

O Tribunal de Contas, os limites da “res veredicta” e o contencioso administrativo

MARQUES OLIVEIRA

Advogado, Administrador e
Conselheiro substituto do Tribunal de
Contas do DF

1. Os Tribunais de Contas

Assim como o produto final da função jurisdicional é a *coisa julgada, res judicata*, para a função controle teremos a *coisa controlada, res veredicta*.

Talvez a primeira pessoa que se pronunciou *ex cathedra* quanto à autonomia do controle face ao Legislativo (e *a fortiori*, face ao Judiciário e ao Executivo) seja o Conselheiro HERACLIO SALLES, a propósito das contas gerais do Governo do Distrito Federal, do exercício de 1973. Seu esclarecido, lúcido e instrutivo voto, publicado na *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, nº 4, pp. 121-43, reiterando o Parecer prévio, oferecido ao Senado, nos dá valioso subsídio para confirmar nossa opinião a respeito da existência de uma *res veredicta*.

As divergências possíveis do nosso ponto de vista explicam-se todas pelo fato de estar o Conselheiro HERACLIO discorrendo *de lege lata*, ao passo que nós falamos *de lege ferenda*. No campo doutrinário, entretanto, há coincidência.

Assim é que nessa importante obra jurídica há referência a dois papéis do Tribunal de Contas: 1) simples auxiliar do Legislativo e 2) auxiliar AUTÔNOMO.

Essa autonomia já fora vaticinada por RUI BARBOSA, acentua o Conselheiro:

Um Órgão e Dois Papéis — “De permeio entre a legislação e a judicatura” é locução que evoca a célebre página com que RUI BARBOSA encaminhou ao Marechal DEODORO, no primeiro ano da República, o projeto do Decreto nº 966-A/90, que criou o Tribunal de Contas, definido pelo grande brasileiro como “corpo de magistratura intermediária à administração e à le-

gislatura". Já aí, nessa página de admirável precisão e pleno domínio de um assunto que ainda hoje confunde homens públicos, juristas e órgãos respeitáveis da opinião, a Corte de Contas aparecia com sua feição dúplice, "com atribuições de *revisão* e *juízo*, cercada de garantias contra quaisquer ameaças", podendo "exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil" (SALLES, Heraclio. "Natureza, autonomia e duplicidade da função dos Tribunais de Contas". *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, nº 4, p. 127, 1976).

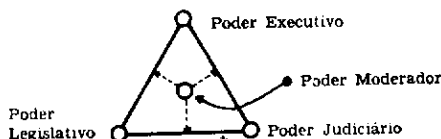
Em citação imediatamente anterior, encontramos um trecho onde AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, comentando o Projeto da Constituição de 1967, no Senado, usa as expressões "de permeio entre a legislação e a judicatura":

"As recriminações levantadas contra os poderes de fiscalização do Tribunal de Contas possivelmente também são procedentes. Não me compete examiná-las; não sou conhecedor desses aspectos financeiros do Direito Constitucional. Conheço-os superficialmente. Entretanto, não me parece seja matéria de grande relevo, visto que a própria natureza da Corte de Contas se insere num terreno de permeio entre a legislação e a judicatura" (*Anais da Constituição de 1967*, 3º volume, p. 55). (*Op. cit.*, *ibidem.*)

Notável, nestas duas citações, é a comparação de duas ubiquações propostas para o Tribunal de Contas. RUI BARBOSA di-lo "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura". AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO acha que "a própria natureza da Corte de Contas se insere num terreno de permeio entre a legislação e a judicatura".

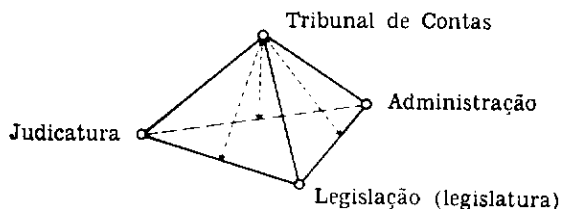
Ora, não é preciso ter muito aguçada a visão espacial para entender que o único modo ⁽¹⁾ de conciliar esses dois pontos de vista é fu-

(1) Na verdade, não é o único. Poderíamos fazer a mesma coisa no plano, assim:



Preferimos a representação estereográfica, entretanto, por achar que já é tempo de trazer, para o campo do direito, a visão espacial, mais adequada para pensamentos realistas. A *res* das ciências sociais conforma-se mais a estereogramas que a gráficos. A química orgânica ganhou amplitude muito grande desde que passou a ser estereognótica. A ciência do direito muito teria a ganhar se os juristas se libertassem de representações bidimensionais. A vantagem do estereograma é que dará a cada poder idêntico *status* gráfico, ao passo que a representação, no plano, determinaria fatalmente que um deles se destacasse antipaticamente dos demais, ocupando o centro da figura.

girmos a uma representação em duas dimensões e concebermos o Tribunal situado em outro plano, num estereograma assim:



Tanto RUI BARBOSA como AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO estão certos em suas localizações do Tribunal e, com essa aparente dualidade de visualizações, estão sugerindo ou desvendando uma outra verdade que não foi dita ainda: a de que o Tribunal de Contas é também órgão a meio caminho entre a Administração e a Judicatura — o que lhe dá, por força de lógica irresistível, o caráter de contencioso administrativo!

A conclusão é matematicamente exata: qualquer órgão que fique a meio caminho do Legislativo e do Judiciário e, ao mesmo tempo, entre o Judiciário e o Legislativo tem de, *necessariamente*, ser também órgão intermediário entre o Judiciário e a Administração. Ora, este último aspecto configura o que, atualmente, chamamos de contencioso administrativo.

Não fosse a trimeromania dos constitucionalistas franceses e certamente o dilema “interferência do Judiciário em questões internas do Executivo ou julgamento em causa própria pelo Executivo” teria sido resolvido não com o contencioso administrativo, mas com um quarto poder, onde houvesse um Tribunal ou Conselho que cuidasse apenas deste tipo de causas entre particulares e o Estado. Este quarto poder teria como produto final a *res veredicta*, que voltamos a examinar.

No claro trabalho que estamos comentando, prossegue o Conselheiro HERACLIO SALLES, logo após ter mostrado a função de meio auxiliar do Legislativo desempenhada pelas Cortes de Contas, dizendo que há um segundo papel que as Cortes de Contas desempenham “por via própria” (é dele a expressão exata):

“Refiro-me ao papel jurisdicional, à competência que lhes confere a Constituição, definida por lei específica, para acompanhar a execução orçamentária no dia-a-dia da administração financeira e velar pela observância estrita do princípio da legalidade, na apreciação de todos os atos da Administração que possam repercutir no comportamento da despesa e da receita, como na posição dos bens, móveis e imóveis, postos sob a guarda dos agentes administrativos (*idem, ibidem*, pp. 128-9).

Caberia, *ab initio*, pequeno reparo quanto ao trecho em que se diz “atos da administração que possam repercutir no comportamento da

despesa e da *receita*" (grifo nosso). Parece que os Tribunais de Contas pouco controle têm, se é que têm algum, sobre a receita. A única referência que se encontra, na Constituição, relacionando controle e receita, conforme já apontamos em outro trabalho, está no art. 71 e diz respeito ao controle INTERNO:

"Art. 71 — O Poder Executivo manterá sistemas de controle interno, a fim de:

I — criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo e regularidade à realização da *receita* e da *despesa*;

....."

No art. 70 e seus parágrafos, em nenhum lugar se diz que o controle *externo* tenha algo a ver com a realização da receita...

Feita esta observação, vejamos que vem a ser essa "função jurisdicional" do Tribunal de Contas — segundo o Conselheiro HERACLIO SALLES:

"O segundo papel se exerce sem solenidade mas diuturnamente, fazendo-se inspeções, julgando-se as contas de cada um dos ordenadores de despesa, determinando-se medidas corretivas, aplicando-se sanções a responsáveis por irregularidades diversas, examinando-se os empenhos de verbas, acompanhando-se a execução de contratos e convênios, respondendo a consultas das autoridades mais altas, alertando-se os administradores para falhas a corrigir, formulando-se advertências sobre a necessidade de cobertura legislativa para determinados procedimentos, julgando-se atos de aposentadoria, reforma e pensão (*idem, ibidem*, p. 129).

