

# Direito Administrativo

## A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI  
Procurador da República no Distrito Federal

Iniciamos neste número uma série de artigos doutrinários sobre o regime jurídico do funcionalismo público. Obedeceremos a um plano sistemático, que compreenderá os diferentes aspectos jurídicos dos problemas ligados à função pública e do seu exercício, desde a noção do serviço público até as particularidades da legislação sobre a matéria.

De acordo com esse programa, serão estudadas, dentro do quadro atual do nosso direito e da legislação estrangeira, as principais questões que possam interessar ao funcionalismo público.

### I

#### DO SERVIÇO PÚBLICO

*Noções gerais — Principais teorias sobre o assunto — Os autores franceses — Duguit — Jèze — Direito administrativo e serviços públicos — Serviço administrativo e serviço público — Presutti — Definição de Fleiner — Bielsa — Serviços públicos próprios e impróprios — Blondeau e a jurisprudência dominante — Odilon de Andrade — Discriminações diversas de Glaeser e de Muratti — De Vales — Serviços Públicos e de utilidade pública — "Public utilities" — Noções diversas — Conclusão.*

O primeiro capítulo de um estudo de direito administrativo, na parte que se relaciona com a situação jurídica dos funcionários públicos perante o Estado, deve necessariamente consistir na definição do que se deve entender por *serviço*

*público*, para que se possa, partindo dessa noção geral, colocar o servidor do Estado no ambiente dentro do qual tem de preencher as finalidades que lhe estão destinadas pela natureza de sua função.

Acompanharemos, por uma questão de método, o desenvolvimento que demos à matéria em nosso trabalho "Instituições de Direito Administrativo Brasileiro", procurando, no entretanto, imprimir-lhe uma orientação necessária em vista da natureza especializada da matéria aqui estudada. (1)

Não se pode estudar a situação e as funções dos servidores do Estado sem partir da noção do *serviço público*. Dessa noção é que se poderá bem compreender porque os funcionários públicos têm uma situação peculiar, porque precisam os servidores do Estado possuir um espírito e uma mentalidade muito especiais e porque não é possível realizar as finalidades do Estado sem que seus funcionários tenham em alto grau um espírito público caracterizado por um acentuado sentimento de renúncia, de disciplina e de apêgo às cousas do Estado a quem servem.

Mostraremos ainda porque as transformações sofridas pela organização do Estado impõem também aos seus órgãos descentralizados, que executam os serviços por delegação, uma identificação com os fins do Estado e uma afinidade que traz para essas entidades vantagens e direitos, a par de obrigações e deveres.

Entidades autárquicas, concessionários de

(1) Foram tiradas dessa obra duas edições: a primeira, em um volume (1936 — 700 pgs.) e a segunda, em dois volumes (1938 — 1550 pgs.), ambas da Livraria Freitas Bastos.



serviços públicos, todos integram assim o aparelho administrativo, incumbido de atender e prover às necessidades do público.

Vamos, portanto, começar pela noção de *serviço público*, para daí desenvolver o nosso programa.

—

A noção do *serviço público* no estudo do direito administrativo é de uma importância muito grande, porque ela representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração.

Para a generalidade dos autores, a finalidade do Estado consiste, especialmente, em prover à manutenção e à execução dos serviços públicos.

Constitue, assim, essa noção um dos pontos essenciais de todas as doutrinas que interessam ao direito administrativo.

Alguns autores têm, mesmo, subordinado a integração de um serviço dentro do serviço público à finalidade que lhe atribue o Estado no conjunto de suas atividades.

Daí, também, a relatividade do conceito de *serviço público*, variável de acordo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas. É a noção que nos dá, especialmente, DUGUIT:

“Les activités dont l’accomplissement est considéré comme obligatoire pour les gouvernants forment l’objet des services publics. Quelles sont ces activités? Quelle en est exactement l’étendue? Il est impossible de faire à la question une réponse générale.

