeu²⁰.

Eis por quê, no âmbito do Direito Administrativo, merece o mais cuidadoso exame a expressão — Serviço Público.

20. ANDRÉ BUTTGENBACH esclarece: “Se a Escola do Serviço Público de Léon Duguit avançou muito e foi muito absoluta no seu esforço de sistematização, a ofensiva levada a térmo, hoje em dia, por alguns contra a noção do Serviço Público e sua utilidade peca sem dúvida pelo mesmo defeito. Sistematizar em excesso esta ofensiva contra uma noção que não poderá desaparecer do Direito e da Jurisprudência, visto corresponder a uma realidade, seria um erro. E, a bem da verdade, cumpre dizer que a leitura atenta de tudo o que se escreveu recentemente na França a respeito do Serviço Público mostra que, se esta noção perdeu um pouco da precisão e utilidade originais, não se deve isso ao fato de que esteja prestes a desaparecer mas, ao contrário, em vias de expandir-se” (*Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13).

7. *Escola do Serviço Público.*

Cabe com justa razão a LÉON DUGUIT a primazia de haver elaborado, na França, a Teoria do Serviço Público e de ter sido o primeiro a introduzir tal noção no conceito jurídico de Estado.

Criticando a teoria tradicional individualista que dominara os séculos XVIII e XIX, a posição de DUGUIT e seus seguidores assinala um momento de grande significado para o Direito Público através do rompimento definitivo com a “concepção subjetivista e voluntarista do Direito — considerado como poder de vontade — e que conduzira naturalmente à Teoria do Estado ou da Nação personificados, titulares de vontade superior à dos indivíduos e que, qualificada de Soberania ou de Poder Público, não tinha outro limite senão sua própria determinação”²¹.

Com efeito, propondo a substituição da noção de soberania²² pela de Serviço Público²³, mostrou DUGUIT que “o Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou que era, uma soberania: É ele uma cooperação de Serviços

21. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes des gestions des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 4.

22. Antes de refutar a noção de soberania, LEON DUGUIT faz notável exposição didática do estado da doutrina na época, escrevendo: “Para acabar de edificar e defender nossa doutrina, o melhor é expor a teoria ordinária da soberania e demonstrar tudo o que encerra de artificial, de contraditório e as controvérsias sem fim que desencadeou. Na doutrina ainda dominante em França, a soberania é o poder de mando do Estado. É a vontade da nação; e a nação, sendo organizada em Estado, torna-se ela o poder de mando do Estado ou o direito de formular ordens incondicionais a todos os indivíduos que se acham em seu território” (*Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Paris, 1911, p. 79).

23. Para DUGUIT, Serviço Público “é toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção da força governante” (*Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. II, p. 93).

Públicos, organizados e fiscalizados pelos governantes. Esta noção de Serviço Público é capital: em torno dela gravita todo o Direito Público”²⁴.

Em outra obra, completa e reafirma DUGUIT o princípio dominante de sua teoria, esclarecendo que “a noção de Serviço Público substitui o conceito de soberania, como fundamento do Direito Público. Seguramente esta noção não é nova. No mesmo dia em que sob a ação de causas muito diversas se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção de Serviço Público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir desse momento se compreendeu que certas obrigações se impunham aos governantes para com os governados e que a realização desses deveres era ao mesmo tempo a consequência e a justificação de sua maior firmeza. Tal é essencialmente a noção de Serviço Público. A novidade é o lugar de relêvo que a noção ocupa no campo do Direito e a transformação profunda que, por esse caminho, produz no Direito moderno”²⁵.

Embora profundas divergências tornem bastante características as teorias desenvolvidas por DUGUIT e JÈZE²⁶, dúvida alguma subsiste sobre o significado indiscutível que

24. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. I, p. 223.

25. Cf. LÉON DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho Público*, trad. esp., p. 93-94, apud GARCIA OVIEDO; *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1951, p. 96.

26. Embora em famoso artigo publicado em 1926, na Rumânia, JÈZE tenha declarado expressamente que “tôdas as teorias jurídicas repousam sobre a noção de Serviço Público” (Cf. *Le Service Public*, in *Revue de Droit Public*, Bucarest, 1926 p. 161 e segs.), de balde se procura em sua obra uma definição da “pedra angular do Direito Administrativo francês”, sendo necessário que nos contentemos com o conceito genérico e discutível seguinte: “Dizer que, em determinada hipótese, existe Serviço Público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos do Direito Público, isto é, um regime especial, e que as leis e regulamentos podem modificar em qualquer momento a organização do Serviço Público, sem que se lhe possa opor qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica. Sempre que se está em presença de um Serviço Pú-

esses mestres tiveram na orientação moderna do Direito Público francês, pois foram os responsáveis diretos pela inauguração de uma nova era no Direito Administrativo: a ruptura com as teorias dos séculos anteriores, relativas à soberania, e a passagem, para primeiro plano, da noção de Serviço Público, com tôdas as conseqüências disso advindas.

Não se afasta, em essência, dos autores citados, o pensamento de ROGER BONNARD, discípulo de DUGUIT, se bem que, nos últimos anos, se tenha distanciado da linha inicial traçada pelo mestre.

As idéias de DUGUIT foram alvo de críticas reiteradas por parte de diversos autores²⁷, pois “não é possível aceitar que a noção de Serviço Público seja a conseqüência da distinção entre governantes e governados e que a noção de soberania seja substituída pela de Serviço Público, convertendo-o no fundamento do Direito Público”²⁸, nem tão pouco imaginar que “a importância da noção de Serviço Público, no direito moderno, tenha nascido da transformação experimentada na maneira de ver o problema do Estado, como pretende DUGUIT. A destruição do conceito da personalidade do Estado, na doutrina do professor de Bordéus, não é a causa do realce que a noção do Serviço Público alcançou no Direito atual. Este realce é coisa estranha à idéia da

blico, pròpriamente dito, se verifica a existência de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais, que, em sua totalidade, têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do Serviço Público, satisfazendo, do modo mais rápido e completo possível, as necessidades de interesse geral (GASTON JÉZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. esp. de SAN MILLAN ALMAGRO, Buenos Aires, 1949, v. III, p. 4).

27. Cf. MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, S. Paulo 1933, p. 23, n.º 10: “...nefasta influência de DUGUIT que, sob a capa de realismo, buscou extinguir os princípios básicos do Direito Público francês”.

28. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, parte I, p. 10.

diferença entre governantes e governados, base do Direito Público, segundo DUGUIT”²⁹.

Não passaram também sem reparos as idéias originais, mas revolucionárias de GASTON JÈZE, às quais, em parte, fizemos pequeno reparo em nossa obra sistemática³⁰.

Além da latíssima extensão dada ao conceito de Serviço Público que, para aquêl autor, é como que o próprio Direito Administrativo, “in integrum”, posição de modo algum sustentável, JÈZE leva a aceitar que a própria Justiça seria um Serviço Público, conclusão que está em choque com o conceito admitido sem discordância por quase todos os juristas: a justiça é uma função do Estado, não um Serviço Público”³¹.

8. *Escola Institucional de Hauriou*³².

Dissentindo das teorias de DUGUIT e JÈZE, surge, na França, o famoso jurista MAURICE HAURIOU que é conhecido pela apreciável contribuição que deu ao Direito Público através da discutida Teoria da Instituição, que expõe, como fundamental, em vários de seus livros.

29. CARLOS GARCÍAS OVIEDO, *La Teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 12.

30. Cf. *Direito Administrativo do Brasil*, v. I.

31. Cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 17 e MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, p. 23, nota 10.