Eis aí relação do que seria a atividade *jurisdicional* do Tribunal de Contas, segundo o autor que estamos estudando. Logo mais adiante, frisa que se trata de atividade *jurisdicional*, e não *judicial*, "para estarmos atentos à distinção terminológica recomendada pelo velho HAURIU". Essa distinção é, na verdade, muito importante e vem muito a propósito. DUGUIT também, quando distingue pontos de vista *material* e *formal* no estudo das três funções básicas do Estado, diz:

"On a souvent confondu le point de vue matériel et le point de vue formel; le législateur lui-même a fait parfois cette confusion. Ainsi on confond souvent la fonction juridictionnelle et la fonction judiciaire. La fonction judiciaire est la fonction que remplissent les fonctionnaires, existant dans la plupart des pays et formant l'ordre dit judiciaire; c'est le point de vue formel. Or l'ordre judiciaire fait aussi beaucoup d'actes qui n'ont pas ce caractère. D'autre part de nombreux actes juridictionnels sont faits par des organes ou des agents qui n'appartiennent pas à l'ordre judiciaire. C'est pourquoi, si l'on veut

être précis et éviter les confusions, il faut dire fonction *juridictionnelle* et non fonction *judiciaire*" (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel: théorie générale de l'État; les éléments, les fonctions, les organes de l'État, les agents publics*. Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1911, p. 131).

Para DUGUIT, que repelia o estudo da constituição do Estado segundo os poderes clássicos (ponto de vista formal) e preferia estudá-lo segundo as funções estatais (ponto de vista material), essa distinção significa que a atividade *judiciária* é a exercida pelos membros do Poder Judiciário. Mas o Poder Judiciário exerce também funções administrativas, funções normativas e funções controlativas, coisa da qual ele se esqueceu.

Aqui, necessário é abrir largo parêntese, de ordem doutrinária e *de lege ferenda*, uma vez que os termos *jurisdicional*, *judiciário*, *jurisdição* e o novo, que propomos, *judicativo* são básicos e fundamentais, deles dependendo o universo de discurso que irá formar-se para trato de assunto tão importante na vida constitucional da Nação.

A famosa distinção terminológica feita por DUGUIT, é sabido, tinha como único objetivo livrar-se da palavra PODER e substituí-la pela palavra FUNÇÃO. Essa idiossincrasia toldou, de certa forma, o pensamento do mestre de Bordéus, mas, de nossa parte, não aceitamos sua distinção e pretendemos substituí-la por outra que achamos científica por ser baseada em conceitos com valor objetivo.

O Poder Judiciário tem, como todos os poderes, sua jurisdição. Jurisdição existe para o Poder Executivo; jurisdição, para o Legislativo; jurisdição, para o futuro Poder Moderador. A palavra jurisdição tem sentidos diferentes encerrados no mesmo vocábulo, é termo equívoco ou plurissignificativo. Para tanto, bastaria que apresentasse um sentido específico para, pelo menos, duas acepções. Opondo-se a essa acepção usada neste parágrafo, temos o termo jurisdição como referente à função de julgar, que se não confunde com a função de administrar em si, nem com a função de controlar, nem ainda com a função de legislar — sendo que nenhuma destas funções aceita em comum o termo jurisdição, a não ser na acepção primeira, a do início deste parágrafo. Nesta acepção, jurisdição é termo análogo. Na de *julgar*, entretanto, é termo unívoco...

Mas, o que nos interessa é o termo *jurisdicional*, usado por DUGUIT e que, certamente, refere-se à *jurisdição* no sentido de *julgar*. Nesse sentido, define FREDERICO MARQUES: "A *jurisdição* é a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão" (2).

Essa função, evidentemente, no nosso ordenamento constitucional, é privativa do Poder Judiciário, não podendo ser realizada por ne-

(2) MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ª ed. revista, Forense, 1962, Rio, vol. I, p. 276.

nhum outro poder, sob pena de ferir o princípio da separação ou divisão de poderes, fundamento da liberdade pública. O princípio do juiz natural (constitucional) parece também ter implicações no caso. E essa implicação é que torna, a nosso ver, absurdo, por exemplo, que o contencioso administrativo, embora acolhido na Constituição, possa ser tarefa do Executivo. Se, por outro lado, achar-se que o fato de o contencioso administrativo ser da competência do Executivo não vem ferir o princípio do juiz natural, então é forçoso concluirmos que o contencioso administrativo não executa função jurisdicional, conforme sustentamos sempre...

Mas, como dizíamos, se a função jurisdicional é privativa do Poder Judiciário, concluimos que tanto faz dizer-se função jurisdicional como função judiciária, sendo estes termos sinônimos, por faltarem-lhes a diversidade. Entretanto, DUGUIT quer fazer uma distinção entre todas as atividades executadas pelo Poder Judiciário (que ele curiosamente chama de Ordem Judiciária...) e a própria atividade de julgar, atividade esta que pode ser executada também por outros poderes (p.e., os procedimentos administrativos, nos inquéritos administrativos, são julgamento, e estes inquéritos administrativos podem ser realizados tanto no âmbito do Executivo, como do Legislativo, como ainda no próprio Poder Judiciário!)

Achamos que uma distinção tem seu cabimento e deve ser feita. Mas não como pretendeu DUGUIT chamando de função *jurisdicional* à primeira e função *judiciária* à segunda. E isso, por uma razão (entre outras mais, possíveis) muito especial: haveria casos em que teríamos de dizer função jurisdicional da ordem judiciária e função jurisdicional da ordem administrativa, por exemplo. E em que ficaríamos? Em que a decisão da função jurisdicional da "ordem" administrativa poderia ser submetida à função jurisdicional da "ordem" judiciária quando houvesse lesão de direitos subjetivos. A economia terminológica está gravemente prejudicada pelo atropelo entre "jurisdicional", "ordem" e "judiciário"...

Para evitar isso, pensamos que o melhor seria, em primeiro lugar, voltar a empregar quer jurisdicional, quer judiciário, como sinônimos perfeitos para "atividade jurisdicional do Poder Judiciário". Como, entretanto, todos os poderes têm atividades que se caracterizam pela função de julgar, criamos um termo geral para essa *fonction de juger* comum a todos os poderes, batizando-a de função judicativa. Assim, posso falar em função judicativa do Executivo, função judicativa do Legislativo, função judicativa do Poder Moderador. Mas não diria função judicativa do Judiciário, como um todo, ou como poder, e sim função judiciária ou função jurisdicional. Eis uma distinção terminológica realmente esclarecedora. Essa distinção, além de separar bem nitidamente os sentidos dos termos, tem ainda a vantagem de não chamar de função *judiciária*, p. e., a feitura do regimento interno dos tribunais, que é função *normativa* do Poder Judiciário. Na distinção proposta por

DUGUIT, tudo que fosse executado por qualquer membro ou funcionário do Poder Judiciário seria função judiciária, o que, convenhamos, é imprecisão vocabular de primeira grandeza...

Assim é que teríamos, para cada função extra realizada por funcionários do Judiciário, um nome exato e preciso: função normativa do Poder Judiciário; função controlativa do Poder Judiciário; função administrativa do Poder Judiciário.

Finalmente, como finura suplementar, teríamos isto — que nos parece importante vantagem da terminologia que propomos: quando o Poder Judiciário realizasse em seu âmbito um inquérito administrativo para apurar falta de funcionário seu, poderíamos dizer que, nesse caso, exerceu sua função judicativa tão-somente. Que quererá dizer isso? Quererá dizer que o pronunciamento final desse inquérito administrativo pode, ocasionalmente, ferir direito subjetivo do seu próprio funcionário, quando, então, este recorrerá ao Poder Judiciário (nessa qualidade de Poder Judiciário) e apelará para a função jurisdicional (ou judiciária) por ele exercida. Perguntamos: como dizer a mesma coisa em linguagem *duguitiana*? Poderíamos dizer, sem confusão, que o funcionário do nosso exemplo foi julgado num inquérito administrativo judiciário e, depois, num julgamento jurisdicional? Mas esse julgamento *jurisdicional* não seria também um julgamento *judiciário*, por pertencer à esfera judiciária? E toda a jurisdição do Poder Judiciário não seria também judiciária? Como vemos, na linguagem de DUGUIT temos uma função “jurisdicional judiciária”, mas falta o que chamo de função judicativa judiciária. Ainda mais: falar em função jurisdicional, fora do Judiciário, executada por outro poder, soa descabido e certamente dá margem a confusões em assunto tão delicado, onde a precisão terminológica é a primeira garantia de acerto final.

Mais precisa e mais simples é nossa terminologia: função judicativa é a função de julgar; função jurisdicional ou judiciária é a função, privativa do Judiciário, de aplicar o direito em última instância, toda vez que houver lesão a qualquer direito subjetivo. E, ainda, função judicativa do Judiciário, quando julgasse um funcionário seu em inquérito administrativo.

Após as considerações até aqui feitas, pensamos poder responder a uma pergunta de DUGUIT: *Qui'est ce que donc que juger?* (3). Em primeiro lugar, fazemos uma distinção entre julgar simplesmente, de maneira geral e que pode ser aplicada tanto ao julgamento feito por um pai, no âmbito familiar, como ao julgamento que todos os poderes realizam quando exercitam a função judicativa; e julgar como última

(3) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. premier: Théorie Générale de l'État (les éléments, les fonctions, les organes de l'État, les agents publics), Fontemoing & Cie., Paris, 1911, p. 267.

instância inapelável, com força de *res judicata*, por comando constitucional.