Déjà en 1911 nous écrivions: “Quelles sont les activités dont l’accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation? À cette question on ne peut point faire une réponse fixe. Il y a là quelque chose d’essentiellement variable, d’évolutif au premier degré. Il est même difficile de fixer le sens général de cette évolution. Tout ce que l’on peut dire, c’est que, à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augmente, et que le nombre des services s’accroît par la même. C’est logique. En effet, la civilisation on peut dire qu’elle consiste uniquement

dans l’accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l’intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente, parce qu’elle seule peut réaliser ce qu’est la civilisation”. (2)

Esse conceito de DUGUIT merece ser transcrito, porque representa um pensamento muito preciso da relatividade da noção do serviço público, que pode ser verificada, quer na doutrina, quer nas realizações práticas dos diferentes regimes administrativos.

Em um regime liberal, de livre concorrência, em que a intervenção do Estado é restrita e limitada a um certo número de atividades, ficando as demais entregues à iniciativa particular, os monopólios são desconhecidos, o Estado pouco se interessa em absorver aqueles serviços que não se compreendem dentro das suas finalidades necessárias e obrigatórias.

O mesmo não ocorre, porém, naqueles países em que o controle e a direção do Estado se tornam mais notáveis, por uma tendência mais acentuadamente socializante, procurando o poder público, por esta forma, distribuir mais equitativamente as vantagens e os resultados das atividades individuais, pela coletividade, ou então evitar a especulação e os abusos provenientes do desequilíbrio social e econômico. As causas dessa intervenção constituiriam capítulo de direito político dos mais fascinantes; mas, aqui, apenas constatamos as consequências desses desequilíbrios e a iniciativa, tomada pela generalidade dos Estados, de intervir mais decididamente e em maior número de setores.

Numerosas são as teorias existentes a respeito da noção do serviço público. Que é o serviço público? Quais os serviços que devem ser considerados como tais? Quais as diversas categorias de serviços públicos?

É a essas indagações que vamos agora responder.

Segundo a opinião da maioria dos autores franceses, a noção do serviço público confunde-se com a do próprio direito administrativo. “Direito Administrativo é o conjunto das regras re-

(2) *Les transformations du droit public*, pag. 47.



lativas aos serviços públicos" (3), ensina o professor JÈZE. Os serviços públicos têm por fim, acrescenta, atender aos interesses gerais. Os governantes, os agentes, os concessionários dos serviços públicos são encarregados de organizá-los, fazê-los funcionar para satisfazer o bem estar material, moral, intelectual, dos administrados e dos indivíduos.

Por conseguinte, incluem-se nesta categoria, não somente aqueles serviços diretamente explorados pelo Estado, mas ainda aqueles que podem ser explorados por meios indiretos, especialmente por meio de concessões dadas pelo poder público.

Dentro dessa mesma corrente, encontra-se o professor DUGUIT que leva a importância da teoria do serviço público ao ponto de conferir-lhe a qualidade de ter substituído a posição atribuída anteriormente à teoria da soberania (4).

De outro lado, BERTHELEMY foge à definição do serviço público, julgando o seu conceito secundário e dispensável na determinação do conceito do direito administrativo.

Não parece ser este o corretivo aos excessos da doutrina sustentada por JÈZE. Observa, por isso mesmo, WALINE (5), que a noção do serviço público não compreende todo o direito administrativo, pois que a este também interessam outros processos e formas de atividade da administração, como de um lado, as diversas formas de polícia e de regulamentação, e, de outro lado, o auxílio às atividades individuais, nos serviços de interesses gerais.

Não nos parece, porém, interessante definir o serviço público, em função, somente, da definição do direito administrativo. E' preciso encarar a questão dentro de termos mais restritos: quais os serviços que podem ser considerados públicos?

Todos os serviços realizados diretamente pelo Estado podem ser considerados serviços públicos? Somente aqueles serviços realizados pelo Estado podem ser como tais considerados? Como se distinguem dos serviços de utilidade pública?

