DEFINIÇÃO DA TUTELA ADMINISTRATIVA *

CRETELLA JÚNIOR **

SUMÁRIO: *Noção da* tutela administrativa. *Considerações sôbre o tema. Curatela administrativa? Caracterização objetiva da tutela. Análise dos elementos integrantes. Semelhança com institutos afins. Definição da tutela administrativa. Nossa definição de tutela administrativa.*

1. Noção da *tutela administrativa.* A complexidade extrema do Estado moderno, resultante da multiplicação progressiva dos serviços públicos, é fato incontestável. Amplia-se a cada instante a rêde dos serviços administrativos, aprimoram-se dia a dia os órgãos da administração, seleciona-se mediante processo científico o pessoal integrante dos quadros, modernizam-se e aperfeiçoam-se as técnicas exigidas.

Cresce, entretanto, o Estado, alarga-se, congestiona-se, asfixia-se mesmo, no afã compreensível de a tudo atender, de ajustar-se às exigências extraordinárias e cada vez maiores do serviço público. Do contrário, perderia a razão de ser, por deficiente e anacrônico.

Nestas circunstâncias, procura o poder central remover de si determinadas atribuições, transferindo-as para outros órgãos ou pessoas. Descentralizam-se os serviços.

Alicerçando-se nos fatos, objetivamente, o direito administrativo moderno procede ao enquadramento jurídico da realidade, apoiando-se na preliminar estruturação científica procedida pela ciência da administração, ou seja, em nosso caso, à reunião dos elementos concretos que permitam configurar o instituto da descentralização.

Numa primeira modalidade, apresenta-se a *descentralização orgânica,* através da qual se descongestiona a máquina administrativa pela irradiação de funções, do centro para a periferia, dando-se aos órgãos locais um papel maior de capacidade decisória, do que o deferido aos órgãos centrais.

Não basta. Em sistemas como o nosso, em que coexistem vários aparelhamentos administrativos, novos serviços despontam, exigindo sucessivas e rápi-

* BIBLIOGRAFIA — MASPÉTIOL e LAROQUE, *La tutelle administrative,* 1930: DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge,* 1955; EISENMANN, *Centralisation et decentralisation,* 1918; GIROLA, *Teoria del decentramento amministrativo,* 1929; BOZZI, Aldo, *Istituzioni,* 1966. p. 276; DUVERGER, *Droit public,* 4.ª ed., 1966, p. 224.

** Advogado em São Paulo.

das providências do Estado. Recomeça o ciclo desonerante, problemas diversos aparecem, resolvidos agora pela *descentralização política,* mediante a qual se procede à partilha de atribuições entre os distintos aparelhamentos administrativos coexistentes, no mesmo país, num dado período de tempo.

Ainda não é o bastante. Insuficientes as entidades denominadas *maiores* para resolver todos os problemas surgidos e cooperar com o Estado, no trabalho de descongestionamento, surgem as entidades chamadas *menores,* dotadas de personalidade própria, de direito público ou de direito privado, que caminham paralelamente ao Estado — órgãos paraestatais, em sentido lato— com a incumbência de gerir determinados serviços. *É a descentralização por serviços,* também denominada *especial, técnica* [1] ou *por colaboração.*

Delegam-se podêres, repartem-se funções, observando-se, porém, a mais estrita e rígida unidade dentro do sistema.

Com efeito, na medida em que preside ao nascimento e estruturação dos entes públicos menores, estabelece o Estado sistemas específicos de intercomunicação, de fiscalização, de vigilância permanentes.

Condenado estaria o processo descentralizante se tivesse como conseqüência, mediata ou imediata, privar o Estado de todo direito de fiscalização sôbre as pessoas e os serviços públicos por êle beneficiados. [2] Criar-se-iam pequenos Estados dentro do Estado, colocando-se em perigo a soberania nacional.

Para harmonizar os interêsses especiais das novas entidades com os interêsses mais amplos do órgão-matriz, arroga-se a pessoa de direito público maior uma série de podêres para intervir na vida da pessoa menor autônoma, examinando-lhe os atos sob certos aspectos e por meio de determinados processos, tomando as providências exigidas de acôrdo com a natureza dos casos e procedendo às cabíveis responsabilizações.

Instituições de *fiscalização, vigilância, tutela,* estruturam-se no intuito bastante evidente de garantir a perfeição articulatória do organismo, sintonizando-se a finalidade de cada uma das seções menores com o fim público, objetivado pelo organismo maior. É o todo que multiplica, ampliando, suas partes, mas estas, num processo contínuo de reversibilidade, atuam com absoluta sincronia, a fim de garantir a unidade do sistema.

Aliás, "na acepção lógico-jurídica, a palavra *contrôle* designa um aspecto do agir humano, necessàriamente secundário e acessório, objetivando a revisão, o reexame ou a verificação de uma atividade de caráter primário ou

[1] André de Laubadère leciona que "esta descentralização consiste em conferir uma certa autonomia a um serviço público determinado, dotando-o de personalidade jurídica. O processo técnico de realização da descentralização por serviços é o estabelecimento público" (*Traité élémentaire de droit administratif,* 3.ª ed., 1963, vol. I, p. 96).