Julgar, *latissimo sensu*, é constatar a atuação de um ou mais sujeitos de uma ordem normativa para apurar-lhes a responsabilidade e aplicar-lhes, se for o caso, a sanção cominada pela norma. Esta definição serve para toda e qualquer atividade judicativa, seja esta exercida por particular ou por funcionário competente, nas respectivas órbitas de autoridade. O vocábulo judicativo, que propomos, é vernáculo e exprime com fidelidade o que se quer dizer com atividade de julgar, simplesmente. A etimologia nos mostra isso:

JU-DIC, arbitrar, decidir, lat. aglutinada. De *ju-s* e *Dic-o*. Em: *a*) *ju-dic-i-ário*, *ju-dic-i-ar*, *ju-dic-ial* (Cf. o latim, *ju-dic-i-um*); *b*) *ju-dic-at-ura*, *ju-dic-at-ivo*, *ju-dic-at-ório* (Cf. o partic. *ju-dic-at-um*). Perde o *d* em juiz (do lat. *ju-d-ex* e s. d. *ju-i-z-o*, *pre-ju-iz-o*, *a-ju-iz(o)-ar*. Corrompe-se em JU em *ju-lg-ar*(*) (do lat. *ju-dic-are*) e s. d. *ju-lg-a(r)-mento*, *ju-lg-a(r)-ado* — Vid. *Dic*.

IVO — sufixo que designa:

(*a*) Ação: imitativo (que imita); caritativo (que pratica a caridade);

(*b*) Qualidade: festivo;

(*c*) Efeito: recitativo, objetivo.

Precede-o, quase sempre, o infixo eufônico ou letra adventícia *t*: *cura(t)ivo*; *compara(t)ivo*. Conquanto de formação erudita, tende a popularizar-se (GÓIS, Carlos. *Dicionário de Afixos e Desinências*. 4ª ed., Paulo de Azevedo & Comp. Ltda., Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, 1946, p. 112).

Julgar, em sentido lato, portanto, é exercer a função judicativa.

Quando, entretanto, no exercício de sua competência constitucional, o Poder Judiciário julga, exercita a função maior jurisdicional (ou judiciária que para nós é a mesma coisa). Essa função maior jurisdicional não deixa de ser judicativa, mas é judicativa especial, tem características e peculiaridades que se não encontram na função judicativa exercida por quaisquer outros poderes, e efeitos que, absolutamente, não se acham potencialmente contidos nas sentenças de quaisquer

(*) Deste há a forma intermediária arcaica *ju-ig-ar* (o *g* representa a permuta do *c*; o *i* é remanescente do *dic*. (GOIS, Carlos. *Dicionário de Raízes e Cognatos da Língua Portuguesa*. 3ª ed., Paulo de Azevedo & Cia. Ltda., São Paulo, 1945, p. 142.)

outros tipos de julgamento, como, por exemplo, o efeito de coisa julgada, *res judicata*.

Como atividade da função maior jurisdicional, julgar é exercer a jurisdição, *stricto sensu*, ou seja, “aplicar o direito objetivo em relação a uma pretensão”, conforme define JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. citatum*.

Dessas duas definições decorre nitidamente que a função controle nem judica, i.e., nem julga em sentido genérico e amplo, nem jurisdiciona, ou seja, não aplica o direito objetivo a uma pretensão. Controlar, conforme bem intuiu o Conselheiro HERACLIO SALLES, tem essência própria, é realidade ontológica autônoma, capaz de enganar os mais atilados juristas, conforme se vê de suas citações de GIUSEPPE MOFFA, RAUL GRANONI, EDOARDO VICARIO, autoridades essas que ele não hesita em repudiar neste assunto:

“A despeito da autoridade dos autores citados, não se pode incluir o Tribunal de Contas entre os órgãos da Jurisdição, que a tanto levaria atribuir-lhe uma função jurisdicional, tomadas as duas expressões em sentido técnico, na acepção estrita da Ciência do Processo. A própria jurisdição chamada convencional e exercida pelos árbitros, nos termos do Código Civil (arts. 1.043 e 1.044), não é aceita pelos modernos processualistas como jurisdição propriamente dita, pela razão de estarem sujeitas as sentenças proferidas no juízo arbitral (art. 1.045) a homologação pelo juiz, sem a qual não produz qualquer efeito, muito menos adquire a força de *res judicata*. É verdade que as decisões das cortes de contas produzem efeitos e são revestidas de executoriedade, mas no âmbito da administração, não elidindo na maioria dos casos a possibilidade e por vezes a necessidade do pronunciamento do único poder competente para exercer a função estatal de fazer atuar o direito objetivo às hipóteses emergentes das relações entre pessoas” (*op. cit.*, p. 136).

As distinções que fizemos entre atividade judicativa e atividade jurisdicional (ou judiciária, insistimos) parece que têm o condão de destrinçar o juízo arbitral citado pelo Conselheiro e a jurisdição propriamente dita. O juízo arbitral é julgamento, mas exercício, tão-só, de atividade judicativa, que é o sentido geral de julgar, sem as peculiaridades do julgamento como exercício da jurisdição.

Resta, para completar, definir o que seja a função controlativa. E é nossa vez de perguntar: *Qu'est ce que donc que controller?* Embora alertado pelo exemplo de DUGUIT que certamente arrostou o *omnis definitio, periculosa*, quando definiu “julgar”, vamos apresentar uma definição de controle:

CONTROLAR é verificar a conformidade de atuação, de um ou mais sujeitos de uma ordem normativa, aos padrões

morais aplicáveis à espécie, autorizando (4) as atuações teleologicamente conformes a esse padrão e desautorizando os desvios teleológicos, e, neste caso, comunicando ao controlado e a quem de direito o resultado da verificação.

A palavra *verificar* é básica nesta definição. *Verificar* tem como raiz VER, que tem os sentidos de *iluminar* (sânscrito) e de *verdade*. Recorramos, de novo, a CARLOS GÓIS:

VER, verdadeiro. Cf. o adj. lat. *Ver-us, a, um*. Em ver-o e s. c. ver-az, ver-ac-i-dade, ver-as (subst. plural) = cousas verdadeiras, donde as expressões “de veras” e “com todas as veras”, ver-dade e s. c. Nos compostos *vero, veri*; ver-o-ssím-il, ver-í-dic-o, ver-i-fic-ar (*Raizes e Cognatos, op. cit., p. 374*).

Quanto ao sufixo FIC, mais a desinência AR, FICAR, tem o sentido de *fazer*:

FICAR — sufixo vernáculo verbal, oriundo do lat. *ficare*, que por seu turno procede de *facere*, fazer; exprime:

(a) Tornar, fazer; retificar (fazer, tornar reto); falsificar (fazer contravenção); estupidificar (tornar estúpido); solidificar (tornar sólido);

(b) Converter em: eterificar (converter em éter);

(c) Reduzir a: quimificar (reduzir a quimo); quilificar (reduzir a quilo); lapidificar (reduzir a pedra); fluidificar (reduzir a fluido).

É seu equivalente essencialmente vernáculo *fazer*, tanto que ocorrem formas, indistintamente servidas por um e por outro; liquefazer=liquidificar; putrefazer=putrificar (*Dicionário de Afixos e Desinências, op. cit.*).

Como se vê, a atividade de controle é de *verificação*, o que quer dizer: de tornar, converter em, reduzir a, fazer *verdade*.

Observação importante: o controle é atividade vestibular do julgamento, apura a verdade dos fatos, constata situações, localizações, estados, exatamente o que se faz, em todos os julgamentos na sua fase instrutória, no exame das provas trazidas para o processo. Isso é controlar. Só isso. A comunicação aos interessados, que parece finura suplementar, na realidade é a própria justificativa da existência de um

(4) Autorizar e desautorizar, aqui, referem-se ao preciso, etimológico e jurídico sentido de *auctoritas*, do direito romano, que significava “vínculo, garantia, fiança, referendo” do Estado ao ato praticado por funcionário seu dotado de *potestas* (Cf. SILVEIRA, V. César da. *Dicionário de Direito Romano*. São Paulo, Bushatsky, 1957).

controle, pois de que adiantaria um controle que permanecesse secreto, sem que tanto o que errou, ou acertou na sua conformidade ao padrão, como os aptos à correção do desvio nada soubessem a respeito?

Do último parágrafo decorrem duas conseqüências importantes: a primeira é a de que o controle é, de essência, inerte. Ao contrário da atividade jurisdicional do Poder Judiciário, que é inerte, o controle é inerte, ou seja, cessa suas atividades com a verificação dos fatos. A segunda decorrência diz respeito à publicidade de suas conclusões: tanto o que foi controlado como as autoridades capazes de corrigir o desvio teleológico ou reparar as lesões à ordem normativa precisam tomar conhecimento do resultado do controle. Mas há um interessado principal, aquele que, mais que ninguém, tem de saber como seus delegados estão cumprindo o mandato que dele receberam: o povo. O povo precisa estar informado do resultado do controle, quando não por outro motivo, para ter uma indicação de em quem votar ou não votar na próxima eleição, se o cargo em tela for eletivo.

