

UMA CONSTRUÇÃO SÔBRE AS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (*)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador do Estado da Guanabara — Professor
de Direito Administrativo da Faculdade de
Direito Cândido Mendes — Membro do Instituto
dos Advogados Brasileiros

“Daqui depreende-se, portanto, para a ciência do direito, a necessidade de uma dupla elaboração do seu objeto. Primeiro: duma elaboração *categorial*, com o fim de nos apresentar o direito justamente como uma realização do conceito de direito e das categorias jurídicas nêle contidas; e o segundo: duma elaboração *teleológica* que tem por fim descrever-nos o direito como uma tentativa de realização da sua idéia. É a esta dupla elaboração da matéria jurídica que se dão os nomes de *Construção* e *Sistematização*. Esta última, porém, não é mais que uma construção referida a tôda Ordem Jurídica em conjunto”.

GUSTAV RADBRUCH (1)

Para se localizar a atividade administrativa partem, em geral, os publicistas, da conhecida trindade de funções do Estado: *legislação*, *jurisdição* e *administração*. Os que reconheciam uma quarta forma, a função de governo (*Regierung*), desatualizaram-se, uma vez que, ou se entende esta atividade como a alta direção dos negócios do Estado, dando-se-lhe um conteúdo administrativo equivalente a *discrição superior*, ou se a reconhece permeando, em maior ou menor grau, tôdas as demais funções, com uma natureza ideal, como por exemplo, em VON ROENNE (2) e SCHULZE (3).

(*) Trabalho em homenagem ao Instituto dos Advogados Brasileiros.
(1) *Filosofia do Direito* (ed. portuguesa), I, § 15. 2, *in fine*.
(2) VON ROENNE, *Preussisches Staatsrecht*, III, p. 1.
(3) SCHULZE, *Deutsches Staatsrecht*, I, § 184.

Esta última posição nos parece mais própria, de vez que, no desempenho de qualquer das três funções, conforme o tema ou o caso de que se trate, legislador, juiz e administrador agirão com maior ou menor amplitude de opção discricionária, no sentido de atender ao *bem comum*.

O legislador federal tem um âmbito de discrição balizado apenas pela Constituição, dentro do qual suas opções resultam em *decisões políticas em tese*; o legislador estadual, limitado já por duas ordens constitucionais, terá opções da mesma natureza e, acrescidas novas delimitações, o mesmo se dará quanto ao legislador municipal.

Quanto ao juiz, além da discrição valorativa que tem na apreciação da prova (4), também a terá quando autorizado a decidir por equidade (5) ou para atender aos fins sociais da lei e ao bem comum (6), além do imenso campo de atuação discricionária que lhe abrem as medidas liminares e cautelares, sendo, mesmo, denominadas de polícia judiciária (7).

Assim é que a discricionariedade não é uma exclusividade da atuação administrativa, senão por lhe ser deferida em maior grau no trato das hipóteses, uma de suas características; daí podermos ficar com a corrente que nega a existência autônoma de uma função de governo, entendendo-a, apenas, como certa *qualidade da atuação discricionária* de qualquer dos poderes do Estado.

Uma vez formuladas as regras gerais, abstratas e obrigatórias (atividade normativa), atuação logicamente primária em se tratando de ciência do direito, o Estado desce ao concreto, em atividades que ficarão às normas direta ou indiretamente vinculadas, seja garantindo sua observância (atividade jurisdicional), *seja atendendo a todos os demais fins do Estado* (atividade administrativa).

Daí decorre preferirem muitos autores definir a atividade administrativa *negativamente*, como tôda atividade do Estado que não é legislação nem justiça (8).

De qualquer forma, ainda os que procuram circunscrever tôda a área da atividade administrativa dentro de uma definição, concordam num ponto: ser a administração pública a atividade que vai

(4) C.P.C., art. 118.
(5) C.P.C., art. 114.
(6) Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5.º.
(7) GAUP-STEIN, *apud* LOPES DA COSTA, vol. I, XII, 81, 2.ª edição, 1947.
(8) V., por exemplo, OTTO MAYER, I, § 1.º, e BIELSA, I, Cap. I, § 3.º, 42.

promover, em concreto, o atendimento dos próprios fins do Estado (9).