[2] Buttgenbach, *Manuel de droit administratif,* 1954, p. 114. Fritz Fleiner escreve: "Os corpos da administração autônoma acham-se submetidos ao contrôle do Estado. O Estado zela, por um lado, para que não ultrapassem a esfera de sua competência, própria ou delegada, por outro lado, para que cumpram suas atribuições e estejam prontos, a qualquer hora, a concretizá-las, em particular sob o aspecto financeiro" (*Les principes généraux du droit administratif allemand,* 1933, p. 78).

principal. O sujeito que exerce o contrôle é diverso, em geral, daquele que, pròpriamente, age". [3]

Ora, a atividade de contrasteamento assume aspectos peculiares no setor das relações jurídicas e, em especial, no âmbito jurídico-público, onde continua ainda a manter o motivo fundamental informativo, conexo com o traço lógico originário, mas constitui ao mesmo tempo uma categoria da sistemática jurídica. [4]

É, pois, a *vigilância* um instituto genérico, peculiar a vários ramos do direito, desdobrando-se, em cada ramo, como espécie característica, sem se afastar, evidentemente, da figura categórica, *in genere.*

Dentre os institutos encarregados de vigiar as atividades das pessoas jurídicas descentralizadas sobressai a *tutela administrativa,* instituto de vigilância jurídica ininterrupta, realizada pelo poder central, *sub jure,* sôbre órgãos descentralizados, para que se garanta a consecução dos interêsses do órgão tutelado. Emancipa-se, sem abandonar. Separa-se, sem desarticular. Cria-se nova pessoa, mas vinculada à primeira, nôvo órgão, porém, dentro do mesmo organismo, já que criador e criatura têm exatamente o mesmo fim em mira, são orientados pelos mesmos princípios informativos, os altos fins do Estado, a consecução do interêsse público.

2. Considerações sôbre o tema. Dificuldade, atualidade e importância do assunto, ressaltadas por autores de outros países, ao mesmo tempo que sua permanente presença dentro de nossa realidade jurídica, bem como a inexistência, entre nós, de monografia especializada a respeito do tema, levaram-nos a escrever um primeiro artigo sôbre o instituto da *tutela administrativa,* investigando-lhe a origem, o papel, os fundamentos, a configuração, a dinâmica e as finalidades nos diversos sistemas jurídicos, ao mesmo tempo que a ressaltar-lhe a ressonância diante de nosso direito.

3. O problema da denominação. De amplo, tradicional e unânime emprêgo no âmbito do direito, em geral, o vocábulo *tutela* [5] foi trasladado para o campo do direito administrativo, integrando-lhe o léxico específico ao compor a expressão *tutela administrativa,* universalmente aceita, se bem que há muito criticada pelos próprios autores que a empregam. [6]

[3] BERTI, Giorgio e TUMIATI, Leopoldo, *Controlli amminstrativi,* em *Enciclopedia Giuridica,* vol. X, *sub voce Controlle.*

[4] *Idem, ibidem.*

[5] Do caso lexicogênico latino *tutela (m)*, acusativo do nome da primeira declinação *tutela, ae, f.* — guarda-defesa, custódia, proteção. É cognato de *tueor, tueris, tuitus sum, tueri,* v. dep. — ter os olhos sôbre, proteger, vigiar, defender, guardar. Referindo-se ao imperador AUGUSTO — diz HORÁCIO: "Rerum tutela mearum quum sis" (*Epístola* I, 1, vs. 103-104), embora sejas o guarda de meus negócios. E, noutra passagem, o mesmo autor: "O tutela praesens Italiae" (*Epístola* IV, 14, vs. 43), ó guarda onipresente da Itália.

[6] Desde fins do século passado até nossos dias verberam os autores a palavra *tutela* para designar o instituto do direito administrativo que estamos estudando, mas acabam por empregá-la, em seu trabalhos. Já no século passado LÉON AUCOC escrevia: "Sempre nos pareceu criticável esta palavra *tutela.* Suscita protestos dos representantes eleitos das localidades que se julgam tão esclarecidos e mais bem colocados que os agentes do poder

Repele-se a denominação *tutela administrativa* por abrigar em si o elemento *tutela,* apontado como infeliz, desafortunado, acentuando-se, em primeito lugar, que a palavra não é sinônima de *contrôle,*[7] depois, que o tutor não ter por missão vigiar, mas substituir o incapaz no exercício de seus direitos. Não há *tutela,* no sentido moderno do vocábulo, afirma-se, onde não há *representação.* Ora, quando, por exemplo, o prefeito exerce a *tutela administrativa* não está de maneira alguma representando a *comuna.*[8]

Adotar tal expressão significaria, para alguns, transportar ao campo do direito público uma instituição do direito civil, cujo objeto é profundamente diferente[9] daquele que se verifica na vigilância jurídica dos entes descentralizados.[10]