(3) *Les principes généraux du droit administratif* — III, pag. 1 e seqs.

(4) *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, pag. 100.

(5) *Traité élémentaire de Droit administratif*, pag. 333 e seqs.

PRESUTTI faz, a respeito da noção do serviço público, observações do maior interesse (6).

Distingue o serviço propriamente administrativo do serviço público. O primeiro é aquele que interessa, apenas, aos órgãos do Estado, enquanto que o segundo deve ser compreendido em um sentido mais lato; aquele é uma categoria deste.

Pode-se compreender o serviço público de duas maneiras; no primeiro caso, em atenção à pessoa que provê à sua exploração (pode ser o Estado ou qualquer outra pessoa a quem o Estado tenha dado essa incumbência); na segunda hipótese, em razão da pessoa que dele se pode utilizar, isto é, podendo ser utilizado por qualquer pessoa, mesmo que apenas algumas, individualmente, usufruam de seus benefícios.

Atende o autor italiano, assim, não somente à qualidade da pessoa que explora o serviço, mas também ao objetivo, à finalidade de atender ao público.

Nota, porém, PRESUTTI, que não é possível encontrar uma definição que compreenda o conjunto dos elementos objetivos necessários para considerar-se um serviço como serviço público.

Portanto, encontramos, aqui, a primeira categoria de autores: aqueles que definem os serviços públicos atendendo a dous elementos essenciais:

a) exploração direta pelo Estado ou por meio de concessões;

b) satisfação das necessidades do público em geral, embora deles se beneficiem apenas, alguns indivíduos, que os exploram.

O autor italiano, como se vê, coloca-se em um ponto de vista por demais restrito, no apreciar a finalidade dos serviços compreendidos nessa categoria. Dentro desse critério, chegaríamos a excluir dessa espécie até certas formas de monopólio do Estado.

O que parece atender melhor à determinação da finalidade não é a possibilidade potencial de ser utilizado o serviço por qualquer pessoa que possa ou que o queira, mas a finalidade coletiva, o fim social que prepondera em todas as manifestações dessa atividade.

Por isso mesmo FLEINER (7), historiando o desenvolvimento que tomaram os serviços a cargo do Estado, depois da guerra, inclusive

(6) *Istituzione di Diritto amministrativo Italiano*, vol. I, pag. 198.

(7) *Droit administratif de l'Empire Allemand*, pag. 200.



naquele terreno anteriormente mais intimamente ligado aos interesses e à atividade privada (como, por exemplo, seguros, etc.), encontra nos serviços públicos dous caracteres essenciais:

a) O interesse comum, no serviço público, prepondera sobre todos os que se lhe podem opor:

- 1) a criação e a exploração de um serviço público não podem ser prejudicadas por qualquer outro meio de direito privado;
- 2) os órgãos dos serviços considerados de direito público têm competência para proteger diretamente a execução do serviço;
- 3) Os cidadãos devem aceitar certas restrições à sua propriedade no interesse do serviço público;

b) O caráter de direito público manifesta-se de maneira particularmente nítida, nas relações entre os serviços públicos e os que deles se utilizam:

- 1) a autoridade só pode usar dos meios coercitivos para forçar a utilização de um serviço público naqueles casos em que a lei o autoriza;
- 2) utilizando-se do serviço, o particular incorpora-se ao regime de direito público inerente à natureza jurídica do serviço;
- 3) a natureza de direito público manifesta-se, igualmente, na responsabilidade assumida pelo serviço com relação aos que dele se utilizam.

Este é o quadro dentro do qual FLEINER reúne as qualidades peculiares ao serviço público. Compreende-se, aqui, uma esfera muito mais ampla, procurando-se caracterizar os serviços públicos sem limitações, que encontrariam, necessariamente, na prática, os mais contínuos desmentidos.