Como se pode perceber, para permanecermos dentro da Ciência do Direito teremos que assumir uma posição estritamente dogmática, de modo a excluir qualquer tendência de ampliar-se desmesuradamente a idéia de administração pública; se nos ativermos à sua teleologia, embrenhar-nos-emos na densa floresta das especulações da Ciência Política. Assim, fins do Estado, para o jurista, devem ser aquêles que determinado ordenamento, nas coordenadas de tempo e espaço, houver adotado expressa ou implicitamente.

Fixada esta idéia, convém um ligeiro escôrcço histórico em que se buscará sublinhar a evolução da idéia dos fins do Estado, e veremos, com ela, a hipertrofia da atividade administrativa do Estado.

Realmente, qualquer nova atividade do Estado, a si mesmo imposta, caberá à Administração desenvolver, justamente porque não tem contornos definidos.

Começamos pela forma primitiva de organização política — o *Estado Religioso*. Nêle, a autoridade se fundava na vontade dos deuses e as normas se apresentavam com caráter negativo, consistentes numa série de proibições jurídicas (10); a atividade estatal limitava-se a manter os cultos, o costume e a defesa da comunidade.

Na forma subsequente — o *Estado de Polícia* — a perda do predominante caráter religioso não alterou, entretanto, de maneira profunda, a natureza das normas: predominavam, embora, as normas negativas, mas a autoridade do *príncipe* substituíra a das divindades. Decaía a teocracia, surgiam outras “cracias”. Não obstante, como nos dão conta os escritos da época, desenvolviam-se teorias vinculando a vontade divina ao governante, quase tôdas sob o método escolástico (11).

A lenta fermentação individualista, que alcançou sua melhor expressão na obra dos Enciclopedistas (12), MONTESQUIEU e ROUSSEAU, e, na Ilha, em LOCKE e HUME, não tardou a adquirir fôrças para sacudir, desde as bases, a estrutura econômica da sociedade,

(9) CAMMEO, *Corso*, 1960, pág. 13, e JORGE OLIVEIRA TORO, *Manual*, 1967, pág. 5.

(10) GETTEL, *História de las Ideas Políticas*, I, cap. I.

(11) V. BOSSUET, *Politique Tirée de l'Écriture Sainte*.

(12) V. art. *Liberté Naturelle et Civile* na *Encyclopédie*.

firmando-se, na segunda metade do século XVIII, sob a denominação geral de *liberalismo*. Em conseqüência, surge o *Estado de Direito*, no plano político, no qual a norma jurídica submete, igualmente, governante e governados; desloca-se, a autoridade, da vontade do príncipe para a vontade da lei.

Todavia, como se sabe, o Estado de Direito deveria, ainda, dar um passo adiante; a grande conquista da submissão do govêrno à lei não seria o suficiente. O Poder Político se autolimitava, subordinando-se à sua própria criação, mas, para os marginalizados pelos processos econômicos, cada vez mais acelerados, a pressão das necessidades e não a opressão política era o que contava. A fome, no Estado de Polícia como no Estado de Direito, era igual.

O Estado haveria de evoluir sob os influxos de diversas correntes de pensamento, como a da “escola de juristas”, encabeçada por LÉON DUGUIT; da “ala hegeliana” de exaltação ao Estado, da qual surgiram socialistas, marxistas e fascistas, em várias fornadas do mesmo trigo; da descoberta do planejamento como técnica social destinada a ser empregada pelo Estado para superar crises e eliminar imprevistos, e da influência de grande número de sociólogos e de economistas, mais caracteristicamente a partir de LIST na Alemanha, e de MILL, na Inglaterra, cabendo mencionar as doutrinas de cunho autoritário, das quais SOMBART (13) e TREITSCHKE (14) são representativos.

O liberalismo, em crise, fêz com que o Estado abandonasse sua posição de espectador dos acontecimentos sócio-econômicos e passasse à participação, à intervenção, ao suprimento e à ajuda; cooperando com suas maiores possibilidades no que se reconheceu ser tarefa comum — de governantes e governados —: na melhoria das condições de vida.

