

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 139

julho/setembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Controle dos atos da Administração Pública

LAFAYETTE PONDE

A expressão “controle” tem tamanha amplitude que, a bem dizer, a vida social – ela própria – não é senão um processo contínuo de interação e controle. Seu conceito é um instrumento necessário da idéia de ordem e organização. E até poderíamos dizer que ele surgiu no Paraíso, com as primeiras palavras do Criador.

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. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e, por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar”. (MANNHEIM, K. *Liberdad, poder y planificacion democratica*. F.C.E., p. 70).

Diz-se assim de um “controle” com referência a toda ação de poder, próprio ou de outrem, e até mesmo em termos de ordem puramente mecânica, fala-se de um “controle” de tráfego, ou de horário, ou de tempo, como também do controle de uma epidemia, ou de uma situação social e política, ou de um “controle” de nervos e até de um maquinismo dotado de dispositivos de autocontrole, ou de “controle-remoto”.

Na linguagem jurídica, que é de certo modo “um uso especializado da linguagem comum” (HOOFT, V. *Arch, Phil Droit*, 1974, p. 19), a expressão é tomada ora naquele sentido amplo, ora mais restrito, como reexame de uma atividade programada, em correlação com um processo

de correção dos seus eventuais desvios. Em rigor, aliás, a característica do controle estará menos nesse reexame, sem o qual tais desvios passariam despercebidos, do que na prevenção ou correção deles. Esse reexame, verificação ou inspeção poderá preceder o controle ou coexistir com ele, mas, em si mesmo, não o define, senão um processo de conhecimento da situação e das circunstâncias em que as irregularidades poderão ocorrer, ou ter ocorrido.

São inúmeras as leis que dispõem sobre controle da Administração: controle de trânsito (Código Nacional), controle de aeronaves e a de pessoal da aviação civil (Código da Aeronáutica), controle monetário, de crédito, de capitais, controle fiscal, financeiro, de contabilidade (Constituição Federal 34,74)...

Se nessas leis a expressão traz sempre a idéia central de verificação e disciplina do exercício de atividades, em outras perde esse sentido, como, por exemplo, quando aludem a controle acionário para expressar um maior poder de decisão entre acionistas de uma empresa, ou dispõem sobre sociedades controladoras e controladas (Lei das S/A).

O termo, diz-se, vem do fato histórico do registro de um rol de atos jurídicos, exigido a partir de 1654, para efeito do pagamento de uma taxa: “c’est donc essentiellement opérer le rapprochement entre un rôle et un contre-rôle, dont le contrôle est une contraction” (BERGERON, G. *Fonctionnement de l’Etat* – (Colin) 51,52). Daí, duas versões: a do direito francês, segundo a qual o controle implica o reexame de um ato, ou situação jurídica, e outra, a do direito inglês, no sentido de poder diretivo, vigilância, predomínio sobre uma atividade programada.

O controle pode ser exercido pela Administração em relação com outro sujeito de direito (controle intersubjectivo) ou entre órgãos administrativos (controle interorgânico), aí incluídas, como órgãos indiretos do Estado, as entidades descentralizadas, com referência às quais o controle tem sido denominado “tutela”, expressão essa buscada de empréstimo no direito civil sob uma suposta analogia entre a incapacidade jurídica das pessoas a que ela, no direito privado, protege e a condição das entidades autárquicas, descentralizadas em relação ao Estado, providas de um menor poder e menos extensa capacidade de ação do que ele. Uma total analogia foi levada ao extremo de aplicar a essas entidades “toutes les règles sur l’incapacité des mineurs” e a ponto

de concluir que, tocadas de incapacidade puramente relativa, somente elas poderiam argüir, em seu proveito, nos termos do artigo 1125 do *Code Civil*, o vício que as pudessem prejudicar (MASPETIOL, R., LAROQUE, P. *La tutelle administrative*. 1930. p. 12 e segs.). Ainda hoje esse artifício subsiste, por mais que tenha sido refutado:

“enquanto a tutela civil é estabelecida a favor do incapaz, a tutela administrativa é instituída no interesse público”

e

“enquanto o tutor é um terceiro em relação ao menor, na descentralização administrativa a entidade descentralizada é um instrumento de ação e interesse do próprio Estado – ‘L’emploi en doctrine et en législation, du terme de tutelle a souvent été critique... Rien de plus banal d’autre part que deux notions distinctes soient désignées par le même mot” (CHAPUS, R. *Dr. Adm.* 1992. v.1, p. 301-302).

