



A FUNÇÃO CONSULTIVA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, NA APRECIÇÃO EM TESE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO, E CONTRIBUTOS DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA

Jonas Faviero Trindade¹

RESUMO: Os Tribunais de Contas possuem uma relevante competência legal, ainda desconhecida de boa parte da sociedade e da própria Administração Pública. Trata-se de sua função consultiva, de caráter preventivo à concretização de um erro administrativo, na qual as Cortes de Contas, após provocação de uma consulta elaborada por uma autoridade legitimada, sobre matéria de competência do Órgão de Controle Externo, se manifesta em caráter de orientação, pré-julgando a tese, sem adentrar em casos concretos. No exercício dessa atribuição, invariavelmente os dispositivos legais ou regulamentares, que fundamentaram a dúvida na aplicação do direito, devem ser apreciados em face da Constituição Federal. Assim sendo, inicialmente objetiva-se responder: É possível, e sobre qual fundamentação, a apreciação em tese da constitucionalidade leis e atos do Poder Públicos pelas Cortes de Contas? A outra questão a ser investigada é: Quais as contribuições preliminares da teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, para o exercício dessa função pelos Tribunais de Contas?

Palavras-chave: Agir comunicativo; Apreciação de Constitucionalidade; Procedimento de Consulta.

ABSTRACT:

The Audit Courts have a relevant legal competence, yet unknown to much of society and Public Administration. This is its advisory function, preventive the implementation of an administrative error in which the accounts of Cortes, after provoking a query prepared by claimants body on matters within its competence,

¹ Jonas Faviero Trindade é Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa da linha do Constitucionalismo Contemporâneo: Observações Pragmático-Sistêmicas dos Serviços Públicos – Coordenado pelo Professor Janriê Rodrigues Reck. É Auditor Público Externo, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: <jonas_1605@yahoo.com.br>.



is manifested in guidance character, pre-judging the thesis, without entering in specific cases. In the exercise of this assignment invariably the legal or regulatory provisions, which supported the doubt in the application of law must be assessed against the Federal Constitution. Thus, initially the objective is to answer: Is it possible, and on what basis, the appreciation in theory of constitutional laws and acts of the Public Power by Audit Courts? The other issue to be investigated is: What are the primary contributions of the theory of communicative action of Jürgen Habermas, for the exercise of that function by the Audit Courts?

Keywords: Assessment of the Constitutionality. Consultation Procedure. Communicative action.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um Estado Democrático de Direito é essencial que existam instituições de controle, a fim de evitar a malversação do dinheiro público, a observância da moralidade administrativa, da eficiência, da economicidade, da legitimidade e da legalidade, dentre outros princípios aos quais o administrador público está vinculado. Ou seja, é imprescindível que um Estado institua órgãos responsáveis pela fiscalização do agir estatal.

A associação entre controle e poder é indubitavelmente necessária, portanto, para que a atuação do Estado se coadune com os fins estabelecidos na Constituição da República. Nessa seara, objetiva-se, inicialmente, tecer algumas considerações acerca do Controle Externo, na perspectiva constitucional brasileira, assim como da atuação da Cortes de Contas, consoante se desenvolverá no primeiro capítulo deste artigo científico.

A seguir, no segundo capítulo, será tratada a função consultiva das Cortes de Contas, em especial com o escopo de verificar como se dá a apreciação da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, nesses casos, com o objetivo de responder a seguinte pergunta: É possível, e sobre qual fundamentação, a apreciação em tese da constitucionalidade leis e atos do Poder Públicos pelas Cortes de Contas?



O terceiro capítulo desenvolverá aspectos da teoria do agir comunicativo, do sociólogo alemão Jürgen Habermas, com o fito de verificar a compatibilidade de sua teoria comunicativa com o procedimento de consulta, objeto deste estudo. A finalidade é verificar as contribuições preliminares da teoria discursiva à função consultiva dos Tribunais de Contas, como forma de legitimação das decisões proferidas em sede de consulta.

A hipótese é que há uma apreciação em tese de constitucionalidade nos procedimentos de consulta. Quando ao segundo problema, conjectura-se que, a partir da teoria da ação comunicativa, caberia a utilização de discursos justificantes, sendo que a utilização do procedimento funcionaria como um aspecto legitimador das decisões proferidas em procedimentos de consulta.

