CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE ADMINISTRATIVO

LAFAYETTE PONDÉ*

1. Concessão; autorização; permissão. 2. Linguagem jurídica. 3. Controle administrativo: conceito. 4. Controle intersubjetivo e controle interorgânico. 5. Controle externo e controle interno. 6. Controle hierárquico. 7. Controle substitutivo; avocação 8. Interesse público relevante.

O acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Mandado de Segurança n.º 17.137, de São Paulo,[1] de que foi relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, reflete dois temas de destacada importância no estudo do controle administrativo: a elasticidade dos conceitos de "autorização", "concessão", "permissão" e a amplitude do poder de substituição de uma autoridade por outra, na administração centralizada assim como na descentralizada.

O acórdão não cuidou de diferenciar aqueles atos administrativos. Tomou-os segundo o texto legislativo perante o qual a questão lhe foi submetida, no âmbito de um mandado de segurança: "Não vejo nestes autos", disse o eminente relator, "direito líquido e certo, suscetível de amparo pelo mandado de segurança. Na legislação paulista, o chamado *permissionário* não se equipara ao *concessionário,* com privilégio exclusivo. Por outro lado, evidentemente, governador e secretário de Estado, as mais altas autoridades, podiam avocar o caso, ao invés de o delegarem a uma autarquia que lhes é subordinada".

O acórdão decidiu, pois, tendo em vista menos a discriminação conceitual do ato administrativo trazido a juízo, do que a posição jurídica do impetrante,

* Professor catedrático na Universidade Federal da Bahia.

[1] Publicado na *Rev. Dir. Adm.*, 96:121.

sob o aspecto de precariedade do seu direito, em face do texto legal por ele argüido.

Outras decisões do mesmo Tribunal, aliás, seguindo a mesma linha, consideraram situações jurídicas análogas, resultantes daqueles mesmos atos — concessão, autorização, licença, permissão —, não para os definir senão para os examinar sob o ponto de vista da teoria geral que justifique a sua revogação.[2]

O uso assim indiscriminado daquelas expressões jurídicas está no direito positivo e na própria doutrina do direito administrativo, embora esta repetidamente o condene.

Da "concessão", por exemplo, já se disse que não há outro termo que seja usado com mais diferentes sentidos, para designar atos os mais diversos.[3] Igual ambigüidade é a de "autorização": "Em face das dúvidas não superadas no seu estudo, não existe talvez outra figura jurídica sobre cuja extensão ocorram maiores incertezas."[4] Afinal, "entram na categoria das autorizações as licenças, as permissões, todos os atos pelos quais a administração consente, a pedido do interessado, o exercício de determinada atividade a que ele tenha direito".[5]

Entre nós, igual é a observação de um de nossos mais eruditos estudiosos do assunto, o Prof. J. Cretella Júnior: "No direito brasileiro, o conceito da autorização tem trazido inúmeras confusões no espírito dos doutrinadores, penetrando o próprio direito positivo, confundindo-se, não raro, a autorização com a permissão, a admissão, a licença e a concessão."[6]

A confusão estende-se à Constituição quando esta, nos arts. 8.°, XV, e 168, dispõe sejam por igual "explorados mediante concessão ou autorização" os serviços ali especificados.

Na legislação ordinária, os exemplos não têm conta, a começar pelo texto paulista a que deu aplicação o citado acórdão do mandado de segurança de que foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro — os Decretos n.° 16.546, de 1946, e n.° 36.780, de 1960, o primeiro dos quais atribuiu ao Departamento Estadual de Estradas de Rodagem o poder de *autorizar* os serviços intermunicipais

[2] Acórdãos in: *Rev. Dir. Adm.*, *84*:121; *114*:274 e 276; *97*:185; *99*:254; *Rev. Trim. Jur.*, *47*:650; *64*:817 e 455; *48*:165 etc.

[3] Waline, M. *Précis de dr. adm.* 1969. v. I, nº 909; Sanlaville, F. *La propriété dans ses rapports avec l'administration*. p. 91; Bodda, P. *Diritto amministr.* 1974. p. 116 e segs.

[4] Franchini, F. *Le autorizzazione amministrative costitutive di rapporti giuridice fra amministr. e i privati*. 1957. p. 5 e segs.; Vignocchi, G. *La natura giuridica della autorizzazione amministr.* 1944. p. 5 e segs.; Landi, G. Licenza — dir. amministrativo. In: *Enciclopedia del diritto*.

[5] Fragola, U. *Gli atti amministr.* 1952. p. 94.

[6] Cretella Júnior, J. Definição da autorização administrativa. *Rev. da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, p. 7 e segs., 1976; também verbetes Autorização e Concessão. In: *Dicionário de direito administrativo*. 1978; assim como: Regime jurídico das permissões de uso, no Brasil. *Rev. Dir. Adm.*, *101*:24 e segs.

de transporte coletivo de passageiros e o segundo, "considerando os termos" daquele, limitou-se a regular as "permissões" para execução desses serviços.