32. Bibliografia. MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 1 a 37 (*La Théorie de l'Institution*); GARCIA OVIEDO, *La Teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 24-25; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 7; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 20-24; JEAN LOUIS DE CORAIL, *La crise de la notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954, p. 10 e segs..

Dotado de raro poder de autocrítica, mas contradizendo-se³³ inúmeras vezes, o mestre de Toulouse oferece reais dificuldades ao trabalho de síntese que pretenda expor-lhe, com certa coerência, as idéias, quase sempre alteradas no decorrer das sucessivas e freqüentes edições de suas obras.

Resumo excelente da posição de HAURIUO a respeito das relações do serviço Público e do fundamento do Direito Administrativo pode ler-se do Prefácio da décima edição de seu livro *Précis de Droit Administratif*.

As “duas noções mestras” do Direito Administrativo francês são o Poder Público e o Serviço Público, mas HAURIUO declara imediatamente sua preferência pela primeira, que é a noção fundamental: “Os publicistas, que organizaram nosso Direito Administrativo”, escreve CORAIL³⁴, “basearam-no sobre o poder público. Fizeram essa escolha intuitivamente primeiro, porque o princípio da separação dos poderes proclamado com tanta veemência pelo legislador revolucionário tinha pôsto a descoberto o alicerce do Poder Executivo: depois, visto que obedeciam à tradição dos juristas de todos os tempos, situavam o domínio próprio do Direito não na região dos objetivos perseguidos, mas na dos meios empregados para atingi-los, isto é, na região dos poderes e dos Direitos”.

Assim, fica bem patente o ponto essencial da doutrina de HAURIUO, em Direito Administrativo: a crença em noções fundadas sobre os processos de Direito empregados e não sobre os objetivos visados.

33. “É difícil de falar dum sistema, em HAURIUO: comparação alguma é possível com a construção lógica e cerrada de DUGUIT pois que esta última se apresenta de tal maneira que, se um dos elementos do raciocínio é inexato, tôda a construção soçobra. Os ângulos de HAURIUO (Ver: VEDEL, *Cours de Droit Public général professé à la Faculté de Droit de Toulouse*, anné 1945-1946) são mais flexíveis, muito menos sistemáticos, contraditórios não raro, mas, por isso mesmo, suscetíveis de vitalidade prodigiosa” (Cf. CORAIL, *La crise de la notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954, p. 10).

34. Cf. *La crise de la notion juridique de Service Public*, p. 10.

Ao passo que para LÉON DUGUIT e seus seguidores a noção de Serviço Público é essencial, básica, para HAURIU não passa de “subordinada”.

“Para HAURIU”, escreve BUTTGENBACH³⁵ “o conceito de “puissance publique” é a idéia-mestra do Direito Administrativo. HAURIU recusa-se a admitir como fundamento e limitação do poder a regra de Direito objetivo de LÉON DUGUIT. A “puissance publique” assume por si mesma, aos olhos do eminente decano de Toulouse, um poder jurídico, criador de direito e, nesse particular, permanece fiel à teoria tradicional. O estudo do Direito Público será, então, essencialmente o da organização dêsse poder.

HAURIU reconhece, porém, que êste último se foi organizando pouco a pouco, não em função da dominação, mas em função do Serviço. O poder foi-se amoldando à idéia do Serviço Público; subordinou-se a êste.

Trata-se, não há dúvida, de uma autolimitação da vontade dos governantes, mas esta autolimitação não ficou puramente subjetiva: ela objetivou-se pela Instituição”.

“A teoria de HAURIU sôbre o Serviço Público segundo seus últimos desenvolvimentos”, discorre VILLEGAS BASAVILBASO, “apresenta um fundo de caráter mais sociológico que jurídico. Sua definição, deixando de lado as observações de lógica que suscita, visto que o definido tem de ser estranho à definição, embora contenha elementos essenciais da instituição em exame, como o orgânico e o do beneficiário do Serviço (o público), assim como o da regularidade e continuidade — discutíveis na doutrina — deve ser criticada no que diz respeito à substituição do objeto próprio do Serviço que é a satisfação de um interêsse geral ou de uma necessidade pública, por causa de sua criação: a policia da cidade.

Esta locução (*police de la cité*), por outro lado, de significado ambíguo, introduz na noção do Serviço Público um

35. *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, p. 8.

elemento perturbador, porquanto não é exato, na opinião do autor, que o Serviço Público seja uma forma de polícia, se bem que contribua para a manutenção indireta da ordem pública. Nem todos os Serviços Públicos têm por finalidade a ordem pública, mas todos devem satisfazer a um interesse coletivo ou a uma necessidade pública.

O Estado (*lato sensu*) ao criar um Serviço Público, realiza um fim próprio, exerce uma função e a causa é sempre o interesse público, interesse que, como acertadamente já se disse, dá vitalidade jurídica ao ato”³⁶.

Não é, pois, uma atividade de polícia, embora no sentido elevado do conceito, como o expressa HAURIU, a que exerce o Estado ao organizar um Serviço Público não obstante possa éste, em alguns casos, servir para a manutenção da ordem pública.

9. Outras definições.

Seria trabalho extensíssimo e, por certo, supérfluo, expor e criticar tôdas as definições elaboradas pelos autores para elucidar o delicado problema de fixar a noção do Serviço Público.

Como acontece com o conceito do Direito Administrativo, que desafiou e continua a desafiar a argúcia dos doutrinadores, a determinação do que se deve entender por Serviço Público continuará ainda por muito tempo a suscitar repetidas controvérsias.

Todos os autores, com exceção de BERTHÉLEMY e RIVERO, reconhecem a importância maior ou menor da noção do Serviço Público e, por isso, em suas obras, dedicam-lhe particular atenção.

Na França, como vimos, autores da categoria de DUGUIT, JÈZE, BONNARD e HAURIU colocaram o Serviço Público como um dos pontos básicos do Direito Administrativo.

Autores espanhóis trataram, embora em menor extensão, de determinar o conceito de Serviço Público sem chegar, no

36. *Derecho Administrativo*, v. III, p. 23-24.

entanto, a elaborar, como os franceses, uma teoria harmônica, tendo por base aquela noção.

Assim, VICENTE SANTAMARIA DE PAREDES explica com grande clareza:

“Serviço é ação e efeito de servir; servir é executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer a uma necessidade e poderia acreditar-se que todo ato, objeto de um contrato celebrado pelo Estado, Província ou Município, tem o caráter de Serviço Público para os efeitos de sua especialidade legal”³⁷

O clássico autor ADOLFO POSADA, que dedica especial atenção ao estudo do Serviço Público, revelando, para a época, conhecimento perfeito das teorias em seu tempo dominantes, assim se expressa:

“A idéia que expusemos é análoga à desenvolvida por DUGUIT com a diferença fundamental, entretanto, que para nós, a noção de Serviço Público se liga diretamente à idéia de serviço em geral, enquanto o serviço expressa o conteúdo imediato de obrigações jurídicas — as prestações (Cf. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Servicio Público*, p. 115), ao passo que DUGUIT a relaciona, como já vimos, com a distinção entre governantes e governados, sendo o Serviço Público a obrigação que os governantes se impõem em benefício dos governados”³⁸.

ANTONIO ROYO VILLANOVA julga que os autores complicam demasiado “o problema do conceito de Serviço Público, fácil de ser entendido sem a necessidade dos esforços a que se entrega a generalidade dos autores”.

37. *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, p. 806.

38. Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1923, v. I, p. 271.

Para o autorizado mestre espanhol a atividade administrativa que, do ponto-de-vista subjetivo, pode ser considerada como uma relação do Estado e dos particulares, objetivamente se manifesta como a organização dos Serviços Públicos através dos quais se realiza a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins; à medida que aumentam os fins do Estado se ensancha também a atividade administrativa e crescem, por conseguinte, os Serviços Públicos. Por isso, acrescenta ANTONIO ROYO VILLANOVA, consideramos como uma obsessão de DUGUIT opor a idéia do Serviço Público à do Poder do Estado ³⁹.