Surge, assim, o *Estado do Bem-Estar Social*, intervencionista e desenvolvimentista, em simultânea antítese ao Estado Liberal, ausente e hipotrofiado, “que se omite ante a conduta individual” (12), e ao Estado Socialista, dominador e hipertrofiado, “que suprime a iniciativa particular” (16).

(13) *Der Moderne Kapitalismus* (1902).

(14) *Die Politik* (1900).

(15) e (16) HELI LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a edição, pág. 490.

A dialética hegeliana cedia passo a uma pluralética; a uma tese não corresponde apenas uma antítese, mas várias, de modo a ensejar um leque de sínteses possíveis. Surgia a reação contra o determinismo social, sob o influxo das novas concepções das ciências físico-matemáticas (17).

Realmente, a nova física do século XX, como demonstra PAUL JORDAN em obra preciosa com êste nome, *substituiu*, na observação do macro e do microcosmos, a *noção de certeza pela de probabilidade*. Os positivistas e deterministas sociais ficaram sòzinhos, tentando em guardar uma concepção ultrapassada do universo, que se fazia em escombros.

Mas a revolução científica influiu, também, de outra maneira, no advento do *Welfare State*, pelo impulso gigantesco dado à tecnologia. As descobertas científicas cada vez menos demoram a se concretizar no invento tecnológico, e êste a influir no quotidiano. As diferenças entre os indivíduos, classes e Estados se aprofundam, surgem os *educational, social e technological gaps*... a serem ultrapassados, assoberbando a Administração Pública com múltiplas e complexas tarefas.

A especialização dos problemas e a velocidade com que surgem vieram deslocar a própria tarefa da norma legal, do Poder Legislativo para o Poder Executivo; como observa GEORGES LANGROD, os Parlamentos, em todo o mundo, perdem o monopólio da política legislativa. Aprofundam-se as diferenças entre a competência científica e a competência política.

Para enfrentar tantos problemas, teve o Estado que se preparar técnica e orgânicamente, necessitando de *novos* instrumentos jurídicos, pois, como salientou GORDILLO (18), na Argentina, o Estado do Bem-Estar Social *não substituiu* o Estado de Direito, mas o revitalizou, o aperfeiçoou, introduzindo a nova componente chamada *justiça social* (denominação imprópria, mas consagrada pelo uso).

Ao considerar-se êste desdobramento de atividades, que, tendo o Estado tomado a si, incumbia à Administração atender, a começar pelos tradicionais serviços públicos essenciais, como a defesa nacional, polícia, saúde pública, lançamentos tributários, relações exteriores e regulamentação urbana, até as recentíssimas formas de

(17) P. JORDAN, *La Física del Siglo XX*.

(18) Citado na obra de HELI LOPES MEIRELES, ref., mesma página.

atuação no campo do estímulo econômico e cultural, é possível que as classificações propostas ressintam-se de precisão.

Acreditando valer o esforço, pelo menos como abertura de caminho, entendo as atividades da Administração Pública distribuídas em quatro campos, numa classificação que vem de boa cêpa de administrativistas, dentre os quais lembro, na Espanha, JORDANA DE POZAS e, no México, OLIVEIRA TORO: *Poder de Polícia, Ordenamento Econômico, Serviços Públicos e Fomento*.

O *Poder de Polícia* é, cronologicamente, a primeira forma de atividade, tendo surgido no campo da segurança pública. Seguiram-se os *Serviços Públicos* e, modernamente, com o advento do Estado do Bem-Estar Social, as atividades de *Ordenamento Econômico* e de *Fomento*.

Agindo como *Poder de Polícia*, a Administração limita o exercício das faculdades e direitos individuais, visando assegurar um *optimum* de convivência social.

O *Ordenamento Econômico* é função da Administração de caráter disciplinatório ou substitutivo das atividades privadas no campo da economia, isto é, nos processos de produção, circulação e consumo de riquezas. Como se observa, a intervenção estatal se dá no sentido de imprimir determinada *ordem* à economia, considerada melhor que a existente anteriormente. Daí entendermos a denominação proposta como mais precisa que "intervenção no domínio econômico".