A legislação federal segue o mesmo rumo. Assim o faz o Decreto n.º 68.961, de 20 de julho de 1971, sobre serviços rodoviários: atribui ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem "conceder ou autorizar a execução dos serviços interestaduais e internacionais de transporte coletivo de passageiros" (art. 1.º) e logo define a "autorização" como uma "concessão a título precário" (*sic*) a ser "transformada automaticamente em concessão" (*sic*) logo que "as estradas utilizadas adquiram padrão técnico que permita a execução de serviço regular" (*sic* — art. 14). Como se vê, os dois termos — "autorização" e "concessão" — são tidos aí como atos da mesma substância, ou poder jurídico, com o mesmo objeto, ou efeito imediato, de investir em uma mesma posição jurídica o executor do serviço assim descentralizado, não obstante a diferenciação de maior ou menor precariedade em razão de critérios inteiramente extrajurídicos. Igual é o Código de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, segundo o qual os respectivos serviços são explorados mediante "concessão", "autorização", ou "permissão", todos esses termos usados no mesmo sentido, como ato de igual natureza, com a só diferença de que a autorização e a permissão indicam, para mais ou para menos, a especialidade do serviço (arts. 33, §§ 5.º e 6.º, e 113; Decreto-lei n.º 236, de 28 de fevereiro de 1967, arts. 12 e segs.).

Por sua vez, o Decreto n.º 52.795, de 31 de outubro de 1963, que regulamenta esse Código, seguindo a mesma trilha consagra as seguintes definições, em seu art. 3.º:

Autorização é o ato pelo qual o poder público competente "*concede* ou *permite* a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, a faculdade de executar e explorar", em seu nome e por conta própria, serviços de telecomunicações "durante um determinado prazo" (*sic*).

Concessão é a *autorização* outorgada pelo poder competente a "entidades executoras de serviços de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão" (*sic*).

Permissão é a *autorização* outorgada pelo poder competente a "entidade para a execução de serviço de radiodifusão de caráter local".

Embora seja um truísmo lembrar que as estruturas técnicas têm conceituação nem sempre coincidente com a linguagem ordinária, essa elasticidade do vocabulário jurídico (de que são outros exemplos a noção de poder público, a de autoridade, a de ordem pública, a de serviço público, ou a de

lei, a de sujeito de direito, entidade pública, obrigação etc.) tem sido acentuada como — "la face cachée de la science juridique" — "o jurista vivendo em regime de polissemia, na qual se envolvem não somente definições teóricas mas até mesmo as palavras as mais necessárias à sua ciência (...) a começar pelo próprio vocábulo *direito*".[7]

Em rigor, não existe uma *linguagem* do *direito*, "un langage à part, comme l'est, par exemple, le langage mathématique" (Vissent Hooft), mas vocábulos de significado específico, variável no tempo, no espaço e conforme o texto em que estejam inseridos — "la polysémie comme quelque chose d'inhèrente au droit" a significação das palavras depende das situações em que sejam empregadas.[8] Entre nós, aliás, Paula Batista já alertava, a seu tempo, para as variáveis acepções das expressões, conforme sua "construção gramatical, usual, jurídica, geral, ou particular, própria ou imprópria, ampliativa, taxativa ou exemplificativa, imperativa ou facultativa etc.".[9] E o primeiro cuidado de Montesquieu, no *Espírito das leis*, foi atentar para esta última palavra mesma, por sua "signification la plus étendue".[10]

Essa é uma advertência indispensável no trato das questões jurídicas, em particular no estudo do controle administrativo, de que a autorização é uma espécie. A promiscuidade dos sentidos a esta atribuídos envolve o próprio termo "controle". A amplitude deste termo é tamanha que, a bem dizer, a ordem jurídica — ela própria — não é senão um processo contínuo de interação social e controle.

K. Mannheim observou que o controle é um derivado do poder: "desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isto toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle"; e à força determinante do comportamento e das atitudes dos homens ele denomina "controle social".[11]

Diz-se assim de um "controle", de referência a toda relação ou ação de poder próprio ou de outrem, e até mesmo em termos de ordem puramente mecânica. Falamos de um controle de tráfego, ou de horário, ou de tempo, como também do de uma epidemia ou de uma situação social, assim como de um controle de nervos e até de instrumentos ou aparelhos dotados de autocontrole, ou de "controle remoto".

[7] Villey, Michel. *Philosophie du droit*. 1975. p. 7 e 222; cf. também Prefácio ao t. XIX dos *Archives de phil. du droit*. 1974.
[8] Haba, Enrique P. In: *Arch. de philosophie du droit*. 1974. t. XIX. p. 264.
[9] *Compêndio de hermenêutica jurídica*. § 9º.
[10] Montesquieu. *L'esprit des lois*. cap. I.
[11] Mannheim, K. *Libertad, poder y planificación democrática*. Fondo de Cultura Económica. p. 70; *O homem e a sociedade*. Zahar. p. 279-83.