BIELSA (8) abriu, dentro da vasta seara que é hoje a questão da intervenção do Estado, questão que interessa diretamente à definição dos serviços públicos, um caminho que, de alguma forma, veio esclarecer e orientar a doutrina. Referimo-nos à distinção feita por aquele autor, entre os serviços públicos próprios e impróprios. Os primeiros são os prestados pela administração

pública: 1) diretamente; 2) indiretamente (segundo a esfera política, "estatização", municipalização, etc.).

Os segundos, os impróprios, são os prestados por particulares, sem concessão, por mera autorização, sujeitos a um regime administrativo, que assegure a continuidade do serviço e a uniformidade das tarifas (ainda que esta última condição não seja essencial).

Não se define, aí, o serviço público, isto é, quais aqueles serviços públicos que podem ser executados diretamente pelo Estado ou dados em concessão, nem se distinguem dos que podem ser explorados por mera permissão ou autorização, mas define-se uma orientação que serve de norma para saber-se qual o regime jurídico a que deve obedecer determinado serviço.

Foge, também, o autor à definição material do serviço público, e observa como varia a distribuição das atividades pelos particulares e pelo Estado ou seus concessionários, de acordo com o regime político e social de cada país (9).

Mas a verdade é que a compreensão, como serviço público, mesmo daqueles considerados como impróprios, permite incluir dentro daquele regime uma grande variedade de serviços, ampliando a esfera de influência do direito público e a regulamentação administrativa pelo Estado.

Daí as seguintes conclusões do mesmo autor:

- 1) De uma maneira geral, ou em sentido muito lato, "serviço público é toda atividade pública ou privada regulada pelo Poder público, e que se realiza com o

(9) Observa o autor que as razões determinantes do predomínio do regime dos serviços públicos impróprios em certos Estados de organização liberal foram:

- a) a concepção do Estado polícia;
- b) um conceito exagerado da liberdade individual em relação à indústria e ao comércio;
- c) um sentido demasiado lato dado ao liberalismo econômico.

De outro lado, as razões que justificam o predomínio dos serviços públicos próprios são as seguintes:

- a) a idéia de atribuir uma função social ao Estado;
- b) o crescimento das necessidades coletivas, não das gerais, porque estas não influem na definição do serviço público;
- c) finalmente, o caráter econômico-financeiro do serviço público e sua unidade orgânica.

(8) *Los Servicios Publicos. Sistemas de prestación* — Revista cit. pag. 38.



fim de satisfazer, de forma geralmente contínua, necessidades coletivas". Mas esse conceito de serviço público compreende tanto os chamados impróprios como os próprios, e corresponde à função do Estado polícia, considerado hoje em dia conceito inaceitável.

- 2) O serviço público não deixa de ser considerado como tal, segundo o exposto, ainda que o Estado intervenha somente para regulá-lo, em maior ou menor grau, de acôrdo com a esfera do poder de polícia.

São estas algumas das principais conclusões e que interessam mais diretamente ao assunto que estamos apreciando.

Cada vez mais o conceito do serviço público se afasta da inteligência que lhe davam os autores antigos. O Estado evoluiu, os processos econômicos, as estruturas dos aparelhos do Estado e das empresas particulares adaptaram-se ás novas condições econômicas, de sorte que se tornou possível atribuir a organizações aparentemente particulares funções de direito público. Como veremos adiante, o Estado começou a surgir como sócio de empresas particulares, constituíram-se organizações autônomas, controladas ou tuteladas pelo poder público para realizar serviços até então excluídos das atividades públicas, de sorte que não foi mais possível subordinar-se o serviço público à noção de atividade essencial do Estado (10). Surgiram, então, as suas funções secundárias, ocasionais, mas todas elas marcadas com os traços característicos das instituições públicas, sob a égide e o contrôlo do Estado.

