

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Jonas Faviero Trindade

**A FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO
SUL: REFLEXÕES ACERCA DOS DISCURSOS E DOS DEVERES DE
ABERTURA PROCEDIMENTAL A PARTIR DAS TEORIAS DISCURSIVAS E
DEMOCRÁTICAS DE JÜRGEN HABERMAS**

Santa Cruz do Sul

2017

Jonas Faviero Trindade

**A FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO
SUL: REFLEXÕES ACERCA DOS DISCURSOS E DOS DEVERES DE
ABERTURA PROCEDIMENTAL A PARTIR DAS TEORIAS DISCURSIVAS E
DEMOCRÁTICAS DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

Santa Cruz do Sul

2017

T833f	<p>Trindade, Jonas Faviero</p> <p>A função consultiva do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul : reflexões acerca dos discursos e dos deveres de abertura procedimental a partir das teorias discursivas e democráticas de Jürgen Habermas / Jonas Faviero Trindade. – 2017.</p> <p>143 f. ; 30 cm.</p> <p>Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.</p> <p>1. Habermas, Jürgen, 1929-. 2. Democracia deliberativa. 3. Tribunais de contas. 4. Rio Grande do Sul. Tribunal de Contas. I. Reck, Janriê Rodrigues. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 352.14</p>
-------	--

Bibliotecária responsável: Jorcenita Alves Vieira - CRB 10/1319

Jonas Faviero Trindade

**A FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO
SUL: REFLEXÕES ACERCA DOS DISCURSOS E DOS DEVERES DE
ABERTURA PROCEDIMENTAL A PARTIR DAS TEORIAS DISCURSIVAS E
DEMOCRÁTICAS DE JÜRGEN HABERMAS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor orientador – UNISC

Dra. Caroline Müller Bitencourt
Professora examinadora – UNISC

Dr. Emerson Gabardo
Professor examinador – PUC-PARANÁ

Santa Cruz do Sul

2017

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar aqui umas palavras de gratidão a todas essas pessoas que são muito especiais na minha vida.

Agradeço minha família, em especial meus pais, Iole Maria Faviero Trindade e Paulo Cesar Grecilo Trindade, pelo amor e liberdade que sempre me deram para seguir meus sonhos. Meu irmão, Gabriel Faviero Trindade, por me lembrar de não deixar de sonhar nunca.

Agradeço meus colegas do mestrado, pelos momentos inesquecíveis nessa jornada acadêmica. Especialmente para a Ana Helena Scalco Corazza, que me despertou o interesse pelo mestrado e foi uma grande parceira, e ao Alcione de Almeida, que se tornou um grande irmão.

Agradeço aos professores do Programa de Mestrado e Doutorado da UNISC, que compartilharam seus conhecimentos de forma tão solidária.

Agradecimentos especiais ao meu orientador, professor Janriê Rodrigues Reck, por me apresentar o mundo habermasiano, e à professora Caroline Bitencourt, pela inspiração e troca contínua.

Agradeço meus colegas do Tribunal de Contas, em especial ao Evandro Homercher, pelas nossas conversas enriquecedoras, e à Fernanda Nunes, pelo apoio incondicional ao estudo e pela nossa linda amizade.