Diz-se, outrossim, nos estudos sobre os problemas da administração pública, que a prospectiva é a escolha de dados que possibilitem o controle de seus "multiples futurs possibles".[12]

Na linguagem jurídica, ainda aí, a dubiedade de sentido; e o conceito é tomado ora como processo de verificação da atividade própria, ou alheia, para prevenir, ou corrigir, os defeitos de seu exercício, aferido este por sua legalidade ou sua conveniência administrativa, ora no sentido de restringir esse processo à só atividade interna da administração, seus órgãos em relação uns com os outros ou com as entidades dela descentralizadas, excluídas, portanto, as manifestações da administração nas suas relações com particulares;[13] ora, não como *contre-rôle,* mas como *control,* poder de dirigir e ordenar, no sentido inglês de co-participação e interferência em atividade alheia mediante poder diretivo, de domínio e autoridade, como quando se diz de "controle acionário", ou "sociedade controlada" por exemplo, a que alude a Lei n.º 6.404, de 1976 ("si en anglais le sens courant du mot contrôle est celui de pouvoir, puissance, domination, autorité, dans toutes les autres langues européennes, *contrôle* signifie surveillance, vérification, inspection, activité de contrôler seulement").[14]

No campo do direito administrativo, o controle pode ser exercido pela administração relativamente a atividade de outra pessoa (controle intersubjetivo) ou por um órgão administrativo em relação a outro órgão da mesma organização (controle interorgânico), aí incluídas, como "órgãos administrativos indiretos", as entidades descentralizadas, com referência às quais o controle tem sido denominado "tutela", expressão essa tomada ao direito civil, sob a falsa analogia entre a incapacidade jurídica do menor, a que ela no direito privado protege, e a posição daquelas entidades, dotadas de uma capacidade de agir menos extensa do que a organização central. Uma tal analogia foi levada ao extremo de aplicar em benefício delas "toutes les règles sur l'incapacité des mineurs", a ponto de concluir que, tocadas de incapacidade relativa, somente elas poderiam argüir vício que as pudesse prejudicar.[15] Ainda hoje, esse artifício subsiste entre grandes estudiosos, por mais que tenha sido refutado: enquanto o tutor é um terceiro em relação ao menor, a entidade descentralizada é um instrumento de ação e de interesse do próprio Estado.[16]

[12] Timsit, G. Modèles, structures et stratégies de l'administration — éléments pour une prospective de l'administration. *Rev. Dr. Public,* p. 937, 1980.
[13] Levy, Denys. In: *L'administration publique.* Collection U. Série SC. Adm. p. 332; Berti, G. & Tumiati, L. Controlli amministrativi. In: *Encicl. del diritto.* n.os 2 e 3.
[14] Bergeron, G. *Fonctionnement de l'Etat.* Paris, 1965. p. 35 e segs.; cf. também: Giannini, M. S. Controllo: nozioni e problemi. *Rev. Trim. di Diritto Pùbblico,* p. 1.263 e segs., 1974.
[15] Maspétiol, R. & Laroque, P. *La tutelle administrative.* 1930. p. 12 e segs.
[16] Waline, M. op. cit. v. I. nº 577.

É certo, como se disse, que alguns excluem da noção de controle a interferência do Estado em suas relações externas, porque aí estará ele atuando, fundado no poder de polícia, no exercício de sua própria *missão* de autoridade. Mas a melhor doutrina admite que, quando a lei condiciona o exercício de uma atividade privada a uma intervenção específica da autoridade administrativa, o poder a esta atribuído importa associar àquela atividade os mesmos interesses e os mesmos efeitos sociais que à administração cumpriria provar se o fizesse por ação direta. Em um caso e no outro, o poder administrativo é da mesma natureza, exercido com o mesmo efeito jurídico relativo aos mesmos interesses, seja no controle externo, seja no interno, não obstante as peculiaridades deste último, sob certos aspectos, já pelo caráter das relações interorgânicas — umas de subordinação hierárquica, outras de colaboração entre unidades de um mesmo sistema, ou organização —, já pela autonomia conceitual das entidades descentralizadas, já pela especialidade do chamado controle financeiro externo, já pelos princípios específicos dos recursos administrativos como garantia de legalidade da ação administrativa.

São exemplos de controle externo a autorização para instituição de novo estabelecimento escolar (Lei n.º 5.540, de 1968, art. 47); o habite-se e a licença para construir (Código Civil, art. 572); a autorização para sociedade estrangeira funcionar no Brasil (Decreto n.º 74.965, de 26 de novembro de 1974); a relativa a sociedades cooperativas (Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971); a relativa ao exercício de atividades consideradas de interesse para a segurança do país (Lei n.º 2.597, de 12 de setembro de 1955); o registro de loteamento de terreno para venda a prestações (Decreto-lei n.º 58, de 1937); a aprovação de projetos para aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país (Decreto n.º 74.965, de 1974) etc. Diz-se também externo o controle (Constituição Federal, arts. 70 e 71) quando exercido por órgão não-integrante da organização a que pertence o órgão controlado.

Ainda quando interno, o ato de controle não participa da natureza do ato controlado, nem altera a autoria deste último, nem nele se insere. Não constitui com ele um "ato complexo". Seja o controle preventivo, seja repressivo, são atos diversos, não um ato único: o conteúdo de poderes de um é diverso do do outro. O primeiro antecede a formação do ato controlado; o segundo supõe-no já executado. Nem pode o primeiro introduzir nesse ato modificações, salvo no caso de poder hierárquico, quando o superior disponha de iniciativa para substituir o inferior, dada a inércia ilegal deste último. A não ser assim, o controle perderia sua característica de atividade acessória e o controlador invadiria, por conta própria e fora da lei limitativa das competências, a área de ação reservada por esta lei ao órgão controlado. E, exatamente, por serem diferentes um do outro, pode o ato de controle estabelecer condições, ou termos para o controlado.