Por isso é que BLONDEAU (11), resumindo o conceito que hoje prevalece na determinação dos traços essenciais da noção do serviço público, dentro de um quadro bastante largo, no qual se compreendem variadas formas de manifestações das atividades do Estado, teve oportunidade de escrever:

"Le principe reçu est que ne sont pas susceptibles d'être erigées en services publics que les activités consacrées à la

satisfaction de besoins qui ne peuvent être satisfaits complètement, soit en raison de leur nature, soit en raison de circonstances exceptionnelles, ou de circonstances au moins particulières, que par l'intervention de l'administration. En raison de leur nature: ce sont par exemple les services de justice et de police, même le service des postes ou celui des chemins de fer: en effet, sans l'intervention de l'administration certaines parties du territoire seraient dépourvues de communications postales ou ferroviaires, l'exploitation de telles entreprises dans ces régions n'étant pas rémunératrice et dès lors incapable de susciter les initiatives privées; c'est également en raison de la nature que l'exploitation des théâtres nationaux est un service public (Cons. d'Et. 27 juillet 1923, Gheusi): sans cette action de l'administration, l'art dramatique et lyrique français serait menacé, l'initiative privée ne pouvant suffire en l'occurrence. En considération de circonstances exceptionnelles ou tout au moins particulières, le Conseil d'Etat a validé la délibération d'un conseil municipal créant dans une commune un service public médical en l'absence de tout médecin exerçant régulièrement et de façon permanente dans la localité (Cons. d'Et. 7 août 1896 (Bennardot, Leb. 642); il a jugé possible la création, par la Ville de Paris, d'un service de bains douches gratuits, l'exploitation, dans une agglomération ouvrière, d'un lavoir public presque gratuit (Cons. d'Et. 9 février 1916, Chambre syndicale des propriétaires de bains, Leb. 91. 19 avril 1918, Chapelin, Leb. 343); (Comp, a contrario, Cons. d'Et. 30 mai 1930; Guin; 27 février 1931, Giaccardi).

Estas palavras exprimem bem a noção que hoje prevalece.

O professor ODILON DE ANDRADE procurou restabelecer o antigo conceito do serviço público sob a forma de uma doutrina própria, na qual figura como ponto essencial a posição do individuo perante o Estado ou a entidade a quem cabe explorar o serviço. As conclusões que apresenta ao seu trabalho são as seguintes:

(10) *Serviços públicos e de utilidade pública*, pag. 52. Este trabalho foi também publicado na Revista Forense — Novembro-Dezembro 1935.

(11) Ange Blondeau — *La concession de service public* — 2ème edition, pag. 59.



- a) a teoria justifica e a nossa atual legislação confirma uma divisão bastante nítida dos serviços de caráter público, em serviços que o Estado impõe, o cidadão *sofre* e são assegurados por meios de coação, pouco importando a forma desta, contanto que atinja uma das liberdades públicas, e serviços que o Estado põe à disposição do cidadão e que êle pode *aceitar* ou *recusar* em qualquer caso sem nenhuma consequência para as suas liberdades;
- b) sempre que defrontarmos um serviço da primeira espécie, podemos dizer, devemos dizer, que estamos em frente de um serviço público e que são funcionários públicos sujeitos a estatuto, todos os que nele trabalham seja qual fôr a natureza dos atos que pratiquem, si concorrem para o serviço;
- c) si, ao invés, o serviço pertencer à segunda espécie, estaremos diante de um serviço de utilidade pública e os que nêle trabalham serão simples empregados, submetidos ao regime do contrato de locação, com as modificações estabelecidas pela legislação social, pouco importando que o serviço seja explorado pelo Estado.

Embora não se possa negar a habilidade da construção jurídica criada por aquele autor, dificilmente poder-se-ia reconhecer a possibilidade de adaptar a rigidez daquela fórmula às nossas instituições administrativas.

O serviço público não constitue, em sua essência, um regime de coação, atende mais especificamente uma finalidade realizada direta ou indiretamente pelo Estado. Existem instituições de direito privado regulamentadas pelo poder público e que pressupõem, para a sua existência, as mais severas restrições aos direitos individuais, o mesmo regime de coação imposta a toda uma classe de individuos e que nunca se poderiam compreender no quadro traçado pelo eminente catedrático de Belo Horizonte. Sômente para exemplificar: a contribuição obrigatória para as Caixas de Aposentadorias e Pensões de qualquer empresa particular.