Em outros termos, no primeiro caso, a administração controla atividade alheia, tendo em vista os efeitos sociais dessa atividade. No segundo, a atividade controlada é a atividade da própria Administração, em função dos mesmos efeitos, mediante um mecanismo interno de elaboração de sua vontade, tendo em vista a conveniência e a regularidade de seu ato final. O regime jurídico desse autocontrole tem peculiaridades que o diferenciam, sob certos aspectos, já pela natureza 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, já pelo recurso administrativo como garantia da legalidade da ação administrativa e proteção dos direitos e interesses de terceiros.

Em qualquer caso, o controle pode ser preventivo ou repressivo, de legalidade ou de mérito, sobre atividade material ou ato jurídico.

O controle é preventivo quando antecede a emissão do ato controlado ou os efeitos deste. É repressivo quando incide sobre um ato já executado ou em execução. No controle de legalidade, o ato controlado é aferido por uma norma legal, no controle de mérito, por sua conveniência, oportunidade, ou critérios de ordem técnica. Diz-se externo o controle (Constituição, art. 70) quando o órgão que o

exerce é externo, em relação ao Poder a que pertence a autoridade que emite o ato controlado (CASULLI, V.R. *N. Digesto Ital.* Verb. “controllo”).

Mesmo quando interno, o ato de controle não participa da natureza do ato controlado. É sempre um ato em confronto com este. Não há entre eles unificação de vontade, nem de objetivos.

Houve tempo, é certo, em que uma primeira doutrina viu na colaboração do órgão de controle com o órgão controlado um “ato complexo”. Nessa doutrina, terá buscado inspiração o Supremo Tribunal Federal quando admitiu que

“a aposentadoria de funcionário, já aprovada pelo Tribunal de Contas é ato complexo e, como tal, não pode ser anulada pelo Executivo” (acórdãos. *R. Dir. Adm.* n. 73, p. 140-141); no mesmo sentido, o Trib. S. Paulo in *Rev. cit.* n. 80, p. 149.

O só enunciado da matéria põe em evidência dois atos distintos, com diferentes efeitos jurídicos – um, a aposentadoria, ato decisório, de efeito externo que desinveste o funcionário do serviço ativo e altera sua posição jurídica; o outro, a aprovação, de efeito interno, sobre o decreto da aposentadoria, não sobre a relação funcional.

Ato complexo é um ato único, indiviso, embora resultante de vontades distintas e homogêneas, nenhuma das quais idônea a constituir um ato administrativo à parte. Ato complexo é um decreto, formado pela co-participação do Presidente e do Ministro, sem que o ato de um ou de outro constitua isoladamente uma categoria jurídica de ato de Administração. Ato complexo é também a lei, elaborada pelo Congresso e pela sanção do Presidente ou, na falta dessa sanção, pela promulgação como um segundo ato do mesmo Congresso, em funcionamento diverso do primeiro.

O ato complexo é uma função de atos específicos, nenhum dos quais produz efeito isolado, senão quando simultaneamente se completam, integrados, na figura mesma de um ato único, indiviso. Este resulta de mais de uma vontade, seja de vários órgãos, seja de um mesmo órgão em momentos e formas diferentes (D’Alessio. *Instit. Dir. Amm.* v. 1, p. 171).

O controle não pressupõe subordinação, salvo quando corresponda a um dos atributos

do poder hierárquico, caso em que obedece a regras específicas. No controle intersubjetivo, o sujeito da atividade controlada figura na qualidade definida pela lei reguladora da relação jurídica, por exemplo, na licença para construir, a de proprietário (Código Civil, art. 572), na autorização para funcionamento de sociedade cooperativa, a de sociedade civil (Lei nº 5764, de 16-12-1971), na aprovação de loteamento, a de proprietário de terreno (lei municipal e legislação federal). 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, ou o do mesmo Tribunal e os responsáveis por bens e valores públicos (Constituição, art. 71). Igual é também a posição das entidades autárquicas, ou descentralizadas, por definição, autônomas, incompatíveis com a subordinação.