Se de um lado explica-se a duplicidade de sentido atribuída aos termos "autorização", "licença", "permissão", por serem todos da mesma natureza jurídica, mais difícil será justificar-se a confusão deles com a "concessão", salvo a enganosa aparência, por terem todos *efeito constitutivo.* O fato de qualquer deles poder ser outorgado a título precário ou permanente, revogável ou não, nada importa à natureza comum, pela mesma razão, por exemplo, por que um ato de provimento efetivo não difere da natureza jurídica do de provimento interino.

Os atos jurídicos, melhor será classificá-los, não em razão de seus autores, nem da maior ou menor duração de seu efeito final, mas dos poderes com que interferem, de imediato, na ordem jurídica. A compra e venda e a desapropriação, por exemplo, levam ambas à extinção do direito do proprietário. Mas enquanto da compra e venda resulta apenas a obrigação de dar, correlata da de pagar, a expropriação, ainda quando concluída mediante acordo, extingue unilateralmente o domínio; e se este é adquirido pelo expropriante a título originário, a aquisição do comprador é feita a título derivado.

A natureza jurídica de um ato está, pois, no seu objeto, no seu conteúdo — os poderes com que seu autor interfere na ordem jurídica —, não na maior ou menor área de aplicação desses poderes, nem na mais ampla ou menos larga possibilidade de sua revogação. Um mesmo ato pode ser livremente revogável, ou não, conforme a competência legal de seu autor, para dispor sobre a situação jurídica dele resultante, se esgote com a emissão desse ato ou, ao contrário, subsista. A licença, por exemplo, no caso do *habite-se* para moradia, ou para construção, ou para exploração do serviço de transporte coletivo, ou para instalação de negócio, é irrevogável.[17] Nada, porém, impede a sua revogação, no caso de construção de vias de comunicação assim como no de exploração de indústrias, nas zonas indispensáveis à defesa do país (Lei n.º 2.597, de 12 de setembro de 1955) ou no de licença policial para porte de arma, ou até mesmo naqueles casos em que, por igual, poderia ser irrevogável, como na execução dos serviços de transporte coletivo.

Se se diz que um ato jurídico tem efeito constitutivo quando seu objeto implica inovação jurídica, isto é, quando seu efeito jurídico direto e imediato consiste na criação ou na alteração de uma correspondente relação ou situação jurídica, ou que ele tem efeito meramente declaratório quando apenas constata ou pressupõe a existência de situação anterior, ainda que dessa constatação possam resultar efeitos para outras relações (por exemplo, o reconhecimento de filho ilegítimo e sua repercussão sobre o direito sucessório) — se assim se discriminam os efeitos de um ato jurídico, a autorização dir-se-ia de

[17] STF. In: *Rev. Dir. Adm.*, *74*:219; *81*:190; *84*:121; *88*:155; *156*:182; *LEX — Rev. Jurispr. Trib. Just. de São Paulo*, 73:233; *Rev. Trim. Jur.*, *94*:1.162; *96*:451.

efeito declaratório, como, aliás, tem sido considerada por autorizada corrente doutrinária: "La autorización, una vez otorgada, non le atribuye un *nuovo* poder o derecho al ente o persona respectivo: solo le atribuye la facultad de ejercitar un poder o derecho existente (...) Por tal razón, en ese sentido, la autorización solo tiene carater *declaratorio,* y no *constitutivo.*"[18]

É certo que a autorização nada acrescenta à competência do órgão controlado, ou ao titular do direito. Em ambos os casos, apenas condiciona o exercício de um poder jurídico já existente: o do órgão sob controle interno, segundo a legislação específica; no controle externo, o do titular do direito, se proprietário, segundo o Código Civil; se instituidor de estabelecimento escolar, segundo a liberdade de iniciativa assegurada pela Constituição (art. 176, § 2.º) e exercitada segundo a Lei n.º 5.692, de 1972, art. 2.º, ou a Lei n.º 5.540, de 1968, art. 4.º, se sociedade anônima, segundo a Lei nº 2.627, de 1940, e art. 300 da Lei n.º 6.404, de 1976; se cooperativa, segundo a Lei n.º 5.764, de 1971 etc.

Mas seu efeito não se esgota com a só liberação dada ao exercício da atividade até então vedada: ela estabelece a relação com a administração, em função dos interesses que a condicionaram. Entende-se que a cláusula *rebus sic stantibus,* ainda quando não expressa, é um pressuposto da situação jurídica decorrente do controle. Por isto se diz que o efeito constitutivo opera, não quanto à titularidade do direito mas quanto à possibilidade jurídica de seu exercício.[19]

Esse caráter constitutivo e, talvez ainda mais, na autorização discricionária, o poder deixado pela lei à administração para, a seu critério exclusivo, liberar ou não o exercício da atividade alheia explicam, de algum modo, a confusão entre a autorização e a concessão — porque em ambas há uma inovação jurídica. Isto ainda mais se acentua na "concessão constitutiva", isto é, naquela em que (como, por exemplo, na naturalização) não ocorre delegação do poder administrativo (concessão traslativa): "Nei risultati pratici l'autorizzione, che permette l'esercizio di un diritto, non differisce gran che dalla concessione, mediante la quale è attibuito ad un individuo o ad un ente un nuovo diritto (...) Tuttavia dal lato giuridico la differenza è profonda."[20]