Uma observação que nos parece cabível: não será por constituir atividade vestibular dos julgamentos que tem havido natural confusão entre *controlar* e *julgar*? O controle, conforme já vimos em outro local, entende somente com a *AUCTORITAS* e nada tem a ver com o *IMPERIUM*; assim, os Tribunais de Contas exercem, em sua plenitude, a *auctoritas*, enquanto que o Judiciário exercita o *imperium merum*, do Direito Romano. Ao nosso espírito, entretanto, impõe-se a idéia de que, após a constatação de um desvio, força é corrigi-lo. Mas o que nos escapa, freqüentemente, é que a correção do desvio exorbita da função de controle, podendo quando muito ser sugerida a providência cabível.

A sugestão de uma providência cabível, porém, deve ser entendida como sugestão, apenas. A autoridade competente, ao tomar conhecimento da atividade de controle, pesando a sugestão corretora oferecida, pode tomar outras medidas que julgar mais convenientes ou oportunas. Conveniência e oportunidade são privilégios da administração, é bom atentar para isso. Pode, também, acrescentar às sugestões do Tribunal de Contas outras providências destinadas à perfeita correção do desvio ou a impedir que, de futuro, venham de novo ocorrer. Como também pode... nada fazer.

Neste último caso, o Tribunal deverá, pelo Ministério Público, tomar as medidas que julgar convenientes para acionar o *imperium* estatal a fim de constranger a autoridade a corrigir o desvio. Mas, no instante em que assim age, transfere toda a responsabilidade pelo resultado final, ao Poder Judiciário. E este é livre e soberano para "dizer o direito", julgando. Em outras palavras: a atividade de controle se exaure com a mera imputação; a atividade judiciária se completa com a responsabilização e punição dos infratores ou absolvição dos inocentes, quanto à responsabilidade penal ou civil. Mas o Judiciário não pode julgar

contra a prova dos autos, e a "prova dos autos" já vem pronta, do controle.

Semelhantemente, no chamado contencioso administrativo, a atividade de controle nada mais faz que fixar a posição do Estado perante o indivíduo, seja concedendo-lhe de pronto o que ele, indivíduo, pleiteia, ou negando-lhe, fundamentada e claramente, a pretensão. O indivíduo tem, então, a opção de recorrer ao Poder Judiciário, caso se julgue lesado em seus direitos subjetivos. Entendendo o contencioso administrativo (que para nós não é nem contencioso, nem administrativo) como atividade de *controle* a ser exercida pelo Conselho de Controle Administrativo do futuro Poder Moderador, uma consequência se impõe juridicamente: o recurso ao Judiciário deveria contar apenas com as provas colhidas no âmbito do Conselho de Controle Administrativo, não se entendendo que essas provas fossem desautorizadas pelo Judiciário, nem que outras fossem aduzidas a não ser em caráter excepcionalíssimo, como novas provas, supervenientes.

Resumindo e recapitulando, supomos que nossa definição de *juízo* ajuda a extremar a noção, assemelhada, de *controle*, até aqui confundida freqüentemente. O controle não julga, controla. CONTROLAR é constatar a regularidade ou irregularidade, face a determinados padrões legais e morais, da atuação presente ou pretérita de funcionário ou particular, autorizando-a ou desautorizando-a e, no último caso, eventualmente indicando ao poder competente a providência cabível.

O controle só pode comparar-se à *faculté d'empêcher de MONTEQUIEU*, quando for prévio. Nesse caso, representa REFERENDO ou VETO para o ato ou atividade controlada. VETO ou REFERENDO, juridicamente, são *auctoritas*, em seu preciso sentido romano. O ato praticado sem a *auctoritas* não é ato de Estado, mas ato de particular e como tal deve ser tratado e considerado em seus efeitos. O veto ou referendo não impede o ato, não tem de ser obedecido, por força de *imperium*. Pode ser ignorado; entretanto, nunca será ato válido do Estado, mas de particular.

Sendo controle concomitante, ou sendo *a posteriori*, em ambos os casos pode determinar uma providência corretora do desvio teleológico dos fins legais ou morais — pela autoridade competente —, ou a mera sugestão de providência de reparação, comunicada ao controlado e ao poder respectivo.

O controle distingue-se do julgamento, principalmente por ser atividade inerte, embora não inerte, pois, pode e freqüentemente age de ofício.

De tudo que se disse, concluímos que os Tribunais de Contas pronunciam um *veredito* (vide supra a etimologia) e não exercem a jurisdição. Exatamente como acontece no Júri, onde os jurados são

juízes de fato — ficando o Juiz de Direito vinculado ao seu pronunciamento, não podendo alterá-lo —, também os Tribunais de Contas são soberanos nos seus vereditos.

Se os Tribunais do Judiciário prolatam *sentenças*, os Tribunais de Contas proferem *vereditos*. Para as sentenças temos o efeito da *res judicata*, para os *vereditos* dos Tribunais de Contas (e também dos demais órgãos do futuro Poder Moderador) temos o efeito de *res verdicta*, *res verdicta* essa sempre reconhecida de fato pelos Tribunais Judiciários, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Segurança nº 16.225 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 38, p. 249), e nº 19.973 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 77, pp. 29-48).

2. O Contencioso Administrativo: Natureza Jurídica

“Ce son là des questions théoriques auxquelles il n'est pas aisé de donner des solutions qui soient exemptes de toute contradiction interne, et, par suite, des questions sur lesquelles il reste toujours possible de rouvrir des controverses” (5).

De há muito temos que as *veratae quaestiones* indicam pontos doutrinários onde não se conseguiu ver a realidade jurídica por algum preconceito ou ponto de vista firmado anteriormente e que se não quer abandonar. Quando questionamos os pressupostos e reexaminamos os fundamentos de um campo jurídico e, com largueza de visão, abrimos nossa mente, notamos, surpresos, que a peça de quebra-cabeças, que so-
brava, encaixa-se perfeitamente no conjunto.

A pesquisa das origens é, por outro lado, muito esclarecedora. Ir às fontes, ou “começar tudo de novo”, é método trabalhoso e demanda muito tempo — por isso é evitado. Mas compensa grandemente e tem o condão de nos mostrar o ponto do caminho onde se tomou atalho errado. Interessante e confirmador do que se diz é o fato de haver, na História, épocas em que os fundamentos e as origens de ramos inteiros do pensamento são pesquisados com mais intensidade e carinho. São os períodos mais fecundos da história do pensamento, como, por exemplo, a sofística. Não fossem os sofistas e, provavelmente, não teríamos a tríade SÓCRATES, PLATÃO e ARISTÓTELES.

Parece que estamos atravessando outro período de questionamento das origens e dos pressupostos, no campo constitucional. No caso da separação dos poderes, ao lado dos que pretendem simplesmente negá-

(5) MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel français*. Recueil Sirey, Paris, 1922. T. 2^{ème}, p. 119 (nota de rodapé).

la, há os que, estudando sua gênese, percebem o erro inicial no pressuposto de que deveriam ser três apenas e não quatro, ou cinco, ou sete. . .

O contencioso administrativo é assunto que tem merecido muita discussão e nenhum consenso unânime, exatamente por ponto de vista firmado quanto aos três, somente três, poderes.

CARRÉ DE MALBERG, na extensa nota nº 3, p. 115, do seu *Théorie Générale de l'État* (op. cit.), dá-nos sugestiva resenha das discussões e dos posicionamentos dos juristas franceses quanto ao contencioso administrativo. Para este estudo, interessa apenas a relação que essa questão tem com a separação de poderes. E a História parece confirmar que as divergências surgiram apenas pela prisão mental trímica onde estavam encarcerados os que tentaram resolver a charada. Prova suplementar disso, vamos encontrar no posicionamento ímpar de BENJAMIN CONSTANT, o qual viu mais, embora não visse tudo quanto ao contencioso administrativo, quando sentiu a necessidade de um poder que pudesse conter, em seus limites legais, todos os outros poderes.

No interessante histórico resumido por CARRÉ DE MALBERG, vemos que o contencioso administrativo não foi "retirado do Judiciário", mas "permaneceu no Executivo", de onde era originário. Somente quando houve separação de poderes, com repartição de funções entre eles, é que se confirmou a localização histórica do contencioso administrativo no Executivo, "como decorrência lógica do princípio da separação dos poderes" (?). Vamos reproduzir um trecho dessa nota, confirmando o que acabamos de dizer e, em seguida, mostrar que, à época, o problema talvez fosse mal-entendido ou mal-examinado porque todos pensavam apaixonadamente, cremos, apenas em demolir o poder absoluto, supondo que, somente com isso, estar-se-ia defendendo o indivíduo perante o Estado.