A presente pesquisa é relevante para o direito e sociedade, ao pesquisar e analisar competências de órgãos de matriz constitucional, como os Tribunais de Contas, e por verificar, as contribuições do agir comunicativo ao procedimento em tela.

1. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRIBUNAIS DE CONTAS

Antes de adentrar na análise da função consultiva dos Tribunais de Contas, são necessárias as compreensões das atividades de controle do Estado e das competências dos Tribunais de Contas, a fim de tornar este estudo mais didático e proveitoso. Portanto, inicialmente será desenvolvido o tema afeto ao Controle Externo da Administração Pública.

A atuação estatal, portanto, envolve a administração do patrimônio público, assim como a gestão de dinheiro público, sendo que estas atividades podem levar os administradores públicos a incorrerem em abusos, tornando necessária a implementação de controles, passíveis de contenção do abuso de poder, o que é denominado de Controle da Administração Pública, de sorte que as democracias modernas se valem de instrumentos de controle mútuo entre as instituições (MILESKI, 2011).

A atividade de controle, nesse sentido, é essencial ao Estado Democrático de Direito:



A atuação estatal deve ser direcionada no sentido de realizar concretamente o Estado Democrático de Direito, figurando este, como um fato de legitimidade da atuação do Estado, exigindo um controle pleno da atividade financeira, em ordem a que a atuação estatal tenha por destinatário natural não as conveniências, humores ou interesses pessoais do caudilho de plantão, mas, sim, o de toda a coletividade que tem o direito e o dever de ser atendida pelo Estado.

O Estado Democrático de Direito cujo paradigma constitucional é a Lei Básica de Bonn, de 1949, põe a pessoa humana no epicentro ético do Estado e do Direito, cabendo a estes “*respeitá-la e protegê-la*”. Daí por que o entendimento do conceito do que vem a ser Estado Democrático de Direito exige a aferição da legitimidade e da licitude da atuação dos agentes e órgãos públicos, em ordem a viabilizar o controle da *juridicidade* de sua atuação. (ARAUJO, 2010, p. 248).

É possível a compreensão de que a atividade de controle objetiva limitar o poder, por meio de um sistema de regras, frise-se, a fim de que o órgão controlador não se torne o próprio poder (JACOBY FERNANDES, 2016).

Os sistemas de controle envolvem a fiscalização, atualmente, de todas áreas de atuação do Poder Público:

Modernamente houve uma valorização dos sistemas de controle, especialmente no âmbito público, com uma ampliação das formas de exercício do controle. Trata-se de uma atividade que envolve todas as funções do Estado, estando direcionada para o estabelecimento e a manutenção da regularidade e da legalidade administrativa, que procede a uma avaliação no sentido de evitar erros e distorções na ação estatal, buscando indicar procedimentos de reorientação para as falhas detectadas ou agindo na responsabilização dos agentes causadores dessas impropriedades legais, que ocasionam prejuízos à coletividade. (MILESKI, 2011, p. 170).

Em relação aos sistemas de controle externo, identificam-se sistemas distintos, a partir da observação da existência de uma “estrutura organizacional, com atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização e correção de atos” (JACOBY FERNANDES, 2016).

No ordenamento jurídico pátrio verifica-se a existência de sistemas de controle externo, que, quanto à sua natureza, podem ser classificados em judicial, legislativo e dos Tribunais de Contas (JACOBY FERNANDES, 2016).

O controle Judicial, em apertada síntese, é caracterizado como aquele que se desenvolve no âmbito do Poder Judiciário, quando instado, sendo um sustentáculo do Estado Democrático de Direito a existência desse controle, verificável, exemplificativamente, nas ações de habeas corpus, mandado de



segurança individual e coletivo, mandado de injunção e habeas data (MILESKI, 2011).

Em relação ao controle legislativo e dos Tribunais de Contas, algumas considerações são oportunas. As Cortes de Contas não integram o Poder Legislativo, incorrendo em equívoco a compreensão de que são órgãos auxiliares daquele Poder. Equívoco este que ocorre, principalmente, em função do texto constitucional, que dispõe no sentido de que “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete” (BRASIL, 1988).