"Todavia, sob o ponto de vista jurídico, a diferença é profunda." O conceito de concessão é, em rigor, oposto ao de autorização e com ele inconfundível. A concessão não é ato de controle, mas de administração ativa. E enquanto a autorização libera o exercício do poder de outrem, na concessão o poder é

[18] Marienhoff, Miguel S. *Trat. derecho adm.* 1970. v. 1. p. 608; Vignocchi, Gustavo. op. cit. p. 18, 62 e segs.
[19] Forti, U. Autorizzazione — dir. amm. In: *N. digesto ital.* nº 4; Alessi, R. *Princ. dir. amm.* 1966. v. I. p. 357 e *Dir. amm.* 1949. p. 275; Giannini, M. A. *Riv. Trim. Dir. Pùbbl.*, p. 908, 1957.
[20] Vitta, C. *Dir. amministr.* 1937. v. I. p. 316; cf. também: Landi, G. Licenza. *Encicl. del diritto;* Landi, G. & Potenza, G. *Man. dir. amministr.* 1960. p. 212 e segs.

privativo da administração e esta ou delega seu exercício a outra pessoa, ou cria para esta um direito *ex novo*.

O confronto entre os dois conceitos, aliás, já foi feito, entre nós, com inteira nitidez por Francisco Campos: "Concessão é a outorga ou a delegação de prerrogativa do poder público e somente pode configurar-se no caso em que o exercício da atividade ou a prestação do serviço foi reservado, como privilégio ou prerrogativa, à entidade pública — União, Estado ou Município. No conceito de licença existe o pressuposto de que a atividade cujo exercício dela depende é livre, sujeito apenas a satisfação de condições estabelecidas para todos, fundados no poder de polícia."[21]

No mesmo sentido, com destaque no traço característico da autorização: "A autorização ou permissão é ato administrativo que habilita ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo: não cria direito novo, mas possibilita a eficácia de direito preexistente, que a lei condicionou, quanto aos seus efeitos, à permissão da autoridade pública, em atenção a interesses coletivos respeitáveis."[22]

O controle não pressupõe subordinação, salvo quando corresponda a um dos atributos expressos no poder hierárquico. No controle intersubjetivo, como se disse, a relação é externa e nesta o titular do direito permanece como tal, conforme a lei reguladora desse direito, embora sua vinculação ao interesse público. Entre órgãos fora da hierarquia, a relação é de coordenação e o controle depende de lei expressa: é o caso do Tribunal de Contas sobre as aposentadorias (Constituição Federal, arts. 72, parágrafos, 70, parágrafos). Igual também é a posição das entidades autárquicas, ou descentralizadas, por definição, autônomas, incompatíveis com a subordinação.

A hierarquia é própria das administrações centralizadas, cada qual com a sua própria composição orgânica. É uma articulação de órgãos de um mesmo sistema, uns com poder de mando sobre outros, em uma escala de graus — os superiores sobre os intermediários, estes sobre os inferiores —, todos com ação na mesma área de competência material. Tal é a linha central da ordenação hierárquica: a identidade da competência e o poder de supervisão, ou vigilância, de impor instruções e ordens, a que corresponde o dever de obediência. O traço característico da hierarquia é essa ingerência do superior, mediante o poder de dar ordens ao inferior, no exercício de uma área de competência comum.

Essa é uma peculiaridade da organização administrativa, desconhecida do poder judiciário e do legislativo (salvo, evidentemente, quanto a estes dois poderes, a composição administrativa dos respectivos serviços de secretaria —

[21] Campos, Francisco. In: *Rev. Dir. Adm.*. *18*:307 e segs.
[22] Tácito, Caio. In: *Rev. Dir. Adm.*, *75*:386.

Constituição, arts. 30 e 115, II). A supremacia hierárquica, de que é expressão o poder de dar ordens, é inconciliável com a independência dos graus de jurisdição, assim como a função do Legislativo, para a qual não há outro limite senão o de ordem constitucional (quando se fala de "hierarquia" das leis, a expressão vale somente como delimitação das competências que a Constituição especifica).

Observe-se que na administração centralizada há também órgãos fora da linha hierárquica, já porque a lei os exclua, já porque, como, por exemplo, os órgãos colegiais e os consultivos, por sua composição ou pela natureza de suas funções, são com ela incompatíveis: os colegiais, porque sua deliberação deixaria de resultar da votação do *collegium* para ser mera obediência à determinação de outrem; os consultivos, porque sua submissão desnaturaria por inteiro sua própria função.

No controle hierárquico o superior dispõe do poder de orientar, instruir, supervisionar o inferior, na matéria da competência comum — "L'autorité supérieure peut, au moins dans le cas où s'agit d'un supérieur hiérarchique, donner à l'autorité inférieure des instructions où des ordres concernant l'exercice de sa compétence. Elle ne peut, par contre, se substituer à cette autorité pour exercer les compétences dévolues à celle-ci: les actes pris dans ces conditions seraient entachés de nullité".[23] Esse é um princípio conceitual da organização administrativa, como um sistema de poderes constituído de unidades de ação delimitada. Na organização jurídica, essa delimitação é fixada pela lei.

Não haverá hierarquia se a lei reservar a uma autoridade competência exclusiva. E este deve ser um ponto central no entendimento do art. 170 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, que assim dispõe: "O presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da administração federal."

