

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

OSCAR SARAIVA

Ministro do Superior Tribunal do
Trabalho. Ex-Consultor Jurídico
do Min. do Trabalho. Ex-Procura-
dor Geral da P.D.F.
(1951-1952)

As Constituições do Brasil e a divisão dos Poderes. Diferenciação das atribuições do Executivo, entre atividades políticas e atividades administrativas. Inexistência de preceitos constitucionais atinentes à estrutura e ao funcionamento da administração federal. Repercussões dessa falha no regime administrativo do país. Inorganicidade e descontinuidade da administração. Necessidade de reforma constitucional para corrigir esses males. Concessão, à administração federal, de maior autonomia em face do Executivo.

Seguindo as lições clássicas de Locke e de Montesquieu, as nossas várias Constituições republicanas, na esteira da Constituição dos Estados Unidos, uniformemente dividiram o exercício dos poderes da soberania entre três ramos, os Poderes Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, em seu artigo 36 proclama a mais recente delas, a Constituição de 18 de Setembro de 1946, ora vigente,

“São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”

2. Mas, mesmo ao observador desatento, não poderá passar despercebida a diferenciação que, dia a dia, mais se caracteriza nas

atribuições do Poder Executivo, entre os seus atos de natureza política e as suas atividades administrativas, e se evidencia no exercício dessas atribuições distintas, umas a cargo de titular eleito pelo povo, com seu mandato limitado a período certo, e as demais entregues ao funcionalismo civil, investido por forma legal e de modo permanente. Descrevendo as atribuições políticas do Executivo, assim se pronunciou JOÃO BARBALHO, o emérito comentador da Constituição de 1891:

“O estudo das funções superiores do poder de que se trata, mostra que êle é realmente muito mais do que um mero executor de alheias determinações. Basta considerar que o chefe de um tal poder tem o direito de propor leis, de embargar com o *veto* as deliberações do parlamento, e de suspender, em casos especiais, as garantias constitucionais; tendo a seu cargo as relações com os governos estrangeiros, cabe-lhe o direito de iniciativa nos ajustes e convenções com êles; comanda em pessoa ou por comissão, as forças de terra e mar, quando chamadas à ação em defesa do país; perdoa e comuta penas, etc. No desempenho de quase tôdas estas atribuições, obra êle como superior, por discricção própria e não como agente executivo. O presidente vela pela ordem e segurança do estado, pela sua defesa contra inimigos internos e externos e é responsável por elas perante a nação. Colocado no mais alto pôsto do govêrno, tem a fiscalização suprema da administração, impulsiona-a, imprime-lhe a direção, usando de poder discricionário quando lh'o não tolhem as leis e o comporta a natureza dos negócios que êle dirige. Cumpre, assim, e faz cumprir os atos legislativos, assim como obriga a respeitarem-se as decisões da justiça, — mas muito longe está de ser um subalterno do poder legislativo e do poder judiciário; nem tem missão inferior e somenos às dêles, embora um seja artífice de leis e o outro supremo árbitro e intérprete final da Constituição em quanto concerne aos direitos do cidadão.

Toca ao poder executivo a função de vigilância permanente de todos os interesses internos e externos da nação, os quais êle promove perante os outros poderes, removendo obstáculos, preparando os elementos para solução adequada e dest'arte exercendo a mais considerável

influência sôbre a direção e andamento dos negócios públicos.” (JOÃO BARBALHO — Constituição Federal Brasileira, Comentários, pág. 158)

3. Os atos assim descritos são, como é óbvio, atos de *império*, correspondem ao exercício da soberania, e não alcançam os atos de gestão que o Estado deve praticar a todos os momentos, a fim de atender às necessidades cada vez mais amplas, e cada dia mais complexas, da vida social. Por isso, já o clássico PIMENTA BUENO encarecia a distinção entre o Poder Executivo e a Administração, ao declarar que “o Poder Executivo pode ser considerado por duas faces distintas, como entidade política e governamental ou como mero administrador” (Direito Público Brasileiro, pág. 233). A seu turno, um autor contemporâneo, VIVIEN, observava, acentuando a distinção, que

“Estritamente ligado à administração, êle (o Poder Executivo) não se confunde, entretanto, com esta. Sua função é tôda de iniciativa, de apreciação, de direção, de conselho; é êle que dá à administração seu espírito diretivo, seu pensamento, e, se assim nos podemos exprimir, sua bandeira; a esta é reservada a ação, isto é, a execução das leis e o exercício material e prático dos poderes confiados ao Govêrno.

O Poder Executivo é a cabeça, a administração, o braço.” (M. VIVIEN, *Études Administratives*, 1, pág. 5, Paris, 1852).

