

## SERVIÇO PÚBLICO

ODETE MEDAUAR\*

1. *Conceito de serviço público.* 2. *A teoria do serviço público.* 3. *Crise e crítica.* 4. *Contestação à crise e crítica.* 5. *Caracterização do serviço público.* 6. *Questionamento atual.* 7. *Conclusão.*

### 1. *Introdução*

“Serviço público” é tema clássico do Direito Administrativo, que não encontra paralelo no direito privado e tem sido indicado, dentre outros, como prova de não dependência do Direito Administrativo ao direito privado.

Na sistematização clássica do Direito Administrativo ocupou papel de relevo, elaborando-se na doutrina francesa, nas primeiras décadas deste século, a teoria do serviço público, matéria nuclear da Escola de Serviço Público ou Escola de Bordeaux encabeçada por Duguit, a que se contrapôs outra escola, chefiada por Hauriou. Não se pode estudar Duguit sem mencionar Hauriou e vice-versa; são dois nomes clássicos do Direito Administrativo; duas vidas paralelas; três anos de diferença no nascimento, três meses na partida; ambos aprovados no mesmo concurso de *agrégation*; ambos diretores de duas grandes faculdades de direito da França; ambos autores de direito administrativo e de direito constitucional; ambos formuladores de teorias gerais.

Hoje o tema vem sendo revisitado. Durante certo tempo foi abandonado; segundo Cassese, na importante obra *Cultura e política do Direito Administrativo* (1971), isso ocorreu por influência do purismo, pois o tema podia prestar-se a considerações não normativas. José Cretella Júnior, no volume II do seu *Tratado de Direito Administrativo* insurge-se contra o abandono doutrinário. Na década de 50 discute-se a “crise” da noção de serviço público.

\* Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Recentemente estudos sobre o tema reapareceram, por exemplo: em 1982, artigo do espanhol Fernando Garrido Falla, na *Revista Española de Derecho Administrativo*; no primeiro número da *Revue Française de Droit Administratif*, jan./fev. 1985, o primeiro artigo de Pierre Delvolvé versa sobre serviço público; três artigos, em 1987, de Serge Regourd, Philippe Jourdan e de Jean-Baptiste Geffroy, a que se seguiu artigo de Truchet, todos na *Revue du Droit Public*.

Pareceu-me oportuno verificar se a noção tem ou não significado no Direito Administrativo atual; para o ordenamento pátrio a noção não é despreciada, pois o texto constitucional menciona a expressão em vários dispositivos, ressaltando, no art. 175, o que poderia até parecer óbvio: os serviços públicos incumbem ao poder público.

## 2. *Emergência da noção*

A expressão serviço público apareceu antes da sua inserção numa teoria e sua emergência tem como condição essencial a distinção público-privado, que se afirma no curso da fase absolutista (séculos XVII a XVIII, sobretudo).

Antes disso, o serviço não se concebe em relação aos particulares ou usuários, mas em relação ao rei; falava-se em serviço do rei.

Mas, em nível local, algumas atividades passam a ser qualificadas como “serviço do público”, porque designavam intervenção dos poderes públicos em favor dos particulares.

Philippe Jourdan, em seu artigo sobre a formação do conceito de serviço público (*Revue du Droit Public*, 1987) cita o exemplo da criação, em 1665, na comunidade de Marignane, de uma padaria comunal; os padeiros reclamaram e a comunidade invocou o bem da população, com base em dois motivos: a insuficiência do fornecimento dos padeiros e o preço excessivo que estes cobravam.

Aí já se esboçam dois princípios que depois iriam integrar a teoria do serviço público: a continuidade e a igualdade dos usuários ante o serviço.

O mesmo autor, Philippe Jourdan, e Jean Louis Mestre, este na importante obra *Introduction historique au droit administratif français*, 1985, mencionam, nesse período, a atribuição às comunas, da assistência médica, do cuidado de crianças abandonadas e imposição de alimentar e cuidar dos habitantes em casos de guerra, peste e tempos de fome. Lembram ainda, que os *cahiers de doléances* dos Estados Gerais de 1789 apresentavam a assistência como um *service public*.

A idéia de serviço público expande-se na segunda metade do século XIX.

Nas primeiras obras dos doutrinadores franceses, a expressão não aparece.

Em Laferrière (pai), 5ª ed., 1860 do seu *Cours de droit public et administratif*, já aparece a expressão: "A Administração concerne a disposição (*agencement*) e o mecanismo dos serviços públicos".