A hierarquia é peculiar às administrações centralizadas, cada uma com a sua própria composição orgânica: é uma articulação entre órgãos de uma mesma organização, uns com poder de comando sobre outros, em uma escala de graus – os superiores sobre os intermediários, estes sobre os inferiores –, todos com ação na mesma área de competência. Tal é a linha central da ordenação hierárquica: a identidade da competência e o poder de vigilância, de impor instruções e ordens, a que corresponde o dever de obediência do órgão subordinado. O traço mais característico do poder hierárquico é essa ingerência do grau superior sobre o inferior numa escala de poderes sobre uma competência comum.

É uma peculiaridade da Administração, desconhecida do Judiciário e do Legislativo (salvo, evidentemente, quanto a estes dois Poderes do Estado, a composição administrativa dos respectivos serviços de Secretaria – Constituição arts. 51, IV, 52, XIII, 96): a supremacia hierárquica, de que é expressão o poder de comando, é inconciliável com a independência dos graus da jurisdição, assim como com 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 especificação das competências que a Constituição delimita.

Observe-se que na *Administração* centralizada há também órgãos que, por sua composição ou pela natureza de suas atribuições, estão fora da hierarquia, e outros são até incompatíveis

com qualquer controle de outro órgão administrativo, como, por exemplo, os órgãos colegiais e os consultivos: os primeiros, porque sua deliberação deixaria de resultar da votação do *collegium* para ser mera execução da vontade de outrem; os segundos, porque sua submissão a esta vontade desnaturaria por inteiro sua função. É próprio do ato consultivo subsistir, ainda que não adotado pela autoridade decisória. Nem mesmo o parecer vinculante, ou “parecer conforme”, obriga ou constrange essa autoridade, que é sempre livre de o aceitar, ou não.

No controle hierárquico, o superior dispõe do poder de corrigir ou substituir o inferior, em matéria da competência comum. Há quem negue a essa substituição o caráter de ato de controle, porque “nesta hipótese haverá emissão de um ato novo, não o controle de ato existente” (V. R. Casulli). Mas é sempre necessário que a autoridade superior disponha de competência concorrente, até porque não haverá hierarquia se a lei atribuir ao órgão competência exclusiva.

Se a lei atribui a um órgão competência exclusiva para decidir sobre determinada matéria, nenhum outro pode conhecer dessa matéria, nem mesmo por via de recurso administrativo, salvo se este for admitido, também, por texto legal expresso:

“La compétence pour révoquer les actes appartient aussi à l’autorité supérieure, et ceci en vertu du contrôle hiérarchique qu’elle exerce sur l’autorité subalterne, réserve faite des cas dans lesquels la loi a expressément conféré à cette dernière la compétence dite *exclusive*, fait qui découle d’habitude du système de la déconcentration administrative” (M. Stassinopoulus. *Traité des Actes Adm.* 1954, 288. *R. Dr. Publ.*, n. 1954, p. 1099).

Por outro lado, observe-se que a relação de hierarquia, como aliás todas as relações entre órgãos de uma mesma entidade jurídica, são relações internas dessa entidade, nenhuma das quais tem direito próprio, nem personalidade.

Órgão administrativo é parcela do poder do Estado, instrumento das atividades (prerrogativas) do Estado. É uma parcela de sua estrutura. Órgãos administrativos não têm personalidade: são meros “centros de referência”, instituídos pela lei da organização. Não são *sujeitos de direitos*, mas centros de atuação jurídica (vg, no direito privado: o síndico, no condomínio – o inventariante, na sucessão

hereditária – art. 12, Código de Processo Civil). As relações entre os órgãos da mesma organização são relações jurídicas (relações *internas*, “interorgânicas”). As relações com outra organização ou entidades públicas, ou sujeitos outros de direito privado, são relações *externas* (intersubjetivas).

As *atribuições*, isto é, os *poderes* de cada órgão são atribuições e poderes do Estado. Este é que é o sujeito de direitos, jamais os seus órgãos. As relações entre um órgão e o Estado, de que ele é parcela, não são relações bilaterais: *órgão e Estado* não são dois sujeitos de direito (não obstante isso, a jurisprudência dos nossos tribunais tem admitido procedimento judicial entre órgãos e até *mandados de segurança* (de que é pressuposto conceitual a existência de *direito líquido e certo* (C. F. art. 5, LXIX – cf. *R. Trim. Dir. Públ.*, n. 3, p. 241; *R. Dir. Adm.* n. 191, p. 200; n. 157, p. 224; n. 108, p. 303; n. 98, p. 202; n. 45, p. 31 (R. Tribs. n. 280, p. 204; n. 295, p. 108; n. 291, p. 488...)).