Estas contribuições obrigatórias, impostas coercitivamente pelas empresas, representando seve-

ra restrição à liberdade individual não caracterizam de maneira nenhuma o serviço público.

O Departamento Nacional do Café, entidade autônoma, impõe restrições enormes ao comércio do café, proibindo muitas vezes a sua exportação, limitando as vendas, impondo tributos, etc.; deve-se caracterizar como serviço público. No entretanto, os funcionários daquele Departamento não são funcionários públicos, nem empregados públicos, meros funcionários daquele Departamento cujo estatuto independe dos estatutos dos funcionários públicos da União.

Voltamos, assim, à tése que acima sustentámos. 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).

O essencial no serviço público 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 interesse coletivo a que visa servir.

Muito exato é, por isso, o conceito de JÈZE:

"Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considerer". (12)

Essa fórmula define bem a realidade do conceito, talvez de forma um pouco rude, mas que exprime a realidade dos fatos: serviço público é aquele considerado como tal pelo Estado.

Assim não é hoje mais possível chegar a uma classificação dos serviços considerados de utilidade pública e que em certas épocas podem abranger as mais variadas modalidades, por vezes imprevistas.

ANHAIA MELLO assim reproduz a classificação de GLAESER, que só abrange os serviços estritamente considerados de utilidade pública, não abrangendo os serviços sociais.

(12) *Les principes généraux du droit administratif*, pag. 16.



*"Serviços de transporte (Common Carriers).*

- a) Rodovias, pontes, ferries.
- b) Transporte veicular sobre rodovias: taxis, buses, caminhões.
- c) Vias d'água artificiais; canais, rios canalizados e portos.
- d) Transporte pela água, de qualquer espécie.
- e) Transporte ferroviário de passageiros, carga e correspondência.
- f) Tramways urbanos e interurbanos para transporte de passageiros e carga.
- g) Transporte aéreo de passageiros, carga e correspondência.
- h) Canalizações especiais para transporte de óleos e gás natural.

*Serviços complementares do transporte.*

- a) Equipamento especializado: carros frigoríficos, dormitórios, restaurantes.
- b) Armazens, depósitos e elevadores.
- c) Docas e serviços de estações terminais e de transferência.

*Serviços que facilitam as comunicações*

- a) Serviço postal.
- b) Serviço telegráfico com ou sem fio; cabos submarinos.
- c) Serviço telefônico, local e de longa distância, com e sem fios.
- d) Radio "broadcasting".

*Fornecimento de força, luz, calor e frio*

- a) Instalações de gás natural e artificial.
- b) Instalações para suprimento de energia elétrica.
- c) Instalações para suprimento de vapor e água quente.
- d) Instalações para suprimento de gelo.

*Instalações para suprimento de água e saneamento das comunidades.*

- a) Água potável ou não.
- b) Esgotos.

*Suprimento de água para a agricultura e defesa contra as águas.*

- a) Obras para irrigação.
- b) Proteção contra inundações.
- c) Drenagem.

Voltamos, porém, dentro desse quadro, à gradação feita pelo professor BIELSA. Ha serviços públicos próprios, necessários, que poderiam ser incluídos naquela categoria de serviços que PRESUTTI inclui entre os serviços propriamente administrativos do Estado, como uma categoria mais restrita de serviços públicos, e ha serviços impróprios que só podem como tal ser considerados pela sua finalidade e pela parte que nêles tem o Estado — (contrôle, participação, etc.)

Mesmo, porém, as classificações dependem muito do regime jurídico; o que ocorre, por exemplo, com os serviços de instrução pública é típico, porque cada vez ficam mais integrados entre os serviços essenciais do Estado.