No Brasil, Ribas, no seu *Direito Administrativo brasileiro, de 1866*, refere-se a serviços relativos a interesses dos administrados.

Na jurisprudência francesa, menciona-se a decisão Blanco, de 1873, como aquela que preparou a teoria do serviço público. O *arrêt* Blanco, de fundamental importância na sistematização do direito administrativo, dizia respeito a pedido de reparação de danos formulado pelo pai da menina Agnès Blanco, ferida por um pequeno vagão de uma manufatura de tabaco, integrante da Administração francesa; a decisão do Tribunal de Conflitos vinculou o tratamento diferenciado da responsabilidade do Estado ao fato de que os danos foram causados por pessoas que ela empregava no serviço público; e atribuiu a competência para decidir à jurisdição administrativa e não à comum.

No entanto, outras decisões anteriores proclamavam, com nitidez, o sentido do serviço público.

Assim, o *arrêt* Rothschild, CE, 1855. Os fatos foram os seguintes: uma carta do Sr. Rothschild, remetida de Londres para a posta restante de Paris, e na qual havia diamantes de valor, foi perdida por culpa de agente desta que a tinha remetido a outro Rothschild. A decisão menciona serviços públicos.

No mesmo sentido as decisões: Carcassone, de 1858 (perda de carta); Baudry, de 1861 (ferimentos causados em cavalo, atrelado a charrete, que foi derrubada por carro de equipamentos militares); Dekeister, 1862 (perda de carta com valores).

Todas são ações contra o Estado, em virtude de danos advindos dos serviços públicos. Em todas se afirma que a Administração é regida por direito especial quando desempenha serviços públicos.

Por que só a decisão Blanco repercutiu? Por dois motivos sobretudo: a) foi emitida após o Conselho de Estado tornar-se jurisdição independente, com justiça delegada (1872); b) não mais aparece nas *consideranda* invocação do decreto de 26 de setembro de 1793, que atribuía somente à autoridade administrativa a decisão de pedidos que tendiam a fazer do Estado um devedor. O *arrêt* Blanco deixou de se referir a esse decreto, para fixar a competência da justiça administrativa, e vinculou essa competência à atuação do Estado na prestação de serviços públicos. O comissário de governo David ligou serviço público a direito público.

### 3. A teoria do serviço público

A série de decisões do Conselho de Estado que se referiam ao serviço público provavelmente chamou atenção da doutrina, então muito voltada para as decisões desse órgão. A expressão foi trabalhada como teoria, como concepção, por Duguit e Jèze, surgindo então a Escola do Serviço Público, também chamada Escola de Bordeaux.

Duguit, na virada do século, expôs o advento da noção de serviço público como idéia mestra, como base de todo o direito público. Na expressão de Eisenmann, fazia do serviço público o sol do Direito Administrativo. Ou como ressalta Etienne Picard (na obra *La Notion de Police Administrative*, de 1984), era alfa e ômega do Direito Administrativo.

Em 1901, na obra *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (que foi uma resposta à obra de Georg Jellinek sobre direitos subjetivos, surgida em 1892), uma das idéias fundamentais é a seguinte: “a noção de *puissance publique* deve ser substituída pela de serviço público; o Estado deixa de ser *puissance* que ordena, para tornar-se grupo que trabalha. O Estado moderno aparece cada vez mais como um grupo de indivíduos trabalhando *de concert*, sob a direção e controle dos governantes, para a realização das necessidades materiais e morais dos participantes”.

Duguit seria, assim, um precursor da concepção de Estado intervencionista, denominado pelo inglês Harold Laski, professor de Ciência Política em Harvard e Londres (falecido em 1950), Estado de serviço.

No 2º vol. do *Traité de Droit Constitutionnel*, ed. 1927, Duguit afirma: “O Estado não é uma *puissance* que comanda, uma soberania; ele é uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes”.

Eis o conceito de Duguit — “serviço público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não pode se realizar a não ser com a intervenção da força governamental”.

Para Duguit “a idéia de serviço público está na noção de uma obrigação que se impõe aos governantes”.

“O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. Se há uma *puissance publique*, ela é um dever, uma função, não um direito”.

Jèze, a quem Hauriou chamou de “l'enfant terrible” da Escola de Serviço Público, nos *Principes Generaux du Droit Administratif*, 3. ed. 1925, tece as seguintes considerações:

“O Estado constitui conjunto de serviços públicos — este princípio objetivo é a pedra angular do direito administrativo francês. A principal missão da Administração é fazer funcionar os serviços públicos”.