Prestando *Serviços Públicos*, a Administração, por si ou por seus delegados, satisfaz necessidades essenciais ou secundárias da comunidade, assim por lei consideradas e sob as condições por ela impostas.

Fomento, por fim, é a atividade da Administração Pública que consiste em estimular o desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade, através de medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo.

Costuma-se acrescentar uma quinta forma de atuação da Administração: a manutenção de serviços industriais. É mister um reparo: se a empresa industrial do Estado desempenha um serviço essencial ou secundário da comunidade, assim estimado por lei, temo-la enquadrada como serviço público; se não presta serviço público algum, temos de ver se se enquadra nas atividades de Ordenamento econômico (por exemplo, se se dedica a atividade indus-

trial monopolizada pelo Estado, como a Petrobrás) ou, se se enquadra na atividade de fomento (como sucede, por exemplo, com a Embratur) (19).

Assim, nem tôda empresa montada pelo Estado é paraestatal, sendo o traço diferenciativo desta o vínculo de *delegação* da atividade pública. Concluindo: se o Estado conta com uma empresa industrial em seu patrimônio, ou será paraestatal e, gerindo-a, praticará uma das atividades enquadradas na lista acima, ou no caso contrário, gerindo-a, não estará exercendo atividade administrativa alguma, mas simples gestão privada.

É interessante observar que há uma gradação na carga de *jus imperii*, de que goza a Administração, nas quatro formas a que reduzimos sua atuação: nas duas primeiras, bem nítida e, nas duas outras, discreta.

Vejam: no *poder de polícia*, a Administração se apresenta com a coação máxima: suas normas são completas, dotadas de preceito e de sanção de polícia. O interesse público, no caso, é de tal magnitude que, na hipótese de violações, exige sanções corretivas ou que levem, indiretamente, à correção.

No *ordenamento econômico*, da mesma maneira, age a Administração coativamente, principalmente através de comandos negativos. É o que sucede nos institutos em que se desdobra: monopólio, repressão ao abuso do poder econômico, controle de abastecimento, controle de preços e controle de produção. Certas atuações de ordenamento econômico não gozam de auto-executoriedade, como o que ocorre na monopolização estatal de atividade já exercida por particulares e na repressão ao abuso do poder econômico (20), casos em que a Administração, para levar a cabo a sua atividade, deve valer-se do Poder Judiciário, na primeira hipótese, através do instituto da desapropriação e, na segunda, pela intervenção na empresa. Como é sabido, a única exceção à auto-executoriedade do poder de polícia se dá nos casos em que se obriga ao emprêgo da ação cominatória edilícia (21).

Na prestação de *serviços públicos*, o *jus imperii* já se apresenta mais esbatido; há, inegavelmente, uma coação permanente no sentido de *excluir* a atividade privada concorrente, mesmo nos

(19) Decreto-lei n.º 55, de 18 de novembro de 1966.

(20) Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

(21) C.P.C., art. 302, XI.

casos em que, por via de concessão ou de permissão (em certos casos, de autorização), ela fôr admitida a cooperar na execução dos serviços. Entretanto, o Estado *não obriga* a ninguém a utilizar-se de seus serviços, salvo se coincidir com um dever de polícia, como, por exemplo, no caso de uma vacinação obrigatória em estabelecimento de saúde pública.

Quanto ao *fomento*, a coação é vestigial. Pondo à disposição dos particulares instrumentos de estímulo cultural ou econômico ou, por qualquer outra forma (como, por exemplo, a honorífica), incentivando-os a desenvolver atividades relevantes para o interesse público, a Administração, não obstante, a ninguém constrange a dêles se valer, admitindo, mesmo, sem restrições, a concorrência da iniciativa privada.

A execução destas quatro atividades prestam-se vários institutos de direito administrativo, como a *desapropriação*, a *servidão administrativa*, a *requisição*, a *ocupação temporária*, o *tombamento*, a *limitação administrativa*, a *sanção administrativa*, a *licença*, a *admissão*, a *autorização* e a *delegação*.