Assim, MURATTI, em uma obra de muita repercussão (13) classificou os serviços públicos sob um prisma mais largo:

"Las principales clasificaciones que pueden hacerse de los servicios son: a) en razon de la entidad publica de que dependen: nacionales (del Estado), provinciales y comunales; b) atendiendo a su importancia; esenciales (para el Estado: defensa nacional, justicia y policia —hay autores que los consideran verdaderas funciones esenciales —; para las Comunas: policia urbana y rural, luz, agua, etc.); secundarios (para el Estado: instruccion publica, beneficencia, etc.; para las Comunas: transportes, teléfonos etc.); c) en atencion a su utilizacion: necesarios, por razon de interesse social se impone su uso a los particulares; instruccion primaria; voluntarios, de libre aceptacion: transportes, teléfonos, etc.; por el caracter de los usuarios: generales no se establecen categorias; transportes, correos; especiales para determinadas personas (pobres): asistencia medica, gratuita, beneficencia y d)

(13) *Municipalización de los servicios publicos.*  
pag. 43.



segun la obligatoriedad de establecerlos: obligatorios, cuando las entidades publicas estan obligadas a prestarlos (las provincias y comunas, v. gr. instruccion publica). El Estado juridicamente — entendien los autores — no puede ser obligado a organizar un determinado servicio; voluntarios, de libre accion del Estado”.

Dentro da nossa estrutura constitucional, é preciso, ainda, colocar em uma posição singular certas atividades do Estado que não 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.

Observa ARNALDO DE VALES (14) que a divergência na determinação segura do que se deva entender por serviço público decorre da dificuldade em definir os dois elementos componentes dessa expressão: “serviço” e “público”.

E isto por uma razão simplíssima, que a expressão “serviço público” é usada, na prática, com uma significação global que não corresponde à significação particular do substantivo e do seu atributo. E, assim, encontram-se tantas variedades de opiniões sobre o conceito do “serviço público”, porque si o significado do atributo é incerto, o substantivo está ligado à multiplicidade de sentidos em que pode ser tomado, tendo-se, assim, uma noção diferente, ao considerar-se as duas idéias em conjunto.

Segundo ainda, DE VALES, o ponto de partida deve ser o seguinte: a prática designa, sempre, como serviço público, algumas formas de atividade a respeito das quais não pode haver dúvida, estradas de ferro, correios, telégrafos, iluminação, etc. Ao lado dessas formas bem definidas,

existe uma vastíssima zona cinzenta, que pode ou não ser considerada como serviço público.

Mas, o pensamento que segue, sempre, a definição é aquele que estabelece a relação entre o serviço e o seu destino, isto é, o destino de atender ao público, a qualquer que dêle se queira utilizar.

Indaga, ainda, esse autor, si esse conceito comum, prático, vulgar, corresponde a um critério científico e jurídico, ao que responde pela afirmativa, trazendo em favor da sua tese largos e interessantes argumentos, tirados das diferentes significações da palavra — Serviço — na Inglaterra, na França, na Alemanha e em outros países: — *Civil Service* — *Public Service* — *Service Public*, — etc.

Estas considerações estão de pleno acôrdo com a média das doutrinas dominantes, e correspondem, na prática, a uma relatividade no conceito do serviço público, que não permite determinar com maior precisão a sua definição jurídica.

De tudo, portanto, que dissemos pode-se concluir:

- 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 suas 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 interesse individuais;
- d) que a intervenção do Estado, por meio dos seus órgãos, constitue um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos;
- e) que não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita.

Em outro capítulo mostraremos como se distribuem pelos diversos órgãos descentralizados as diferentes atividades ligadas ao serviço público.

Como processo de diferenciação desses diversos serviços costuma-se, por exemplo, distin-

(14) *I Servizi Pubblici, in Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo de Orlando, vol. VI, parte I, pg. 384.*



guir os serviços públicos e os serviços de utilidade pública.