A linguagem jurídica utilizada pelo constituinte pode ser interpretada a partir da teoria pragmática do significado. Assim sendo, considerando que no direito o ato de interpretar é uma decisão e que para Habermas a pragmaticidade é fundamental para a tomada de decisão:

[...] “só se consegue entender o que uma expressão significa quando os participantes possuem a capacidade de saber as condições de uso de uma determinada expressão, combinada com o domínio das obrigações que são geradas para posterior prosseguimento” (RECK, 2013, p. 273).

Reck ainda leciona no seguinte sentido:

A partir de Wittgenstein, diz que o significado de algo está vinculado com o ato de seguir uma regra. Aquele que segue a mesma regra forma o mesmo significado. Aquele que se desvia da regra de uso é criticado. Assim, quem afirma que o martelo serve para olhar as horas está desviando-se das regras socialmente generalizadas de uso dos referidos signos e pode, portanto, ser criticado por isto (RECK, 2013, p. 273).

Portanto, quando ocorre a comunicação de que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional, “com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete”, a interpretação de que há subalternidade entre Poder Legislativo e Tribunal de Contas viola uma regra de significação de linguagem.

Nesse sentido, o Poder Legislativo exerce um controle político e financeiro (MILESKI, 2011), sendo destacado por Araújo que, inobstante a classificação proposta por Jacoby Fernandes:

[...] é assente que o controle legislativo se divide em duas clivagens; a vertente política, confiada ao próprio Poder Legislativo, e a técnica, a cargo das Cortes de Contas que, embora situadas justapostas ao



Legislativo, não se constituem em órgãos subalternos (ARAUJO, 2010, p. 41).

Em suma, pode se concluir, desde já, que, inobstante a titularidade do controle externo ser do Poder Legislativo, existe um rol de competências constitucionais dos Tribunais de Contas, cujo teor envolve o exercício do Controle Externo da Administração Pública, prevista no artigo 71 da Constituição da República.

Acerca da função da competência, Reck compreende que visa diminuir a complexidade, visto que ela atenua as possíveis alternativas de decisão a serem proferidas por um órgão ou agente, considerando o Direito, de forma que há um alívio ao órgão/agente, por saber a temática acerca da decisão que deve adotar, aumentando a efetividade e especialização do órgão. (RECK, 2013). Desta forma, constata-se que a competência das Cortes de Contas para o exercício do controle externo permite a redução da complexidade do sistema jurídico, aumenta sua efetividade e permite uma especialização do órgão de controle.

O Supremo Tribunal Federal, em ação que envolvia a ampliação de competências do Tribunal de Contas do Paraná, para apreciar recursos de decisões interpostas contra decisões tomadas em processos administrativos, de matéria tributária, julgou a norma atacada como inconstitucional. No voto do Ministro Relator, argumentou-se que a atuação da Corte de Contas encontra limitação nas hipóteses previstas no texto constitucional. A ação direta de inconstitucionalidade em tela fora proposta pelo Governador do Estado, que sustentava que a norma atacada violava o princípio da separação de poderes. Em que pese o acolhimento pela inconstitucionalidade da norma ter sido unânime, cabe destacar trecho do voto do Ministro Carlos Ayres de Brito:

De outra parte, o que cabe aos tribunais de contas é cuidar de contas. Daí o nome tribunal de contas de cada um deles, no plano da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Esse tipo de recurso, de um órgão da administração estadual direta para o Tribunal de Contas do Estado não se inscreve em nenhuma das competências do Tribunal de Contas, porque não se cuida nem de gestão contábil, nem financeira, nem orçamentária, nem operacional, nem patrimonial. Em última análise, submeter um ato da Administração Direta – no caso administração fazendária – a uma corte de contas é uma **capitis diminutio** para a Administração Direta. Essa não tem vínculo recursal com o Tribunal de Contas, que está fora dela, está fora desta administração. Tem sua ontologia constitucional, seus processos, até os chamados processos de contas, que não têm caráter rigorosamente administrativo ou jurisdicional. (BRASIL, 2008).



Da análise do teor da decisão, entende-se que a argumentação do Ministro Ayres Brito ilustrou de forma precisa que a competência atacada na ação direta de inconstitucionalidade era inconstitucional não por violar a simetria, mas pelo conteúdo da norma envolver competência desatrelada das competências de controle externo.