Observe-se porém a esse respeito:

a) Órgão público não tem personalidade, não tem direitos próprios: é parcela da estrutura do Estado, mero instrumento de sua atividade. Não é “pessoa”, não é “sujeito de direitos”. Seus poderes são poderes do Estado.

b) É uma extravagância, “uma contradição irremediável admitir que o órgão seja ‘pessoa’ e, ao mesmo tempo elemento constitutivo de outra pessoa - o Estado” (ROMANO, S. *Frammenti*, p. 166). Tamanha contradição ainda mais se agrava quando se pretende que, além de uma suposta personalidade, seja ele titular de “direitos públicos subjectivos” (?) Esta figura jurídica, “*direitos públicos subjectivos*”, vem do direito germânico, para acentuar o contraste entre o “súdito” do Estado de polícia e o “cidadão”, do Estado de direito. Mas é uma proteção *individual* do cidadão, não do Estado:

“É uma figura em que aparece como titular o cidadão particular e como obrigado o poder público” (FLEINER, F. *inst. ed. Labor*, p. 143). - “são direitos que se baseiam de modo imediato sobre a personalidade e nisto se distinguem dos de direito privado” (JELLINEK, G. *Dottrina gen. Dir. Stato*, p. 30) e, de modo igual MAYER, O. *Dr. Admail*, v. 1, FORSTHOFF, etc...).

c) Tampouco se pode cogitar de representação: órgão não é “representante”... A representação jurídica, por definição, pressupõe

a coexistência necessária de três “pessoas”: o representante, o representado, o terceiro interessado na eventual relação ou situação jurídica. Nem há como buscar apoio nos “centros de referência” a que alude o art. 12 do Código de Processo Civil. (“inventariante”, “síncico”, “curadores”, “procuradores”), incumbidos, por lei expressa, de prover em juízo (isto é, perante o Estado) direito de terceiros.

O ato de controle é ato puramente interno, embora tenha relevância jurídica, por efeito da qual pode contaminar, quando viciado, o ato final da administração, ou, no caso de controle intersubjetivo, o ato aprovado. Este, e não aquele ato, é que produz o efeito externo que pode incidir sobre relações subjetivas individuais.

Nossos Tribunais têm admitido por efeito de atos de controle a figura de “ato complexo”, condicionando a sua anulação judicial à co-participação simultânea do órgão controlador e do controlado – Tribunal de Contas e Presidente da República do Executivo (acórdãos. *R. Dir. Adm.*, n. 55, p. 99, id. n. 53, p. 216 e 224; id. n. 54, p. 275; n. 202, p. 221...).

No mesmo passo estarão os acórdãos segundo os quais “no caso de ato do Ministro, conhecido e aprovado pelo Presidente da República, o mandado de segurança é contra este” (Ver. For. 116, 192) ou “ato do Presidente da República” *endossando* ato ministerial, a competência é do Supremo Tribunal, único competente para em, mandado de segurança, reconhecer o direito negado pelo Presidente da República” (Sic. Voto vencedor – no caso, o Ministro indeferira pedido do interessado, “em obediência a despacho do Presidente da República, que aprovara o parecer do Consultor Geral” (Sic. *R. Tribs.*, n. 274, p. 848). No mesmo sentido *R. For.*, n. 166, p. 172 e 192, id. n. 144, p. 221.

A solução, em todos esses casos, poderia buscar fundamento, sem desfigurar a noção de ato complexo, no conceito de que o controle – a aprovação – é *conditio juris* da eficácia e validade do ato controlado, sobre o qual, necessariamente, repercute. (RANELLETT, O. *Le garantigie della giust nella pubbl. amni.*, p. 255, 418).

O controle de legalidade incide sobre os elementos constitutivos do ato administrativo – a competência, o motivo ou causa, a forma, o objeto, o fim. Em princípio, o controle de mérito somente ocorre em relação a atos discricionários: o conteúdo dos atos vinculados é inteiramente fixado pela lei.

