

Os Fatores Legitimadores para a Conceituação do Serviço Público

Carolina de Freitas Paladino*

Resumo: Uma das atividades legitimadoras do Estado Brasileiro é a prestação de serviço público, a qual tem como escopo o atendimento das garantias fundamentais do cidadão, e, em especial, da dignidade da pessoa humana. O presente artigo visa à compreensão dos serviços públicos. Destarte, verifica-se que houve uma transformação no modo de entender dos serviços, no qual uma nova doutrina acaba por conceituá-lo a partir de seu vínculo com os direitos fundamentais. Todavia, é de se notar que tal modificação não trouxe qualquer inovação ao sistema jurídico. Com efeito, demonstrar-se-ão justamente os fatores que devem influir na caracterização e prestação dos serviços públicos.

Abstract: One of the legitimizing activities of the Brazilian State is the public service rendering, which has as a purpose the attendance of the citizen's fundamental guarantees, and, especially, the human being's dignity. The present article aims the understanding of the public services. Thus, it can be seen there was a change in the way of understanding the services, in which a new doctrine ends up conceptualizing it starting from its link with the fundamental rights. Yet, it is worth noticing that such change has not brought any innovation to the legal system. Indeed, the exact factors that shall influence the characterization and the rendering of the public services will be demonstrated.

Palavras-Chaves: Serviços Públicos – Interesse Público – Estado Brasileiro – Legitimação.

Key Words: Public Services – Public Interest – Brazilian State – Legitimacy.

Sumário: 1 Introdução 2 Conceito Serviços Públicos 3 Interesse Público 4 Criação de Serviços Públicos 5 Considerações Finais.

Summary: 1 Introduction 2 Public Service Concept 3 Public interest 4 Creation of Public Services 5 Final Considerations.

1 Introdução

Inaugura-se, com a Constituição Federal de 1988, um modelo estatal garantidor dos direitos do cidadão, inserindo-se na presente Carta um extenso rol de direitos fundamentais.

Analisando o contexto histórico brasileiro, verifica-se a passagem de um modelo de Estado Liberal para o presente modelo de Estado Democrático de Direito, que possui como funções primordiais a prestação de serviços públicos, a qual tem como marco inicial a Constituição de Weimar em 1937.

A partir do modelo vigente, Marçal JUSTEN FILHO aponta como sinônimos o Estado dos Serviços Públicos e o Estado de Bem-Estar Social, afirmando que “o

* Acadêmica de Direito do 9.º período Unibrasil

OS FATORES LEGITIMADORES PARA CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as carências coletivas".¹

Nesta seara o serviço público é uma das funções da Administração Pública na qual, com o intuito de desenvolver atividades de interesse público, acaba-se por vincular o Estado à prestação de determinado serviço ao cidadão.

Primeiramente, insta salientar um raciocínio feito por Dinorá Adelaide Musetti GROTTI,² apontando a própria idéia do serviço público enquanto um processo de adaptação das transformações em uma dada sociedade, sendo, portanto, necessário analisar os diferentes conceitos de serviço público a fim de contextualizá-los em cada sociedade, determinando o modelo de estado vigente.

Destarte, faz-se necessário um exame minucioso do conceito de serviço público, sendo indispensável, inicialmente, um retrospecto a partir dos direitos fundamentais, interesse público e a própria concepção do direito administrativo para a compreensão dos serviços prestados vigentes no momento em que se realiza a análise dentro daquela sociedade.

Com efeito, verifica-se dentro de um histórico, uma verdadeira transformação da relação existente entre Estado e sociedade civil, sendo esta ditada de acordo com as necessidades sociais vigentes em cada intervalo temporal.