Grande importância dá ao assunto GASCÓN Y MARIN que, baseando-se na jurisprudência espanhola, considera elemento fundamental da noção do Serviço Público o de ter por “objeto imediato e direto a satisfação de uma necessidade pública”, mas acrescenta o mestre, “para que haja Serviço Público, não basta a satisfação da necessidade pública, porém, que este modo de satisfazê-la seja assegurado de modo regular e contínuo, devendo a regularidade e a continuidade serem notas características do Serviço Público”. A exigência de GASCÓN Y MARIN leva-o ainda a refletir que é necessário um regime jurídico especial e que nem sempre o Serviço é prestado por uma organização pública, podendo ser realizado por particulares e dirigido por uma autoridade pública ⁴⁰.

CARLOS GARCIA OVIEDO, em clássica monografia, bem como em seu conhecido *Derecho Administrativo*, dedica especial atenção ao Serviço Público, chegando às conclusões seguintes:

- 1.^a) que o Serviço Público é uma ordenação de elementos e atividades para um fim;

39. *Elementos de Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Valladolid, 1927, p. 662-663.

40. *Tratado de Derecho Administrativo*, 11.^a ed., Madrid, 1950, v. I, p. 226-227.

- 2.^a) que o fim é a satisfação de uma necessidade pública, se bem que haja necessidades de interesse geral, satisfeitas pelo regime do Serviço Privado;
- 3.^a) que o Serviço Público implica na ação de uma personalidade pública, embora nem sempre sejam as pessoas administrativas as que assumem esta empresa;
- 4.^a) que tal ação se cristaliza numa série de relações jurídicas constitutivas de um regime jurídico especial, distinto, pois, do regime jurídico especial dos Serviços Privados ⁴¹.

Os autores italianos, embora não tanto quanto os franceses, dedicaram magníficas páginas a respeito da teoria do Serviço Público, podendo-se, a propósito, fazer menção aos nomes de CAMMEO ⁴², RANELLETTI ⁴³, RAGGI, PRESUTTI e ARNALDO DE VALLES, que resumiram suas investigações em lapidares conceitos.

Na Argentina, como vimos, RODOLFO BULLRICH não vê dificuldade alguma no conceito de Serviço Público, que “está ao alcance da compreensão da maioria” ⁴⁴, servindo aquela expressão “para substituir as palavras Serviço do Rei,

41. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 22 e *Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1948, p. 89 e 3.^a ed., Madrid, 1951, p. 100.

42. “Em sentido lato e subjetivo”, definiu aquêl autor: “Serviço Público é a satisfação das necessidades coletivas mediante o desdobramento do Estado” (*Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, n.º 83, apud ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, v. VI, parte I, Milano, 1930, p. 382).

43. “Serviço Público é toda a série das ações e prestações que o Estado ou outro ente público executa para satisfazer a determinada necessidade coletiva” (*Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1916, v. I, p. 345, nota 4).

44. *Nociones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 27 e *Principios generales de Derecho Administrativo*.

antigamente, quando o conceito de Estado se confundia com a pessoa do monarca, bastava invocar o nome dêste para que tudo se fizesse. Desaparecida a monarquia de direito divino, seguiu a mesma sorte a noção de Serviço do Rei”⁴⁵.

RAFAEL BIELSA entende por Serviço Público “tôda 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”⁴⁶.

VILLEGAS BASAVILBASO, em estudo exaustivo do assunto, depois de passar em revista tudo o que se escreveu a respeito, conclui que Serviço Público “é tôda atividade direta ou indireta da administração pública, cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas por um procedimento do Direito Público”⁴⁷.

Em obras recentísimas, os mais modernos autores fazem a distinção entre os sentidos *formal* e *material* da expressão *serviço público*, definindo-o, na primeira acepção como o *desempenho pela própria administração, conforme certos procedimentos, de atividades que satisfazem a necessidades de interesse geral*⁴⁸ e, na segunda acepção, como o *conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afeta a uma determinada função*⁴⁹.

10. Conclusões.

Não é necessário alinhar outras definições para demonstrar a divergência dos autores no que se refere à conceituação do Serviço Público.

Em todos os países, nestes últimos cinqüenta anos, a noção de Serviço Público, considerada por quase tôdas as

45. *Nociones de Derecho Administrativo*, 1925, p. 189-190.

46. *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 89.

47. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 49.

48. GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 584.

49. JEAN RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed. 1965, p. 379.

autoridades como fundamental, continua ainda a desafiar a perspicácia dos tratadistas que lhe dedicam atenção especial em suas obras, mas que, nem por isso, chegam, de maneira uniforme, a uma solução unânime, que ponha fim às controvérsias e que permita, sem extensa preliminar, o prosseguimento imediato de outros problemas ligados a êste com tôdas as respectivas implicações.

Consoante o método a que nos propusemos seguir, dedicaremos o capítulo seguinte à contribuição dos autores brasileiros no que se refere à noção do Serviço Público.

SEGUNDA PARTE.

Contribuição Brasileira para a conceituação do Serviço Público.

SUMÁRIO: 11. A noção de Serviço Público e os tratadistas brasileiros. 12. Autores da época republicana. 13. Conclusões.

11. A noção de Serviço Público e os tratadistas brasileiros¹.

Raríssimas as referências à noção de Serviço Público, entre os teóricos brasileiros da Época Imperial, não obstante o progresso da disciplina, no Brasil, do que é prova a existência de obras de indiscutível importância como as de PEREIRA DO RÊGO, VEIGA CABRAL, URUGUAI, FURTADO DE MENDONÇA, CONSELHEIRO RIBAS.

1. **Bibliografia.** AARÃO REIS, *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, 1923, Oficinas Gráficas Vilas-Boas & C., p. 41. MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, passim e *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, p. 285; JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1936, v. I, p. 125; RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasi-*

Apenas RIBAS, em seu apreciado livro, adivinha a importância do assunto, oferecendo, de passagem a seguinte noção, aliás não isenta de reparos, de Serviço Público: “É a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou a parte dela”².

É que, naquela época, a noção de serviço Público, embora despertando a atenção dos autores, ainda não se incorporara ao sistema jurídico administrativo, mal se imaginando a importância que iria assumir para o futuro.

12. Autores da época republicana.

O primeiro tratadista da época republicana — VIVEIROS DE CASTRO — não faz a menor referência à noção de Serviço Público³, embora o assunto já fôsse familiar ao mundo jurídico da Europa, divulgado pelas obras conhecidas de LÉON DUGUIT⁴ e MAURICE HAURIOU⁵.

leiro, 2.^a ed., Pôrto Alegre, 1939, p. 68 e 3.^a ed., 1954, p. 82; DJACIR MENEZES, *Direito Administrativo Moderno*, Rio, 1943, p. 225; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, 1945, p. 217; Idem, *O funcionário público e o seu regime jurídico*, 2.^a ed., 1946 p. 9, Idem, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Rio, 1954, p. 189; J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, v. II, p. 224; CELSO BRANT, *Teoria geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951, p. 13 a 109.

2. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1866, p. 102.

3. Compreende-se isso, por exemplo, na 1.^a edição, que é de 1906, não na 3.^a, que é de 1914, quando a noção de Serviço Público já estava bem divulgada.

4. *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, passim.

5. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 56 (“Serviço Público é uma instituição gerada por um órgão da Administração pública para a realização da função administrativa do Estado”) e 11.^a ed., Paris, 1927, p. 16 (“Serviço Público é uma organização pública de poderes, de competências e de costumes cuja função é a de proporcionar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado num pensamento de polícia, no sentido elevado do termo”).

Cabe entre nós a primazia de haver consagrado todo um capítulo ao estudo dos Serviços Públicos ao engenheiro AARÃO REIS, catedrático da Escola Politécnica da Universidade do Rio de Janeiro, que, em 1923, publicou seu *Direito Administrativo Brasileiro*.

Depois de AARÃO REIS, quem tratou do assunto com grande conhecimento de causa foi MATOS DE VASCONCELOS.

“A noção de Serviço Público”, escreveu êste último autor⁶, “está ligada, direta e imediatamente, à satisfação das necessidades de ordem pública.

Chega-se, mesmo, a conceituar o Direito Público Administrativo como sendo a disciplina referente à organização e funcionamento dos Serviços Públicos.

A idéia é pouco precisa. Serviços há realizados por pessoas privadas que nem por isso perdem o caráter de Serviço Público. Destarte, o Serviço Público é criado, mantido, desenvolvido e assegurado, tendo em vista fins de interesse coletivo.

Para que os serviços participem dêsse objetivo, é preciso que sejam prestados de forma regular e contínua.

O papel da Administração não se limita, exclusivamente, a prover as necessidades públicas, no tempo e no espaço. É forçoso também prever para bem servir, afirmamos nós.

A essa faculdade de previsão, estão encadeados serviços, por assim dizer, contingenciados por fatores diversos, capazes de, em momento dado, influírem na interrupção total ou parcial dos benefícios por êles prestados, em detrimento ao bem-estar e da própria vida dos administrados.

Merecem citação especial os serviços de fornecimento de água, luz elétrica, esgotos e outros que tais. Organizados para determinada época, em um momento dado, não podem oferecer eternamente a mesma regularidade, que seria de desejar, dada a utilidade que dêles auferem as populações e a premência de seu emprêgo e uso.

6. MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1936, v. I, p. 125 a 147.

Fácil é compreender que a capacidade dágua a fornecer, *per capita*, a uma determinada população; a distribuição de energia elétrica a fazer-se, segundo cálculos preestabelecidos de distribuição; o assentamento de galerias, rêdes de escoamento e vasão de matérias poluídas, em certa fase da vida urbana, não constituem, por si só, requisitos suficientes para assegurarem a perfeição e a continuidade dos correspondentes serviços .

É óbvio que se a população cresce, se o índice demográfico sobe, estarão por terra os cálculos anteriores, feitos para um certo momento da vida social.

As necessidades públicas, pois, aumentam em função daquele acréscimo demográfico, obrigando o poder público, diretamente ou por intermédio do concessionário do serviço, a reforçar o financiamento anterior, para custeio das novas obras e instalações materiais”.

RUY CIRNE LIMA, depois de mostrar a dificuldade em delinear os contornos da categoria jurídica que estamos estudando⁷, passa à definição, resumida nestes têrmos:

“Serviço Público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”⁸.

Mais adiante, julga aquêl autor dever esclarecer um dos têrmos da definição, acrescentando, portanto:

“Determinado, porém, que Serviço Público seja todo serviço existencial, relativamente à sociedade, fica, não obstante, por determinar o que há de entender-se por existencial. A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o Serviço Público se caracteriza, filia-lhe a

7. Cf. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4.^a ed., 1964, p. 82.

8. *Idem*, *ibidem*, p. 84.

noção ao conceito de utilidade pública ⁹, no qual se sub-sume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade como bem em si mesma.

No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial. Ora, a determinação do conceito de utilidade pública incumbe a ciências não-jurídicas, como a Sociologia, a Política e a Ciência da Administração. Essa determinação, de resto, faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço”.

Mais uma vez, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI em vários passos de sua obra, supera os estudos anteriores, analisando o Serviço Público sob os mais variados aspectos.

Depois de assinalar que a noção do Serviço Público, no estudo do Direito Administrativo é de grande importância, porque representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração ¹⁰, mostra BRANDÃO CAVALCANTI, sempre baseado nos mais autorizados autores, a relatividade daquela noção ¹¹, concluindo que a “conceituação do Serviço Público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquêle serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal) ao mesmo tempo que podem empresas parti-

9. Na edição segunda, CIRNE LIMA escreveu: “Serviço Público e Serviço de Utilidade Pública são expressões que se equivalem” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* 2.^a ed., 1939, p. 69). Sobre a afirmação do ilustre catedrático de Pôrto Alegre, ver: DJACIR MENEZES, *Direito Administrativo Moderno*, Rio, 1943 p. 229 e CELSO BRANT, *Teoria Geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951 p. 111.

10. *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 7 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 46.

11. *Idem*, *ibidem*, p. 8: “Daí, também, a relatividade do conceito de Serviço Público, variável de acordo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas.” Cf. 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 47.

culares realizar Serviços Públicos (especialmente as concessões) ”.

“O essencial no Serviço Público”, continua, “é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu contrôle, os benefícios e privilégios de que goza, o interêsse coletivo a que visa servir”¹².

“Dentro da nossa estrutura constitucional”, acrescenta BRANDÃO CAVALCANTI, “é preciso, ainda, colocar em uma posição singular certas atividades do Estado que não se enquadram na categoria geral dos órgãos destinados à execução de Serviços Públicos, pois que se constituem com a finalidade de atender ao funcionamento da própria vida do Estado, em sua expressão constitucional e política.

Assim, a Justiça, a função legislativa, a função executiva, naquilo que elas têm de peculiar e discricionário, as forças armadas, enfim tudo quanto é essencial ao Estado, é indeclinável e indelegável. Compreende-se tudo isso em uma categoria especial que alguns autores chamam de função pública”¹³.

Rematando o resultado de suas observações, BRANDÃO CAVALCANTI conclui:

a) que a noção de Serviço Público varia no tempo de acôrdo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado;

b) que varia ainda de acôrdo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica;

c) que o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, a cujo contrôle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar benefícios e interêsses individuais;

d) que a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos;

12. *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1949, v. IV. p. 17-18 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 56.

13. *Idem*, *ibidem*, p. 20. Cf. 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 58.

e) que não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita¹⁴.

Dignas de atenção, merecem especial referência as considerações de GUIMARÃES MEENEGALE a respeito do Serviço Público. Assim se exprime aquêle mestre:

“A atividade administrativa — já o expusemos — visa à realização prática de fins do Estado. Para isso, aduzimos, a Administração tem de ordenar os meios de que dispõe e utilizá-los convenientemente. Em sentido geral, qualificamos, pois, a atividade do Estado para a realização de seus fins como atividade administrativa, que, frisemos, constitui uma coordenação de elementos em relação a um fim. Ora, a idéia de tal coordenação, resumindo-se na atividade, subentende a idéia de serviço, pois que serviço é ato de servir, servir é fazer, executar, exercer uma função.

Por conseguinte, é como já explicamos: a atividade administrativa traduz-se em serviços públicos administrativos, organizações em que o Estado se estrutura. Daí que autores do porte de JÊZE concentrem na instituição dos serviços públicos tôda a matéria do direito administrativo, em reação aos tratadistas que, até então, se circunscreviam a explorar, nesse ramo do direito, a ação do poder do Estado, na realização de seus fins, quase exclusivamente sob o ângulo das regras legais, disciplinadoras dela.

Ao passo que o direito administrativo de outrora se ocupava tão-só da juridicidade estrutural da ação administrativa, a orientação contemporânea tende a ressaír do formalismo jurídico e legal para investigar a atividade funcional do Estado — não sòmente a forma da atividade, portanto, mas também os elementos com que a atividade se coordena, elementos que, sendo técnicos, são paralelamente jurídicos.

14. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 1949, v. IV, p. 21-22, e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 59. Ver do mesmo autor: volume V, *Suplemento ao Tratado*, 1964, p. 97.

Não obstante, ressalvemos, os serviços públicos não representam tôda a matéria do direito administrativo, embora o direito administrativo seja, em síntese, o direito concernente à realização prática de fins do Estado, visto como envolve a realização de fins do Estado por outros meios, que não os serviços públicos, a saber, as normas jurídicas e os preceitos legais que prescrevem aos cidadãos determinado procedimento, afirmativo ou omissório, em face do interêsse geral”¹⁵.

Com a clareza, objetividade e maneira essencialmente didática de tratar os mais áridos temas de nossa disciplina, MÁRIO MASAGÃO simplifica assim o momentoso problema:

“Na realidade, é Serviço Público tôda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. E, à medida que, através do tempo crescem na prática as incumbências do poder público, aumenta o âmbito dos serviços que êle desempenha.

A atividade do Estado divide-se em duas espécies: a judiciária e a administrativa. Dai a circunstância de o Serviço Público abranger duas províncias.

Essa distinção funda-se diretamente na natureza das coisas. Na esfera administrativa, o Estado exerce operação primária, decidindo sôbre o seu próprio procedimento, ao passo que, na esfera judiciária, desempenha função de terceiro, a apreciar o procedimento das partes tanto no cível, como no crime.

Ainda quando a Fazenda Pública se acha em juízo como parte, o Estado, pelo Poder Judiciário, conserva sua posição de terceiro imparcial, a distribuir justiça.

É preciso, pois, conceituar separadamente o serviço judiciário e o serviço público administrativo, aliás regidos por disciplinas diversas. Como já observamos, entretanto, a maior parte dos autores do Direito Administrativo toma a expressão “serviço público” para significar sômente uma de

15. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, v. II, p. 224-225 e 3.^a ed., Rio, 1957, p. 411-412.

suas partes, e mesmo na esfera administrativa ainda lhe restringem a compreensão.

Serviço público administrativo é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária.

A nossa definição abrange também a atividade legislativa que, segundo pensamos, constitui parte da administração pública”¹⁶.

13. Conclusões.

Como se pode inferir da leitura dêste capítulo, a noção do Serviço Público tem sido objeto de contínua indagação por parte dos doutrinadores brasileiros que conhecendo a posição do problema nos mais adiantados centros jurídicos estrangeiros, procuram, diante da realidade nossa, um conceito que possa resumir-la do modo mais aproximado possível.

Se bem que, neste setor, não haja contribuição que possamos classificar de original, *sui generis*, não se pode deixar de assinalar a importância que os tratadistas pátrios deram à referida noção e os esforços empreendidos para torná-la clara, precisa, capaz de exprimir os fenômenos objetivos dos quais deve dar idéia exata¹⁷.

No capítulo seguinte, em que apresentaremos nosso conceito do Serviço Público, procuraremos, antes de tudo, pôr em relêvo os elementos característicos e essenciais que o integram, para em seguida, na síntese conceitual, jogar com as notas peculiares àquela noção.

16. *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, vol. II, págs. 287-288.

17. BRANDÃO CAVALCANTI, no *Suplemento* com que atualizou seu clássico *Tratado*, vol. V, 1964, assim se expressa a páginas 97: “Uma boa estrutura econômica só pode funcionar regularmente com uma adequada organização administrativa, compreendendo esta a generalidade dos chamados serviços públicos. Sob essa denominação deve-se compreender todo o complexo sistema de organismos públicos ou semi-públicos, que funcionam menos na base do lucro do que na da necessidade de atender aos interesses da coletividade”

TERCEIRA PARTE

Método para a obtenção do conceito do Serviço Público.

SUMÁRIO: 14. Critérios para a obtenção do conceito do Serviço Público. 15. Análise dos principais critérios. 16. Classificação dos Serviços Públicos. 17. Método para atingir o conceito do Serviço Público. 18. Termos integrantes da expressão. 19. Serviço Público e Serviço Administrativo. 20. Nossa definição.

14. Critérios para a obtenção do conceito do Serviço Público.

Muitíssimos têm sido os critérios seguidos pelos autores para atingir a noção do Serviço Público.

Desde os que lhe deram relevante valor até os que negaram qualquer importância à noção estudada, sem deixar de lado os que adotaram equilibrada posição, todos, sem exceção, de maneira clara ou subentendida, tiveram em mente uma idéia da realidade em questão, resumida numa definição norteadora, na qual um, dois ou mais elementos, considerados básicos, desempenharam papel fundamental¹.

Assim, doutrinadores existem que atribuem à personalidade do Estado relêvo ímpar na caracterização do Serviço Público e, por conseguinte, como não poderia deixar de ser, fazem sobressair na conceituação a entidade estatal.

1. "Os autores franceses baseiam na idéia de Serviço Público a própria definição do Direito Administrativo, se bem que hoje já se esboçam duas tendências claramente opostas: a de JÈZE, para quem a idéia de Serviço Público o domina por completo; e a de HAURIU, para quem o Serviço Público, isto é, a prestação de uma atividade ao público, não é tudo, pois é necessário que êsse serviço ou essa atividade se regule com certa potestade pública, pelo poder público. Daí, as duas concepções, hoje frente a frente, na doutrina francesa: a de HAURIU, fundada sobre a idéia de Poder Público; a de JÈZE, sobre a de Serviço Público" (RAFAEL BIELSA, *Ciência de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 83).

Teóricos há que concentram sua atenção na finalidade que se tem em mira, outros que procuram definir o Serviço Público em função do conceito do Direito Administrativo², outros, enfim, para quem o Serviço Público não é tudo, sendo muito mais importante a idéia de Poder Público, que é o meio de concretizar as atividades que o Estado desempenha para atingir os fins que lhe justificam a existência.

Outros, desprezando quaisquer notas características, quaisquer elementos encontrados no Serviço Público, julgam que a classificação não deve partir da realidade objetiva que se considera, mas tão-sòmente da intenção do Estado relativamente ao Serviço: Serviço Público é aquêle que é assim considerado pelo Estado³.

Doutrinadores mais modernos exigem na caracterização do Serviço Público, pelo menos a presença de dois dos elementos acima enumerados, havendo outros que acham deverem concorrer três dêsses requisitos.

Em resumo, os critérios principais para a conceituação do Serviço Público podem ser assim agrupados:

- | | | |
|-----------------|---|--|
| Serviço Público | } | 1.º critério — Execução pelo Estado. |
| | | 2.º critério — Finalidade. |
| | | 3.º critério — Identificação com o Direito Administrativo. |
| | | 4.º critério — Idéia de Poder Público. |
| | | 5.º critério — Regime jurídico determinado pelo Estado. |

2. "Não nos parece, porém, interessante definir o Serviço Público, em função, sòmente da definição do Direito Administrativo. É preciso encarar a questão dentro de outros têrmos" (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1949, 2.ª ed., v. IV, p. 10).

3. Cf. GASTON JÈZE, apud THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito administrativo*, Rio, 1949, 2.ª ed., v. IV, p. 18 e 3.ª ed., Rio, 1956, v. II, p. 56.

15. *Análise dos principais critérios.*

O elemento Estado foi considerado por alguns como requisito indispensável para caracterizar o Serviço Público.

Assim, a nota característica do Serviço Público seria sua execução pelo Estado.

A corrente que espousa tal critério merece ser criticada não porque seja irrelevante a presença do Estado para a caracterização do Serviço Público, mas por que, ressaltando apenas um requisito, vê tão somente parte da realidade.

