A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO SERVIÇO PÚBLICO*

CAIO TÁCITO

Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o serviço público. Embora ocorra, fragmentariamente, a qualificação legal das atividades ou órgãos do Estado suscetíveis dessa designação não se torna fácil condensar, em síntese definidora, os elementos que o identifiquem, no tempo e no espaço.

A noção é fugidia e variável, assemelhando-se, na disparidade de critérios e definições, a um diálogo de surdos, em que não se entendem os interlocutores, conforme a sátira de Marcel Waline (*Droit administratif*, 8ª ed., 1959, p. 620).

Considera-a Renato Alessi “*un delle più incerte e nebulse di tutto quanto il campo del diritto pubblico*”.

Na França, onde a noção de serviço público chegou a substituir, na concepção de Duguit, a idéia da soberania com elemento constitutivo do Estado (*Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., vol. II, pág. 54) e se tornou, através da chamada escola do Serviço Público (Jèze, Bonnard, Rolland e Laubadère), o ponto nuclear do Direito Administrativo, a sua instabilidade e incerteza, especialmente na discriminação da competência jurisdicional entre a Justiça Administrativa e a Comum, levou a que se proclamasse a existência da crise da noção do serviço público (Corail, Morange, Chenot, Rivero, Demiched).

No mais completo estudo sobre o tema, da lavra de Umberto Pototschnig, Professor de Direito Administrativo de Pavia (*I pubblici servizi*, 1964, coleção *Diritto e amministrazione*, dirigida por Feliciano Benvenuti) espelha-se a acentuada variedade com que, no direito italiano e no comparado, se apresentam as definições e classificações do serviço público.

* Palestra no XVII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, setembro 2003

Observei, em trabalho anterior, que não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea.

A relatividade da noção do serviço público foi acentuada por Themístocles Cavalcanti, com apoio em Gaston Jêze, e se reforça na lição pragmática de Aliomar Baleeiro, quando lembra que “a supervisão do culto religioso pode pertencer à competência dum Ministro de Estado, como foi no Brasil e na França e, mais tarde, pode ser proibida no orçamento, como acontece hoje, nesses mesmos países” (Clínica Fiscal, 1958, p. 163).

Costuma-se, ainda, opor, na caracterização do serviço público, a definição material ou funcional à concepção orgânica ou formal.

A primeira tem em mira a atividade de interesse geral a que se destina o serviço; a segunda considera dominante o organismo administrativo que o desempenha.

Ao conceito jurídico do serviço público, como expressão típica de atividade estatal, poder-se-á, ainda, agregar a sua significação econômica, social, política ou fiscal, nem sempre coincidente com o sentido orgânico ou administrativo da expressão. A lei considera mesmo, para fins determinados, como serviço público *lato sensu*, atividades que são de exercício privado, como, por exemplo, a advocacia, o jornalismo, ou a assistência social.

É certo que o âmbito do serviço público exprime as oscilações políticas do Estado. A moderna tendência intervencionista no domínio econômico e social atraiu para o terreno da atividade administrativa um elenco de serviços que não figuram nos modelos clássicos da Administração Pública.

Trata-se, no entanto, de mera exacerbação ou agravamento de uma dicotomia entre os fins administrativos do Estado, que já fazia distinguir, nos autores mais amigos, a atividade jurídica e a atividade social da administração Pública. Desenvolvida especialmente por Orlando em seu clássico *Trattato di diritto amministrativo*, foi endossada no verbete de Guido Zanobini para a Enciclopedia del diritto (1958, vol. II, p. 236). Na primeira atividade, a jurídica, como exercício da soberania do Estado e de seu poder de império, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas. É uma atividade de tutela do ordenamento jurídico, caracterizando-se pelo poder de coação próprio e privativo do Estado. Na atividade social, ao contrário, a administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares. A primeira atividade corresponde uma ação administrativa: à segunda, uma prestação administrativa.

É nesse sentido que, entre nós, Mário Mazagão, divide o serviço público administrativo em duas categorias: serviços concernentes à atividade essencial do Estado (tutela do direito) e serviços relativos à atividade facultativa (promoção do bem-estar geral, cultura e progresso), atribuindo-lhes, respectivamente, a qualidade de ação jurídica e ação social.

Certamente a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a essencialidade passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias da ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanações dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevan-

tes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal.

Todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais originários ou congênitos; aos últimos, de serviços estatais derivados ou adquiridos.

O mesmo sentido ontológico inspirou, na doutrina italiana, com endereço ao campo do direito penal, a distinção entre função pública e serviço público.