Toda essa temática começa a merecer relevo no Estado Liberal, no qual verifica-se, ainda que de maneira singela, a primeira idéia de serviço público. É o Estado da Legalidade, mais conhecido como Estado de Direito, no qual o Poder Público assume o papel de resguardar os direitos individuais dos cidadãos, garantindo o direito à liberdade e à propriedade, ou seja, os direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos), sendo o poder de polícia a principal função do Estado. Ressalte-se, ainda, que as relações entre os cidadãos eram regidas pela autonomia da vontade. Conforme afirma Adriana MAURANO "daí o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos".³

Contudo, é no Estado Social, surgido após a Comuna de Paris e Guerras Mundiais, que se observa o enfraquecimento daquele modelo Liberal. A sociedade requer, em decorrência de crescentes necessidades, a realização estatal de prestações positivas aos cidadãos, quais sejam, serviços públicos que assegurassem um mínimo de condições de sobrevivência, resguardando os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais). Dessa forma, o Estado deixa de ser um mero expectador das relações privadas. Valores supremos como vida, saúde e educação passam a ser deveres do Estado.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

² *Ibidem*, p. 39.

³ MAURANO, Adriana. *A redefinição do papel do Estado e a introdução de novas figuras jurídicas no Direito Brasileiro*. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2565. Acesso em: 22 nov. 2005.

Assim, em que pese a Constituição em seu formato original elencar uma série de serviços públicos a serem prestados pelo Estado, a própria sociedade, por meio de seus representantes eleitos, inseriu algumas transformações através de emendas constitucionais objetivando devolver ao setor privado atividades dantes tidas como públicas.

Todavia, consoante ensinamento de Luís Edson FACHIN, verifica-se uma “fuga do Estado para fora do direito público”.⁴ Enfim, desponta a dicotomia entre o conceito de serviço público e a prática que vem sendo exercitada pelo Estado de privatização, contrapondo-se, a todo o elenco de proteções sociais garantidas ao cidadão pela Constituição. Assim, formalmente aumenta-se o rol de direitos, enquanto na prática observa-se a supressão desses, ou a sua não concretização.

Em razão disso, alguns autores, como Gaspar Arino ORTIZ,⁵ apontam a morte do serviço público, advinda de um abandono do sistema trazido, que teve início na Revolução Francesa, partindo-se da premissa de uma vinculação aos monopólios igualitários, mínimos e uniformes. Contudo, no modelo de Estado neoliberal observa-se o posicionamento estatal em que se deixa de prestar o serviço, passando, tão-somente, a regulá-lo. Entretanto, como afirma Vivian Lima López VALLE, a crise não é do serviço público, uma vez que constitucionalmente previsto, mas contempla-se a necessidade de se redimensionar o serviço de acordo com os anseios sociais, atendendo ainda ao período de transformação do próprio Estado.⁶

Nesse sentido aponta Asa Cristina LAURELL “observa-se simultaneamente uma redução considerável nos gastos sociais, o que indica uma redução dos serviços sociais públicos e dos subsídios ao consumo popular, contribuindo para deteriorar as condições de vida da maioria absoluta da população, incluindo amplos setores das camadas médias”.⁷

Ademais, assevera Paulo Luiz Neto LOBO “a crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados), ou do Estado providência”.⁸

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_administrativo.htm. Acesso em: 11 jul. 2005, p. 5.

⁵ VALLE, Vivian Lima Lopes. “O Novo Conceito de Serviço Público”. In GUIMARÃES, Edgar (Org.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 534.

⁶ *Ibidem*, pp. 527-528.

⁷ LAURELL, Asa Cristina. “Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo”. In _____. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de: Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995, p. 151.

⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito do estado federado ante a globalização econômica*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 11 nov. 2005.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Em assim sendo, conforme afirma Perry ANDERSON “qualquer balanço do neoliberalismo só pode ser provisório. Este é um movimento ainda inacabado”,⁹ e dessa forma também segue a lógica de compreensão do próprio modelo de estado brasileiro.

Portanto, reveste-se de importância no Direito Administrativo Brasileiro, como ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO,¹⁰ o papel das Agências Reguladoras inseridas pelas Emendas Constitucionais 8 e 9 de 1995, que por sua vez, caracterizam-se pelo aparato estatal incumbindo de regulamentar toda a atividade sobre aqueles que outrora eram serviços públicos e alçados, agora, à categoria de atividades econômicas.

