

PRINCIPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO SETOR PÚBLICO EMPRESARIAL FACE A NOVA CONSTITUIÇÃO.

MÔNICA ROCHA VICTOR DE OLIVEIRA
Procuradora do Município

SUMÁRIO: 1. Noções preliminares. 2. Princípios gerais. 3. Legalidade. 4. Impessoalidade. 5. Moralidade. 6. Publicidade. 7. Princípio especiais.

1. Noções preliminares

A atual Constituição consagrou, em seu artigo 170, um modelo econômico, baseado na liberdade de iniciativa, com tendências nitidamente reducionistas em relação ao intervencionismo estatal.

A intervenção do Poder Público na economia poderá ser realizada por três vias: órgãos-empresas, não dotados de personalidade jurídica; ou, através de entidades econômicas dotadas de personalidade jurídica, seja de natureza pública, seja de natureza privada.

A questão que se pretende seja aqui equacionada consiste em determinar-se em quais princípios a atividade administrativa estaria fundamentada neste caso: somente aos princípios gerais da Administração Pública ou, também aos embasadores da ordem econômica? O tipo de personalidade jurídica atribuída ou não ao ente seria critério diferenciador para a aplicação ou não dos princípios regedores da ordem econômica a estes entes?

2. Princípios gerais.

Em seu artigo 37, **caput**, a Constituição Federal determina quais sejam os princípios norteadores da Atividade Administrativa como um todo: **legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade**. Doutrinariamente, porém, outros princípios são acolhidos, aos quais não nos reportaremos em razão deste trabalho pretender analisar a atividade administrativa empresarial somente à luz dos preceitos constitucionais.

3. Legalidade.

Se em direito privado tem-se o princípio da **AUTONOMIA DA VONTADE**, sendo o ordenamento jurídico limite da ação do particular, em direito público prevalece o princípio da

LEGALIDADE, "secreção da teoria da separação dos poderes".¹ A não observância de preceito jurídico não só invalida o ato praticado, bem como sujeita o administrador público à responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

"É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela esta liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei concede, quer se trate de Administração Pública sob o regime de Direito Privado Administrativo ou de Direito Público ou Direito Privado. É inegável, porém que a base legal para a ação administrativa sob as normas de direito privado por vezes se reduz a uma regra sobre a competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina. Quer isso dizer que o poder discricionário nas mãos dos Agentes da Administração Pública que movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreiras no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância."²

Ainda, sobre este princípio, Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, "as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres irregáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade de Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõem. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação Administrativa."³

Tal importância deste princípio que, não obstante sua acolhida, inicialmente, puramente doutrinária, teve sua posi-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

tivação na Lei nº 4.717/65, artigo 2º, "c" e parágrafo único, "c", alcançando relevo constitucional a partir de 1988 (artigo 37, caput, C.F. 1988).

4. Impessoalidade.

Também denominado princípio da isonomia ou da generalidade, prescreve que "todos são iguais perante o ordenamento jurídico e, por consequência, perante o Estado."⁴ Inválido, portanto, o ato administrativo que determine tratamento diferenciado, sem amparo em uma norma jurídica.

A importância deste princípio ressalta quando se trata de concursos públicos e licitações (artigo 37, XXI, CF).

5. Moralidade.

O princípio da moralidade, sistematizado por Hauriou, baseia-se em uma moral jurídica. Hely Lopes Meirelles, citando Hauriou, explicita que a moral jurídica é "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração." Em seguida, continua: "Atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, mas, também, entre o honesto e o desonesto."⁵ Este princípio guarda estreita relação com o conceito de bom administrador, inspirador da confiança do administrado.

Em face do conteúdo deste conceito, não raras vezes, pode-se encontrar o administrador em situação de coalisão entre o princípio da legalidade e da moralidade. Coalisões estas decididas ora em favor da moralidade, ora em favor da legalidade, sendo neste caso o interesse público fator decisivo na escolha a ser feita, posição sintetizada por Diogenes Gasparini: "usando de sua competência (o bom administrador) determina-se não só pelos preceitos legais vigentes mas também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público".⁶ Este princípio, também, mereceu destaque constitucional não só no artigo 37, caput, como em seu § 4º: "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

6. Publicidade.

Por envolver interesse público, os atos do Poder Público devem revestir-se da maior publicidade possível. Os administrados não de ter ciência dos atos praticados pelos administradores. Este princípio acha-se delimitado no artigo 37, § 1º, determinante do caráter educativo, informativo, orientador, porém, nunca promocional de autoridades ou servidores públicos.