"Aussi M. LARNAUDE (*Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1902, p. 217) a-t-il pu fort justement dire de ce système d'exclusion de l'autorité judiciaire en matière de contentieux administratif que "ce n'est pas tant à MONTESQUIEU que la France l'a emprunté qu'à sa propre histoire. Cette séparation des pouvoirs si particulière c'est un produit du sol français. C'est une règle essentielle de notre droit public dans le dernier état de l'ancien régime, formulée en termes plus nets, mais non inventée, par les hommes de la Révolution." M. ARTUR (op. cit., *Revue du Droit Public*, t. XVII, pp. 234 et s.) a été plus loin: il soutient que se ne sont nullement des considérations tirées de la nécessité de séparer les pouvoirs qui ont déterminé l'Assemblée constituante à attribuer le contentieux administratif à des autorités administratives; mais, au cours des débats qui ont eu lieu à plusieurs reprises sur cette question, les orateurs de la Constituante se sont attachés à des motifs d'un tout autre ordre, notamment à la nécessité de faire juger ce contentieux spécial dans des formes et par une autorité

spéciales, ou encore au danger de multiplication des difficultés et conflits de compétence qui naîtrait de la création de tribunaux d'exception (cf. ESMEIN, *La Question de la Jurisdiction Administrative devant l'Assemblée Constituante, Jahrbuch des öffentl. Rechtes*, 1911, pp. 22 et s. — V. aussi la note 29 du nº 267 (supra)”) (*Opus cit.*, p. 16, in nota de rodapé).

Como vemos, chegou-se a pensar até em tribunais de exceção ⁽⁶⁾ para retirar do Executivo o julgamento em causa própria (*neque sibi jus dicere debet*), uma vez que os constituintes sentiram que ao Judiciário não competiria julgar outro tipo de causas que não aquelas que dependessem do direito civil, conforme havia definido MONTESQUIEU ⁽⁷⁾. Parece que ninguém se lembrou de que, na repartição de poderes do Estado, deveria haver um que representasse o próprio povo, diretamente, no jogo político, à semelhança dos *tribuni plebis* romanos. Todos acreditavam firmemente que o Poder Legislativo fosse o representante do povo. Era, de certa forma, mas para fazer leis — tão-somente. Mas não se percebeu(?) de pronto que, dessa forma, o povo acabava sendo aliado do jardim do éden em que se transformaria fatalmente o Legislativo, como novo Senado Romano, tão logo o povo cumprisse sua obrigação de votar.

Não se pensou num quarto poder que resolvesse o dilema: julgamento pelo Judiciário ou julgamento em causa própria ⁽⁸⁾. Aliás, o dilema surgiu apenas devido a um pressuposto que esta dissertação pretende denunciar como descabido: o pressuposto de que o contencioso administrativo *judgue*. O contencioso administrativo, a rigor, nada tem a ver com julgamento. A função dos Conselhos deve ser *verificar* e *constatar* oficialmente uma situação de fato ou uma situação de direito objetivo. Verificar e constatar, podendo quando muito indicar uma providência, ou seja: controlar. Sua função é de controle, não de julgamento. É resolver mal-entendidos, e não reparar lesões. As lesões, via

(6) Os tribunais de exceção constituem a negação do princípio do juiz natural ou constitucional. Os tribunais *ad hoc*, as comissões e os chamados tribunais revolucionários constituem a negação da própria ordem jurídica, senão da Constituição. Mesmo o *Bill of Attainder*, do antigo direito inglês, que permitia ao Legislativo infligir penas sem processo judicial, constitui violação do princípio do juiz natural, pois nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.

(7) “(...) la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l'Esprit des Loix*. Garnier, Paris, 1949, t. I, p. 163.

(8) BENJAMIN CONSTANT de Rebecque, 1767-1830, pensou mais: pensou num quarto e num quinto poder. É também o criador do Poder Neutro, que no nosso Império chamou-se Poder Moderador. Mas a atuação de BENJAMIN CONSTANT parece ter sido posterior aos debates sobre o contencioso administrativo, pois só em 1819 foi eleito deputado e passou a agir ativamente como orador fogoso e eloquente e jornalista cintilante. Foi o campeão do individualismo e sentiu bem o alijamento do povo dos debates políticos. Percebeu claramente que à nobreza do sangue sucedeu outra despótica e irresponsável: a falsa “nobreza” eleita “democraticamente”...

de regra, são apenas potenciais e, raramente, atuais — quando se trata de controle (9).

A palavra contencioso sugere contenda, e contenda lembra lesões a direitos. Mas estas, na verdade, são, na quase totalidade dos casos, apenas meras possibilidades e, excepcionalmente, realidades. São semelhantes às “ações” declaratórias, onde não há nenhuma lesão de direito e, no entanto, uma situação de direito é esclarecida. Ora, não há contenda nas “ações” declaratórias, apenas se quer definir um posicionamento particular, dentro da ordem jurídica.

Neste particular, o “contencioso” administrativo pode ser comparado com as “ações” declaratórias e mesmo com a chamada jurisdição voluntária. Pode haver nelas uma *controvérsia* ou *dissenso* de opiniões que não se confunde com *situação contenciosa* ou lide (10).

Não se pode, dentro de rigor jurídico, dizer que o contencioso administrativo, as “ações” declaratórias e a jurisdição voluntária caracterizem atividades *jurisdicionais*, uma vez que o requisito prévio de *actum trium personarum* não se realiza como *conditio sine qua non*. Assim é que, no contencioso administrativo, não se poderá dizer, com propriedade, que o Estado seja... réu. Nas “ações” declaratórias, por sua vez, a legitimação passiva é imprecisa freqüentemente, uma vez que a declaração, sendo *erga omnes*, não precisa, necessariamente, ser dirigida contra alguém em especial, a não ser, possivelmente, na “ação” declaratória negativa. Na jurisdição voluntária, por sua vez, há tal identidade de interesse entre as possíveis partes que ou todos são autores, ou todos são réus... de fato.

A existência de um quarto poder, com funções de controle, nimiamente moderador em sua atividade, resolveria todas as dúvidas existentes quanto à delimitação entre funções administrativas e funções jurisdicionais. Em geral, salvo possíveis, mas não prováveis, exceções, o controle seria, ele próprio, esse território-limite entre jurisdição e administração. A função jurisdicional tem como alvo a justiça, o *suum cuique tribuere*, ao passo que a Administração, a função administrativa, tem como finalidade o interesse público. A função controlativa, entretanto, tem como *telos*, mais que a simples legalidade, a moralidade pública. Pela própria teleologia, o controle se constitui território de permeio entre a administração e a função jurisdicional.

Na França, onde surgiu, o contencioso administrativo continuou no Executivo e esse fato, posteriormente, foi dado não como consequência da divisão de poderes, mas como concorde, logicamente, com a se-

(9) As lesões atuais são mais comuns no controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, no campo financeiro, quando apuram alcances. No controle exercido pelo “contencioso”, entretanto, são praticamente inexistentes.

(10) Cf. FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 325.

paração de poderes. No Brasil, que conheceu os poderes já separados, o contencioso administrativo está sendo inserido, como cunha, entre as funções judiciárias e as administrativas, qual corpo estranho a ser encaixado num conjunto já armado. Isso, em parte, é bom, pois ressaltará todas as peculiaridades do contencioso administrativo que o fazem, entre o Judiciário e o Executivo, pertencente a um *tertium genus*: o Poder Moderador.

A principal distinção, aquela que gostaríamos de, pelo menos, esboçar, residiria no tipo de solução dada e que tipos de problemas específicos constituem o objeto do contencioso administrativo.

Suponho, inicialmente, que deverá haver diferença ontológica entre o ato de *judgar* e o ato de conferir e autenticar um fato. Assim, quando um pai examina a conduta de um filho que faltou às aulas sem um motivo justificado, e o pune — diremos que houve um julgamento. Da mesma forma, quando dois irmãos disputam a posse de um brinquedo, ou o direito de com ele brincar numa determinada hora, haverá julgamento paterno, se o caso for trazido para que o pai resolva com quem irá ficar o brinquedo. São dois exemplos típicos de julgamento; no primeiro caso, houve violação da ordem e houve punição para o violador; no segundo caso, a disputa entre os irmãos foi resolvida — sem que eles chegassem às vias de fato, microexemplo do *Kampf ums Recht* de VON-JHERING.

Há, entretanto, em toda família, outro tipo de acontecimentos parecidos, mas não iguais aos mencionados. Quando, suponhamos, uma mãe manda o filho aparar a grama do jardim, e este responde que é o irmão mais novo quem deverá fazer isso, pois o pai havia dito que quem tirasse dez em Matemática naquele mês estaria livre de tal tarefa, cria-se uma situação peculiar. A mãe pode acreditar no filho quanto à nota dez do boletim, mas duvidar de que o pai tenha dado tal ordem exatamente. Ou, ao contrário, duvidar do dez, e não duvidar da ordem. Ou, ainda, duvidar de ambas as coisas. Levado à presença do pai, este confirma que deu a ordem, e, examinado o boletim, constata-se que, de fato, o filho tirou dez. Esclarecido o caso, a mãe retira sua ordem ao filho mais velho e a dirige ao filho mais novo. As coisas podem, ainda, passar-se de outro modo: o pai pode negar que tenha feito tal promessa, embora se constate que o filho tirou dez em Matemática. A consequência será a de que o filho deverá aparar a grama e, certamente, ter de explicar sua mentira. Quanto ao aparar a grama, o assunto está encerrado e não nos parece que se possa chamar de julgamento o que houve. (Vamos deixar o caso da mentira para depois.)