A partir do pensamento supramencionado conferem-se às agências o dever-poder de fiscalizar, reprimir administrativamente, obedecendo-se aos princípios do direito administrativo. Contudo, isso não traz grandes inovações, como assinala Luís Roberto BARROSO ao dizer que “as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas: o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação de serviços”.¹¹

Imperando o discurso da ineficiência estatal na prestação de serviços públicos ou na exploração de atividade econômica, a determinar, hoje, a política dos últimos governos, há a legitimação da idéia de regulação e também de uma “terceirização” de grande parte das atividades, desvinculando-se o Estado de sua prestação direta, passando a fazê-lo, quando muito, através de instituições de organização do terceiro setor, parcerias público-privadas ou consórcios públicos.

2 Conceito de Serviço Público

Para compreender o conceito de serviço público, antes se faz necessário diferenciá-lo de outras figuras, sendo elas o poder de polícia e a atividade econômica.

Primeiramente, cabe ressaltar a diferença entre o serviço público e o poder de polícia. Esse distanciamento das figuras reside no sentido de que no primeiro amplia-se o rol dos direitos dos cidadãos a partir dos serviços ofertados pelo estado, enquanto no poder de polícia limita-se o exercício da liberdade e também da propriedade dos administrados, restringindo-se a possibilidade de comportamento destes.

Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de MELLO, o Estado, através do poder de polícia, “condiciona, limita, o exercício da liberdade e propriedade dos

⁹ ANDERSON, Perry. “Balanço do Neoliberalismo”. In SADER, Emir, GENTILI, Pablo (Org.). *Pós neo-neoliberalismo: as Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 22.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe “O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviço público e direitos fundamentais: o desafio da experiência brasileira”. In *Revista Interesse Público*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto504.htm. Acesso em: 22 jul. 2005, p. 7.

¹¹ PLACIDO E SILVA, apud BARROSO, Luis Roberto, p. 77.

administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizados e ora repressivos".¹²

Já no que se refere à diferenciação entre o serviço público e a atividade econômica tem-se que esta foi repassada aos particulares, não cabendo qualquer intervenção estatal nelas. Ou seja, uma vez preenchidos os requisitos mínimos para o exercício daquela atividade não cabe ao estado disciplinar seu regime jurídico, ou influenciar em qualquer das decisões.

Segundo Celso Antonio Bandeira de MELLO, a distinção entre as duas figuras está inserida no próprio texto constitucional, o qual conferiu expressamente o exercício da atividade econômica aos particulares.¹³

Desta forma, os princípios constitucionais que regem a atividade econômica são o da livre iniciativa e também o princípio da livre concorrência, não cabendo qualquer intervenção do poder público nessas atividades. Somente em casos excepcionais, os quais estão disciplinados no art. 173 da Constituição, é cabível a intervenção do estado no domínio econômico nos casos de "imperativos da segurança nacional" ou quando presente o "relevante interesse coletivo".

Nesse sentido, Toshio MUKAI assim define: "atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da Ordem Econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo)".¹⁴

Com relação ao conceito de serviço público, Marçal JUSTEN FILHO o define como "uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público".¹⁵

Celso Antonio Bandeira de MELLO apresenta conceito diverso, afirmando ser o serviço público "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo".¹⁶

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 631.

¹³ *Ibidem*, p. 633.

¹⁴ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo e Empresa do Estado*. São Paulo: Forense, 1984, p. 183.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Manual de Direito Administrativo*. p. 478.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 619.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Cotejados os dois conceitos, diferenciam-se quanto ao objeto que vincula o serviço público como fator direcionador para sua inclusão como tal. Enquanto Celso Antonio Bandeira de MELLO vincula-o à idéia de interesse público, Marçal JUSTEN FILHO contempla sua inserção (como serviço e público) quando sua prestação estiver atrelada ao atendimento de direito fundamental.

Marçal JUSTEN FILHO¹⁷ afirma a impossibilidade de formular um conceito genérico em relação ao serviço público com expectativa de validade universal, tendo em vista as peculiaridades de cada época dentro do ordenamento jurídico. Gaspar Arino ORTIZ, por sua vez, coloca que “é uma técnica institucional, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa idéia de Estado que provém da Revolução”.¹⁸

Lucia Valle FIGUEIREDO define o Serviço Público como “toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de direito público”.¹⁹ Nessa perspectiva, Odete MEDAUAR aponta a necessidade do Estado em retirar da esfera privada algumas atividades necessárias à coletividade que não podem ficar à mercê do jogo de mercado.