central para apreciar os interêsses de que têm gestão e que reclamam, como o SENHOR TOCQUEVILLE, contra a insolência da palavra" (*Les controverses sur la décentralisation,* 1895, vol. 144, p. 349, apud BERTHÉLEMY, *Traité,* 9.ª ed., 1920, p. 99, n.º 1). LAUBADÈRE censura o têrmo *tutela* "que evoca *malencontreusement* uma instituição bem diferente da que existe no direito civil" (*Traité élémentaire,* 3.ª ed., 1963, vol. I, p .90). VILLEGAS BASAVILBASO: "A locução *tutela administrativa* tem sido muito criticada. Seu emprêgo, no direito administrativo francês, é de uso corrente. É uma expressão desafortunada, por quanto significa trasladar para o direito público uma instituição de direito civil, cujo objeto é profundamente diferente ao da vigilância jurídica dos entes descentralizados. A *tutela* sugere a idéia de uma capacidade, de uma proteção em vista de um interêsse individual, ao passo que a *vigilância jurídica* — com que é conhecida no direito administrativo italiano — tem por função especial a proteção de interêsses públicos" (*Derecho administrativo,* 1950, vol. II, p. 307, n.º 85). ARNALDO DE VALLES: "*Esta tutela,* entretanto, tem apenas uma vaga analogia com os *institutos tuteladores* do direito privado; não produz incapacidade nas pessoas que lhe são sutopostas" (*Elementi di diritto amministrativo,* 3.ª ed., 1965, p. 89). TITO PRATES DA FONSECA esclarece que êste instituto do direito público "faz lembrar a *tutela do direito civil* no que se refere à assistência aos menores relativamente incapazes. É essa, apenas, uma analogia distante, muito distante, que não nos deve levar pela semelhança, ao descaso pelas acentuadas dissonâncias que existem entre um e outro gênero de tutelas" (*Lições de direito administrativo,* 1943, p. 98).

[7] BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif,* 9.ª ed., 1920, p. 99.

[8] BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif,* 9.ª ed., 1920, p. 99, e DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif,* 1952, p. 69.

[9] VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo,* 1950, vol. II, p. 307. MARCELO CAETANO ressalta que "não deve confundir-se a *tutela administrativa* com a civil. A *tutela administrativa* não se destina a assegurar o exercício dos direitos de um incapaz. As pessoas coletivas que a lei submete à *tutela* têm capacidade de exercício dos seus direitos e os respectivos órgãos conservam íntegra a competência, tomando a iniciativa de todos os atos considerados úteis e convenientes aos interêsses coletivos a seu cargo" (*Manual de Direito administrativo,* 6.ª ed., 1963, p. 170). RIVERO diz textualmente: "Ora, estas duas instituições não têm absolutamente nada de comum, salvo o nome; a *tutela administrativa* não é sequer a transposição para o direito público da tutela civil" (*Droit administratif,* 3.ª ed., 1965, p. 283).

[10] DUEZ e DEBEYRE sublinham que a *tutela administrativa* nada tem de comum com a do direiti civilí (*Traité de droit administratif,* 1952, p. 69). LAUBADÈRE ensina que "em *direito civil* visa à proteção de certas categorias de incapazes (menores, interditos judiciários), ao passo que a *tutela administrativa* tem por objeto a proteção de interêsses gerais; 2.º o mecanismo das duas instituições é igualmente diverso. A *tutela do dircito civil* é organizada na base da representação jurídica: é o tutor que executa o ato jurídico em nome do incapaz. A *tutela administrativa,* ao contrário, só intervém *a posteriori,* uma vez que o ato jurídico foi feito pelo agente descentralizado. A iniciativa, na ação, cabe assim, ao órgão

Por influência da miragem dos vocábulos ouvem-se construções como "os municípios são menores", "o prefeito é o tutor dos municípios", fórmulas que se afiguram para alguns autores como jurìdicamente detestáveis, exigindo banimento da terminologia do direito administrativo. [11]

Enfim, como acentua outros, a *tutela do direito privado* é organizada no interêsse exclusivo do incapaz, que necessita de proteção contra os próprios desregramentos, contra a insuficiente maturidade de espírito que o caracteriza. [12]

4. Curatela administrativa? Outros autores, esquecendo-se também de que, ao empregar um vocábulo, no direito público, não se pretende de maneira alguma a necessária transposição de institutos de um campo a outro, mas tão só ajustar palavras que já entraram para a terminologia jurídica, em geral, flexionando-as a figuras específicas do direito administrativo, procuram outros símiles com o direito privado, trocando uma solução criticável por outra que com maior razão mereceria repulsa.

Assinalando que os processos da *tutela administrativa* não são os mesmos da *tutela civil,* visto que, nesta última, nada pode o incapaz fazer por si mesmo, enquanto não se emancipa, agindo em seu lugar o tutor, exclusivamente, [13] concluem que a situação da comuna ou do departamento seria com muito mais razão comparável à *curatela,* porque as autoridades comu-

descentralizado, enquanto que na tutela civil, o representante permanece inerte. Não se deve utilizar a expressão *tutela administrativa* a não ser depois de ficar bem patente que ela qualifica uma instituição original do direito administrativo, sem analogia com a tutela do direito civil" (*Traité de droit administratif,* 1952, p. 69). LAUBADÈRE ensino que "em direito civil a *tutela* é uma instituição cujo fim exclusivo é a proteção do incapaz que lhe é submetido, ao passa que em direito administrativo há também uma idéia de incapacidade jurídica da coletividade descentralizada, mas além do fato de que as duas teorias são naturalmente marcadas por diferença que separam sempre instituições paralelas do direito público e do direito privado, a *tutela administrativa* não tem por fim exclusivo, nem mesmo por fim principal, a proteção da coletividade e de seus interêsses" (*Traité élémentaire de droit administratif,* 3.ª ed., 1963, vol. I, p. 90).

[11] DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif,* 1952, p. 69. O paralelo entre os menores, do direito civil, e os entes públicos menores, encontra-se, por exemplo, numa das mais perfeitas codificações existentes sob o aspecto técnico, ou seja, no *Codex Iuris Canonici,* cânone 100, § 3.º: "Personae morales sive collegiales sive non collegiales minoribus aequiparantur". Sôbre esta passagem veja-se o comentário de UGO FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo,* 1937, p. 108-109.