Houve, em ambos os casos — tanto quando o filho provou que tirava dez e o pai confirmou que não precisaria cortar a grama, como quando negou que dera a ordem ou não ficou provado o dez em Matemática —, apenas e tão-somente uma verificação de fatos e de fatos alegados a serem confirmados ou negados pelo pai. Não me parece que isto constitua um julgamento, mas apenas uma conferência e autenticação de fatos.

Há, na atividade paterna, tão-só o reconhecimento de fatos, exatamente como acontece quando se leva um documento em cartório para reconhecimento de firma ou para autenticação de uma cópia. E que significa, juridicamente, essa conferência e esse reconhecimento de fatos? Significa que a autoridade deu sua *auctoritas* aos fatos, ou seja, vinculou-se a eles, fê-los, de certa forma, atos seus. Qualquer recalcitrância da mãe, no caso, seria já um caso entre ela e o pai, ficando o filho fora da discussão. Qualquer insubordinação do filho, posteriormente à decisão paterna, será problema entre ele o pai, ficando de fora a mãe.

Falemos agora da suposta mentira do filho. A mentira, aqui, é outro assunto e este poderá ser objeto de um julgamento e conseqüente punição. Mas ao ser julgado — aqui é mesmo *julgado* — o filho pode alegar que entendera errado as palavras do pai e de tal modo justificar-se, que poderia ser perdoado pelo pai e até mesmo inocentado — da mentira. Mas este assunto, embora concomitante, ou imediatamente subseqüente, em nada influiria na constatação anterior, nem significaria que o filho, afinal, não deveria cortar a grama do jardim. São coisas diversas, apenas acidentalmente reunidas.

Mas nosso exemplo pode ser prosseguido com fruto. Suponhamos mais duas hipóteses. A mãe, apesar da constatação da veracidade do filho, insiste em impor-lhe a tarefa recusada. O filho recorrerá, ao pai, da desautorização materna, e a palavra *desautorização* está aqui empregada no seu límpido e jurídico sentido etimológico. Da mesma forma, se constatada a inexatidão das alegações do filho, este recusar-se a aparar a grama, a mãe voltará ao pai para que este constranja o filho a cumprir a determinação correta materna. Em qualquer dos casos, haverá um *julgamento*, mas este será assunto posterior entre o pai e a mãe, que o desautorizou, no primeiro caso; ou entre o pai e o filho recalcitrante, no segundo. Mas ambos os casos são outro assunto, outra matéria, outro tipo de problema, apenas ocasionalmente ligados aos fatos anteriores. E esta última sentença quer dizer exatamente isto: não se irá mais discutir, nesta fase ⁽¹¹⁾, se o filho tirara, ou não, dez em Matemática; nem se o pai prometera, ou não, que quem tirasse dez ficaria isento da tarefa; nem, muito menos, se o pai agira certo ou errado fazendo tal promessa. Reabrir discussão sobre tais assuntos seria o que chamo de “tumulto transprocessual” por motivos “cisprocessuais”.

Por que achamos que não houve julgamento quando a verdade das alegações do filho foram constatadas, autenticadas, reconhecidas pelo pai? Ou mesmo quando o não foram?

Em primeiro lugar, por tratar-se de mera constatação da conformidade de atuação das pessoas envolvidas, ou seja, de pesquisa do direito tão-somente. Em segundo lugar, porque, após a decisão, cada qual continua livre de agir como bem entender ⁽¹²⁾, conformando-se ou não

(11) Ou melhor: neste outro e diverso *affaire*.

(12) Tecnicamente, diríamos: essa decisão é *sine imperio*, embora *cum auctoritate*.

com o que agora sabe ser o certo ou ser autorizado ou não autorizado. Em terceiro lugar, por não poder-se dizer, com propriedade, que houve um vencedor e um vencido, nem que tenha existido um autor ou um réu, nem condenação ou absolvição.

Mas a principal razão é mesmo esta: pesquisa-se o direito objetivo, tão-somente. Se o direito objetivo é incerto, como falar-se em direito subjetivo, que dele deriva? Se não há, portanto, direito subjetivo, como falar-se em *pretensão*, que é o direito subjetivo resistido? Se não há *pretensão*, como falar-se em *lide*? E, se não há *lide*, como, de que forma, onde falar-se em julgamento?

Mas, se não há julgamento, que é que houve?

Houve, apenas, controle.

Mesmo que se compare o controle ao joio, ou por isso mesmo, há que separá-lo do trigo da justiça.

Como se viu, parece que há dois tipos bem nítidos e irreduzíveis de atividades até aqui confundidas e chamadas, indistintamente, de judicativas: uma, em que há *autor* e *réu* e na qual a força coativa legal (o poder) interfere para punir ou obrigar uma das partes a satisfazer a *pretensão* da outra; e outra, onde não se pode, com propriedade, falar em autor e réu e na qual o próprio poder é, necessariamente, integrante da relação, em situação assemelhada à da parte, de vez que sua *auctoritas* eventual é objeto de indagação relevante.

Neste último tipo de atividade estatal, não há condenação, nem absolvição, apenas uma declaração formal de que tal ou qual fato foi *constatado oficialmente* e conta com a eventual sanção do poder, caso venha a ser, de futuro, contestada. Esta segunda atividade apenas fixa o direito objetivo, esclarece uma situação legal ou de direito objetivo e, dessa forma, dá nascimento ao correspondente direito subjetivo, que só então passa a existir.

Em existindo direito subjetivo, então, sim, há possibilidade de falar-se em *pretensão resistida* e em julgamento da *lide*. Mas quando apenas se constata um fato, uma situação, onde o julgamento?

Lembrando a distinção feita entre *auctoritas* e *imperium*, parece que neste último caso trata-se, unicamente, de conseguir a *auctoritas* para um ato. Quando, no exemplo acima dado, o pai verifica uma situação e conclui dizendo: "Ele está certo, eu de fato fiz tal promessa e ele se enquadra na hipótese" — obteve o filho a *autorização* paterna para resistir à imposição da mãe ou do irmão mais velho. Qualquer contestação posterior passará a ser contestação à ordem paterna, que autorizou o filho mais novo.

O símile com o Estado é patente. Na atividade *jurisdicional*, o Estado se substitui a uma das partes do sentido de que empregará a força para que a outra parte satisfaça a *pretensão* da primeira. Na atividade controlativa, o Estado apenas constata a regularidade de procedimento de um seu agente face a um indivíduo, ou, então, a regularidade da resistência de um particular a determinada imposição de um agente estatal. (Deixamos de lado o julgamento penal, por irrelevante à essência do problema ora estudado.)

É questão de realismo jurídico a conclusão de que a atividade controlativa pode tornar despreciosa a provocação do Judiciário, no caso de ser reconhecida a regularidade de atuação do particular, embora o controle não torne dispensável a atividade jurisdicional toda vez que o indivíduo for, ou julgar ter sido, lesado em seus direitos subjetivos, pela decisão. Por isso, achamos, senão errado, pelo menos esquisito o art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, quando concede “a qualquer das *partes*” o direito de propor processo de revisão fiscal:

“Art. 50 — Qualquer das partes poderá propor, perante o Tribunal Federal de Recursos, processo de revisão fiscal, com o propósito de obter a reforma da decisão administrativa final.”

Em nosso entender, este artigo não apenas desautoriza os prolores da decisão administrativa, como subverte o próprio fundamento de todo o contencioso administrativo, que é a possibilidade que tem o indivíduo, perante a Administração, de ver reconhecida uma situação jurídica — evitando, desta forma, o recurso ao Judiciário. Ousamos dizer que tal artigo mostra total desconhecimento ou deplorável *ignoratio elenchi* quanto à essência jurídica do contencioso administrativo (13).