Nunca houve um consenso sobre o conceito de serviço público. É bem verdade, em contrapartida, que existe um núcleo em que os autores concordariam tratar-se de serviço público. Nesse sentido, Odete MEDAUAR aponta um “núcleo pacífico de serviços públicos”, o que Marçal JUSTEN FILHO define como “serviços públicos por inerência”, elencando-os: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio, que serão disciplinados por meio de lei ordinária.

Deste modo, Marçal JUSTEN FILHO traz o importante critério que destaca, dentre as hipóteses, o que seria considerado serviço público, o que não poderia ser conceituado como tal e por fim a zona conceitual cinzenta, constatando ainda a impossibilidade de formulação de um conceito genérico com aspirações a uma validade universal. Assim, é necessário que se estabeleçam requisitos mínimos para a escolha desse serviço público.

Em contrapartida ao pensamento esposado acima, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI não concorda com a afirmação anterior, apontando que “não há um serviço público por natureza”.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação”. In SUNDFELL, Carlos Ari (Org.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40.

¹⁹ BITTENCOURT, Marcos Vinícius Corrêa. *Deveres-Poderes e Fiscalização do Poder Concedente do Serviço Público*. Dissertação para obtenção do título de mestre em Direito do Estado da UFPR, 2003, pp. 78 e 79.

É quase que pacífico o entendimento, destacando-se aqui os autores Marçal JUSTEN FILHO, Celso Antonio Bandeira de MELLO, Odete MEDAUAR e José CRETELLA JÚNIOR, em restringir o conceito de serviço público em algumas atividades administrativas, excluindo-se dessa forma, o poder legislativo e o judiciário.

Quanto à divisão do conceito de serviço público a partir de elementos, é necessário salientar uma diversidade na classificação auferida por cada autor. O conceito mais abrangente é o de Marçal JUSTEN FILHO, compreendendo quatro critérios. O primeiro deles traduz-se pelo aspecto objetivo ou material do serviço, no qual através de sua matéria poderá ser rotulado aquele determinado serviço como público. Em segundo, o critério subjetivo, também conhecido como orgânico, é o que vincula a prestação do serviço público ao ente estatal enquanto seu titular. O terceiro critério é o formal, pelo qual se atribui um regime de direito público à prestação do serviço. E finalmente, o quarto critério é apontado como o caráter instrumental que, por sua vez, vincula os serviços públicos ao atendimento de direito fundamental.

Destaca-se, entretanto, uma relativização de todos os conceitos, cabendo ao intérprete a conclusão se o houve o desnaturamento do próprio conceito de serviço público. Portanto, é de se ressaltar que existem matérias rotuladas como serviço público, mas que não possuem um objeto ligado tanto ao interesse público como ao direito fundamental. Ademais, observa-se uma incidência cada vez menor do regime público que vincula esse serviço, até pelo fato de que o estado está reduzindo a sua prestação direta. Além disso, deve ser agregada a idéia de Carlos Ari SUNDFELD que atribui ao legislador a escolha do regime que vinculará o serviço público.

Nesse sentido, ressalta Celso Ribeiro BASTOS uma "proliferação da rotulação de 'serviços públicos', passando cada Estado a escolher os seus, motivados por fatores diversos, como a política econômico-social, enfim, valores estranhos àquele núcleo técnico das características da atividade que eram, evidentemente, idênticas em toda parte".²⁰

Caio TÁCITO, com base em Marcel WALINE, afirma que a idéia de serviços públicos "é fugidia e variável, assemelhando-se, na disparidade de critérios e definições a um diálogo de surdos em que não se entendem os interlocutores".²¹

Marçal JUSTEN FILHO aponta que "na medida em que todos os administrativistas brasileiros formulam definições de serviço público, não teria maior sentido o esforço de criar uma solução a partir do ponto zero. Se for o caso, a solução é formular acréscimos às propostas consagradas na doutrina".²²

Cabe frisar, contudo, que a idéia de serviços adveio do direito francês, inicialmente com a escola de Bordeaux, tendo como mentor desta DUGUIT. Para ele, o

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 163.