“A noção de serviço público serve para modelar todas as instituições do direito público”.

No tomo II, da mesma obra, afirma que “a idéia de serviço se acha intimamente vinculada com a de procedimento de direito público”, concepção ausente em Duguit.

Para Jèze “dizer que em determinada hipótese existe serviço público equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e cotidiana a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, sem nenhum obstáculo jurídico insuperável”.

A noção de serviço público para Jèze repousava, assim, sobre as seguintes idéias: procedimento de direito público (ou regime jurídico especial), satisfação regular e contínua de certa categoria de necessidades de interesse geral e possibilidade de constante modificação da organização do serviço público.

Como se reconhece a existência de um serviço público? Para Jèze, só caso a caso, verificando a intenção dos governantes somente quanto à atividade administrativa considerada. Qual a autoridade competente para decidir se há serviço público? O Legislativo, a jurisprudência. Fala-se de serviço público unicamente quando as autoridades de um país decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante procedimentos de direito público”. E cita o exemplo de que até 1905, na França, havia o serviço público de culto; depois deixou de ser serviço público.

Para Jèze a vontade dos governantes de instituir serviço público se reconhece por um conjunto de circunstâncias, não por critério único: ex.: iniciativa do serviço; monopólio de exploração; fixação de encargos especiais para assegurar o funcionamento, etc.

Convém lembrar que Duguit mencionou a tendência moderna para a extensão dos serviços públicos, ressaltando ser variável o rol de atividades cuja realização é obrigatória para os governantes.

Então, para a Escola de Bordeaux, serviço público é a noção-chave do direito público, da caracterização do Estado; é critério do Direito Administrativo e da competência da jurisdição administrativa francesa.

A teoria do serviço público, tal como exposta e considerada por Duguit e Jèze, foi combatida principalmente por Maurice Hauriou, em contínua polêmica com Duguit, sobretudo.

O texto clássico de Hauriou a respeito e o famoso prefácio à 11. edição do seu *Précis de droit administratif et de droit public*, de 1927, intitulado “La puissance publique et le service public”. Em síntese as idéias de Hauriou aí expostas são as seguintes: “o serviço público é a obra a realizar; a *puissance* é o meio. Qual está em primeiro plano? *Puissance*. Serviço Público, embora em segundo plano, desempenha papel importante”. Afirma que a doutrina de Duguit não é verdadeiramente realista, porque negligencia elemento essencial da realidade, o poder político, que é um fato.

As idéias de Duguit e Hauriou tiveram adeptos e adversários, tanto na época em que foram inicialmente expostas, como nos períodos sucessivos; e até hoje, por vezes de modo mais diluído, por vezes de modo evidente, se percebe em autores franceses nítida inclinação por um ou outro.

Assim, por exemplo, filiaram-se à Escola de Serviço Público: Rolland, Bonnard, Latournerie, Laubadère (que a ela se manteve sempre fiel); na Argentina, Bielsa; no Brasil, Themistocles Brandão Cavalcanti; à Hauriou: Bérthelemy, Rivero e Vedel. O artigo de Vedel, de 1954, “As Bases Constitucionais do Direito Administrativo”, na verdade foi escrito muito menos para apontar as bases constitucionais do direito administrativo francês, do que para demonstrar que não havia base constitucional para a noção de serviço público ser considerada como critério do direito administrativo, e sim as idéias de Poder Executivo e *puissance publique*. Mas teceu observação importante: “concentrando sua atenção sobre o serviço público, essa Escola combateu e dissipou os velhos fantasmas da soberania ilimitada e da transcendência absoluta da *puissance publique*. O emprego da noção de serviço público colocou claramente a idéia de que a Administração é feita para os administrados e não para os governantes”.

Na jurisprudência administrativa francesa, duas decisões são de regra citadas como consagradoras da noção de serviço público como critério do direito administrativo e da competência daquela jurisdição: o *arrêt* Terrier, de 1903 (destruição de víboras, mediante remuneração) e *arrêt* Théron, 1910 (contrato entre a comuna de Montpellier e o Sr. Théron para que este recolhesse cães errantes e animais mortos onde estivessem, recebendo remuneração por taxa cobrada dos habitantes e pelos despojos dos animais).