Retornando aos dois tipos diversos de “julgamentos”, notamos que na atividade jurisdicional existe, previamente, uma lesão de direito cuja reparação se pretende. Na atividade controlativa, como regra geral, tal lesão não existe ainda, ela é iminente, o que torna seu procedimento algo parecido com as medidas cautelares preparatórias. Mas mesmo já existindo lesão a direitos subjetivos *ad argumentandum*, ainda assim a atividade controlativa se exauriria com a constatação de sua extensão e a imputação do agente, não lhe competindo ir além,

(13) Em abono de nosso ponto de vista, temos algo semelhante na França: “La décision est-elle favorable aux particuliers, elle constitue une reconnaissance du droit d'une partie par l'État, dont le ministre est le représentant, et, par suite, comme le remarque très justement M. Laferrière, elle crée un lien de droit que l'État ne peut pas rompre; il y a droit acquis pour la partie au profit de laquelle la décision a été rendue (V. LAFERRIÈRE, t. 1, pp. 407 et 408, et. 2^e édit. t. 1, p. 459). Dans cette mesure, les décisions ministérielles, sans avoir l'autorité de la chose jugée, ont une force qu'on peut rapprocher de cette autorité. — Cf. GAUTIER, *Précis de Matières Administratives*, pp. 193 et 194. (Apud: LACOSTE, P. — *De la Chose Jugée en Matière Civile, Criminelle, Disciplinaire et Administrative*. 3^e édit., Paris Recueil Sirey, 1914, § 1.350, pp. 510 e 511).

quer responsabilizando alguém ou algum órgão, quer impondo reparações ou ressarcimento de prejuízos. Pode, quando muito, indicar uma providência cabível, a ser tomada pela Administração.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, não pode multar ninguém “por infração das leis e regulamentos relativos à Administração”, mas pode ordenar à autoridade administrativa que a execute. Vejamos o art. 53 do DL nº 199/67, Lei Orgânica do TCU:

“Art. 53 — As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira sujeitarão seus autores a multa não superior a 10 (dez) vezes o valor do maior salário mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis.

Parágrafo único — A multa de que trata o presente artigo será, à vista da comunicação feita pelo Tribunal, imposta *pela autoridade administrativa*, que, não atendendo a esta disposição, ficará sujeita às penas disciplinares e à multa referidas no parágrafo único do art. 51.”

Este artigo mostra claramente como deve ser a atuação do controle: constata um fato, imputa um autor e indica uma providência a ser tomada pela Administração. Esta é a teoria exata e correta, juridicamente. A prática não é diferente da teoria, apenas pode acrescentar à teoria outras variáveis, a serem levadas em conta. É assunto à parte o caso das multas no âmbito do Tribunal de Contas da União, especialmente no que se refere ao parágrafo único do art. 51 do DL nº 199/67, ao art. 50 e às “penas do Regimento”, do art. 49, da mesma Lei Orgânica (14).

Voltemos ao cotejo entre atividade controlativa e atividade jurisdicional, ou seja, distinção entre a função controlativa e a função judicativa.

Como já dissemos antes, a atividade controlativa é mera constatação de fatos e de situações jurídicas, embora possa indicar medidas corretoras em caso de desvio teleológico atual ou iminente, ou, ainda, imputação do agente quando houve dano consumado. Assim encarada, a atividade controlativa é vestibular, freqüentemente, da atividade jurisdicional. Na verdade, toda atividade jurisdicional se inicia com uma fase instrutória que é nimamente controlativa. Por isso, dizemos que, se o controle não é inerte, como o Poder Judiciário, é inerme, ou seja, não executa ele mesmo as reparações, ressarcimentos ou punições, nem anulações dos atos controlados.

O Poder Judiciário, se, por um lado, é inerte, por depender de provocação (*ne procedat iudex ex officio*), não é poder inerme, pois faz executar suas decisões.

(14) O Tribunal de Contas pode, na verdade, multar. Mas por outros motivos, fundados em *desautorização* de suas determinações por parte de *funcionários públicos*.

Poderíamos dizer que o controle diz mais respeito à *auctoritas* ⁽¹⁵⁾, enquanto que a jurisdição refere-se mais ao *imperium*. A *auctoritas* impõe-se, principalmente, aos demais poderes — o que torna absurdo o art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, quando dá ao Executivo o direito de recorrer de uma decisão administrativa. O *imperium* dirige-se mais aos administrados e só excepcionalmente aos demais poderes. Quando outro poder desobedece ao *imperium* do Judiciário, será caso de intervenção federal, se isso ocorrer nos Estados (arts. 10 e 11 e seus parágrafos, da Constituição); se, entretanto, ocorrer na esfera federal, dever-se-á recorrer ao Presidente da República (art. 76, *caput*) e, caso este se omita, incidindo, portanto, no crime de responsabilidade do art. 82, II, da Constituição, dever-se-á recorrer às Forças Armadas, com base no art. 91, *caput*, da Constituição, e, se mesmo assim nada se conseguir, então teríamos o que se poderia chamar de direito de revolução, pois toda a ordem jurídica constitucional estaria negada, fosse qual fosse o poder recalcitrante às ordens (*imperium*) do Judiciário.

Se houvesse um Poder Moderador, com a função de controle, a este poder estaria afeto o procedimento acima mencionado, no que se refere aos fatos e aos órgãos ou pessoas imputáveis. Ao Poder Moderador deveria também competir a apuração de crimes de responsabilidade das autoridades federais, de qualquer nível, embora não seja nossa intenção adentrar este assunto.

Esclarecendo mais o que acaba de ser dito com relação à *auctoritas* e ao *imperium*: tanto o controle, como o judiciário, ambos têm *auctoritas* e *imperium*, como faces de uma moeda; apenas a *auctoritas* é a face característica do controle, enquanto que o *imperium* o é da função jurisdicional. Dito de outra forma, se o *imperium* (*mixtum*) do controle pode ser discutido em alguns casos, sua *auctoritas* não pode. Na atividade jurisdicional, dá-se o contrário: se sua *auctoritas* pode ser questionada em certos assuntos, seu *imperium* (*merum*) não pode ser posto em dúvida.

Vamos a um exemplo: quando a administração decide, no contencioso administrativo (que *de lege ferenda* será dito: quando o controle constata um fato), contra o particular, este não está obrigado a conformar-se, pois poderá recorrer ao Judiciário ⁽¹⁶⁾. Isso significa que o *imperium*, no caso, não existe como integrante do resultado do controle. Mas, se o Judiciário decidir de novo contra o particular, este está obrigado a aceitar, quer queira, quer não. A decisão do Judiciário possui o *imperium* como característica.

A decisão do controle (contencioso administrativo) tem *auctoritas*: caso decida contra a administração, esta fica vinculada à decisão, e

(15) A *auctoritas* vincula o Estado ao ato praticado pelo funcionário competente. O *imperium merum* é o poder de comandar que conta com todos os meios de sanção para julgar e punir criminosos; o *imperium mixtum*, ou mitigado, consiste na porção de poder executivo que é necessário confiar a todo magistrado. Apud SILVEIRA, Valdemar César da. *Dicionário de Direito Romano*. São Paulo, Bushatsky, 1957.

(16) Somente se houver lesão de direito individual, entenda-se. Mais adiante, ver-se-á até que ponto o Judiciário poderá alterar uma decisão do controle.

não pelo *jus imperii* discutível *in casu*, mas por questão de mera coerência jurídica. De fato: como pode o Estado, pelo Poder Moderador (ou, *de lege lata*, pelo contencioso administrativo), dar seu *assentimento* à impugnação do particular e, logo em seguida, recorrer de seu próprio assentimento? Seria uma *des-auctorização*! Na verdade, há um laivo de comicidade no art. 50 do Projeto de Lei do Contencioso, de um ponto de vista estritamente jurídico.

Por outro lado, falar em *auctoritas* com relação ao Poder Judiciário, só se for por via reflexa, ou seja, como suposto decorrente do próprio *jus imperii*. Mas é certo que o Estado não se compromete irremediavelmente por uma decisão judicial, tanto assim que existem decisões divergentes, embora particularmente cada qual contenha a *auctoritas* suficiente para um caso concreto em especial. Quanto ao controle (ou, neste caso, o contencioso administrativo), suas decisões, carregadas de *auctoritas*, devem possuir o caráter de normatividade presumível *juris tantum* (17), sob pena de inconseqüência de seus pronunciamentos.

O importante a notar, em tudo que se disse, é que há nítida separação entre função jurisdicional e função controlativa, quando enfocadas com as lentes da *auctoritas* e do *imperium*. Dissemos função jurisdicional por respeito à terminologia usada por DUGUIT e pela maioria dos juristas. Mas, na nova terminologia que propomos, a função jurisdicional poderia ser chamada também de função judiciária (18), ou seja, a função maior que engloba as funções menores administrativa, normativa e controlativa, além da função predominante, judicativa. Por outro lado, dissemos também função controlativa, mas, no caso, deveríamos ter dito função moderadora, que é a função maior que enfeixa as funções menores: administrativa, judicativa, normativa e, ainda, a função preponderante controlativa. Redizendo, então, temos: o importante a notar, em tudo que se disse, é que há nítida separação entre função judiciária e função moderadora, quando enfocadas com as lentes da *auctoritas* e do *imperium*.