²¹ BITTENCOURT Marcos Vinicius Corrêa. *Op.cit.*, p. 15.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. p. 20.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

serviço público é o alicerce e ao mesmo tempo o limite do poder governamental. A partir desse conceito, o fundamento do Estado deixa de ser a soberania para ser uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.

Citado por Odete MEDAUAR, DUGUIT define que o serviço público "é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização desta atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não pode se realizar a não ser com a intervenção de força governamental".²³

Na segunda escola, liderada por Gaston JÉZE, agrega-se ao conceito de DUGUIT a vinculação do serviço público a um regime jurídico de direito público. Para JEZÉ, o serviço público denotaria a escolha dos governantes a partir de um conjunto de fatores.²⁴

E finalmente, a terceira escola, de HAURIOU, afirma que a própria prestação pelo Estado do direito público reforça o poder público, pois cabe a ele a modificação da organização dos serviços públicos, ou seja, construção esta que utilizamos até a presente data. Dessa forma, o autor aponta que "o serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública".²⁵

Ao lado disso, autores afirmam a crise do serviço, alguns, manifestando-se até pela sua morte, como ocorre com Arino Gaspar ORTIZ,²⁶ que analisa a reforma administrativa e o abandono da concepção de serviço público.

3 Interesse Público

Contudo, ao analisar o conceito de serviço público, tal análise deve ser precedida do próprio conceito de interesse público. Nesse sentido, insta destacar o pensamento protagonizado por Adriana MAURANO: "o conceito de interesse coletivo subentendido pela atividade de serviço público, não é um conceito estático, uma vez que porta um conteúdo essencialmente político. É o Estado, por meio da lei, que, diante de uma necessidade coletiva existente em determinado momento, escolhe quais as atividades que serão consideradas serviços públicos".²⁷

²³ MEDAUAR, Odete. "Serviço Público". In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 189; pp. 100-112, jul./set., 1982, p. 103.

²⁴ *Ibidem*, p. 104.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviço público e direitos fundamentais: a desafia da experiência brasileira*. p. 2.

²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. p. 44.

²⁷ MAURANO, Adriana. *A redefinição do papel do Estado e a introdução de novas figuras jurídicas no Direito Brasileiro*. Disponível em http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2565. Acesso em 12 out. 2005.

A corrente majoritária de administrativistas, incluindo aqui Diogo de Figueiredo MOREIRANETO, Celso Ribeiro BASTOS, Celso Antonio Bandeira de MELLO, Odete MEDAUAR, Maria Silvia Zanella DI PIETRO, afirma que o interesse público é o fator utilizado para rotular tal matéria como pública, acordando também tratar-se o interesse público enquanto um conceito jurídico indeterminado.

Conforme dispôs Marçal JUSTEN FILHO, "a função desempenhada pelos conceitos indeterminados exige uma abertura permanente em face da realidade. A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso".²⁸

Nessa esteira, insere-se a própria temática dos conceitos jurídicos indeterminados teorizados por Eros GRAU,²⁹ o qual aponta falhas na nomenclatura desses conceitos, partindo-se da premissa de que todo conceito "é uma suma de idéias", havendo, portanto, um mínimo de determinação. Ou seja, o que existiria então seria uma indeterminação no termo e não no conceito, havendo necessidade da emissão do juízo de legalidade, aplicando-se neste caso, uma ponderação de variáveis múltiplas.

Ademais, quando houver um mínimo de indeterminação caberá ao aplicador, incluindo-se, neste caso, os administradores e o poder judiciário, o dever de superar a indeterminação, não havendo, portanto, discricionariedade. O autor ainda afirma que a aplicação dos conceitos só permitiria uma unidade de solução no caso concreto, havendo tão-somente uma única solução justa.