Nos dois, o critério para determinar a competência do Conselho de Estado baseou-se no caráter de serviço público reconhecido às atividades.

Era o apogeu da teoria do serviço público.

Mas, segundo Demichel (*Le droit administratif — essai de reflexion theorique*, 1978), a idade de ouro da noção começou a terminar por volta de 1921. Para esse autor o triunfo da noção repousava sobre dupla equação, que representou um momento da história do Direito Administrativo:

— equação órgão-atividade — denominado por muitos como critério orgânico — todo serviço público era realizado por órgão do Estado.

— equação atividade — regime jurídico — também citado critério material ou funcional — todo serviço público era atividade de interesse geral realizada segundo regras do direito administrativo (regime jurídico).

Na época em que foi formulada a teoria, o serviço público comportava esses elementos, embora a primeira equação não fosse perfeita em virtude da concessão de serviço público, já utilizada. Mas esta, de pouca extensão, não afetava a equação.

#### 4. *Crise e crítica*

Começaram, então, a surgir perturbações na identificação jurídica do serviço público, trazidas sobretudo por elementos privados.

A primeira perturbação fundamental foi causada pelo conhecido *arrêt* “Bac de Eloka”, de 1921, que inaugurou a idéia de serviços públicos com gestão disciplinada pelo direito privado. A origem da decisão teve os seguintes fatos: um acidente ocorrido com balsa que afundou com automóveis que transportava; o serviço era explorado pela Colônia da Costa do Marfim em condições iguais à de qualquer particular; considerou-se regido direito comum, atribuindo-se competência à jurisdição comum; serviço público, então, não acarretava necessariamente a aplicação do direito público.

Ocorreu, assim, a diluição do elemento regime jurídico.

Outra decisão, de 1938, “Caisse primaire (d’assurances sociales) Aide et Protection” firmou orientação de que instituições privadas realizam serviços públicos.

E ainda surgiram as decisões Monpeurt (1942) e Bouguen (1943): mencionam entes privados que participam de um serviço público.

Ocorreu diluição do elemento orgânico.

Com tais decisões e outras mais, a jurisprudência desagregou o elemento orgânico e o material.

Com a crescente interpenetração das atividades privadas e públicas, ocorrida sobretudo a contar da década de 40, registrou-se confusão das noções orgânica e material e do regime jurídico, pois verificavam-se as seguintes situações de fato: gestão de serviços públicos por particulares; serviço público reconhecido sem a estrutura correspondente do órgão público, só como atividade; serviço público realizado sob normas do direito privado; Administração exercendo atividades consideradas privadas (o exemplo na França é a *regie* Renault).

A partir da década de 50, falou-se de crise da noção de serviço público (nome da obra de Jean-Louis Corail); declínio; *eclatement*; *effrondement*; conceito cada vez mais evanescente. Eisenmann, em curso de doutorado de 1952-1953 (hoje reproduzido no livro *Cours de Droit Administratif*, editado em 1982) disse que “a noção deveria ser relegada ao plano da história do direito administrativo; está tão divorciada da realidade que em tempo próximo deixará de infectar, de obscurecer e confundir a síntese do direito positivo”. Serge Regourd refere-se ao empenho iconoclasta a respeito do serviço público, para decretar, se não a pena capital, sua aposentadoria de ofício.

Forsthoﬀ, no seu *Tratado de direito administrativo alemão*, tradução francesa de 1969 da edição alemã de 1966, propõe o termo “Daseinvorsorge” (quer dizer assistência vital) para designar o conjunto das funções pelas quais a Administração fornece prestações, ante a desagregação da noção de serviço público na teoria francesa. “Daseinvorsorge” se contrapõe à noção de manutenção da segurança e da ordem pública.

Hansjulius Wolff, em 1969, no trabalho “Fundamentos del Derecho de Prestaciones”, publicado na coletânea em homenagem a Sayaguès Laso, refere-se à Administração que passou de garante da ordem à provedora de prestações e utiliza a expressão Direito Administrativo Prestacional.

Seria adequado trocar a expressão serviço público por atividade prestacional?

A noção de serviço público tem ainda valor para o direito administrativo?

## 5. *Contestação à crise e crítica*

Para Rivero, a crise é antes de tudo crise de fronteira; a separação entre atividades públicas e privadas, que estava na base da teoria originária do serviço público, hoje não é rígida, é fluida.