Além do exposto, com relação às diferenças entre as funções judiciária e moderadora, releva notar que uma deve respeitar o campo

(17) Ou seja: suas decisões constituem precedentes, como na *common law*. Vem a propósito uma citação de RIPERT contra os que pretendem uma jurisprudência muito flexível: "L'étude des faits sert à établir des règles, mais les règles établies imposent les faits. Un juriste doit enseigner la souveraineté de la règle stable et non l'adaptation de la règle à un fait particulier. Sa tâche propre n'est pas de constater l'évolution des mœurs, mais de dire s'il est possible de diriger cette évolution. Si l'étude du droit ne donne pas aux esprits la confiance dans la stabilité de l'ordre juridique, elle perd son indépendance et sa valeur" (RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris, R. Pichon, 1955, p. 51).

(18) Para nós, *jurisdicional* ou *judiciário* equivalem-se, são sinônimos, pois não aceitamos a distinção feita por DUGUIT, por considerá-la ofensiva às leis da definição lógica. Não servem *omni definito nem soli defnito*. Logo, são inúteis.

próprio e privativo da outra. A função moderadora não pode invadir a *res judicata*, e, por imposição de justiça lógica, a função judiciária não pode tocar na *res verdicta*. Há, atualmente, um símile perfeito para o que se quis dizer: as relações entre as jurisdições civil e criminal. Vejamos o art. 1.525 do Código Civil e o art. 65 do Código de Processo Penal:

“Art. 1.525 — A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

.....”

“Art. 65 — Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Se compararmos o direito penal ao controle e o direito civil à função judiciária, veremos que o controle torna indiscutível o *fato* e a *autoria*, embora a questão da responsabilidade possa ser tão discutida como o é a responsabilidade civil em face de uma absolvição no crime.

É claro que não estamos querendo argumentar com base neste exemplo. Estamos apenas tentando tornar mais claro o que queremos dizer com a expressão *res verdicta*. A matéria, indiretamente, foi esquematizada no Mandado de Segurança nº 19.973, onde se assentou que nem o Presidente da República (Executivo), mesmo com o referendo do Congresso Nacional (Legislativo), poderia alterar uma decisão do Tribunal de Contas da União em ato de sua competência constitucional (Controle). Nesse mandado de segurança, entretanto, há uma ressalva que convém reproduzir, antes de discuti-la:

“Convém, finalmente, esclarecer que do julgamento do Tribunal de Contas sobre a ilegalidade de aposentadorias, reformas e pensões caberá sempre recurso para o Poder Judiciário, nos termos do § 4º do art. 153 da Constituição” (do voto do Sr. Ministro BILAC PINTO, Relator, *RTJ*, vol. 77, julho 1976, p. 77).

Nesse MS, em que se nega tanto ao Executivo como ao Legislativo, isolados ou conjuntamente, o poder de contrariar uma decisão privativa do Tribunal de Contas da União, parece que o trecho citado dá a entender que “apenas o Poder Judiciário” poderá mudar tal decisão. Não parece ter sido sequer pensamento de S. Exª o ilustre Sr. Ministro BILAC PINTO afirmar tal coisa. A decisão, proferida a 22 de maio de 1974, reporta-se ao § 4º do art. 153 da Constituição de 1969, antes da Emenda nº 7 (que deveria, a rigor, ser Emenda nº 6...), que dizia:

“§ 4º — A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Este § 4º do art. 153 afirma, apenas, que o Judiciário poderá ser provocado — sempre que houver lesão de direito individual. Mas não diz que o Judiciário possa invadir o território da competência constitucional de quaisquer dos poderes constituídos, ou de quaisquer órgãos que exercitem licitamente sua competência constitucional. A *res veredicta* a que temos nos referido estaria inclusa no ATO JURÍDICO PERFEITO, e nem a lei pode atingi-lo. O Judiciário está também subordinado à lei e não pode desconhecer o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Isso é assim, mesmo porque a coisa julgada é outro modo de dizer-se ato jurídico perfeito específico do Poder Judiciário. Semelhantemente, chamamos de *res veredicta* o ato jurídico perfeito do futuro Poder Moderador, hoje mais representado pelos Tribunais de Contas. A *res legislatata* seria a lei publicada, depois de transcorrido o prazo da *vacatio legis*. A *vacatio legis* corresponde, perfeitamente, ao transcurso dos prazos para recurso de sentenças. Após o decurso do lapso da *vacatio legis*, temos a *res legislatata*. Tanto é assim que o § 4º do art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil diz:

“§ 4º — As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.”

Mas, ainda que efêmera a vigência da lei republicada após o transcurso da *vacatio legis*, nenhum dos poderes constituídos, nem mesmo o próprio Legislativo, poderá considerar sem efeitos a lei publicada com incorreções, nestas circunstâncias. É *res legislatata* e, como tal, inatacável. Da mesma forma, quando o Presidente da República, no caso do art. 55 da Constituição *cum emendationibus*, expedir decretos sobre as matérias enumeradas nos itens I a III deste artigo, estes, uma vez publicados, terão vigência imediata. Esse decreto deverá ser aprovado ou rejeitado pelo Congresso Nacional, dentro de sessenta dias, findos os quais, em não havendo deliberação, será considerado aprovado tacitamente. Mas, esclarece o § 2º desse art. 55:

“§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

É que a publicação com vigência imediata faz *res legislatata*, tal qual se houvesse decorrido o prazo da *vacatio legis*.

A *res legislatata*, dizíamos, é o ato jurídico perfeito específico do Poder Legislativo (pois mesmo no caso do art. 55, ainda que tacitamente, há participação do Congresso Nacional).

Semelhantemente, e não apenas por geometria jurídica, como poderá, descabidamente, parecer, impõe-se a nosso espírito a existência de uma *res consummata*, correspondente ao ato jurídico perfeito do Poder Executivo e à já mencionada *res veredicta* — ato jurídico perfeito do Poder Moderador que preconizamos.

E, da mesma forma que o próprio Poder Judiciário não poderá entrar no *mérito administrativo* da *res consummata*, também não poderá decidir *contra legem*, nem julgar, negando *atos* e *imputações* realizados pelo Controle. O Judiciário poderá, por exemplo, absolver um administrador quanto a crime que lhe tenha sido imputado pelo Controle, mas não poderá livrá-lo da reposição do alcance a que for condenado pelo Tribunal de Contas da União. Isto é decorrência lógica do princípio da divisão ou separação de poderes, basilar na Constituição.

Quanto se disse aqui a respeito de Controle e de Tribunais de Contas pode ser transposto, *mutatis mutandis*, para o contencioso administrativo, que, para nós, nem é contencioso, nem é, de forma alguma, administrativo. É puro controle e pertence, por imposição lógica e como decorrência da ordem natural das coisas, ao futuro Poder Moderador, que por fim, esperamos, a inúmeras questões controvertidas e, sem ele, insolúveis. Pelo menos, as soluções que se encontrarem serão sempre provisórias e altamente contestáveis por diversos ângulos e por variadas e justas razões.

A principal coisa, entretanto, a ser repensada neste assunto é o falso suposto de que o "contencioso" "administrativo" julgue⁽¹⁹⁾. Não há julgamento em sentido próprio, nem se pode falar em processo quando nos referirmos ao contencioso administrativo. Não há direitos subjetivos em jogo. Não há falar em condenação ou absolvição, quando se tratar de contencioso administrativo. Não há pretensão resistida. Não há juiz, no contencioso administrativo. Não existem partes em disputa, não há autor, nem há réu. Não se cuida de responsabilidades, no sentido que se dá a esse termo em juízo, mas tão só de imputações. Não se cuida, a não ser incidentalmente, de direitos subjetivos privados ou públicos, no contencioso administrativo. Como, então, a que título, por que motivo, qual a razão de se insistir em falar em julgamento, em partes, em processo e em exigência processual, no Projeto de Lei do Contencioso?

Quando finalmente essa crisálida do contencioso administrativo irá libertar-se do casulo judiciário e surgir à luz do sol como a linda borboleta do Controle Público?

(19) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, in *Revista do Direito Público*, n.º 19, pp. 37-50, comentando a expressão "contencioso administrativo", diz: "Composta de dois vocábulos — "contencioso e administrativo" — de sentido antitético, que se repelem por exprimirem idéias inconciliáveis (contencioso é o mesmo que litigioso, e administrativo é o mesmo que gracioso, voluntário), a expressão global contencioso administrativo é uma "contradictio in terminis", porque não é possível haver contenda ou litígio onde há, ao mesmo tempo, ausência de direito violado. (...) Dividindo-se, com efeito, a jurisdição em contenciosa e administrativa, ocorrendo a primeira quando a relação de direito é conflitante, verificando-se a segunda quando existe plena comunhão de interesses, encontro de vontades que não se contrapõem, ou, quando contrapostas, o interessado não tem a respectiva *actio* que o proteja; notando-se, por outro lado, que a Administração exerce, por excelência, funções estranhas à função jurisdicional, afeta esta ao Judiciário — é claro que, à primeira vista, os dois termos da expressão "contencioso administrativo" são incompatíveis".