A expressão "administração federal", da qual, aliás, o presidente da República é o dirigente supremo (Constituição Federal, art. 81, I), compreende também as entidades descentralizadas (art. 4.º, do citado Decreto-lei n.º 200) e estas, embora por definição se oponham à noção de ordem hierárquica, estão sujeitas ao controle, ou "tutela", da administração central, cujo sistema integram, como seus "órgãos indiretos".

Essa "tutela" se explica — "cette appellation fort mal choisie" (Benoît) — porque, instituída como pessoa jurídica, a entidade administrativa está inserida na organização do Estado e exerce um ramo de atividade, que seria dele ou de seu interesse — um interesse tal que o tenha levado a constituí-la. Esta, aliás, foi a linha do pensamento com que o Tribunal de Justiça de São Paulo

[23] Auby, J. M. & Drago, R. *Traité de contentieux adm.* 1975. v. II. nº 1.084.

iniciou, entre nós, a construção jurisprudencial sobre a noção de autarquia, em face dos arts. 14 e 16 do Código Civil.[24]

Na figura jurídica "autarquia" entram todas as entidades criadas pelo Estado, cada qual com a sua área de competência específica. Daí que é redundante falar-se em "autarquia de regime especial" (Lei n.º 5.540, de 1968, art. 4.º) porquanto não existe outra de regime "geral": cada uma delas tem sua constituição própria, com área de competência que é "especial" em relação à competência *genérica* do Estado, de que todas são desdobradas.

Nessa faixa de competência especial está a autonomia de cada qual delas. Para que essa autonomia não se exerça contra o interesse em razão do qual a autarquia foi instituída pelo Estado, exerce este sobre ela seu controle. Daí, a perfeita observação de J. Cretella Júnior: "A tutela administrativa não se exerce de modo absoluto, indefinidamente. Se a descentralização administrativa encontra seu limite na tutela, por sua vez a tutela é também refreada, encontrando barreiras que lhe impedem a manifestação indefinida e incontrastada. O objetivo da tutela administrativa é fazer com que as pessoas públicas administrativas respeitem a *legalidade* e a *oportunidade,* praticando atos de acordo com o que preceituam os textos legais, em consonância com o que se exige do bom administrador."[25]

A avocação é uma forma de controle (controle substitutivo) pelo qual uma autoridade interfere na esfera de atuação reservada a outra, substituindo-a quando omissa. Há, aliás, quem a essa substituição negue o caráter de controle, porque nessa hipótese não terá havido um *ato* anterior sobre o qual ele se exerça, mas tão-só uma manifestação inicial, de administração *ativa* — em outros termos, uma forma de intervenção, autorizada pela lei, é certo, mas sempre um ato de intervenção.[26]

De outro lado, há também quem considere inconciliável com a noção mesma de hierarquia o controle substitutivo: "Le pouvoir hiérarchique ne comporte jamais le pouvoir pour le supérieur hiérarchique de substituer son action à celle de l'agent inférieur, s'il demeurait inerte. Ce pouvoir de substitution d'action serait contraire à la nature des choses: il apparaîtrait comme la négation même de la hiérarchie, impliquant division des tâches et de competences, à ses divers degrés."[27]

[24] Entre outros acórdãos relativos ao Instituto do Café de São Paulo; cf. *Rev. Trib.*, *88*:405, *104*:560 etc.
[25] Cretella Júnior, J. Tutela administrativa. In: *Dicionário de direito administrativo*. 1978. No mesmo sentido, quanto aos limites da *tutela,* cf.: Barros Júnior, Carlos S. *Compêndio de direito administrativo*. v. II. p. 90 e segs.
[26] Casulli, V. R. Controllo. In: *N. digesto ital.*
[27] Duez, P. & Debeyre, G. *Traité de dr. adm.* 1952. nº 42; cf. no mesmo sentido:

O tema do art. 170 do Decreto-lei n.º 200 foi trazido, antes dele, à jurisprudência. Disto é exemplo o acórdão do Supremo Tribunal, de 16 de agosto de 1951, de que foi relator o eminente Ministro Edgar Costa: questionado o despacho do presidente da República que, em processo de licitação, contrariando o parecer final da respectiva comissão, decidira pela inidoneidade do candidato por esta comissão classificado em primeiro lugar, o acórdão concluiu pela validade desse despacho, sob o argumento de que "o presidente da República tem competência implícita, fundada no poder hierárquico, para decidir em última instância sobre tudo quanto interessa à administração da coisa pública".[28]

Já na vigência do Decreto-lei n.º 200, esse conceito de poder do chefe da administração foi estendido, fora da órbita federal, à organização municipal do estado de São Paulo, não obstante a posição contrária do Tribunal de Justiça desse estado: "não há vício de legalidade na avocação, pelo prefeito, de competência de autoridade hierarquicamente inferior, quando não vedada em lei."[29]

O enunciado desse último acórdão, em sua ressalva final — "quando não vedada em lei" — põe a questão em termos. Mas ainda assim (ou por isso mesmo) comporta reflexão.

Em rigor, o controle substitutivo só é admissível quando fundado em lei específica, a menos que ocorra uma omissão, de parte da autoridade legalmente obrigada a agir, que exponha a risco "um interesse público relevante".