Por outro lado, o papel da Administração se estendeu. No direito francês, a noção de serviço público não pôde mais resolver todos os problemas de competência da jurisdição administrativa. Portanto, tornou-se inadequada como critério de competência; para países de jurisdição una, como o nosso, esse aspecto é irrelevante. Na verdade, foge ao papel da noção.

E ainda: como bem nota o argentino Bartolomé Fiorinix (no seu *Derecho Administrativo*, tomo II, 1976, p. 13): “a crise é da concepção específica de uma escola francesa que hierarquizou a noção como função estatal exclusiva, enquanto o Estado desempenha muitas outras funções. A noção, assim, é inadequada como critério único do direito administrativo. A missão administrativa de pres-

tação de serviços públicos não se encontra em crise ou desapareceu. Ao contrário; tais incumbências se multiplicam no Estado Providência, apresentando-se sob formas inimaginadas na concepção original, sob regimes normativos complexos, difíceis de enquadrar na divisão absoluta entre direito privado e direito público”.

Então a chamada crise do serviço público corresponde à extensão das prestações estatais, realizada hoje sob formas muito variadas.

Segundo Francis Paul Benoit (*Le droit administratif français*, 1968), “a noção de serviço público tem valor descritivo, pois permite expressar as realidades constituídas pela existência de um sistema de prestações destinadas aos indivíduos; portanto, é a expressão teórica válida de um dos modos mais importantes de atuação administrativa. E permite distinguir essa atividade de prestação de outras. Os dois aspectos, descrever e distinguir, constituem a utilidade específica de uma noção jurídica e esta utilidade basta para justificá-la. Não se pode pedir à noção mais do que aquilo a que é destinada”. Isso foi feito com a noção de serviço público quando se quis considerá-la critério da competência da jurisdição administrativa (o que é irrelevante para os países de jurisdição una) e critério único do direito administrativo.

Para Demichel, com o qual concordo, a noção é indispensável. Não se deve radicalizar a crítica a ponto de retirar todo valor positivo à noção; afirma o valor da noção, porque é uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, que impõem a este uma exigência; esse elemento de exigência (por Demichel chamado de contraditório) é precioso porque é elemento de proteção de classes menos favorecidas. Permanece, assim, o valor positivo da noção.

Segundo observa Maurice Bourjol (*Droit administratif*, vol. I, 1972) no plano jurídico a noção desempenha papel importante em vários âmbitos do direito administrativo. No plano político — tudo depende da concepção que em momento dado têm os governantes a respeito das exigências do interesse público.

## 6. *Caracterização do serviço público*

Então como se pode caracterizar o serviço público?

É muito comum se ler que serviço público é noção variável, noção-proteu. Ou que se incluiria no rol dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, expressão essa que hesito em aceitar. O conceito em si não é indeterminado, como conceito. O que ocorre é que não é possível *a priori* identificar todas as situações que se enquadram na noção; mas no momento em que a noção se aplica a

uma situação, efeitos ou conseqüências ocorrem. Seria melhor considerá-las noções catalisadoras.

No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público, se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano da escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição. A Constituição pátria arrola atividades como sendo serviços públicos; por ex.: art. 21, item XI — serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados; item XII — serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens; XIII — serviços e instalações de energia elétrica; art. 30, V, o transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Tradicionalmente existe o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos”: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas; correio.

Diversas são as formas de prestação: em monopólio, concorrentemente com particulares; gestão direta; gestão por particulares; por delegação, autorização, permissão, concessão.

Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; fins fiscais ou desvantagem patrimonial (habitualmente cita-se no caso os antigos monopólios de tabaco); para favorecer o progresso técnico.

Serviço público significa, em essência, prestações, elemento já assinalado por Santi Romano, nos *Principi di diritto amministrativo*, 3. ed., 1912.

É serviço prestado ao público.

Para Giannini (*Diritto amministrativo*, 1988) constituem atividades que propiciam bens e serviços, não as de preparação de infra-estruturas (como as de registro, a de conhecimento).

Caio Tácito, ao discorrer sobre o conceito de serviço (*Direito Administrativo*, 1975, p. 197), refere-se a prestações administrativas, prestações como emanações dos modernos direitos econômicos e sociais do homem.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello “só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível diretamente pelo administrado...” (*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 1973, p. 18).

Nota-se divergência doutrinária quanto à abrangência das prestações. Pequena parte da doutrina, como Santi Romano, limita serviço público a prestação propiciada a um ou mais sujeitos individualmente determinados, ou seja, a prestações diretas.