Eis como se manifestam os autores a respeito do critério que estamos analisando.

CARLOS GARCIA OVIEDO, em preciosa e rara monografia, assim dissertou:

“Também não se pode qualificar de público um serviço, porque seja pública a personalidade que o desenvolve. Este critério é ainda mais insuficiente que o anterior (que se refere à finalidade), pois nem todos os serviços das pessoas públicas (Estado, Província, Município) são Serviços Públicos, nem deixa de ser público um serviço porque seja executado por uma pessoa privada”⁴.

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, tece as seguintes considerações a respeito do tema que estamos analisando:

“A conceituação do Serviço Público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquele serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal), ao mesmo tempo que podem empresas particulares realizar serviços públicos (especialmente as concessões)”⁵.

4. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19-20.

5. *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 17-18 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 55.

Para outra corrente, não interessa que o serviço seja executado pelo Estado para ser incluído entre os Serviços Públicos, sendo muito mais importante, neste particular, que se atenda ao critério finalidade.

Serviço Público seria, então, o que satisfaz a uma necessidade pública ou necessidade coletiva, isto é, o que provê à satisfação dos interesses de uma coletividade, sem referir-se concreta e determinadamente a um interesse particular ⁶.

Sobre a finalidade do Serviço Público, frisam os autores, é preciso que se saiba tratar-se de necessidade coletiva, que não deve confundir-se com necessidade geral ⁷, visto ser a generalidade conceito muito mais amplo que o de coletivo, diferença aliás, ressaltada por outra ciência — a Economia Política.

Novamente devemos socorrer-nos da autoridade de GARCIA OVIEDO que assim rebate este critério:

“Uma observação elementar das coisas, não obstante, permite que descubramos a insuficiência deste critério.

Numerosas são, em qualquer sociedade bem constituída, as necessidades públicas que se satisfazem mediante o procedimento do Serviço Privado. Precisamente por este procedimento, através deste procedimento, é que são satisfeitas as necessidades públicas, quicá mais fundamentais.

O Serviço de abastecimento de artigos de uso e consumo geral (pão, carne, leite), o de farmácia, o de assistência

6. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19.

7. Assim, RAFAEL BIELSA: “Necessidade coletiva não é necessidade geral. Em Economia Política, faz-se radical distinção a respeito. A necessidade geral tem um caráter próprio; é uma soma de elementos homogêneos e, aritmeticamente, de quantidades positivas; ao passo que a necessidade coletiva resulta de uma soma algébrica, em que entram elementos não homogêneos” (*Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 91-92); VILLEGAS BASAVILBASO esclarece: “São as necessidades coletivas as que fundamentam a atividade da administração pública. . Necessidade coletiva não é o mesmo que necessidade geral” (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 51). ”

médica, não são Serviços Públicos e, não obstante, satisfazem a necessidades de interesse coletivo de primeira ordem. Ao revés, há necessidades públicas de interesse menor que dão origem a Serviços Públicos, como, por exemplo, o que acontece com o serviço de transportes urbanos.

Do critério da finalidade o mais que se pode dizer é que não há Serviço Público que não satisfaça a uma necessidade pública, mas não que a satisfação de uma necessidade pública dê origem, forçosamente, a um Serviço Público.

O critério da finalidade é, pois, um critério insuficiente”⁸.

Definir o Serviço Público, em função somente da definição do Direito Administrativo, é critério que não merece a menor atenção, por deixar o estudioso diante de um verdadeiro círculo vicioso⁹.

A respeito do Poder Público, como critério para caracterizar o Serviço Público, escreve VILLEGAS BASAVILBASO:

“Já se disse que o Poder Público é o elemento integrante da noção de Serviço Público, visto que a necessidade coletiva, que é seu objeto, deve ser assegurada. Acontece freqüentemente que a doutrina e a jurisprudência consideram como serviço público tôdas as formas de atividade da administração, sem discriminar os regimes jurídicos que o regulam. Tôdas as formas de atividade da administração pública poderão ser serviços administrativos, mas não serviços públicos. É indispensável delimitar suas notas conceptuais e, neste particular, a doutrina dominante reserva o nome de Serviço Público ao que está sujeito a um procedimento jurídico especial (JÉZE) ou ao que está assegurado pelo Poder Público (BIELSA)”¹⁰.

8. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19.

9. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 10.

10. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 43.

Finalmente, neste rápido apanhado a respeito dos diversos critérios, para encerrar êsse capítulo, estudemos o que se refere ao Regime Jurídico Especial a que deve ser submetido o Serviço Público.

Com efeito, “a necessidade de fazer com que o Serviço Público funcione de maneira normal, eficiente, regular, sem interrupções, torna indispensável uma série de atribuições, poderes, faculdades, direitos, por meio dos quais se estabelece um regime distinto que serve para normalizar, regular e, numa palavra, resolver tôdas as questões suscitadas, com a rapidez e efetividade necessárias, para que o Serviço funcione de modo eficiente e contínuo”¹¹.

Sobre êste critério, assim se define o professor mexicano GABINO FRAGA:

“Relativamente ao critério sustentado por JÈZE, em que se toma como base para fixar o conceito de Serviço Público o regime jurídico especial de direito público a que está sujeita, em determinados casos, a atividade dos agentes públicos, convém observar que, como se demonstrará no desenvolvimento posterior desta obra, a natureza especial da atividade do Estado é que impõe um regime jurídico que dê fisionomia particular à atividade dos agentes públicos”¹².

Todos os critérios citados — o que se baseia na presença do Estado, o que leva em conta o fim a alcançar-se, o que se prende à definição da disciplina, o que fica adstrito à idéia do Poder Público e o que fixa sua atenção no Regime Jurídico Especial — pretendem delimitar o âmbito do Serviço Público com a fixação em um só requisito o que é evidentemente pouco para uma realidade tão complexa.

No estudo da noção do Serviço Público, é preciso, antes de tudo, proceder a uma divisão, a uma classificação dos

11. RAFAEL SANTOS JIMENEZ, *Conferências* (Cursos 1942-1943), Habana, 1943, apud, ANTONIO LANCIS, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., La Habana, 1952, p. 85.

12. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 6.^a ed., México, 1955, p. 19.

serviços, a fim de que se possa ter o conceito lato e o conceito restrito daquilo que se quer esclarecer.

16. *Classificação dos Serviços Públicos.*

Entre as várias classificações que se fizeram dos Serviços Públicos, uma, dentre tôdas, alcançou unânime aceitação por parte dos doutrinadores, pôsto ajustar-se de maneira perfeita à realidade, além de revestir-se de reconhecida utilidade prática¹³.

Trata-se da classificação dos serviços em Próprios e Impróprios, apresentada pelo professor italiano ARNALDO DE VALLES¹⁴ e divulgada em várias obras pelo professor argentino RAFAEL BIELSA a tal ponto que, na menção dos Serviços Públicos, em próprios e impróprios alguns autores chegam a atribuir a êste último a paternidade daquela divisão.

Dentro do pensamento de ARNALDO DE VALLES, magnificamente desenvolvido e exemplificado pelo mestre argentino BIELSA, Serviços Públicos próprios são aquêles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime das concessões).

Serviços Públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidades coletivas, como os anteriores, não

13. "...serviços próprios e impróprios, distinção que não é meramente teórica, mas também de utilidade prática" (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 88).