Conforme doutrina Paulo Ricardo SCHIER, "ao realizador da norma, diante de específicas circunstâncias, caberá avaliar, valorar, julgar a satisfação de determinação ou não do fato. Mas isso não significa que haja margem de discricionariedade no julgamento. Está-se, nesta sede sem qualquer espaço de dúvida sem um conceito jurídico indeterminado que não atribui discricionariedade".³⁰

Por conseguinte, enquanto os conceitos jurídicos indeterminados na visão de Karl ENGLISH "são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos",³¹ Hartmut MAURER coloca que os conceitos indeterminados "requerem uma valoração ou prognose e possibilitam uma faixa completa de sentidos".³²

Desta forma, é importante analisar o próprio conceito de interesse público que, por sua vez, trará uma certa impressão de insegurança no que se refere ao seu conteúdo. Em primeiro lugar, é de se notar que esse conceito deve ser ponderado a partir do binômio dever-poder, o que remonta à idéia de pertinência à sociedade como um todo. Nos dizeres

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. "Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo". In *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n° 26, 1999, p. 2.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. "Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade". In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Perspectivas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 315 e ss.

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 157.

³¹ *Ibidem*, p. 148.

³² *Ibidem*, p. 149.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

de Celso Antonio Bandeira de MELLO,³³ somente o interesse público pode ser validamente objetivado, tendo em vista que é este o interesse consagrado pela lei e entregue ao estado, que assume um papel de representante do corpo social.

Complementando, Diógenes GASPARINI faz remissão ao conceito de Plácido e Silva no qual “ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam em benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva”.³⁴ Ou seja, é o fim perseguido pela Administração Pública, que atende interesse primário.

Em contrapartida, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR aponta que o interesse público “é o lugar comum e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente”.³⁵

4 Criação de Serviços Públicos

Ainda com relação à caracterização de serviço público, autores como Maria Sylvia Zanella DI PIETRO³⁶ apontam a discricionariedade para tal, pois a partir do momento em que se caracteriza o serviço público enquanto escolha política, que pode estar fixada ou não na Constituição, atribui-se tal escolha ao legislador constituinte.

Diante de toda a temática trazida conclui-se que o serviço público nada mais é do que um rótulo no qual o poder legislativo acaba por escolher determinada atividade que, a partir do interesse público, passa a ser prestada pelo estado. Ou seja, a partir da Constituição dar-se-ão as diretrizes gerais do serviço público. Nesse caso, é importante ressaltar que o próprio texto constitucional já elenca alguns serviços tidos como públicos, cabendo regulamentar tão-somente a sua prestação, consoante art. 21 da referida Carta Política.

Todavia, isso gera outra dúvida, surgindo a discussão se norma infraconstitucional poderia inovar a ordem jurídica introduzindo nova modalidade de serviço público.

Nesta seara, destaca Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que dentro de um Estado Democrático de Direito, “toda atividade administrativa há de ser formal, funcional e integralmente submetida à Constituição”,³⁷ descabendo ao legislador infraconstitucional ampliar ou reduzir essa competência.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 50 e 51.

³⁴ PLACIDO E SILVA, apud: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo*. p. 2.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed., rev. e atual, São Paulo: Atlas, 2003, p. 101.

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 416.

Nesse contexto, Marçal JUSTEN FILHO³⁸ confirma a possibilidade de serem criados novos serviços públicos conquanto que se atendam direitos fundamentais. *A priori*, portanto, teríamos então um sistema amplo, abarcado por todos os direitos fundamentais a partir das garantias elencadas na CF/1988, das quais decorreriam os serviços públicos. Em assim sendo, a Constituição também acabaria por funcionar como uma fonte limitadora de serviços públicos, pois legislação infraconstitucional não poderia inovar o conceito de serviço público que não atendesse preceito constitucional de direito fundamental.

Por conseguinte, caso a lei institua determinado serviço público que não esteja ligado ao preceito que atenda direito fundamental, como ocorre no exemplo em que medida provisória tomou o bingo um serviço público, deverá ser declarada inconstitucional, em razão da falta de vinculação do serviço a preceito de direito fundamental.