[12] WALINE, *Droit administratif,* 9.ª ed., 1963, p. 424. Interessante é observar-se que, no período primitivo do direito romano, a finalidade do instituto da *tutela civil* era a *proteção* dos direitos do tutor, herdeiro presuntivo do tutelado, jamais a *vigilância* sôbre a pessoa dêste. Protegia-se, pois, não a *pessoa,* mas o *patrimônio,* no interêsse da família (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano,* 3.ª ed., 1956, p. 590). Ver nosso *Direito Romano,* 2.ª ed., 1966, p. 100).

[13] WALINE, *Droit administratif,* 9.ª ed. 1963, p. 424, *Simile* defendido, na Bélgica, pelo Professor CRAHAY, segundo BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif,* 1954, p. 115. GIERKE esclarece que "o mais alto poder dêstes meios de contrôle consiste no estabelecimento de uma curatela estatal sôbre as corporações" (*Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung,* 1887, p. 666, n.º 2, *in fine*).

nais e departamentais agem: apenas alguns de seus atos só se tornam definitivos depois da aprovação da autoridade tutelar. [14]

Como transposição de institutos, de um campo a outro, e não como simples utilização vocabular, o símile com a *curatela* é tão criticável e inexato como com a *tutela*.

5. Justificativa do título. Não assiste a menor razão aos autores que condenam a expressão *tutela administrativa* que, além de tradicional, [15] definitivamente incorporada à nomenclatura do direito público, tem a vantagem de circunscrever-se, sem perigo de êrro, ao próprio instituto que pretende designar, ao contrário de *contrôle*, tão vago e amplo que quase não tem nenhum conteúdo jurídico. [16]

Os que se insurgem contra a expressão *tutela administrativa* incidem no êrro palmar de confundir problemas de terminologia com problemas de conteúdo.

Aceitando-se palavras ou expressões de outros campos, jurídicos ou estranhos ao direito, no âmbito do direito administrativo, de modo algum significa isso que se transponham conquistas de outros setores do conhecimento humano para o nosso campo.

No caso particular da *tutela administrativa*, não houve transposição [17] alguma de instituto do direito civil para o direito público, tendo-se, tão só, procedido ao aproveitamento de vocábulo genérico do léxico romântico—*tutela*—usual, corrente, acrescentando-se-lhe o atributo *administrativa*. Não se trata, pois, de *tutela*, mas de *tutela administrativa*.

Instituindo-a, estruturando-a, não pretendeu o legislador (ou o doutrinador), copiar a *tutela*, nem a *curatela* do código civil, nem aplicar-lhe as

[14] Depois de ressaltar os inconvenientes da expressão *tutela administrativa*, que poderia evocar a construção homônima do direito civil, JEAN RIVERO passa a defender-lhe a subsistência, no direito administrativo: "É preciso, entretanto, conservar o têrmo *tutela* que, aliás, tem reaparecido nos mais recentes textos (14 de março de 1964); o têrmo *contrôle* é demasiadamente vago e amplo que nem mais tem conteúdo jurídico. Faz-se mister apenas delimitá-lo, distinguindo, como no passado, *contrôle hierárquico* e *contrôle de tutela*" (*Droit administratif*, 3.ª ed., 1965, p. 283). Na mesma ordem de idéias, SALANDRA, no início do século, depois de verberar a expressão como "inexata e imprópria" (*Lezioni di diritto amministrativo*, 1909-1910, parte 4.ª, p. 42), passa mais tarde a adotá-la, visto ser "bastante cômoda por sua brevidade". "É em geral", acrescenta, "aceita pelos tratadistas e também nós podemos usá-la como fórmula convencional, sem pretender com esta frase uma assimilação entre a *tutela pública* e a *tutela privada*, sem querer transportar para a primeira um conceito próprio da segunda" (*Lezioni di diritto amministrativo*, 1909-1910, parte 4.ª, p. 44).

[15] WALINE, *Droit administratif*, 9.ª ed., 1963, p. 424.

[16] RIVERO, *Droit administratif*, 3.ª ed., 1965, p. 283. PIRES DE LIMA entende que "o *contrôle jurídico* não é mais do que aspecto particular da *tutela administrativa*, em cujo conceito cabe, perfeitamente, pelo órgão que o exerce, pela limitação que constitui à atividade dos corpos legais e até pelo fim a que visa" (*A tutela administrativa nas autarquias locais*, 1940, p. 49).

[17] VILLEGAS BASAVILBASO critica a expressão como sendo "desafortunada, porque significa trasladar para o direito público uma instituição de direito civil, cujo objeto é profundamente diferente ao da vigilância jurídica dos entes descentralizados" (*Derecho administrativo*, 1950, vol. II, p. 307).

regras que governam as duas instituições puramente privadas, [18] típicas e inconfundíveis.