Como exceções a este princípio, pode-se mencionar as atividades relacionadas com a segurança nacional, as ligadas a certas investigações, a exemplo dos processos administrativos disciplinares e os pedidos de retificação de dados, v.g. (CF, art. 5º, LXXII "b").

7. Princípios especiais.

Agora, cumpre analisar a aplicabilidade dos princípios estatuidos no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira à atividade administrativa correlata ao setor público empresarial. Aqui, atividades de cunho econômico são desenvolvidas pelo Poder Público. Quais princípios poderiam ser considerados norteadores destas atividades? Somente os explicitados no artigo 37, **caput**? Ou estaria também, o Poder Público adstrito à observância do artigo 170 da atual Constituição?

Dado o paradigma da supremacia da Administração Pública, de uma análise menos cuidadosa da questão, poderia concluir-se que, ao atuar de forma empresarial, aquela não estaria sujeita à observância de princípios como o da livre concorrência, por exemplo. Contudo, ao proceder-se a uma análise sistemática da Constituição, a tal conclusão não se chegaria.

O artigo 1º da Constituição Federal eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho. Ou seja, alça-se o princípio da livre iniciativa como um dos de maior hierarquia em nosso ordenamento, de onde infere-se seu grande peso nos casos de coalisão de princípios constitucionais.

Destarte, o artigo 170 **caput**, reforça este destaque ao preceituar que **"a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"**. Daí, entende-se que, independentemente de sua natureza, se pública ou privada, toda a empresa por desenvolver

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

atividade econômica, seja esta de indústria e comércio, ou, ainda, prestação de serviços, regem-se pelos princípios contidos no artigo 170: valorização social do trabalho humano, livre concorrência, função social da propriedade, propriedade privada, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, não obstante a opinião contrária do Prof. Werter. R. Faria, in *Constituição Econômica — Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, onde sustenta que **"as normas de defesa de concorrência não se aplicam a nenhuma empresa-órgão gerida pela União, nem as que executam serviços públicos, estrito senso, sob a titularidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aplica-se, todavia, às empresas-órgãos de natureza industrial e comercial que operam em regime de concorrência, administradas pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Excetuam-se os organismos federais, porque não se concebe a União com sujeito passivo das normas que promulga para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritivas:"** 7

Tal entendimento não pode ser perfilhado, em razão da preocupação do constituinte em estatuir no artigo 173, §§ 1º e 2º que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, e que as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Clara a intenção do legislador de igualar o setor público empresarial ao setor privado.

Quanto ao fato de não se conceber o Poder Público como "sujeito passivo das normas que promulgar para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritivas", convém ressaltar que, em relação à defesa do consumidor, tal concepção não vingou frente ao artigo 3º do Código do Consumidor, onde não se distinguem pessoas jurídicas de direito público ou privado ao conceituar-se o vocábulo "fornecedor", não importando se de bens ou serviços.

Além disso, se tal entendimento fosse acatado, o Poder Público ao adentrar na área empresarial poderia, com certo grau de facilidade, constituir verdadeiros monopólios, a margem dos excepcionalmente aceitos pelo CF em seu artigo

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

177, vindo sua atividade a colidir com um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico constitucional: **LIBERDADE DE INICIATIVA**.

Em suma, o Poder Público que, ressalvados os casos previstos na própria constituição só poderá explorar diretamente atividades econômicas quando esta se fizer necessária, aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse público, deverá agir não só segundo os princípios contidos no artigo 37, *caput*, como também pelos princípios contidos no capítulo constitucional relativo ao desenvolvimento da atividade econômica. E não é só. Mesmo em se tratando de monopólios da União, tais princípios deverão ser aplicados no que couber, v.g., defesa do consumidor, defesa do meio ambiente. Trata-se de proteção de interesses públicos consagrados constitucionalmente.

NOTAS

1. Couto e Silva, Almiro de; Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP, 84:48.
2. idem, RDP, 84:53.
3. Meirelles, Hely Lopes; Direito Administrativo Brasileiro, 13ª edição, SP, ed., Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.
4. Moreira Neto, Diogo de Figueiredo; Curso de Direito Administrativo; 9ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1990, p. 70.
5. Meireles, Hely Lopes; ob. cit., p. 62.
6. Gasparini, Diógenes; Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 07.
7. Faria, Werter R.; Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e de Concorrência, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 147.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM; Arruda. **Código do consumidor comentado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre, Fabris Ed., 1990.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. São Paulo, RT, 1987.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. IV. Coimbra Ed., 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense.
- SILVA, Almiro de Castro e. **Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista do Direito Público, nº 84, p. 46/62.