A *desapropriação* é amplamente usada, principalmente no capítulo dos serviços públicos, mas será empregada, também, sempre que o exercício do poder de polícia torne a utilização da propriedade privada impossível ou economicamente inexpressiva (como ocorre no instituto do recuo). Auxiliará, ainda, a atividade de ordenamento econômico quando, insfítuido legalmente o monopólio estatal, já se encontrarem empreendimentos particulares desenvolvidos no mesmo campo. Finalmente, dela deverá se socorrer a Administração quando certa atividade de fomento se deva dirigir a determinada área ou grupo social (desapropriação por interesse social) (22).

A *servidão administrativa*, a *requisição*, a *ocupação temporária* e o *tombamento* têm ampla aplicação nas atividades de serviços públicos, podendo dar-se, as duas intermédias, como auxílio à atividade de polícia repressiva e, a última, como instituto de fomento, como no caso de tombamento de bairros ou cidades históricas e de locais de particular beleza, para estímulo da indústria do turismo.

A *limitação administrativa* é o instituto mais versátil e de maior emprêgo nas duas atividades que se valem, predominantemente

(22) Art. 157, § 1.º, da Constituição do Brasil.

mente, da coação. Com efeito, tanto pode veicular uma ordem de polícia como um ordenamento econômico: tanto pode fixar um gabarito para construção, como baixar uma tabela de preços ou determinar o volume de produção de bens supérfluos. É, substancialmente, uma *ordem* — positiva ou negativa — discricionária e acompanhada de uma sanção.

A *sanção administrativa* é, por sua vez, a forma de atuação da Administração Pública diante de violação de preceito cuja observância a ela cumpra punir. É substancialmente distinta da sanção penal e da civil porque não tem caráter retributivo (penal) ou compensatório (civil), mas visa diretamente à *correção* da ilegalidade (23). Seu traço marcante, em oposição àquelas duas outras modalidades punitivas, que necessitam da atividade jurisdicional, é serem *auto-executórias*. Entre as sanções administrativas também as há hétéro-executórias, como a demolição de obras ilegais (24) ou a intervenção na empresa para normalização de atividade econômica abusiva (25), a que já nos referimos.

Quando a Administração veda determinada atividade privada, poderá fazê-lo em dois graus: ou de modo absoluto, sem admitir nenhuma exceção, ou com reserva de consentimento. Nesta segunda hipótese é mister que quem tenha interesse na atividade tome a iniciativa de demonstrar a existência de condições bastantes ou suficientes para obter o consentimento. Aqui encontramos os institutos receptícios, também chamados atos administrativos — negócios jurídicos (*rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte*) (26) ou, simplesmente, *negociais* (27). Ao manifestar sua vontade, a Administração poderá fazê-lo coincidentemente com a do particular, que a provocou, aceitando-a, ou: 1.º — para reconhecer condições que caracterizem um direito preexistente do particular a determinada atividade — e lhe dará licença; ou, 2.º — para reconhecer a existência de condições mínimas mas que não chegam a configurar direito do particular à atividade pretendida, e lhe dará *autorização*, que é um consentimento precário. O reconhecimento de condições legais que ti-

(23) Excluimos aqui, por não ser o caso, os chamados atos punitivos internos, que dizem respeito à manutenção da disciplina dos funcionários públicos e formam um sub-ramo, o Direito Administrativo Disciplinar.

(24) C.P.C., art. 802, XI cit.

(25) Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, arts. 48 e segs.

(26) DIEZ, *El Acto Administrativo*, 1956, pág. 92, a partir de GIESE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1957, pág. 84.

(27) HELI LOPES MEIRELES, *op. cit.*, pág. 194.

tulem alguém ao gozo de uma situação jurídica especial (*status*) caracteriza a *admissão*, que é uma modalidade de licença. Tanto na licença como na *admissão*, a Administração erige um direito oponível contra ela mesma e contra terceiros: no caso da *autorização*, somente contra terceiros.