4. Não atentaram, porém, as nossas cartas constitucionais, nessas distinções, e se cingiram implícita ou explicitamente — mais implícita do que explicitamente — a incluir as atribuições administrativas entre as do Poder Executivo. Assim é que a Constituição de 1891 se limitou a declarar, em seu artigo 50 que

“O Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança, que lhe subscrevem os atos e preside cada um a uma das secretarias em que se divide a administração federal”,

havendo antes proclamado no § 3.º de seu art. 7.º:

“As leis da União, os atos e as sentenças de suas autoridades serão executados em todo o país por funcionários

federais, podendo, todavia, a execução das primeiras ser confiada aos Governos dos Estados, mediante anuência destes.”

5. Eis aí, nesses sucintos preceitos, o quadro constitucional da administração pública na Carta de 1891. Pouco mais detalhado é o seu enunciado na Constituição vigente. Estatui esta, em seu artigo 78, que

“O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República.”

e no artigo 90 que

“O Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado.”

6. Não obstante, nem em seu artigo 87, quando enumera as atribuições privativas do Presidente da República, nem em seu artigo 91, em que indica as dos Ministros de Estado, alude o diploma constitucional vigente à administração do país, no que tange à esfera federal. Nem mesmo o faz em seu Título — VIII, em que trata dos funcionários públicos, limitando-se aí a enumerar, sem qualquer ordem ou sistema, preceitos atinentes ao estatuto dos servidores públicos.

7. Privada de esteio constitucional, funciona a administração federal com a estrutura e as atribuições que lhes conferem as leis ordinárias que, sem qualquer limitação, podem dispor como melhor lhes parecer a êsse respeito, e tanto podem criar Ministérios, como órgãos autônomos, autárquicos ou não, ou simples sociedades de economia mista, alguns subordinados diretamente ao Presidente da República, ao passo que outros são jurisdicionados pelos Ministros de Estado. Por isso, o quadro que hoje oferece a administração pública da União é o de um desordenado mosaico de instituições díspares, desligadas de qualquer vínculo de coordenação, e trabalhando cada qual dentro de fins específicos e limitados, sem ter em atenção o conjunto dos interesses coletivos da comunidade nacional.

8. Contudo, os males da inorganicidade e da disparidade não são os únicos que resultam dos silêncios constitucionais, e das ini-

ciativas sem método das leis ordinárias. Sofre ainda a administração, e cada vez mais se acentuam essas deficiências, da falta de continuidade nas diretrizes administrativas, seja em razão da instabilidade na ocupação dos cargos de chefia, seja por motivo da própria variação dos planos administrativos que, raras vezes, são ievados adiante com a continuidade que seria necessária para que alcançassem seus objetivos. Aliás, os planos, mesmo não executados, são escassos, e tôda a política administrativa de cada Ministério ou repartição autônoma gira em tórno das inspirações ou dos pontos de vista do Ministro, Diretor ou Presidente, de sorte que com a sua mudança, mudam as diretrizes dos órgãos sob seu comando. E, para que se avalie a instabilidade dêsses titulares, basta observar que durante a vigência da Constituição de 1946, não têm tido os Ministros de Estado nem ano e meio — se tanto — como tempo médio de sua gestão.

9. A essa instabilidade nas chefias havia, antes, um freio, que a Lei 284 de 29 de outubro de 1936 veio remover, ou seja, a ocupação, a título permanente, dos cargos de alta direção. A lei referida inaugurou o sistema da ocupação, em comissão, fazendo com que, a cada mudança de titular de Ministério ou diretor de órgão autônomo possam ser alterados e substituídos todos os respectivos cargos de chefia, de alto a baixo, fato que, se não ocorre com freqüência, é, contudo, de ocorrência possível, tornando, por isso mesmo, precário qualquer exercício responsável de funções de direção.

10. Justificando tal sistema, assim se manifestou o Departamento Administrativo do Serviço Público:

“É princípio fundamental, para eficiência do serviço público, dentro das condições brasileiras, que as chefias não sejam efetivas, mas sim exercidas em comissão, critério que permite à Administração escolher os chefes e experimentá-los, mantendo-os ou não; alarga o campo de escolha: corrige, com a instabilidade na função, a tendência à displicência, da parte dos que cuidam da coisa pública, por que não tiveram formação adequada, estimulando, por fim, a ambição normal e justificável dos mais aptos, abrindo perspectivas aos mais capazes.”
(Exp. mot. 613, 17-5-40, do DASP — D. O. 21).

11. Se, em tese, tais princípios são recomendáveis, a prática nacional vem demonstrando sua inconveniência, por força mesmo da instabilidade de que padece a administração, em razão da instabilidade do próprio Executivo. A continuidade do exercício do Poder Executivo tem sido constantemente interrompida, e tais interrupções se refletem danosamente na administração do país. Imagine-se o que não seria a administração da França se, a cada queda do Gabinete correspondesse a mutação geral de seus cargos de chefia administrativa! Ora, apesar de não termos governo parlamentar, as ingerências da política partidária na composição do Executivo vem trazendo entre nós resultados semelhantes, e ocasionando as freqüentes alterações ministeriais que dia a dia assistimos, fenômeno êsse que ocorre, com os mesmos inconvenientes, em relação à Prefeitura do Distrito Federal.