2. FUNÇÃO CONSULTIVA DAS CORTES DE CONTAS E APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO

Após essa abordagem preliminar, doravante analisar-se-á a função consultiva dos Tribunais de Contas. A Corte de Contas Federal, por exemplo, possui essa função consultiva, prevista na Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que já foi reconhecida válida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.691-7/DF:

O artigo 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, é expresso no sentido de a resposta à consulta ter caráter normativo e constituir prejulgamento da tese, razão aliás, por que essa Corte de Contas determinou a remessa de cópia das Decisão em causa ao Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado para que, evidentemente, fosse observada por toda a Administração Pública. É, portanto, a Decisão em causa ato normativo susceptível de controle de constitucionalidade por meio de ação direta. (BRASIL, 1997).

A elucidação de dúvidas do Administrador Público, por meio do procedimento de consulta, no âmbito do Tribunal de Contas, é uma função do sistema de controle externo, que, por vezes, supre uma carência de qualificação profissional de alguns municípios, ao ofertar um esclarecimento técnico, evitando a concretização de falhas que causem prejuízos ao erário público, sendo pertinente ainda destacar que a resposta a essas consultas não configuram pré-julgamento do caso concreto, mas somente da tese (MILESKI, 2011).

Jacoby Fernandes destaca a função consultiva das Cortes de Contas:

Uma das mais importantes funções do Tribunal de Contas é a de responder consulta.

Como regra, as máximas autoridades dispõem de órgão de consultoria jurídica e de controle interno que podem prestar o serviço especializado nessas áreas. Ocorre que, dada a especificidade da ação do controle



externo e a complexidade da matéria, por vezes a prévia interpretação da norma ou da tese trona-se extremamente recomendável.

Em termos de eficiência da Administração Pública, nada melhor para aqueles que lidam com finanças públicas do que ter previamente a interpretação do órgão de controle externo. Para esses, a ação preventiva resultante tem mais largo alcance, porque o controle orientador é muito mais eficiente do que o repressivo.

O Poder Legislativo, ao elabora a lei orgânica que vai reger um Tribunal de Contas, dispensa, porém, a esse tema menor importância, transferindo para o poder regulamentar do regimento interno da Corte de Contas o disciplinamento de requisitos. (2016, p. 324).

Tal competência, portanto, pode ser um importante procedimento a fim de que a Administração Pública, em seu agir, atue na forma prevista na Constituição Federal, a partir da orientação da Corte de Contas. Isso pois, não raras vezes, a dúvida do consultante envolve exatamente a interpretação da Constituição, de sorte que cabe ao órgão de controle elucidar a dúvida suscitada por meio de um Parecer.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, por exemplo, estipula que as consultas, “devem conter a indicação precisa de seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assessoria técnica ou jurídica da autoridade consultante” (RIO GRANDE DO SUL, 2015). Ou seja, parte-se da premissa de que o órgão do qual se origina apresenta sua interpretação da constituição, quando o objeto de dúvida envolver matéria constitucional, evidentemente, para a posterior interpretação e orientação da Corte de Contas.

Nesse panorama de apreciação da constitucionalidade de leis pelos Tribunais de Contas, vale ressaltar que a Súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal, dispõe no seguinte sentido: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (BRASIL, 1963). Não se desconhece, todavia, que a mencionada súmula é criticada e afastada, em julgamentos monocráticos da Suprema Corte, inobstante não ter sido cancelada até o momento, a exemplo do julgamento do Mandado de Segurança nº 25.888/DF, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais,



ormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual *“o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”*. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (BRASIL, 2006).

Com a devida vênia ao posicionamento acima, a possibilidade do Tribunal de Contas interpretar a constituição, em abstrato ou incidentalmente, pode ser estudada a partir de uma perspectiva de pluralização do universo dos intérpretes, visto que essa concepção aberta de intérpretes propicia um amplo debate da comunidade acerca de questões constitucionais:

Sem embargo, é um erro grave pretender que o Poder Judiciário ou o Supremo Tribunal Federal seja o intérprete exclusivo da Constituição. Na verdade, a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre corte constitucional, outros órgãos do Judiciário, Parlamento, governo, comunidade de cidadãos, entidades da sociedade civil e academia. Há também interpretação constitucional fora dos processos judiciais, como, por exemplo, na atividade desempenhada quotidianamente pelo Legislativo e nos debates travados por diferentes atores sociais na esfera pública informal. A interpretação constitucional é, na verdade, obra do que Peter



Häberle denominou “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 400).