A maioria da doutrina abrange prestações específicas para determinados indivíduos (água, esgoto, telefone) e prestações genéricas, inominadas (ex.: iluminação pública, limpeza de ruas).

No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, conseqüências advêm, mesmo que fornecida por particulares.

Então, parece possível cogitar-se de elementos comuns às atividades consideradas serviço público.

Na França, o *arrêt* Nancy, de 1963, indicou a reunião das seguintes condições: missão de interesse geral; a administração tem controle sobre a atividade; a existência de prerrogativas públicas no exercício da atividade.

Elementos determinantes para WALINE (*Précis de droit administratif*, 1969, 1º vol.): iniciativa de autoridade pública na origem da atividade e a parte preponderante ocupada por ela na organização dessa atividade.

A meu ver, os elementos comuns às atividades qualificadas como serviço público são os seguintes:

1) *Vínculo orgânico com a Administração* — que não desapareceu, mas pode ser entendido de modo diferente do original. Hoje serviço público não significa necessariamente atividade prestada por órgão público. O vínculo com a Administração hoje significa:

a) *presunção de serviço público*, como assinalam Debbasch e Bourjol: quando a atividade é exercida pelo poder público, presume-se que o serviço é público. Se exercida por ente privado, a presunção é de atividade privada.

b) significa também: *relação de dependência entre a atividade e a Administração*, como apontam Debbasch e Sabourin (este no artigo “Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français”, *Revue du Droit Public*, 1971, p. 859 e segs.); pode-se pensar também *em presença orgânica da Administração*, como Demichel. Quer dizer, a Administração exerce controle permanente sobre o gestor de serviço público; sua intervenção é maior do que a aplicação de medidas de polícia, porque a Administração é a responsável, em última instância, pela atividade. A Administração tem, assim, parte preponderante na organização da atividade.

Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles, ao mencionar serviço público como atividade sob regulamentação e controles estatais (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., 1990, p. 290).

A Constituição Federal de 1988 fixa vínculo orgânico, ao dispor, no *caput* do art. 175, que incumbe ao poder público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

2º elemento — *quanto ao regime jurídico*, a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo. Mesmo que sujeita a

regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação; não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado. Já Santi Romano, nos *Principi*, 1912, observava: “Se a atividade for regulada pelo direito privado, este não informa toda a atividade, mas se funde com elementos de direito público, que lhe confere a própria marca. Segundo Demichel, o serviço público não acarreta necessariamente a aplicação exclusiva do direito público, mas é condição suficiente de uma aplicação mínima do Direito Administrativo.

7. *Princípios diretores* — uma das conseqüências da caracterização da atividade como serviço público é a observância de grupo de preceitos.

a) *Funcionamento eqüitativo*, ou *igualdade de todos perante o serviço público* ou *paridade de tratamento* (expressão usada por Giannini). A título de exemplo, a Lei Orgânica do município de São Paulo, de 1990, no parágrafo único do art. 123, menciona que os serviços públicos serão prestados “sem distinção de qualquer espécie”.

O serviço público não busca lucro necessariamente e pode suportar déficit; mas o interesse geral e a igualdade no acesso não devem ser bandeira para ocultar ausência de direção do serviço, má gestão ou desperdício.

Vinculada à igualdade, se coloca a questão da gratuidade. Não se afirmou como princípio. Depende de opção política. Por exemplo: o Conselho Constitucional francês não atribuiu à gratuidade dos serviços públicos o *status* de princípio de valor constitucional (decisão de julho de 1979). Por sua vez, a Constituição Federal brasileira assegurou (art. 206, IV) a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; e fixou como dever do Estado com a educação, a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I) e determinou a gratuidade dos transportes coletivos urbanos a maiores de 65 anos (art. 230, § 2º). A Lei Orgânica do município de São Paulo, no parágrafo único do art. 123, não mencionou a gratuidade dentre as especificações dos serviços públicos municipais, em geral.

b) *Funcionamento contínuo* — O parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica do município de São Paulo utiliza o termo *regularidade*.

Esse princípio traz conseqüências em vários âmbitos do direito administrativo, como nos contratos, no regime dos funcionários.