Ainda no que se refere ao tema, destacam-se as diferentes correntes ao caso em tela. Em primeiro lugar, os Convencionalistas-Legalistas, corrente esta composta por autores como Celso Antonio Bandeira de MELLO e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que vinculariam o serviço público às disposições constitucionais ou legais. Um segundo grupo, conhecido como Essencialista, composto por Eros GRAU, recepcionaria o serviço público desde que estivesse atrelado à necessidade relevante da população, ou seja, o critério objetivo destacado pelos doutrinadores, nos casos em que não fosse possível a prestação de maneira satisfatória pela iniciativa privada.³⁹

E finalmente, destaca-se Fernando Herren AGUILLAR, que discorda de ambos os posicionamentos anteriores, entendendo que não existiria um limite constitucional para implantação de serviços públicos, em primeiro lugar pelo fato de que não seria possível extrair da Constituição um conceito de serviço público, e por outro lado, no sentido de que não existiria qualquer mecanismo que permitisse ao legislador ordinário converter determinada atividade econômica em sentido estrito em serviço público.⁴⁰ Portanto o autor atribui à emenda constitucional a legitimidade para criar serviços públicos.

Em contrapartida, Celso Antonio Bandeira de MELLO⁴¹ também ressalta o limite constitucional, ainda que de forma diversa, para a criação de serviço público mediante lei ordinária. Todavia, acaba por enfatizar o limite constitucional afirmando ser possível a inclusão de serviços públicos mediante lei, conquanto não se faça uma afronta à livre iniciativa.

O autor faz remissão à Escola do Serviço Público, abordando a "intenção dos governantes", desde que de maneira idônea, e mais, "prevalente ao lume dos padrões

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. pp. 487 e 488.

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. pp. 48 e 49.

⁴⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 130-134.

⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. pp. 639 e 640.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

de cultura da época, das convicções predominantes da sociedade”,⁴² sob pena de considerar o dispositivo letra morta.

Portanto, caso seja adotada a hipótese de cabimento de inclusão de serviços públicos mediante lei infraconstitucional, nos deparamos com outra questão, a discricionariedade (através de razões de oportunidade e conveniência) do poder legislativo em escolher dentre os vários serviços os que atendam direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a CF/1988 em seu art. 5º, inc. LXXI previu, *in verbis*: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades”. Contudo, em razão da interpretação dada pelo STF, o referido instrumento perdeu força, ressaltando-se aqui a sua inaplicabilidade. Apesar da falha do sistema de não vincular à instituição de serviços, destaca-se que isso não ocorre exclusivamente no direito brasileiro.

Em que pese o direito constitucional seja uma norma fundante, não poderá substituir outra disciplina. Dessa forma, resta observar que o direito administrativo é uma disciplina autônoma, com fundamentos e princípios próprios e inerentes à sua lógica.

Observando os estudos realizados por Romeu Felipe BACELLAR FILHO,⁴³ este já ressaltava a Constituição enquanto fonte limitadora de serviços públicos, e também atribuía à lei o poder de criação de serviços públicos, a partir da análise dos conceitos da Escola do Serviço Público e da Institucional.

Com efeito, é de se notar que sempre houve uma relação íntima entre as disciplinas do direito administrativo e direito constitucional. Como bem resalta Paulo BONAVIDES, “alguns tratadistas se confessam em dificuldade para estabelecer distinção clara e válida entre as duas matérias, ao mesmo passo que outros chegam a qualificar o Direito Administrativo como parte do Direito Constitucional, tão sólido e insubstituível apoio que este lhe oferece”.⁴⁴

Constata-se, portanto, uma nova roupagem ao direito administrativo, substituindo um de seus princípios vetores (princípio da supremacia do interesse público) pelo atendimento às necessidades fundamentais.

5 Considerações Finais

Diante de toda a temática trazida, tarefa árdua é a do operador jurídico em abordar o conceito de serviço público sob um prisma que efetivamente atenda às garantias fundamentais.

⁴² *Idem*.

⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe: *O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviço público e direitos fundamentais: o desafio da experiência brasileira*. p. 15.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29.

Assim, retornando-se ao conceito de serviço público na perspectiva de direito fundamental a ser atendido, tendo por base Marçal JUSTEN FILHO, constata-se não ser o mesmo restritivo do ponto de vista da introdução de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, acaba por abarcar qualquer atividade econômica sob o prisma de relevante interesse social ou segurança nacional que atenda direito fundamental.

Destarte, a idéia trazida por René CHAPUS, que aponta que o interesse público deverá fazer parte do próprio conceito de serviço público, vinculando às atividades legais de fruição individual considerados por lei como de "interesse público"⁴⁵, também acaba por não delimitar o âmbito de atuação dos serviços públicos.