A discricionariedade é prerrogativa do poder administrativo: não está sujeita, pois, ao controle judiciário, a menos que seu exercício seja ilegal. Se o ato da autoridade administrativa é uma *escolha* legalmente fundada, não há como o juiz interfira ou controle seu exercício.

*Mérito* do ato administrativo: não confundir com o *mérito da causa*, do direito processual. Neste caso, o *mérito* opõe-se às *preliminares* do processo inicial. No direito administrativo, o *mérito* opõe-se à *legalidade*: é o resultado prático do ato administrativo, o objetivo a ser por ele provido. É a conveniência, a oportunidade da ação administrativa: a correlação entre este e o seu efeito final, o resultado efetivo da ação administrativa. O *controle de mérito* opõe-se ao controle de *legalidade*. O vício do mérito pode induzir a vício de legalidade. Este comporta controle judicial, aquele não (STF. *R. Dir. Adm.*, p. 183, n. 84; 190 p. 147; 2, 684; *R. Trim. Jur.* n. 68, p. 664; *R. Serv. Publ.*, v. 3, n. 4, p. 100, 1944.).

O vício de mérito pode induzir ilegalidade: por exemplo, medida policial intempestiva, ou omissa, ou – de qualquer modo – não estritamente necessária à manutenção da ordem pública.

Em outras palavras, o vício de mérito somente pode ocorrer nos atos discricionários. O mérito consiste na oportunidade e conveniência do ato em relação ao seu efeito ou resultado prático, independente de qualquer valoração jurídica. Se houver um erro nessa estimativa, haverá vício de mérito; se um erro na sua construção jurídica, vício de legalidade; ou, em outros termos:

“a oportunidade consiste em decidir se convém agir e como agir, ou não agir, haja ou não uma regulamentação jurídica” (ch. ERISMANN. *Cours. Dr. Adm.* 1983. v. 2, p. 282, 667 e segs.).

O vício de mérito que implique erro de ordem jurídica possibilita o controle de legalidade:

“as duas noções não se confundem nem se opõem: ‘a apreciação de legalidade e a de oportunidade podem ser concomitantes. O juiz, ao examinar a regularidade da decisão administrativa, pode, ao mesmo tempo, apreciar a sua oportunidade’” (DUBISSON, M. *La distinction entre la legalité et l’opportunité....* 1958, p. 59 e segs.).

Observe-se ainda que o vício de mérito somente ocorre em relação aos atos *discricionários*. Todavia, repita-se que não há *ato discricionário* por natureza, ou categoria específica. Um

ato administrativo pode ser discricionário, ou não, conforme a lei que regule a relação ou situação dele resultante. É um elemento circunstancial.

Não existe *ato* discricionário como categoria específica de ato administrativo. Tampouco existe ato revogável, ou ato irrevogável, por natureza. Poder discricionário não é arbítrio pessoal da autoridade. Jamais é possível, legalmente, arbítrio pessoal: haverá sempre uma vinculação legal do ato administrativo à competência do seu autor, assim como à qualificação do seu motivo, do seu objetivo e do fim de interesse público a que ele deva prover.

Não é só a liberdade de agir, própria de todo titular, sujeito de um direito, ou poder: no Direito Administrativo, não existe a “autonomia da vontade”, peculiar do direito privado. Neste, as pessoas atuam em razão dos seus próprios interesses, desde que não sejam ilícitos. Enquanto isto, o poder da autoridade é um dever

de decidir, nunca em seu proveito pessoal, mas sempre em razão de um motivo definido em lei e para o fim de interesse público, a que, ainda de acordo com essa lei, o efeito prático de sua ação deva corresponder.

Não há apreciação discricionária em relação ao fim (interesse público) nem à competência, ou à forma, ou ao efeito legal (objeto) do ato administrativo, mas tão-somente quanto à oportunidade e conveniência dos fatos supostos como sua causa ou motivação.

O fim é sempre de interesse público (o fim previsto na lei específica, em cada caso). Quando viciado, ocorrerá o “desvio de poder”. Quando esse desvio for em proveito particular, ainda que sob o falso pretexto de interesse público, haverá lesão de *moralidade administrativa*, fundada na “aplicação do princípio geral em virtude do qual a Administração não deve mentir” (JEANNEAU, B. *Les princ. gén. Dr. em la jurispr. adm.* 1954, p. 195).