14. "Pode-se dar o nome de Serviços Públicos em sentido próprio pois que são públicos também sob o aspecto subjetivo, porque êste é o elemento que determina o caráter público dos vários institutos; Serviços Públicos em sentido impróprio consideram-se os que pelo aspecto subjetivo são atividades privadas e atingem o nome, não a qualidade, de públicos pela tradição e pelo uso comum, em vista de sua função, mas que, todavia, como atividades particulares, são subordinados a um especial regime publicístico, porque pelo direito público podem ser regidas muitas das relações entre seus sujeitos e as pessoas jurídicas públicas, de um lado, e de outro lado os particulares, destinatários do serviço" (ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1930, v. VI, parte I, p. 396.)

são executados pelo Estado, nem direta, nem, indiretamente, se bem que recebam “autorização” ou “permissão” do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los”¹⁵.

“Em princípio”, esclarece VILLEGAS BASAVILBASO, “é função própria da administração pública satisfazer diretamente às necessidades coletivas pelo procedimento de direito público, mas nada obsta juridicamente a que certas necessidades coletivas — desde que a ordem jurídica constitucional não o proíba — sejam satisfeitas pelo mesmo procedimento por particulares, para o que é absolutamente preciso que a administração pública delegue tal atribuição. Nestes casos, as necessidades coletivas são satisfeitas indiretamente pela administração pública. Essa “delegatio” dá origem à figura jurídica denominada na doutrina concessão de serviço público. Assim, pois, a prestação do serviço público deve ser realizada pela administração pública: diretamente, por seus órgãos, ou indiretamente por concessionários.

As considerações precedentes permitem asseverar que o Serviço Público deve ser prestado direta ou indiretamente pela administração pública; mas como existem necessidades coletivas que constituem verdadeiros serviços, que a administração pública autoriza, ou permite, sujeitando-os a regulamentações de polícia, é mister não confundi-los com os primeiros. A doutrina denomina aos segundos Serviços Públicos Impróprios, que diferem dos serviços prestados pela administração pública, direta ou indiretamente, embora ambos tenham uma nota comum: a satisfação das necessidades coletivas¹⁶.

Explicando a distinção entre próprios e impróprios, no que diz respeito à classificação estabelecida por ARNALDO DE VALLES, assim discorre BIELSA:

15. RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 88.

16. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 47.

“Para determinar quando um serviço público deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse público relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é um elemento essencial do Estado, como já explicamos.

Um serviço público, qualquer que seja, é uma atividade dirigida a satisfazer uma necessidade coletiva; se esta necessidade é do Estado, considerado em sua unidade, ela se satisfaz exercendo um poder; tal é a administração de justiça, os serviços de segurança exterior e interior etc.. Quando a necessidade é de ordem econômica ou social somente, como, por exemplo, os transportes, a provisão de alimentos, o ensino, essa necessidade pode ser provida pela atividade particular, seja organizada ou não, em empresa; o Estado pode limitá-la e até regulá-la por motivos de ordem pública (regime de autorizações e permissões). Assim, por exemplo, o transporte pessoal pode fazer-se diretamente por indivíduos, como na realidade ocorre, com os seus recursos econômicos ou sua preferência, ou por meios mecânicos, “*verbi gratia*”, bicicleta, automóvel, veículos de tração animal etc..

Mas, como tais meios não os possui a maioria da população, são oferecidos, mediante um preço (carruagens, automóveis); mas, como estes são limitados pela oferta e procura, e proporcionais à capacidade econômica dos habitantes, existem outros de caráter coletivo (ônibus, bondes etc.). As duas categorias de transportes são serviços públicos em sentido lato, mas há entre elas uma diferença importante. Os primeiros são individuais e mais caros que os segundos; estes são gerais e satisfazem não já a uma comodidade, mas a uma necessidade vinculada à atividade normal e até indispensável da população, atividade que se vincula à vida econômica, higiênica e cultural do povo.

Sendo assim, essa atividade, como outras análogas, indispensáveis para a coletividade, entra no quadro das funções do Estado, isto é, converte-se em função própria dele

e essa função é que é realizada pelo Estado mediante serviços públicos que, por isso mesmo, recebem o nome de “serviços públicos próprios”. É o grau de intensidade da necessidade pública, pois, o que determina a natureza administrativa do serviço”¹⁷.

Em resumo:

Serviços Públicos	{	Próprios	{	Diretos (agentes do Estado)
		(Estado)		Indiretos (concessionários).
		Impróprios (Particular)	{	(mediante) {
				autorização.
				permissão.
				regulamentação.

17. Método para atingir o conceito do Serviço Público.

Não é fácil, como se vê, a obtenção do conceito do Serviço Público, sem que se faça a distinção entre Serviços Próprios e Impróprios.

Feita tal distinção, ressalta, como nota característica importantíssima, nos Serviços Públicos, a satisfação de uma necessidade coletiva, que tanto ocorre, nos Serviços Públicos próprios, como nos impróprios.

Em segundo lugar, devemos notar a personalidade em jôgo que, nos Serviços Públicos próprios, quer diretos, quer indiretos, está sempre atuando de modo sensível.

Para conseguir uma definição clara, sintética e precisa dos Serviços Públicos, principiaremos por analisar, antes de tudo, os termos integrantes da expressão; em segundo lugar, tomaremos como elementos indispensáveis para a construção conceitual o traço “necessidades coletivas” e o fator “Estado” completando o conjunto com elementos de certo modo acessórios, mas que contribuirão para esclarecer o conjunto.

17. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires, 1955, v. I, 477-478.

18. *Térmos integrantes da expressão.*

Na expressão Serviço Público, ocorrem dois vocábulos que precisam de explicação.

Já SANTAMARIA DE PAREDES, como vimos, escrevia que “serviço é ação e efeito de servir; servir é executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer a uma necessidade e poderia acreditar-se que todo ato, objeto de um contrato celebrado pelo Estado, Província ou Município, tem o caráter de Serviço Público para os efeitos de sua especialidade legal”¹⁸.

“Com efeito”, acrescenta GARCIA OVIEDO “a idéia de servir engloba a idéia de prestar. Serviço é prestação, realização, atividade que se desenvolve para algo. Se a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins — atividade teleológica — é a atividade administrativa, a ação da Administração Pública, para colocar como obra alguma coisa em relação com a missão do Poder Público, é um serviço. Assim, quando no cumprimento do fim cultural do Estado um professor oficial ensina uma criança, ou em cumprimento da função sanitária um médico titular presta assistência a um enfêrmo pobre, ambos os agentes públicos servem, realizam um serviço, porque realizam uma prestação, porque desempenham uma atividade, porque fazem, executam alguma coisa”¹⁹.

Entendido dêsse modo, na expressão considerada, *Serviço* leva para a técnica do Direito Público a concepção vulgar, cotidiana, corrente.

Nestas condições, *Serviço* equivale a prestação; prestar um serviço é realizar algo, executar alguma tarefa²⁰.

18. *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, p. 806.

19. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 15.

20. Cf. TITO PRATES DA FONSECA: “Servir significa atender, ter em vista, ter em mira, pôr fito em alguma coisa, enquanto se exerce uma atividade” (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 31).

“Dos dois elementos da locução em exame”, esclarece VILLEGAS BASAVILBASO²¹, explicando o pensamento analítico de ARNALDO DE VALLES, “o de natureza substantiva — Serviço — tem uma acepção determinada: exercer uma função, atingir um fim, satisfazer uma necessidade”.

Passemos agora à segunda parte da expressão: Público.

Ao contrário do substantivo Serviço, que tem um significado unívoco, não dando margem a controvérsia, o atributo Público é equívoco, tendo dois sentidos totalmente diversos, porque tanto pode ser entendido como “serviço executado pela pessoa pública, pelo Estado” (serviço do Público, do Poder Público), como também “serviço usufruído pelo público, pelo povo, pelo usuário, pela coletividade”.