Por conseguinte, percebe-se que ambos os conceitos serão cláusulas abertas, pois se para Celso Antonio Bandeira de MELLO uma lei ordinária pode definir serviço público, e Marçal JUSTEN FILHO a partir dos direitos fundamentais, acaba-se por não delimitar a noção de serviço público, concluindo-se, desta forma, que a análise dos serviços públicos a partir dos direitos fundamentais, ou então, do interesse público, não passa de mera tautologia.

Conforme afirma Vivian Lima López VALLE: "o perigo está na definição de uma proposta de dignidade da pessoa humana como ponto de chegada e não como ponto de partida de uma melhor condição de vida e de aprimorado bem-estar social, especialmente considerando-se a relatividade do conceito e a sua variação de acordo com avanços tecnológicos, sociais e culturais"⁴⁶. Ainda, a mesma autora ressalta toda a problemática da manipulação que pode ser trazida para a propositura de serviço público.

Em assim sendo, não se deve perder de vista o *telos* do estado enquanto prestador de atividades que satisfaçam a coletividade, sendo necessária a garantia ao cidadão das prestações positivas do estado enquanto cláusula pétreia e; portanto, o núcleo duro da constituição, intocável, colocando-se como valor central a dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ANDERSON, Perry. "Balanço do Neoliberalismo". In SADER, Emir, GENTILI, Pablo (Org.). *Pós neo-neoliberalismo: as Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, pp. 9-23.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. p. 415.

⁴⁶ VALLE, Vivian Lima López. *O Novo Conceito de Serviço Público*. *Op.cit.*, p. 532.

OS FATORES LEGITIMADORES PARA A CONCEITUAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_administrativo.htm. Acesso em 11 jul. 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. "O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviço público e direitos fundamentais: o desafio da experiência brasileira". *Revista Interesse Público*, v. 16, ano 2005. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto504.htm. Acesso em: 22 jul. 2005.
- BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. *Deveres-Poderes e Fiscalização do Poder Concedente do Serviço Público*. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Sociais, Universidade Federal do Paraná.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DENARI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos, as ações do Estado na produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed., rev. e atual, São Paulo: Atlas, 2003.
- FINGER, Ana Claudia. "Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais". *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 3, nº 11, jan/fev/mar., Fórum, 2003.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. "Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade". In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas de Direito Público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa Del usuario y del administrado*. 5ª ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2003, t. 2.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação". In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 39-71.
- _____. *O Serviço Público e a Constituição de 1928*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. "Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, 26/1999, São Paulo: Malheiros.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A Evolução na Noção de Serviço Público: da França à União Européia*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAURELL, Asa Cristina. "Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo". In _____. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de: Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995, pp. 151-175.

- LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito do estado federado ante a globalização econômica*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 11 jul. 2005.
- MAURANO, Adriana. *A redefinição do papel do estado e a introdução de novas figuras jurídicas no direito brasileiro*. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2565. Acesso em 15 set. 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed., rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. "Serviço Público". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 189, pp. 100-112, jul./set., 1982, p. 103.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. "Público". In *Revista de Direito Público Serviço público e poder de polícia: Concessão e delegação*. Ano I, v. I, nº 5. ago. 2001, Salvador.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. "Tendências da Administração Pública". In TELLES, Antonio A. Queiroz e ARAÚJO, Edmir Netto de (Coord.). *Direito Administrativo na Década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao Professor J. Cretella Júnior*. São Paulo: RT, 1997, pp. 65-107.
- MUÑOZ, Guillermo. "Las Transformaciones Del Servicio Público". In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo e Empresa do Estado*. São Paulo: Forense, 1984.
- PEREIRA, Marcelo. "A Escola do Serviço Público". *Revista de Direito Público*. nº 11, fev. 2002, Salvador.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Comissões Parlamentares de Inquérito e o Conceito de Fato Determinado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed., rev. e atual, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. "Serviços Públicos e Regulação Estatal". In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17-38.
- _____. "A Administração na Era do Direito Global". In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 158-176.
- VALLE, Vivian Lima Lopes. "O Novo Conceito de Serviço Público". In GUIMARÃES, Edgar (Org.) *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 511-551.