Gratidão aos queridos Bruno Prates, Maicon Crestani, Thiago Prusokowski, Bernardo Dresch, Erick Lisboa, Agemir Marcolin, Mateus Lazzari, Paula Joelsons, e Nathalia Eugênio, pela parceria nesses tempos de pesquisa, pelas sugestões e por todo carinho.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a investigar a função consultiva do Tribunal de Contas, valendo-se da matriz teórica de Jürgen Habermas, em especial a teoria do discurso e concepções sobre democracia deliberativa. A pesquisa vincula-se a uma análise contemporânea e pretende analisar a função consultiva no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. As consultas, objeto dessa investigação, permitem que determinadas autoridades formulem perguntas ao Tribunal de Contas, com o objetivo de esclarecer dúvidas acerca da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, quando se tratar de matéria objeto de fiscalização do mencionado órgão de controle. Assim sendo, observa-se que se trata de uma apreciação em tese da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, guardando uma relativa proximidade com o controle abstrato de constitucionalidade desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário. O objetivo geral da pesquisa é investigar as contribuições e os possíveis instrumentos de abertura dessa função, a partir da matriz teórica escolhida, de forma a analisar se a abertura é um dever da Corte de Contas. O problema que se pretende responder é: como a teoria do discurso pode contribuir para a formação dos proferimentos do Tribunal de Contas e, com base na matriz teórica eleita, se é um poder ou um dever a abertura democrática no exercício da função consultiva, pensando-se em termos de legitimidade? A hipótese é no sentido de que, ante os pressupostos da teoria do discurso, tais como o princípio do discurso e princípio democrático, assim como os tipos de discursos e as condições procedimentais, se evidencia um dever constitucional de promover abertura da função consultiva do Tribunal de Contas, a fim de assegurar legitimidade às respostas. O método escolhido para a pesquisa é o hipotético-dedutivo, o método de procedimento o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Quanto aos resultados da pesquisa, observou-se, no primeiro capítulo, que a função consultiva é uma competência infraconstitucional, cuja resposta objetiva coordenar ações dos jurisdicionados e do Tribunal de Contas, sendo uma espécie de controle preventivo, dotada de normatividade e não revestida de definitividade. Foi possível constatar, no segundo capítulo, que o tipo de pergunta demandará uma espécie de discurso. Dessa forma, verificou-se que quanto maior a abstração da pergunta formulada, maior a necessidade de um discurso de justificação, formado por argumentos morais, éticos, pragmáticos, além daqueles próprios de um exame preventivo de constitucionalidade, sendo que em outros questionamentos, cuja descrição os tornam mais próximos de uma situação concreta, o discurso de aplicação se torna mais evidente. Além disso, constatou-se que os destinatários das respostas não têm oportunidade de participar da interação argumentativa no procedimento regimentalmente estatuído. Por tais razões, constatou-se a possibilidade de ocorrer um déficit de legitimidade nas respostas, em determinadas situações. Assim sendo, no terceiro capítulo, valendo-se dos pressupostos da democracia deliberativa, aliada à teoria discursiva, sem descuidar da existência de uma comunidade aberta de intérpretes da constituição, verificou-se a possibilidade de ampliação dos legitimados a formular consultas, assim como da utilização de mecanismos de abertura como *amicus curiae* e audiências públicas. Dentre os resultados desta parte da pesquisa,

constatou-se que a abertura procedimental permite uma aproximação com a esfera pública, maior aceitabilidade das respostas, maior possibilidade de atingimento dos fins ilocucionários, além de possibilitar um controle das respostas pela racionalidade. Além do mais, a abertura aumenta a legitimidade das respostas e assimila instrumentos de abertura que são utilizados pelo Poder Judiciário, quando realiza o controle abstrato de constitucionalidade. Portanto, a hipótese se confirmou, visto que a partir da identificação dos discursos e das contribuições da teoria discursiva foi permitido evidenciar um dever de abertura do procedimento consultivo.

Palavras-chave: Democracia deliberativa. Habermas. Procedimento de Consulta. Teoria do discurso. Tribunal de Contas.

ABSTRACT

This paper proposes to investigate the consultative role of the Federal Court of Accounts, drawing on Jürgen Habermas, particularly on his discourse theory and conceptions of deliberative democracy. The investigation is associated to contemporary analysis and intends to analyse the consultative role of the Federal Court of Accounts of Rio Grande do Sul. The object of this investigation, consultations, allow particular authorities to ask the Court of Accounts questions about the interpretation and application of the juridical order, when the question is the review of the mentioned regulating body. Therefore, we observe that it is appreciation of the constitutionality of laws and acts of the Public Power, keeping relative closeness to the abstract control of constitutionality developed in the sphere of the Judicial Branch. The question we want to ask is how the discourse theory can contribute to the formation of the Court of Accounts utterances and, according to the theory we have chosen, whether political opening in the consultative role in terms of legitimacy is power or duty. The assumption follows the sense that, before the presupposition of the discourse theory, such as the principle of discourse and the democratic principle, as well as the types of discourse and conditions for procedure, evince constitutional duty to promote the introduction of the Court of Accounts' consultative role in order to keep answers legitimate. The chosen research method was the hypothetico-deductive, the method of procedure was the monograph, and the research techniques were bibliographic and jurisprudential researches. As for research results, in the first chapter we have found that the consultative role is an infra-constitutional competence aiming to coordinate actions of adjudicators and the Court of Accounts, so that it is a kind of preventive control with normativity and not provided with definiteness. In the second chapter, we have found that this question requires a kind of discourse. Thus, we have seen that the more the question is abstracted, the more we need a discourse of justification formed with moral, ethical and pragmatic arguments, apart from those proper in a preventive exam of constitutionality, while in other questions in which the description is closer to a concrete situation, the applying discourse becomes more evident. Moreover, we have found that the answers' addressees do not have the opportunity to take part in the argumentation in the legal procedure. So we have found the possibility of lack of legitimacy in answers in particular situations. Thus in the third chapter, drawing on deliberative democracy presuppositions, associated to the discourse theory, with disregarding the existence of a community open to interpretations of the constitution, we have verified the possibility to increase the number of subjects to ask for advice, as well as using mechanisms such as *amici curiae* and public hearing. Among the results for this part of the investigation, we have found that the procedure opening allows approaching the public sphere, more acceptability of answers, more opportunity to achieve the illocutionary targets, and controlling answers by reasonability. Furthermore, such opening increases legitimacy for answers assimilating opening instruments used by the Judicial Branch, when constitutionality is controlled abstractly. Therefore, the assumption is confirmed once it was possible to evince a duty of opening of consultation procedure by identifying discourses and contributions of the discourse theory.