Em princípio, é inadmissível, quando a lei tenha reservado ao órgão controlado competência exclusiva para decidir.[30]

Por via de compreensão deste princípio limitativo, também se entende vedado o controle substitutivo seja no caso em que, embora não expressamente incluída na competência do órgão controlado, a matéria deva ser a este reservada, em razão de sua natureza ou de "particolare idoneità" dele,[31] seja no caso em que o órgão de controle somente possa atuar por via de recurso (hipótese esta última em que esse órgão suprimiria de uma só vez a condição legal do exercício de sua competência e garantia das instâncias intermediárias asseguradas pela lei ao interessado para melhor exame e defesa de seus direitos). Está, de algum modo, incluído neste último caso o acórdão do Tribu-

Malta, Pierre di. *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*. 1961. p. 152; Hostiou, René. *Procédure et formes de l'act adm. unilatéral en dr. français*. 1975. p. 280; *Rev. Dr. Publ.*, p. 1.188, 1965; Vignes, Claude H. Le pouvoir de substitution. *Rev. Dr. Publ.*, p. 753, 1960.

[28] Acórdão do STF. In: *Rev. Dir. Adm.*, 35:272; no mesmo sentido, acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de 15 de dezembro de 1954. In: *Rev. Dir. Adm.*, *48*:248.

[29] Acórdão do STF de 11 de novembro de 1980. In *Rev. Dir. Adm.*, *143*:122.

[30] Caetano, Marcelo. *Direito administr*. 1980. p. 198; Meirelles, Hely L. *Direito administrativo brasileiro*. 1981. p. 99; Barros Júnior, Carlos S., op. cit. v. II. p. 45.

[31] D'Alessio, F. *Istituzioni di dir. amministr*. 1949. v. 1. p. 291.

nal Federal de Recursos que julgou ilegal o ato do ministro da Justiça sobre assunto que somente poderia ser por ele conhecido mediante recurso administrativo regularmente interposto: "Não compete ao ministro da Justiça avocar de ofício o conhecimento de decisão do Conselho Superior de Censura para reformá-la, importando em excesso de poder a prática desse ato."[32] Pelo mesmo princípio exposto, é também inadmissível possa o órgão de controle substituir-se, por exemplo, a um órgão colegial, ou seja, avocar matéria que, por lei, deva ser objeto de decisão resultante, não da vontade singular, individual, mas de deliberação coletiva, pela co-participação de uma pluralidade de vontades, com ou sem oportunidade de debates. Tampouco se poderia supor a substituição de um exame, ou um processo de habilitação, ou um laudo pericial, ou um parecer, ou quaisquer outros atos que suponham aferição de conhecimentos técnicos ou científicos, nem mesmo que uma tal substituição se dissimule com a designação de um outro órgão, que não seja o previsto em lei.[33]

A questão, aliás, já foi bem posta, como sempre, por M. Seabra Fagundes: "de certo, o presidente da República constitui a última e suprema instância da administração federal. Mas daí não há inferir que todos os assuntos possam subir ao seu conhecimento e, muito menos, que todas as pretensões individuais, em via administrativa, encontrem nele a última instância para a sua apreciação. O que fica ao presidente da República, como Chefe do Poder Executivo, é a função superior de orientação e controle dos assuntos e negócios da administração (...) No que diz com as pretensões individuais, só as examina e decide quando, segundo a tramitação legal e regulamentar para elas traçada, haja oportunidade expressa para tal. O Presidente está vinculado ao direito escrito, do mesmo modo que quaisquer outros servidores do Estado."[34]

É inadmissível, pois, o órgão de controle sobrepor-se à lei de distribuição das competências — uma lei que as distribui tendo em vista não apenas a especialidade de cada tarefa da administração e seu funcionamento eficaz, mas, em razão disto, os interesses da coletividade sobre a qual ela atua.

O poder genérico do art. 170 do Decreto-lei n.º 200 não tem força jurídica para alterar os dispositivos específicos que lhe condicionem o exercício ou definam competência exclusiva de outros órgãos e entidades da administração. Tal é um princípio fundamental de nosso direito — o princípio de que a lei geral não modifica a especial, incluído no texto do art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução do Código Civil. Deve ele, pois, ser entendido com as limitações que o condicionam, sem as quais se poria em risco a segurança mesma das relações jurídicas de que a administração participe.

[32] *Rev. Dir. Adm., 149*:154.
[33] Cf., a respeito: *Rev. Droit Publ.*, p. 396, 1956; p. 349, 1957; p. 614, 1966; p. 189, 1967; p. 680 e segs., 1974.
[34] Seabra Fagundes, M. Parecer. *Rev. Dir. Adm., 34*:398.

Ainda assim, a essas limitações acresce a exigência de "interesse público relevante".