Um dos âmbitos mais sensíveis refere-se ao direito de greve de servidores públicos. Durante muito tempo, sob invocação da continuidade do serviço público, foi proibida a greve de servidores. Na França esse entendimento foi consagrado no *arrêt* Winkell, de 1909. Depois, em quase todo o mundo ocidental

foi permitida. O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nos seus *Comentários à Constituição de 1988*, ao discorrer sobre o preceito do item VII, do art. 37, que reconheceu direito de greve na administração direta e indireta, observa que isso representa abandono do rigor do princípio da continuidade, que importaria na denegação desse direito. Como conciliar o direito de greve e a continuidade? O Conselho Constitucional francês reconheceu, em julho de 1979, valor constitucional ao princípio da continuidade, ante sua importância e a contraposição ao direito de greve. A conciliação se realiza por regras específicas para greve nos serviços públicos; ex.: comunicação prévia do início da greve; manutenção de parte das atividades em funcionamento, etc. A Constituição pátria reza que o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei complementar.

c) *Possibilidade de modificar o modo de execução*, para adaptá-lo a exigências novas. Também denominados por Debbasch de princípio da evolução. A aplicação mais usualmente citada é a modificação unilateral do contrato administrativo.

d) alguns autores, como Demichel, incluem o *princípio do funcionamento eficaz*: o serviço público deve ser o melhor possível. A Lei Orgânica do município de São Paulo garante ao usuário *serviço público prestado com eficiência*.

## 8. Questionamento atual

A noção de serviço público, que se pretendia condenar à extinção, permanece vivaz. Não somente figura como capítulo em todos os manuais de Direito Administrativo, como vem merecendo estudos específicos, como foi salientado de início.

Podem-se citar alguns aspectos que hoje despertam discussão.

1) Continua, sobretudo entre os franceses, a discussão sobre a própria noção e sua permanência, como se houvesse, no presente, a reprodução do debate entre Duguit e Hauriou.

2) Discute-se o que se poderia chamar de “ofensiva política e ideológica contra o serviço público”, no dizer de Serge Regourd; surgiram vozes apregoando a redução do âmbito do serviço público. Ou melhor, pregando a necessidade de se dar interpretação restrita à noção de serviço público. Pode-se exemplificar com duas vozes:

a) a de Fernando Garrido Falla, em artigo de 1982, “El modelo económico en la Constitución y la revision del concepto de servicio publico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*. Ante o contido no art. 38 da Constituição espanhola, que reconhece a liberdade de empresa no quadro da economia de mercado, Garrido Falla afirma que se deve limitar a aplicação da noção de serviço

público somente aos que tenham caráter essencial, e sempre colocando em dúvida a constitucionalidade dos demais monopólios.

b) a de Pierre Delvolvé, no primeiro artigo do primeiro número da *Revue Française de Droit Administratif*, jan./fev. 1985, intitulado “Service public et libertés publiques”, Delvolvé afirma que o serviço público coloca em risco o campo das atividades privadas e por elas as liberdades públicas. Como a noção é imprecisa, é extensiva. E ameaça as liberdades públicas por dois aspectos: a) *lógica de integração* ao serviço público de atividades privadas que têm semelhança com serviço público; b) *lógica de restrição* — se atividades privadas são integradas ao serviço público, são submetidas às mesmas obrigações de serviço público.

3) O tema do serviço público também se liga, na atualidade, à questão da privatização, hoje em voga em todo o mundo. Pode-se questionar se é possível privatizar tudo. Na França, a lei de privatização de 1986 excepcionou os serviços públicos nacionais.

No Brasil, a Constituição qualifica várias atividades como serviço público, o que traz impedimento à privatização (no sentido de transferência total ao particular), pois o art. 175 diz incumbir aos poderes públicos os serviços públicos. Assim, por ex.: o art. 21, XI, atribui à União explorar diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. É monopólio estatal, sem possibilidade de privatização, como bem esclarece o prof. José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1991, p. 430).

## 9. Conclusão

Portanto, diferentemente do que Vedel considerou para o direito francês, a noção de serviço público no Brasil é noção de relevo, sobretudo pelo tratamento conferido pela Constituição Federal ao tema. Assim, tem uma base constitucional.

A concepção de serviço público pode ser visualizada como instrumento substancial de integração do indivíduo no Estado.

Se o sistema do Direito Administrativo vem sendo traduzido como jogo de diálogo entre dois elementos contrapostos: prerrogativas de *puissance* e garantia aos particulares; ou entre autoridade e liberdade, o serviço público transcende ambos e em Direito Administrativo é a tradução mais acentuada da idéia filosófica do bem comum.