“Resumidamente”, conclui DE VALLES, “Serviço Público outra coisa não é senão Serviço para o público. A questão é ver se a êste conceito prático e vulgar corresponde um conceito científico e jurídico. A mim a resposta parece ser decisivamente afirmativa”²².

“Serviço Público”, portanto, conclui TITO PRATES DA FONSECA, “é aquêle que, visando o bem coletivo ou certa finalidade, o Estado ou a Administração prestam, direta ou indiretamente, ao público. É o serviço prestado pelo Público ao público”²³.

19. Serviço Público e Serviço Administrativo.

Segundo a lição do grande clássico ERRICO PRESUTTI²⁴, constituem os Serviços Administrativos uma categoria dos Serviços Públicos, sendo, pois, o Serviço Público gênero de que o Serviço Administrativo é a espécie.

21. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 5.

22. ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, v. IV, p. 385-386.

23. *Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 33.

24. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Napoli 1905, v. I, p. 198.

Nestas condições, todo Serviço Administrativo é um Serviço Público, se bem que a recíproca não seja verdadeira. Assim, a função jurisdicional constitui um Serviço Público mas, de modo algum, um Serviço Administrativo.

Sòmente se pode falar de Serviço Administrativo, quando a atividade exigida para levá-lo a têrmo seja uma atividade administrativa²⁵.

A respeito da questão — constitui a função jurisdicional um Serviço Público? — costumam os tratadistas dividir-se em dois campos opostos.

Os autores que julgam não dever ser incluída a administração da justiça entre os Serviços Públicos raciocinam como GARCIA OVIEDO ou como RAFAEL BIELSA.

O primeiro dêsses autores expende as seguintes considerações sôbre o problema, ao refutar as idéias de PRESUTTI:

“Nossa opinião não é favorável à doutrina formulada pelo sábio autor. Entre o Serviço Administrativo e o Serviço Público não existe a relação de parte para o todo, como crê PRESUTTI. Não são círculos concêntricos de circunferências desiguais. São esferas diversas, excêntricas, só coincidentes em que ambos os serviços envolvem a ação de uma pessoa pública”²⁶.

O mestre argentino estende-se longamente a respeito do assunto, frisando:

“Para alguns até a chamada administração da justiça é serviço público. E por aqui começa nossa crítica. Na concepção hoje dominante da doutrina francesa, tôda atividade da Administração pública é serviço público e como atividade jurisdicional pode ser também atividade da Administração pública, não se excluiria da idéia de serviço público a ação do Conselho e de outros tribunais administrativos.

25. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 39-41 e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., 1949, v. IV, p. 11-12.

26. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 39-40.

JÈZE, por exemplo, define o direito administrativo como o conjunto de regras relativas ao serviço público. Neste conceito, entra todo o direito administrativo e não se exclui a função administrativa jurisdicional, pois, não poderia ficar o contencioso-administrativo, que é o principal, fora do campo do direito administrativo. E acrescenta logo JÈZE, expressamente, que no serviço público se compreende a atividade jurisdicional”²⁷.

Mais abaixo, conclui assim suas considerações: “É um serviço público a administração da justiça? É função pública? Sem dúvida, o órgão jurisdicional, ao decidir no decorrer de ação ou recurso promovido por quem reclama justiça, presta um serviço jurídico, mas o fim do ato jurisdicional é restabelecer o império do direito. Nos procedimentos judiciais de officio verifica-se êste princípio. A administração da justiça não é um serviço público no conceito que aqui damos de serviço. O conceito de serviço público deve restringir-se à atividade intermitente e própria-mente jurisdicional (puramente jurídica), que exerce a magistratura judicial. A jurisdição é uma função pública essencialmente jurídica. A legislação é também atividade pública de substância jurídica (função criadora de normas)”²⁸.

Há muito H. BERTHÉLEMY, que se situa na corrente oposta, em obra reputada clássica, ensinava:

“Todos os serviços que concorrem para a execução das leis, exceto os serviços de justiça, são serviços públicos, não serviços administrativos”²⁹.

27 RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 82.

28. RAFAEL BIELSA, *idem, ibidem*, p. 85.

29. HENRY BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1920, p. 1.

Entre nós, TITO PRATES DA FONSECA³⁰ e MÁRIO MASAGÃO³¹ seguem, assim como o professor português MARCELO CAETANO³², a lição de PRESUTTI que é também a que acatamos, concluindo: Serviço Público é gênero de que Serviço Administrativo é espécie e a função de administrar a justiça que é feita pelo Poder Público para atender a uma necessidade coletiva não pode deixar de ser Serviço Público, motivo por que distinguimos o Serviço Público Administrativo e o Serviço Público Judiciário.

20. Nossa definição.

Realmente, árdua é a tarefa de definir o Serviço Público.

Na conceituação do Serviço Público “pedra angular do Direito Administrativo”, a despeito do pessimismo de alguns autores franceses, que pretendem demonstrar a crise da noção em jôgo, não é possível deixar de adotar uma atitude de prudente equilíbrio: nem exagerar a importância da noção, nem menosprezá-la.

30. “No exercício de sua atividade, excluídos os atos de legislar e julgar, as operações do Estado formam aquilo que denominamos serviços públicos administrativos” (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 42).

31. Assim se desenvolve o raciocínio de MÁRIO MASAGÃO: “como se hão de distinguir, na massa do serviço público, os serviços administrativos pròpriamente ditos? Também aqui os autores estabelecem confusão. Entretanto, o problema não existe. Dentro da massa do serviço público, há atividades que não se consideram administrativas, como, por exemplo, a judiciária. Esta constitui serviço público, mas não serviço administrativo. Serviço administrativo é o serviço público que se desenrola na esfera não contenciosa. Portanto, serviço é gênero e serviço administrativo é espécie”. E define o mesmo mestre: “serviço público administrativo é tóda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”. Cf. *Curso de Direito administrativo*, S. Paulo, 1960, v. I, p. 288.

32. “Ocupâmo-nos neste lugar dos serviços administrativos, sòmente, deixando de lado os judiciais. A categoria dos serviços públicos é comum: há serviços públicos administrativos e serviços públicos judiciais” (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 4.^a ed., Coimbra, 1956, p. 512, n. 1 e 6.^a ed., 1963, p. 544).

Serviço Público é noção definitivamente incorporada à terminologia do Direito Público e, se flutuante seu conceito, isso se deve à mobilidade extrema de nossa disciplina, sempre dependente da menor ou maior intervenção do Estado em todos os seus setores.

Depois dessas considerações, concluímos que, a despeito da apregoada instabilidade, vale a pena insistir na separação de elementos básicos, essenciais, que possam servir para a elaboração do conceito e, nesta altura, a satisfação das necessidades coletivas é elemento que deve estar presente na definição do Serviço Público.

Em segundo lugar, já que nos referimos aos Serviços Públicos próprios, a presença da personalidade do Estado é o segundo elemento obrigatório da definição.

Serviço Público é, portanto, *tôda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público* ³³.

Dentro desta definição, sem dúvida genérica, mas essencial para nossa disciplina, cabe a definição mais particular do Serviço Público Administrativo, que é *tôda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público, com exclusão da atividade judiciária, regida por outra disciplina.*

33. Segundo BIELSA, "*Serviço Público é toda ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas, assegurada essa ação, ou prestação pelo poder público (de polícia)*" Cf. *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 100; segundo VILLEGAS BASAVILBASO, "*Serviço Público é toda atividade direta ou indireta da Administração Pública cujo objeto é a satisfação das necessidades coletivas por um procedimento de direito público*". Cf. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 49 e 228. GEORGES VEDEL: "*desempenho pela própria administração, conforme certos procedimentos de atividades que satisfazem a necessidades de interesse geral*" (*Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 584). RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1965, p. 379.