Keywords: Consultation Procedure. Court of Accounts. Deliberative democracy. Discourse theory. Habermas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS E ASPECTOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DA FUNÇÃO CONSULTIVA NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS E ATOS DO PODER PÚBLICO.....	14
2.1	Do controle no Estado Democrático de Direito	14
2.2	Compreensões sobre o Controle no Brasil: uma abordagem necessária para a posterior justificação da função consultiva.....	17
2.3	Considerações acerca dos Tribunais de Contas	24
2.4	Competências constitucionais expressas do Tribunal de Contas	28
2.5	Identificação e justificação da função consultiva do Tribunal de Contas	35
2.6	Procedimento de consultas: dialogando com o controle concentrado de constitucionalidade	44
3	AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DISCURSO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS NA APRECIÇÃO EM TESE DE LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO.....	49
3.1	Fundamentação filosófica para a utilização da teoria do discurso no procedimento consultivo do Tribunal de Contas	49
3.2	Breves considerações sobre a Teoria dos Atos de Fala na Filosofia da Linguagem e as repercussões nos proferimentos do Tribunal de Contas	53
3.3	Pressupostos teóricos para a contribuição da Teoria do Discurso na função consultiva do Tribunal de Contas, em situações de apreciação em tese da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público	61
3.4	Compreensões para a distinção entre os discursos de fundamentação (justificação) e de aplicação.....	67
3.5	Mas afinal, qual o discurso do Tribunal de Contas no procedimento consultivo?.....	69
3.5.1	Caso n° 1 - Tempo de serviço público para aposentadoria	70
3.5.2	Caso n° 2 - Teto constitucional municipal e acúmulo de remuneração de cargo comissionado e proventos de aposentadoria pagos por regime próprio de previdência social	77
3.5.3	Considerações a partir dos casos analisados.....	87
4	A ABERTURA DO PROCEDIMENTO CONSULTIVO E DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: AS CONTRIBUIÇÕES DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	91
4.1	Considerações preliminares acerca da Democracia Deliberativa em Jürgen Habermas	92

4.2	A abertura dos espaços de deliberação e argumentação institucionalizados: a interpretação democrática e constitucional e a esfera pública.....	95
4.2.1	Fundamentação para a ampliação dos legitimados a consultar	98
4.2.2	As experiências a partir do <i>amicus curiae</i>	106
4.2.3	As audiências públicas	113
4.3	O processo de abertura nos casos das consultas ao Tribunal de Contas: um dever constitucional?	118
	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta trata de uma investigação sobre a função consultiva do Tribunal de Contas, o que se fará elegendo como matriz teórica a teoria discursiva, assim como as concepções de democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

O tema proposto vai além da mera descrição do que consiste a função consultiva, haja vista que a eleição da matriz teórica possibilita uma postura reflexiva e crítica acerca do que consiste tal função, quais suas conexões, as espécies de discurso e, principalmente, indica como as contribuições da matriz eleita servem para investigar e propor formas de abertura do processo de decisão, que comportem as condições ideais do discurso, obviamente em uma forma aproximativa. Para tanto, o caminho que se seguirá, embora centrado em uma análise eminentemente jurídica-teorética, contará, inclusive, com contribuições de outras experiências já verificáveis no sistema constitucional pátrio, no caso, o controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte.

A função consultiva em sua gênese possui particularidades que em certos momentos torna possível vislumbrar certa semelhança com uma função legiferante, bem como, em outras, uma função de aplicação, aproximando-se então de uma função judicante. Diante de tais peculiaridades a observação sobre a função consultiva precisa ser complexa o suficiente para dar conta das nuances, das multiplicidades de fatores e atores envolvidos no processo, que vai desde o consulente, aos funcionários públicos, aos jurisdicionados, não apenas restrito àqueles envolvidos em um processo de consulta específico, mas sim até sua projeção e à postura do Tribunal, que determinará situações da administração pública que decorreram dela.