Como esclarece Miele, a função pública é a atividade endereçada aos fins essenciais do Estado (como a justiça, a segurança pública, a defesa nacional) enquanto o serviço público representa a atividade do Estado visando aos objetivos de bem-estar social e à satisfação das necessidades individuais.

Segundo Giannini, a função pública, fundada no poder soberano, é atividade necessária do Estado. Serviço público, ao contrário, é contrário, é atividade que somente adquire esse caráter quando o Estado dela se faz titular, podendo, em princípio, ser exercida pelos particulares.

Outra variante dessa mesma classificação exprime-se através da opinião de Arnaldo de Valles, quando separa os serviços administrativos e os serviços públicos.

Se o interesse satisfeito na atividade pública é próprio da coletividade entendida em seu todo, e não o resultante da soma de interesses individuais, temos um serviço administrativo.

Quando o interesse coletivo é a soma de interesses individuais, de tal forma que o escopo social se traduz na satisfação imediata de necessidades individuais, mediante vantagem direta a certos destinatários, temos um serviço público.

Os mesmos conceitos são expendidos por Marcello Caetano, na definição que propõe para o serviço público como “o serviço administrativo cujo objeto consiste em facultar a quantos dele careçam os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”.

Esclarecendo a discriminação em termos que interessam, de perto, ao objeto deste estudo, Arturo Lentini assinala que “la funzione publica è caratterizzata dalla potestà e dalla destinazione dell’attività amministrativa ai cittadini considerati uti universi e non uti singuli; I servizi pubblici riguardano I cittadini uti singuli e non uti universi”.

Atingimos, assim, a uma forma de classificação do serviço público, que tem em mira o grau de utilidade auferida pelos seus destinatários.

A prestação administrativa do serviço compreende duas categorias. A primeira consiste na atividade dirigida a produzir uma utilidade genérica aos cidadãos uti universi, sem possibilidade de medida da utilidade que cada um individualmente usufrui.

Na segunda categoria, ao contrário, a atividade se dirige a produzir uma utilidade específica para determinados cidadãos que se valem do serviço posto à disposição de todos, ou seja, atividade que se traduz em uma vantagem usufruída pelos cidadãos *uti singuli*.

Não se abandona, nessa qualificação de uso, o princípio da generalidade do serviço público, como bem observa Villegas Basavilbaso: “O serviço público é sempre destinado a todos, e não a determinada pessoa... (mas) a sua prestação pode ser *uti universi* e *uti singuli*. A prestação é *uti universi* quando não há usuário propriamente dito, quando o Estado (lato sensu) é quem imediata e diretamente o utiliza, para benefício da coletividade. A prestação é *uti singuli*, quando existe usuário, quando ela beneficia imediata e diretamente a uma pessoa ou várias pessoas indeterminadas, isto é, à generalidade do público.”

Os serviços públicos *uti universi*, por isto mesmo que atendem de “forma direta e indivisível à coletividade” (Bielsa, *Compendio de derecho público*, 1952, vol. II, p. 94), avizinham-se do conceito da função pública, como acima exposto, ou seja, como atividade própria e exclusiva do Estado.

Documenta essa afirmação o testemunho autorizado de Cino Vitta: “sono invece denominante presso di noi pubbliche funzioni quelle che sono destinate a profitto della collettività indistintamente pressa, cioè dei cittadini considerati più *uti universi* che *uti singuli*”.

Todas essas classificações do serviço público apresentam um traço comum, através da sua diversidade de critérios: o reconhecimento da antinomia entre duas modalidades ou categorias de ação administrativa.

Temos, de uma parte, uma forma de ação geral e indivisível do serviço público, que atende diretamente a interesses coletivos indiscriminados (*uti universi*) e corresponde a uma atividade soberana e privativa do Estado.

De outra parte, ocorrem prestações de serviço que, embora genéricas quanto à sua disponibilidade, visam a satisfazer interesses que se podem individualizar entre determinadas pessoas, que as usufruem diretamente (*uti singuli*). Tais prestações administrativas não são privativas do Estado *ratione materiae*, não emanam de seu poder soberano, embora possam constituir monopólio estatal de lege.

A essas duas categorias é que se deve atribuir, respectivamente, a designação de serviço público geral e serviço público especial, segundo a terminologia de Vitti del Marco.

Não se trata de uma discriminação de base territorial, ou qualitativa, mas de um conceito qualitativo, vinculado à natureza intrínseca do serviço público, ontologicamente considerado.