Essa distinção é mais comum nos Estados Unidos, onde as "public utilities" obedecem a um regime peculiar. Naquele país, a intervenção do Estado não é grande, embora se tenha verificado, nos últimos anos, uma intromissão maior do Estado em certos serviços. Constituem-se no entretanto, grande parte dos serviços públicos, por iniciativa particular sob a denominação de "public utilities", cuja definição, como vimos acima, depende de condições variáveis.

Dai o afirmar BIELSA que a *public utilities* é aquele serviço considerado como tal pelos tribunais (15).

Mas, apesar dessas divergências de jurisprudência americana, não seria, a nosso ver, errado considerar de utilidade pública, de forma genérica todos os serviços que, de um modo geral, não estão catalogados entre os serviços essenciais do Estado, mas que podem se compreender na noção que acima já demos de serviço público.

Segundo WILLIAM PRENDERGAST (16) o serviço de utilidade pública (*public utility service*) é aquele que não escolhe cliente nem consumidores porque serve o público e todo o público, sem distinção.

Essa noção, em seu conceito atual, data de pouco mais de vinte anos e caracterizam os serviços nela compreendidos, a fiscalização e o controle direto do Estado.

No regime administrativo francês, a distinção é também nítida porque a diferença entre os "établissements publics" e os "établissements d'utilité publique" está precisamente na maior ou menor integração dos mesmos no organismo do Estado; aqueles correspondem a verdadeiras repartições públicas enquanto que êstes últimos gozam de favores, privilégios e vantagens, devidos pela natureza dos serviços que prestam ao Estado. (17)

Os primeiros são criados pelo próprio Estado, como uma necessidade para o funcionamento

dos seus serviços; os segundos existem em consequência da vontade dos particulares embora o seu reconhecimento pelo Estado venha tornar efetiva a sua existência como estabelecimentos de utilidade pública. Esta última qualidade decorre da vontade do Estado. (18)

Em nosso direito é preciso levar em conta o que dispõe o art. 16 do Código Civil que classifica os estabelecimentos de utilidade pública entre as pessoas de direito privado.

A lei n.º 91, de 28 de agosto de 1935, por sua vez, determina as condições necessárias para que certas pessoas jurídicas de direito privado possam ser declaradas de utilidade pública, a saber:

- a) tenham personalidade jurídica;
- b) funcionem regularmente e sirvam desinteressadamente à coletividade;
- c) não sejam remunerados os cargos de sua diretoria.

Para essas entidades a lei atribue favores e vantagens muito reduzidos.

Por aí se vê, que não se podem comparar as nossas associações de utilidade pública às "public utilities" do direito americano que compreendem uma categoria muito mais genérica, onde poderíamos incluir as sossas empresas concessionárias de serviços públicos.

Dentro do nosso atual regime jurídico temos necessariamente de admitir entre as entidades que executam serviços públicos uma outra categoria que compreende todos quanto executam serviços públicos, gozando de autonomia administrativa e financeira, sob a dependência maior ou menor do Estado — são as autarquias. Elas se apresentam como serviços públicos descentralizados, colocados como uma espécie peculiar entre os serviços de administração direta e os concedidos.

Veremos, em outro capítulo como se processa a descentralização e como o conceito jurídico dessas entidades é importante na caracterização e definição do serviço público.

Completaremos, assim, em outro capítulo, a matéria aqui estudada, para, então, definirmos a posição e a situação jurídica dos funcionários perante o serviço público.

(15) *Ciencia de la administracion* — Rosario — 1937 — pg. 58.

(16) *Public utilities and the people* — "But the trend of modern thought and action is to subject these privately owned utilities to governmental regulation in respect to their capitalisation, rates, and service" — pg. 2.

(17) Ver as nossas "Instituições de Direito Administrativo Brasileiro", Vol I — pg. 145 e seguintes.

(18) Ver ROGER BONNARD — *Précis de Droit Administratif*, pg. 538.

ROLLAND — "Précis de Droit Administratif".