A licença e a *autorização*, institutos ligados às limitações, têm importância no campo das atividades de polícia e de ordenamento econômico que, como vimos, delas se utilizam abundantemente. A *admissão*, além de sua importância nos serviços públicos, especialmente para o ingresso em estabelecimentos de ensino oficial e no funcionalismo público, releva nas atividades de fomento, para cujo gozo deva o pretendente provar a satisfação de condições mínimas. Como exemplos desta última, a preferência de financiamento, pelos órgãos de sistema financeiro da habitação, deferida aos ocupantes dos imóveis do INPS, instituída pela Lei da Habitação de Interesse Social (diploma característico da atividade de fomento) (28) e, na Carta Magna, as condições de legitimação de posse e de preferência à aquisição de terras públicas (que substituíram o abusadíssimo usucapião *pro labore*) (29).

Finalmente, do elenco dos institutos citados sob a denominação genérica de *instrumentais*, reguladores das atividades da Administração em relação aos administrados, ressalta a *delegação*, forma de transferência de competência para executar atividades ou gozar de certos direitos sobre bens públicos, a particulares ou, mesmo, a outros órgãos públicos. A par da *delegação legal*, em favor das paraestatais, existem a *concessão* de serviços públicos ou de uso de bens públicos ou de exploração de riquezas de relevância pública (de natureza contratual), a *permissão* de serviços públicos ou de uso de bens públicos ou de exploração de riquezas de relevância pública (ato administrativo) e a *delegação por consórcios e convênios administrativos*, feita quando duas pessoas de direito público, ou ambas competentes para determinada atividade (consórcio), ou pelo menos uma delas (convênio), conjugam esforços para a execução de atividades administrativas de interesse comum (30).

(28) Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, art. 65, § 8.º.

(29) Constituição do Brasil, art. 164.

(30) HELI LOPES MEIRELES reclama para estas modalidades a personalidade jurídica distinta, como forma de garantir-lhe a eficiência (*op. cit.*, pág. 337).

O objetivo desta exposição, repetitiva, em vários aspectos, do que é do conhecimento comum do profissional de direito, é o de sugerir uma nova sistemática em que sobressaiam os caracteres comuns de vários institutos de Direito Administrativo e, com isso, se possa lograr uma unicidade tecnológica dos seus princípios e institutos gerais.

Superada esta barreira, talvez mais semântica, em muitos casos, que doutrinária, não ficará difícil a tarefa, nem remota a oportunidade, de enfrentar-se a codificação da parte geral do Direito Administrativo Brasileiro, meta que, CRETELA à frente, tanto tem empolgado nossos especialistas (31).

A LEI UNIFORME SOBRE CHEQUES

AMILCAR MOTTA

Procurador do Estado da Guanabara

1. Fundas e significativas alterações foram recentemente introduzidas no instituto do cheque, por força da Lei Uniforme aprovada pela Convenção de Genebra de 1931. Em que pese a magnitude do problema, que afeta diretamente inúmeros setores da atividade humana, não tem recebido as atenções devidas e é, pelo contrário, mantido em singular ostracismo e alvo de generalizada indiferença.

De conseqüência, prosperam as dúvidas e lavra o dissídio: A Lei n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912, assim como toda a legislação atinente ao cheque, acha-se em vigor ou terá sido revogada pela superveniência da Lei Uniforme? Na hipótese positiva, quais são os dispositivos que permaneceram indenes e quais os que foram revogados?

O problema, como dito, assume capital importância e é de grande repercussão econômico-social. Apesar disso, as instituições financeiras, públicas e privadas, ressentem-se de uma diretiva apropriada e são assaltadas por indecisões e incertezas. As classes empresariais sentem-se igualmente perplexas. O Poder Judiciário não aplica as inovações da Lei Uniforme. O advogado normalmente não a utiliza. O cidadão comum a desconhece. O quadro geral é, pois, anárquico e caótico.

Tal estado de coisas deixa entrever o perigo latente de se armarem desnecessários conflitos jurídicos e o de estabelecer-se tumulto prejudicial à ordem e à segurança que devem sempre presidir as relações intersociais.

Faz-se mister, assim, que o assunto receba tratamento jurídico adequado, tendente a sistematizar e metodizar a matéria.

É exatamente o objetivo do presente trabalho.

(31) JOSÉ CRETELA JR., *Da Codificação do Direito Administrativo* (tese).