É certo que todo ato administrativo deve corresponder a um fim de interesse público, base de sua legalidade. Mas também é certo que o interesse público não é uma noção definida, de conteúdo certo, idêntica em todas as situações, independente de tempo, de lugar ou de condições sociais. Na verdade, não há "interesse público" mas "interesses públicos inseridos em diferentes situações jurídicas, nas quais se pode incluir até a previsão de pessoas que ainda sequer nasceram" (J. Roland Penock), pois afinal o interesse público "n'est qu'une somme d'interêts individuels anonymes — les interêts qu'on ne connaît pas et qu'on ne veut pas connaître individuellement".[35]

Quando a lei dispõe sobre uma dada situação, ou autoriza uma atividade, vinculando-a a uma razão de interesse público, entende-se que a existência real, concreta, deste interesse passa a ser o pressuposto necessário do correspondente ato administrativo. A não ser assim, teríamos palavras de todo inúteis no texto legal. "Os motivos de interesse público devem fundar-se em fatos", até porque "nem tudo o que a administração afirma é de interesse público" (*interêt général*). O desvio de poder foi a primeira forma de controle jurisdicional de um ato exercido com referência a um *interêt général*.[36] Igual, aliás, é a orientação do Supremo Tribunal, no caso, por exemplo, de desapropriação: "cabe ao Judiciário decidir se a desapropriação corresponde ao interesse público" (ou "utilidade pública").[37] No mesmo sentido, o acórdão de 4 de junho de 1981, de que foi relator o Ministro Soares Muñoz, na Representação n.º 1.095-SP, exigindo "além da relevância jurídica", a "ocorrência de interesse público prevalente".[38]

Esse entendimento não diverge da linha fixada pelo Supremo Tribunal Federal nos acórdãos relativos à expressão "interesse público relevante", do art. 55 (antigo 58) da Constituição, dois dos quais, aliás, relatados pelo Ministro Aliomar Baleeiro:[39] "a apreciação dos casos de *urgência* ou de *interesse público relevante*, a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do presidente da República, ressalvada aplicação contrária e também discricionária do Congresso". No mesmo sentido, o ensinamento do consagrado constitucionalista Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em seu comentário ao citado art. 55 da Constituição.

[35] Bonnard, R. *Précis*. p. 70.
[36] Truchet, Didier. *L'interêt général dans la jurispr. du cons. d'Etat*. 1977. p. 209-22.
[37] Acórdão do STF. *Rev. Trim. Jurispr.*, *72*:479.
[38] *DJ*, 3.11.81, p. 10.935; cf. também a jurisprudência citada por: Cretella Júnior, J. *Anulação do ato administr. por desvio de poder*. 1978. p. 236 e segs.
[39] *Rev. Trim. Jurisp.*, *44*:54; *45*:559; *62*:819; Recurso Extraordinário nº 71.039, in *DJ*, 26.6.73, p. 4.732; Ag. Res. nº 53.977, in *DJ*, 23.11.73.

Posto a mesma expressão "interesse público relevante" esteja nos dois textos — o do art. 170 do Decreto-lei n.º 200 e o mencionado dispositivo da Constituição —, cada qual deles opera em nível diferente, um do outro: o primeiro, de direito administrativo; o segundo, de ordem constitucional.

No processo de elaboração dos decretos-leis, assim como no da lei formal, a arguição esgota-se na relação direta entre dois poderes, ou órgãos supremos do Estado, tomado este em sua "unidade institucional" (G. Burdeau). Enquanto isto, no art. 170 do Decreto-lei n.º 200, ela vale como condição legal do exercício de poder conferido à autoridade administrativa, sem a qual não lhe é dado agir a seu livre critério, senão em função de um interesse público que seja "relevante" para a situação jurídica em vista.

Observe-se, outrossim, que o próprio Ministro Aliomar Baleeiro, no RE n.º 75.935-SP (e isto completa aquele seu pensamento no outro acórdão) fez a ressalva de que, ainda mesmo naquela relação "política" entre os dois órgãos constitucionais, sobraria margem para o controle jurisdicional de sua validade, quanto à ocorrência de seus pressupostos de urgência e interesse público específico, sempre que daí (e isto está necessariamente subentendido) possa resultar lesão de direito: "a urgência e o interesse público são aspectos políticos entregues ao discricionarismo (não arbítrio) do Congresso e do presidente da República. O controle judiciário nesse caso só poderá ocorrer excepcionalmente se o discricionarismo praticado, já no campo do absurdo, tocar ao arbítrio."[40]

Igual entendimento condiciona o art. 170 do Decreto-lei n.º 200: se sua aplicação, ultrapassando as relações puramente internas entre órgãos do Estado, ou deste com suas autarquias, tocar a interesse de outrem, sua validade terá de ser aferida pela existência real de seu pressuposto — um "interesse público relevante". Este pressuposto "assume la veste di fatto giuridico la cui realizzazione rappresenta una condizione necessaria (ed eventualmente sufficiente) perchè l'attività stessa possa (o debba) essere realizata".[41]

Tanto mais importante é essa exigência jurídica, no caso do art. 170, quanto aí se dispõe sobre um poder de controle substitutivo e este tem como seu outro pressuposto necessário, em correlação com o do interesse público, a inércia ilegal da autoridade substituída, isto é, que esta autoridade, obrigada a agir, ponha em risco, por sua omissão, aquele interesse público — "um interesse relevante", sem a existência do qual o texto da lei não dá ao órgão de controle o poder de substituí-la.

[40] Acórdão. In: *Rev. Dir. Adm., 125*:89.

[41] Pizzorusso, A. Interesse pùbblico e interessi pubblici. *Riv. Trim. di Diritto e Procedure Civile, 26*:57 e segs., 1972; cf. também: Correale, G. La motivation de l'acte administr. et son contrôle. *Riv. Trim. Dir. Pùbblico*, p. 520, 1928.