Por outro lado, cumpre lembrar que a nomenclatura do direito é influenciada grandemente pela das ciências biológicas, quer na parte da anatomia, quer na da fisiologia, quer na da patologia. Nem se pretende, por isso, reformular o léxico tradicional do direito administrativo a pretexto de que os símiles não são exatos ou de que houvera traslado de um caso a outro. Nada disso se verifica, no caso presente, tendo havido, tão só, ressaltamos, aproveitamento terminológico, evidentemente, pois não há quem não saiba que *tutela*, no direito privado, é instituto que tem como pressuposto indeclinável o traço da incapacidade, ao passo que a *tutela administrativa* se fundamenta numa espécie de *emancipação* do órgão administrativo. Surge o ente descentralizado como pessoa já capaz, embora com as necessárias limitações, enquanto que o *menor*, submetido ao regime da *tutela civil*, é sujeito de direito, mas orginàriamente *incapaz*. [19]

Nestes estudos, o importante é fixar *a priori* o sentido preciso dos têrmos e expressões, passando-se a trabalhar com o resultado das definições iniciais. [20]

Por êsses motivos, aceitamos e defendemos, no âmbito do direito público, a antiga e idônea expressão *tutela administrativa*, perfeita para traduzir o especial tipo de fiscalização sôbre que estamos escrevendo.

6. A expressão *tutela administrativa*. * *Tutela administrativa*, expressão consagrada na terminologia técnica do direito público, é formada de dois têrmos, ambos correntes nas línguas românicas: *tutela*, que significa proteção, guarda e *administrativa*, que significa referente à administração.

Antes de pertencer ao vocabulário jurídico o têrmo *tutela* pertenceu ao vocabulário comum, ingressando, depois, no mundo do direito pelas portas mais antigas do direito privado, com sentido preciso, inconfundível.

Ao estruturar-se muito mais tarde o direito adiministrativo criou-se a expressão, por muitos criticada, aliás, sem razão, porque se confundiu *adoção de instituto* com simples *aproveitamento de nomenclatura*.

[18] BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestions des services publics en Belgique*, 1952, p. 195. Assim também pensa GUIMARÃES MENEGALE (Parecer, em *Revista Forense*, 135/51), citando DUCROCQ, *Droit administratif*, vol. I, p. 385.

[19] *"Si de verborum significatione inter philosophos semper conveniret, fere omnes illorum controversiae tollerentus"* (DESCARTES, *Regulae*, XII, 5, *apud* ANDRÉ LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5.ª ed., 1947, p. XI do *Prefácio*).

[20] Tal é o raciocínio com que BIELSA combate a expressão *tutela administrativa*, repelindo-a, por imprópria, visto assimilar conceitos antagônicos (*Estudios de derecho público*, 1950, vol. I, p. 435-437). Êsse mesmo raciocínio é por nós utilizado para defender a expressão malsinada.

* BIBLIOGRAFIA — RIVERO, *Droit administratif*, 3.ª ed., 1965, p. 283; VEDEL, *Droit administratif*, 3.ª ed., 1964, p. 487; MASPÉTIOL e LAROQUE, *La tutelle administratif*, 1930, p. 10; WALINE, *Droit administratif*, 9.ª ed., 1963, p. 423; LESSONA, *Istituzioni*, 5.ª ed., 1948, p. 203 e *Introduzione*, 1960, p. 128; VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.ª ed., 1949, vol. I, p. 137; DE VALLES, *Elementi*, 2.ª ed., 1951, p. 85 e 3.ª ed., 1965, p. 89; BUTTGENBACH, *Manuel*, 1954, p. 115; DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administratif*, 1955, p. 1; MARCELO CAETANO, *Manual*, 6.ª ed., 1963, p. 170; MARIENHOFF, *Tratado*, 1965, vol. I, p. 405.

Tutela administrativa é expressão técnica que designa, dum modo geral, a fiscalização que o Estado exerce sôbre um órgão descentralizado, dentro dos limites precisos que a lei lhe assinala. [21]

Nem se pretendeu, como acentuam alguns mestres, assinalando que o têrmo foi mal escolhido, designar "um modo de gestão dos bens de pessoas incapazes", [22] mas tão só, o contrasteamento que os agentes do Estado exercem sôbre os atos dos órgãos descentralizados para fazer respeitar a legalidade, evitar possíveis abusos e preservar o interêsse nacional ao invés dos interêsses locais ou técnicos. [23]

7. Caracterização objetiva da tutela. Muito se discorreu sôbre a *descentralização* e sôbre a *tutela* no plano das puras concepções da ciência política e da ciência administrativa, sem o cuidado de observar que tais colocações nem sempre se ajustavam à realidade do direito positivo. [24]

O importante passo preliminar é estabelecer o conceito jurídico da *tutela administrativa,* mas para isso é indispensável estudar a natureza da *tutela* em si, na realidade com que se apresenta aos olhos de quem a analisa porque antes de ser privativa do mundo jurídico, o instituto é fato do mundo, apresentando-se como fenômeno que se reveste de traços típicos.

No mundo dos fatos, o instituto da *tutela administrativa* oferece as seguintes notas que a caracterizam, na prática, de maneira indiscutível:

1. *Sujeito ativo,* que é o Estado, representado, nos diversos sistemas, pelas respectivas pessoas jurídicas de direito público interno, maiores.

2. *Sujeito passivo,* representado pelas pessoas jurídicas públicas menores.

3. *Atividades tutelares,* conjunto de providências visíveis que a pessoa maior toma relativamente aos atos da pessoa menor.

4. *Texto legal* que designa a autoridade tutelar, detentora da tutela, exercida em nome do Estado, bem como os limites e os processos que serão observados.

8. Análise dos elementos integrantes. Vários, pois, os traços típicos da *tutela administrativa,* de tal maneira característicos que conferem ao instituto conformação ineludível.