12. Assim, se é exato que a ocupação, a título efetivo, das altas chefias pode trazer os inconvenientes apontados pelo DASP, o certo é a liberdade irrestrita de escolha dos chefes, com a precariedade do seu exercício, está ocasionando os males mais graves de uma completa ineficiência da administração pública, que não consegue empreender até o fim os mais rudimentares programas de natureza administrativa.

13. Por outro lado, a própria liberdade das leis ordinárias, e especialmente das leis orçamentárias, de variarem, *ad libitum*, no que concerne à administração do país, e de alterarem os seus programas, pela recusa de créditos, impede uma ação segura e contínua, como seria mister.

14. Ora, todos os defeitos apontados, jamais poderão ser sanados mediante simples reformas introduzidas em leis ordinárias, pois estas seriam facilmente revogáveis por outras de natureza semelhante. Voltamos, por isso, aos aspectos constitucionais do problema, para reconhecermos a necessidade imperiosa da reforma constitucional no que tange à administração pública da União, e da revisão da Constituição de 1946, a fim de que nele se incluam, de modo explícito e formal os preceitos indispensáveis ao bom exercício da administração federal, e sejam assegurados a esta os meios de que carece para levar adiante, e realizar de modo efetivo, suas atribuições. E, para tanto, será mister dotar a administração pública de maior autonomia em face do Executivo, seja assegurando aos

seus dirigentes posição que lhes permita maior continuidade no exercício de suas funções, seja proporcionando aos planos da administração, depois de devidamente aprovados pelo Congresso, condições de aplicação integral, inclusive pela prévia concessão das verbas indispensáveis.

15. Mas, para tanto, será indispensável vencer o *tabu* da divisão tripartida dos Poderes, a fim de dar à administração maior liberdade em seus vínculos atuais de sujeição ao Executivo. De toda a procedência a lição do eminente BASAVILBASO, quando adverte que

“Se há dicho por autorizados juristas clássicos que la función ejecutiva es esencialmente administrativa; que Poder Ejecutivo y poder administrador tienen la misma significación jurídica; que todo acto de ejecución es acto de administración. Esta sinonimia no está exenta de reparos. En efecto, no puede afirmarse que la función administrativa sea en todos los casos ejecución de la ley. El orden jurídico estatuye los límites de actuación de la función administrativa, pero, dentro de los mismos, existe una esfera de libertad. La administración debe actuar la ley en dos formas diferentes: o bien ejecutándola, o bien, en ejercicio de su potestad discrecional, ajustándola a sus fines.

Además, si es cierto que la mayor parte de la actividad de la administración se concreta en la ejecución de la ley, cuando un órgano administrativo, dentro de la competencia que le ha atribuido el derecho positivo, celebra un contrato en nombre del Estado, no puede decirse que ejecuta la ley, sino que actúa en los límites de su poder legal. En su consecuencia, ni toda ejecución es administración, y, por consiguiente, es más correcto substituir el término ejecución por el de administración para designar una de las funciones específicas del Estado.” (BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. 1, pág. 10, B. Aires, 1949).

16. A razão do sucesso da administração pública na Grã-Bratânia, e da ação eficiente da administração francesa em meio das reiteradas e periódicas crises do Executivo nesse país, reside pre-

cisamente no seu grau de autonomia em relação aos respectivos Governos políticos. Urge pois que, em reforma constitucional, busquemos inspiração nesses modelos, a fim de que possamos dar à nossa própria administração pública a autonomia de que ela carece, para que se possa convenientemente desempenhar de suas funções no interesse da comunidade nacional.

POSTURAS MUNICIPAIS EM FACE DO DIREITO DE VIZINHANÇA

FRANCISCO PEREIRA BULHÕES DE CARVALHO
Desembargador no Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Pode um particular intentar uma ação judicial contra um vizinho, alegando, não um direito de vizinhança propriamente dito, catalogado no Código Civil, mas um simples regulamento administrativo, relativo, por exemplo, à altura máxima duma construção, ao alinhamento da rua, à estética da fachada, ou ao limite de ocupação máxima em relação ao terreno?

E, em caso afirmativo, a ação judicial deve limitar-se a um simples pedido de indenização, provado o dano, que não será presumido pela simples infração de posturas municipais, ou poderá estender-se ao direito de pleitear a própria demolição da obra?

A resposta tem de ser encontrada pela análise do art. 572 do Código Civil, que determina: “O proprietário pode levantar no seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o *direito dos vizinhos* e os regulamentos administrativos.”

Não se pode fazer com mais precisão a diferença entre as restrições introduzidas pelos regulamentos (de ordem administrativa) e os *direitos* de vizinhança (de ordem civil).

Se o Código entendesse considerar os regulamentos administrativos como integrados dentro do direito de vizinhança, tê-lo-ia dito expressamente. Não o fez; ao contrário, apontou tais regulamentos como completamente estranhos ao direito dos vizinhos, *in verbis*: “Salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”

2. Consideremos, entretanto, a questão com maior minúcia pelo estudo histórico e comparativo do referido dispositivo do nosso Código.