Ainda que pretérito, é elucidativo o seguinte trecho da decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372/CE, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do estado” (BRASIL, 1961).

Acerca da competência dos Tribunais de Contas, de apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, Jacoby Fernandes assinala:

Não pretende o Tribunal de Contas julgar a constitucionalidade de lei com o mesmo objetivo do Excelso Supremo Tribunal Federal. O Supremo julga leis, dizendo de seu valor objetivo em nosso ordenamento jurídico. Vale dizer, a competência do Supremo Tribunal Federal abrange a própria lei, emprestando-lhe validade, ou suprimindo a sua existência no campo da realidade jurídica. O Tribunal de Contas, por outro lado, aprecia a constitucionalidade. Não é o fato de ser incidental, ou não, que retira a faculdade do julgamento, o que importa é que o efeito decorrente deste, diversamente do que o Supremo Tribunal impõe, é tão-somente o de conduzir a interpretação da lei a parâmetros centrados na Constituição Federal, sem, de fato, implicar efeito objetivo sobre a norma (JACOBY FERNANDES, p. 317).

Ou seja, com fundamento na abertura dos intérpretes da Constituição poderia se justificar a possibilidade de o Tribunal de Contas efetuar uma apreciação de constitucionalidade de lei em tese, na qual fosse possível a declaração de inaplicabilidade de uma lei ou ato do Poder Público. Soma-se ainda o argumento de que o órgão de Controle Externo deve ter mecanismos de evitar que prejuízos sejam verificados no âmbito da Administração Pública, quando verificada a possibilidade de exercer um controle preventivo. Com isso, ademais, não se usurpa a competência do Poder Judiciário de, definitivamente, declarar a inconstitucionalidade de leis.

Nesse sentido:

Sobre a não competência para o controle abstrato de *qualquer preceito normativo*, é importante observar o que dispõe a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Art. 1º. Ao Tribunal de Contas da União, órgão de Controle Externo, compete, nos termos da Constituição Federal, e na forma estabelecida nesta Lei



[...]

XVII – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

[...]

Fica assim, evidenciada a competência do Tribunal para o exame de preceito normativo, inclusive em tese, como é o exemplo da consulta. (JACOBY FERNANDES, p. 312-313).

Assim sendo, constata-se que a função consultiva permite que as Cortes de Contas apreciem a constitucionalidade, em tese, de leis e atos do Poder Público. A atividade se caracteriza por ser um meio de controle preventivo ao cometimento de erros pelos gestores públicos, ao fornecer uma orientação prévia.

3. CONTRIBUIÇÕES PRELIMINARES DA AÇÃO COMUNICATIVA PARA OS PROCEDIMENTOS DE CONSULTA

Parte-se agora para a análise das possíveis contribuições, em uma análise preliminar, que a ação comunicativa poderia oferecer ao procedimento de consulta dos Tribunais de Contas. Conforme já exposto, no procedimento em estudo são aventadas dúvidas acerca da aplicação de dispositivos legais e regulamentares, que serão analisados pelas Cortes de Contas, sem descuidar de da verificação da compatibilidade vertical das leis e atos do Poder Público com a Constituição Federal.

Após a denominada *linguistic turn*, “a linguagem assume a condição de tornar acessíveis as coisas no mundo através de seus significados, ultrapassando as ideias essencialistas da coisa em si mesma” (RECK; BITTENCOURT, 2015, p. 25). Ou seja, a linguagem deixa de ser apenas designativa de objetos, consoante a tese fundamental platônica, e passa a ser constitutiva da experiência humana (ALMEIDA; RECK, 2013). A reviravolta linguística se caracteriza pelo uso exclusivo da linguagem, como *médium* para o entendimento, de forma que a justificação filosófica não será mais a essência ou a representação da consciência, mas sim as expressões linguísticas e seus



significados, exigindo uma comunicação intersubjetiva, que se orienta por atos de fala, ou seja, afasta-se de um monólogo solitário e solipsista (BOLZAN, 2005). Com o paradigma linguístico-pragmático, as normas jurídicas devem ser justificadas, quanto a sua legitimidade, por meio de discursos de fundamentação e de argumentos articulados (ALMEIDA; RECK; 2013).