Em primeiro lugar, o Estado, a quem compete normalmente a atribuição fiscalizadora, que é o sujeito ativo da tutela. Nos diferentes sistemas jurídicos, as pessoas jurídicas de direito público interno, denominadas *maiores* (União, Estados, Municípios, no Brasil; Departamentos, Comunas, na França; Regiões, Províncias e Comunas, na Itália), são encarregadas de fiscalizar as pessoas *menores.*

Em segundo lugar, colocam-se na posição de sujeito passivo da *tutela administrativa* os entes públicos menores — autarquias, fundações, corporações, estabelecimentos públicos.

[21] RIVERO, *Droit Administratif,* 3.ª ed., 1965, p. 283.
[22] VEDEL, *Droit Administratif,* 3.ª ed., 1964, p. 487
[23] VEDEL, *Droit Administratif,* 3.ª ed., 1964, p. 487.
[24] BUTTGENBACH, *Prefácio* à tese de DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge,* 1955, p. VII.

Em terceiro lugar, desenvolve-se uma série de *atividades fiscalizadoras,* que recaem, ora sôbre os *agentes* ou sôbre os *órgãos,* ora sôbre os *atos praticados por êsses agentes.*

Em quarto lugar, é forçoso existir *texto legal expresso* que estabeleça e que, ao mesmo tempo, assinale os limites exatos do contrasteamento tutelar, [25] o que dá origem à seguinte fórmula diretriz: *nulla tutella sine lege; nulla tutella praeter legem; nulla tutella contra legem.*

9. Semelhança com institutos afins. *Tutela, vigilância* e *hierarquia* são institutos distintos ou reúnem traços semelhantes tais que é possível agrupá-los sob denominadores comuns?

Examinemos, antes de tudo, *tutela* e *hierarquia,* figuras inconfundíveis.

Com efeito, se a centralização e a descentralização repousam na idéia mestra de fiscalização de subordinantes a subordinados, as formas e modalidades com que se apresenta o contrasteamento determinam regimes jurídicos totalmente diversos. À *centralização* corresponde a *fiscalização hierárquica,* à *descentralização* corresponde a *fiscalização tutelar.* [26]

Por outro lado, segundo a terminologia dos autores italianos, *tutela* também não se confunde com *vigilância,* visando a primeira aos atos jurídicos dos agentes descentralizados, recaindo a segunda sôbre sua conduta, sua atitude geral. [27]

Também não se identifica a *tutela administrativa* com o *referendum,* embora produza êste efeito jurídico formalmente idêntico ao da espécie denominada *tutela corretiva.* [28]

Sendo o *referendum* a votação mediante a qual os membros da comunidade de uma pessoa coletiva de direito público ou seus representantes qualificados aprovam ou rejeitam certa iniciativa ou resolução dos órgãos duma pessoa coletiva, [29] tendo, pois, por objetivo, o de, em casos graves, fazer intervir o maior número de membros da comunidade — substrato da pessoa coletiva na expressão da sua vontade, reforçando assim, ou retificando, a posição dos órgãos permanentes,[30] é bem de ver-se que não se trata de coordenar os interêsses próprios de uma pessoa coletiva com os interêsses gerais, mas de permitir aos membros da comunidade personificada que intervenham na gestão dos interêsses dela e na formação de sua vontade. [31]

10. Definições da tutela administrativa. O problema conceitual, relativo à *tutela administrativa,* não tem sido descurado pelos especialistas dos diversos países.

[25] Contra, D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo,* 4.ª ed., 1949, vol. I, p. 459: "A *tutela jurídica* é um atributo normal do Estado relativo a todos os entes autárquicos e se exercita mesmo na ausência de uma norma explícita que o autorize".

[26] RIVERO, *Droit administratif,* 3.ª ed., 1965, p. 282.

[27] DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif,* 1952, p. 69, ALFREDO BOZZI sustenta que a *vigilância* recai sôbre a *legitimidade* dos atos ao passo que a *tutela* sôbre o *mérito,* ou seja, sôbre a *conveniência* e *oportunidade*" (*Istituzioni di diritto pubblico,* 1966 p. 276)

[28] MARCELO CAETANO, *Manual de direito administrativo,* 7.ª ed., 1965, p. 174.

[29] MARCELO CAETANO, *Manual de direito administrativo,* 7.ª ed., 1965, p. 174.

[30] MARCELO CAETANO, *Manual de direito administrativo,* 7.ª ed., 1965, p. 174.

[31] MARCELO CAETANO, *Manual de direito administrativo,* 7.ª ed., 1965, p. 174.

Na França, a partir do início do século se procurou conceituar o instituto que estamos analisando, ressaltando BERTHÉLEMY que "os serviços públicos referentes aos interêsses regionais ou locais não são independentes mesmo na esfera legal em que se movimenta sua atividade. A maior parte de seus atos é submetida à fiscalização das autoridades centrais. Enfim, fiscalização de semelhante natureza é atribuída às autoridades central, regional ou local, simultâneamente ou separadamente, sôbre a administração dos estabelecimentos públicos. A estas diferentes espécies de fiscalizações é que se dá o nome, aliás, infeliz, de *tutela administrativa*". [32]

HAURIOU esclarece que, "além da sujeição legislativa, as administrações descentralizadas estão submetidas a uma fiscalização administrativa do poder central que tem o nome de *tutela administrativa,* se bem que não mantenha esta relação a não ser remota com a tutela do direito privado". [33]

Em monografia famosa e clássica a respeito do tema, MASPÉTIOL e LAROQUE definem a *tutela* como "o conjunto dos podêres limitados conferidos pela lei a uma autoridade superior sôbre os agentes descentralizados e seus atos, como um fim de proteção do interêsse geral". [34]

WALINE define, de maneira genérica, a *tutela administrativa* como o "conjunto de fiscalizações que se exercem sôbre uma pessoa administrativa descentralizada ou também, excepcionalmente, sôbre uma pessoa de direito privado". [35]

A autoridade de LAUBADÈRE vê o instituto como "a fiscalização exercida pelo poder central sôbre as autoridades descentralizadas". [36]

Em notável trabalho, VEDEL define a *tutela administrativa* como a "fiscalização que os agentes do Estado exercem sôbre os atos dos órgãos descentralizados para fazer respeitar a legalidade, evitar possíveis abusos e preservar o interêsse nacional com relação aos interêsses locais ou técnicos. [37]

RIVERO define a *tutela administrativa* como "a fiscalização exercida pelo Estado sôbre um órgão descentralizado, nos limites fixados pela lei". [38]

Na Itália, autores de tôdas as épocas se preocuparam com a *tutela administrativa,* evitando, entretanto, com honrosas exceções, o pronunciamento conceitual.

RISPOLI, tratando dos *entes autárquicos,* assinala que se acham sob a *vigilância* do Estado, exercitada pela *tutela,* paravra que não lhe parece bem apropriada. [39]

[32] *Traité élémentaire de droit administratif,* 9.ª ed., 1920, p. 99.
[33] *Précis de droit administratif et de droit public,* 11.ª ed., 1927, p. 64.
[34] *La tutelle administrative,* 1930, p. 10.
[35] *Droit administratif,* 9.ª ed., 1963, p. 423.
[36] *Traité élémentaire de droit administratif,* 3.ª ed., 1963, p. 90, vol. I.
[37] *Droit administratif,* 3.ª ed., 1964, p. 487.
[38] *Droit administratif,* 3.ª ed., 1965, p. 23. DUVERGER denomina *"poder de tutela"* o poder exercido pelas autoridades centrais sôbre as autoridades locais descentralizadas. A *tutela* abrange um poder sôbre as pessoas e um poder sôbre os atos" (*Droit public*) 4.ª ed., 1966, p. 224). Ou: "Conjunto de prerrogativas que possuem as autoridades centrais sôbre as autoridades locais descentralizadas" (DUVERGER, *Droit public,* 4.ª ed., 1966, p. 212).

FORTI acentua que "a *tutela* consiste numa fiscalização dirigida a corrigir a oportunidade da ação do ente fiscalizado". [40]

SILVIO LESSONA, referindo-se à *vigilância* e à *tutela*, formas pelas quais o Estado exerce suas atividades fiscalizadoras, define a *tutela administrativa* como a que "tem por objetivo fazer com que os atos das administrações sejam conformes ao interêsse que as próprias administrações dever cuidar". [41]

Traçando um paralelo entre os dois tipos de fiscalizações, acima referidos, TESAURO ensina que "a *fiscalização de legitimidade* dá origem, segundo a terminologia corrente, à *atividade de vigilância* do Estado sôbre os entes autárquicos, ao passo que a *fiscalização de mérito* origina a atividade denominada *tutela*". [42]

CINO VITTA é dos poucos autores italianos que definem o instituto, apresentando-o como "não só o poder mediante o qual o Estado se reserva a aprovação de alguns atos principais, se não de todos os que, emanados de uma pessoa jurídica, depois de haver verificado que correspondem a uma administração conveniente e oportuna, como também o poder concernente ao Estado de substituir-se à pessoa jurídica que não tenha praticado os atos que por lei lhe competiam praticar". [43]

DE VALLES acentua que "o ente se acha sob *tutela*, quando a ação fiscalizadora do Estado objetiva fazer com que sua ação corresponda a princípios de oportunidade e de economia". [44]

Na Bélgica, particular atenção se deu à *tutela administrativa*, "necessidade já reconhecida pela primeira assembléia revolucionária francesa, manifestada no direito belga por uma *tutela*, exercida menos sôbre as próprias autoridades comunais do que sôbre seus atos". [45]

CARPAT assinala que "a Constituição belga proclama o princípio da descentralização administrativa, temperada, entretanto, pela instituição de uma tutela exercida pelo poder central sôbre os atos das províncias e das comunas e, observemo-lo de passagem, pelo poder provincial sôbre os atos das autoridades locais". [46]

WIGNY entende os podêres tutelares como "os limitados, e geralmente de simples fiscalização, que as autoridades superiores exercem sôbre os órgãos das pessoas públicas descentralizadas para vigiar a legalidade de sua atividade e fazer respeitar o interêsse geral". [47]

BUTTGENBACH define a *tutela administrativa* como o conjunto dos podêres limitados conferidos pela lei a uma autoridade administrativa sôbre os agentes dos serviços públicos descentralizados e sôbre seus atos a fim de assegurar-lhes a legalidade da atividade e proteger o interêsse geral". [48]

[39] *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1929, p. 99.
[40] *Lezioni di diritto amministrativo*, 1937, p. 107.
[41] *Istituzioni di diritto pubblico*, 5.ª ed., 1948, p. 203, e *Introduzione al diritto amministrativo e sue structture fondamentali*, 1960, p. 128.
[42] *Istituzioni di diritto pubblico*, 1961, vol. II, p. 357.
[43] *Diritto amministrativo*, 3.ª ed. 1949, vol. I, p. 137.
[44] *Elementi di diritto amministrativo*, 2.ª ed., 1951, p. 85 e 3.ª ed., 1965.
[45] ERRERA, *Traité de droit public belge*, 1909, p. 477.
[46] *Droit administratif élémentaire*, 2.ª ed., 1924, p. 15.
[47] *Droit administratif*, 1953, p. 107.