A Teoria dos Atos de Fala, proposta por Austin, ao perceber que os enunciados performativos indicam uma ação no momento em que enunciamos um ato de fala, que, por sua vez, se caracteriza por dimensões locucionárias (um procedimento linguístico complexo, proveniente da ação humana), ilocucionárias (ao praticar um ato de fala, o indivíduo realiza algo) e perlocucionária (o sujeito falante provoca, ao se expressar linguisticamente, efeitos nos pensamentos, sentimentos e nas ações dos ouvintes), auxiliam a reduzir a concepção da linguagem como mero instrumento designativo das coisas (ALMEIDA; RECK, 2013).

Nessa perspectiva, Habermas propõe um modelo de ação comunicativa que visa alcançar o entendimento mútuo, por meio da linguagem, sendo indispensável um processo discursivo, de forma que essa ação social se contrapõe a uma ação estratégica, a qual se caracteriza por envolver a comunicação somente daqueles que atuam com a finalidade de realizar seus próprios interesses (BANNEL, 2006). Assim sendo, o direito, considerando a intersubjetividade (consideração do outro), a partir do paradigma linguístico-pragmático, não é mais percebido como o resultado das fontes de poder, que é válido simplesmente porque observou requisitos formais de validade jurídica e com abstração do seu conteúdo, como verificável no positivismo jurídico (ALMEIDA; RECK. 2013).

A democracia deliberativa habermasiana impõe a observância de procedimentos e pressupostos comunicacionais, de forma institucionalizada:

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimentos e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escaudouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. (HABERMAS, 2007, p. 290).

A abertura de um procedimento inclusivo, por meio de um debate público e argumentativo, a partir da concepção de democracia deliberativa, expõe uma



oposição às decisões fundamentadas em um paradigma mentalístico ou metafísico:

[...] a concepção de democracia de Habermas, transposta ao campo específico do direito, não mais aceita decisões judiciais travadas apenas no espaço monástico, individual e autossuficiente do juiz, alheio ao debate público e descompromissado com um procedimentalismo discursivo que deverá informar o processo judicial. Somente pela via de um procedimento consensual entre todos os interessados é que se estabelecerá de forma legítima qual o direito pleiteado, ao invés da formação de juízo a partir da lei meramente impositiva ao caso em questão e não perpassada por um espaço de consenso de significação. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 50).

Assim sendo, na perspectiva procedimental se verificaria “a participação de cidadãos (daí falar-se de uma nação de cidadãos) capazes de produzir um agir comunicativo, entendido como um discurso orientado ao entendimento” (HENNING LEAL, 2007, p. 136). Nesse sentido, propugna-se que a ação comunicativa deve apresentar argumentos, ser inclusiva, sem coação e com igual chance de contribuição para todos.

Sendo o discurso jurídico um discurso prático, cabe observar o princípio do discurso, conhecido como “D”, que nas palavras de Habermas, significa: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2012, p. 142).

Ademais, é possível observar a inclusão princípio democrático no princípio do discurso, quando institucionalizado pelo direito:

Ainda, diga-se que a observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação. Para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do entendimento mútuo e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos. O pluralismo, característico desse momento histórico, requer ampla discussão e debate acerca dos conteúdos, dos conceitos e das práticas da comunidade, que será afetada individual e coletivamente. Nesse aspecto, as normas sociais que até poderiam ser observadas, de certa forma, simplesmente pelo fato de existirem, serão colocadas à discussão na esfera pública e em torno delas discutirão sua pretensão de validade. Dito de outro modo: a validade que antes era dada por outros meios, como autoridade, carisma, religião passa a ser dada através de sua fundamentação, pois nesse processo de agir comunicativo voltado ao entendimento mútuo é que ocorre a integração social. (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 27).