JACQUES DEMBOUR, em monografia especializada sôbre o tema, que se nivela à de MASPÉTIOL e LAROQUE, mostra que "no direito administrativo belga, a palavra *tutela* designa o conjunto dos podêres limitados conferidos pela lei ou em virtude desta a uma autoridade superior para assegurar o respeito do direito e a salvaguarda do interêsse geral contra a inércia prejudicial, os excessos e usurpações dos agentes descentralizados". [49]

Na Espanha, a definição da *tutela administrativa* foi relegada a segundo plano, referindo-a, por exemplo, sem profundidade, GASCÓN Y MARÍN [50] e ÁLVAREZ-GENDIN. [51]

Em Portugal, MARCELO CAETANO estuda muito bem o instituto da *tutela administrativa,* definindo-a como "o poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva autônoma autorizando ou aprovando seus atos, suprindo a omissão dos seus deveres legais ou fiscalizando os seus serviços, no intuito de coordenar os interêsses próprios da tutelada com os interêsses mais amplos representados pelo órgão tutelar". [52]

Da mesma forma, esclarece PIRES DE LIMA, que a administração estadual, a administração autárquica tem de ser exercida nos têrmos e pela forma que as leis prescrevem. Se as autoridades administrativas violam a lei, ou usam da sua competência para fim diferente daquele que a lei teve em mira ao concedê-la, garante-se aos interessados o direito de promover perante os tribunais o restabelecimento da ordem jurídica. O direito de reclamação administrativa, fundado na incompetência, excesso de poder ou violação da lei, regulamento ou contrato administrativo, constitui o processo de defesa dos particulares contra os abusos da administração.

Relativamente, porém, aos organismos autárquicos, além da fiscalização exercida pelos tribunais administrativos, vulgarmente designada *tutela jurisdicional,* existe outra — a *tutela administrativa.* [53]

O que é a *tutela administrativa*? — indaga o mesmo autor, para responder com uma definição: tôda a ingerência do Govêrno na atividade dos órgãos autárquicos, com o fim de coordenar os serviços descentralizados com os serviços nacionais e de proteger os interêsses das autarquias. [54]

Para os autores argentinos como VILLEGAS BASAVILBASO [55] e MIGUEL MARIENHOFF [56] a *tutela administrativa* é a vigilância jurídica que o poder central

[48] *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique,* 1952, p .195 e *Manuel de droit administratif,* 1954, p. 115.

[49] *Les actes de la tutelle administratif en droit belge,* 1955, p. 1.

[50] *Tratado de derecho administrativo,* 11.ª ed., 1950, vol. I, p. 490.

[51] *Tratado general de derecho administrativo,* 1958, vol. I, p. 311.

[52] *Manual de direito administrativo,* 7.ª ed., 1965, p. 171, e *Tratado elementar de direito administrativo,* 1943, vol. I, p. 158.

[53] PIRES DE LIMA, Antônio Pedrosa. *A tutela administrativa nas autarquias locais,* 1940, p. 31-32.

[54] PIRES DE LIMA, Antônio Pedrosa. *A tutela administrativa nas autarquias locais,* 1940, p. 33-34.

[55] *Derecho administrativo,* 1950, vol. II, p. 306.

[56] *Tratado de derecho administrativo,* 1965, vol. I, p. 405.

exerce por direito próprio sôbre os órgãos descentralizados, ao passo que BIELSA [57] aceita a clássica definição de MASPÉTIOL e LAROQUE.

11. Nossa definição de tutela administra. A análise das definições apresentadas mostra que o entendimento do instituto que estudamos depende do sistema jurídico-administrativo em que se insere, porque ou se referirá às *entidades descentralizadas territoriais* ou às *institucionais*, ou numa compreensão global a ambas.

Dêsse modo, *lato sensu*, definimos a *tutela administrativa* como o *conjunto de podêres expressos em lei, mas limitados, que o Estado confere aos órgãos centrais a fim de que exerçam ininterrupta vigilância jurídica sôbre os atos editados pelos órgãos ou pelos agentes das pessoas administrativas descentralizadas, territoriais ou institucionais, para garantir-lhes a legalidade e assegurar a consecução dos interêsses coletivos*.

Stricto sensu, que é o sentido em que deve ser tomada no sistema pátrio, *tutela administrativa, é o conjunto de podêres expressos em lei, mas limitados, que o Estado confere aos órgãos centrais, da União, dos Estados ou dos Municípios, a fim de que exerçam ininterrupta vigilância jurídica sôbre os atos editados pelos órgãos ou pelos agentes das autarquias institucionais para garantir-lhes a legalidade e assegurar a consecução dos interêsses coletivos*.

[57] *Estudios de derecho público (derecho administrativo)*, 1950, vol. I, p. 435. HORACIO H. HEREDIA, em clássica obra, dedicada ao tema, diz que se entende por "*contralor* administrativo sôbre as entidades autárquicas o juízo que um órgão da administração ativa realiza a respeito do comportamento positivo ou negativo de uma entidade autárquica ou de um seu agente, com o fim de estabelecer se se conforma com as normas e princípios que o regulam e cuja decisão se concretiza em um ato administrativo" (*Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, 1942, p. 29).