Klaus Günther compreende que nos discursos de fundamentação o que deve ser acentuado é a própria norma, não se levando em conta a aplicação concreta diante da particularidade de cada situação, sendo relevante se é do interesse de todos observar a regra. De outro modo, no discurso de aplicação, a particularidade de cada uma das situações é relevante (GÜNTHER, 2011).

O jurista alemão ainda oferta uma diferenciação entre o princípio da universalização, ou “U”, em uma versão forte ou fraca.

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.

[...]

Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, 2011, p. 30).

Portanto, constata-se que o procedimento de consulta, em virtude de sua aproximada semelhança com o controle abstrato de constitucionalidade, exige um discurso de fundamentação, valendo-se do princípio democrático e do princípio da universalização, em sua versão fraca, em virtude de sua abstração e generalidade. Exatamente a partir da guinada linguística, é possível a percepção da potencialidade da razão comunicativa, como forma de legitimar o direito a partir da intersubjetividade e pela busca de entendimento recíproco.

NOTAS CONCLUSIVAS

Neste trabalho, foi identificada a função consultiva dos Tribunais de Contas como uma importante competência do Controle Externo, pois visa se antecipar ao cometimento de atos que causem danos ao erário público. Portanto, ainda que não esteja expresso no texto constitucional, é possível a justificação de que essa competência está intrinsecamente relacionada com as funções de controle, exercidas pelas Cortes de Contas, em especial em sua forma preventiva.



Ademais, restou comprovada a hipótese no sentido de que, no procedimento de consulta, é possível que os Tribunais de Contas efetuem uma apreciação em tese de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Essa constatação, com fundamento em uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, evita que ao exercer suas competências constitucionais, o Órgão de Controle Externo tenha que silenciar-se diante de uma inconstitucionalidade.

Quanto ao segundo aspecto abordado neste artigo, qual seja, as contribuições preliminares da teoria habermasiana à função consultiva em estudo, verificou-se que a utilização de um procedimento comunicativo, baseado em uma racionalidade comunicativa, pode contribuir para a legitimidade das decisões proferidas nos procedimentos de consulta.

Observou-se que o princípio da democracia é produto do vínculo existente entre o princípio do discurso e sua institucionalização pela forma jurídica. Nas respostas às consultas direcionadas aos Tribunais de Contas, caberia um retorno aos discursos de justificação, em virtude de sua abstração e generalidade, a fim de se implementar um processo de legitimação do direito, visto ser este um aspecto central da teoria habermasiana.

Este ainda é um trabalho de pesquisa embrionário, que objetiva uma reflexão sobre o aproveitamento de elementos da teoria do agir comunicativo pelos Tribunais de Contas, no exercício dessa importante função consultiva.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. E; RECK, J. R. Direito e Ação Comunicativa: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmático de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito. 1. ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2013.

ARAÚJO, Julio Cesar Manhães. *Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá Editroa, 2010.

BANNEL, Ralph Ings. Habermas & a Educação. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2006.

BITENCOURT, C.M.; RECK, J.R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadores). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

BOLZAN, Jose. Habermas: Razão e Racionalização. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 523-5/PR. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília: 03 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555511>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.691-7/DF (Medida Liminar). Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília: 30 out. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347214>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.888/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782467/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25888-df-stf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372/CE. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em:



<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>.
Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 347. Editada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 05 out. 2016.

CADEMARTORI, L.H.U; DUARTE, F.C. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume I, 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HENNING LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

RECK, J. R.. *Observação Pragmático-Sistêmica da Competência enquanto Decisão Coordenadora de Ações*. In: Álvaro Sácnhez Bravo, Marli Marlene Moraes da Costa, Mônia Clarissa Hennig Leal e Ricardo Hermany. (Org.). *Derechos Sociales en Tiempos de Crisis*. 1ed. Sevilla: Punto Rojo Libros, SL, 2013, v. 1, p. 251-282.

RECK, J. R.; ALMEIDA, A. E. *Direito e Ação Comunicativa: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmático de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. Resolução nº 1.028, de 04 de março de 2015. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado. Disponível em:
<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/2NovoRIR1028Ret.pdf>. Acesso em: 05 out. 2016.

XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS
PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
& IX MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS



Realização:



Patrocínio:



ISSN 2358-3010

2016

SOUZA NETO, C.P. de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.