Para este trabalho, esta é uma questão que não encontra uma solução em abstrato e seria pretensioso ou mesmo ingênuo imaginar um modelo que pudesse se adequar às infinitas situações fáticas que podem se apresentar em uma consulta. Através de alguns casos se apresentarão categorias que devem ser observáveis sempre que se apresente uma consulta. Como tais categorias serão aplicadas e aproveitadas, dependerá da situação concreta. Note-se, portanto, que a presente

dissertação trata de procedimento, o procedimento adequado ao exercício legítimo da função consultiva.

O trabalho está permeado, ao longo do texto, de contribuições da matriz teórica eleita, tendo como principal expoente Jürgen Habermas e alguns de seus interlocutores, perfazendo a delimitação teórica da presente dissertação. Com a eleição dessa matriz, quer-se demonstrar que toda forma de decisão em um Estado de Direito deve ser democrática e legítima, e por legítimo se entende a formação de juízos racionais os quais necessitam da respeitabilidade das regras do discurso a partir de procedimentos institucionalizados, no caso, no processo de consulta ao Tribunal de Contas.

Em relação à limitação temporal, vincula-se a uma perspectiva de análise contemporânea, uma vez que a função consultiva passa a ter espaço com a Constituição Cidadã, ou seja, tem sustentação constitucional, mas apresenta como marco normativo o estabelecido pela Lei Estadual n° 11.424, de 6 de janeiro de 2000, assim como o previsto no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Resolução n° 1.028, de 4 de março de 2015. Portanto, a análise se dará no cenário brasileiro, e os casos que serão explicitados ao longo do texto, serão do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, local de atuação profissional do presente mestrando.

Discorrido acerca das questões preliminares, o objetivo geral da pesquisa é: investigar as contribuições e os possíveis instrumentos de abertura da função consultiva do Tribunal de Contas na apreciação em tese de leis e atos do poder público a partir das contribuições da matriz discursiva que pressupõe processos institucionalizados de deliberação para a tomada de decisão, analisando se está se tratando de um poder ou um dever no âmbito da função consultiva.

A problemática que permeia a presente pesquisa tem um fundo teórico e outro prático. Enquanto fundo teórico, busca refletir o conceito e a função da função consultiva do Tribunal de Contas, identificando possíveis semelhanças e contribuições advindas do controle concentrado de constitucionalidade. Para agregar complexidade à observação da função consultiva, também é problema da presente dissertação encontrar uma matriz de fundamentação adequada para a compreensão dos discursos emanados na função consultiva, bem como, em que condições deverá se dar a tomada de decisão. Tudo como um caminho necessário ao enfrentamento

de um problema de ordem prática, qual seja, discutir a viabilidade e a necessidade de abertura do processo de consulta no Tribunal de contas, propondo possíveis instrumentos, para ao final, e com base na matriz eleita, discutir se é um poder ou um dever do Tribunal de Contas no âmbito da função consultiva.

Resumidamente o problema da presente dissertação é: compreender como a teoria do discurso pode contribuir para a formação dos proferimentos do Tribunal de Contas e, com base na matriz teórica, esclarecer se é um poder ou um dever a abertura democrática no exercício da função consultiva, pensando-se em termos de legitimidade?

A hipótese que conduz essa investigação é de que ante os pressupostos da teoria discursiva, tais como o princípio do discurso e o princípio democrático, os tipos de discursos, e, especialmente as condições do discurso em nível procedimental, o Tribunal de Contas no âmbito da função consultiva de leis em tese e atos do poder público, necessita da abertura democrática para fomentar institucionalmente processos deliberativos que tem o condão de legitimar as decisões em termos de racionalidade comunicativa, perfazendo um poder dever do Tribunal de Contas a aceitação e viabilidade de espaços de abertura, deliberação e argumentação de forma institucionalizada.

Quanto à linha de pesquisa a que se vincula a dissertação é possível visualizar profunda pertinência com a linha do Constitucionalismo contemporâneo, visto que aborda o estudo do controle de constitucionalidade e de uma competência de órgão de matriz constitucional, bem como com a linha de pesquisa do professor orientador, Janriê Rodrigues Reck, que possui tradição no estudo das competências administrativas e serviços públicos, para além da vinculação com a matriz eleita.

Considerando a pouquíssima construção acadêmica sobre a matéria, compreende-se pela pertinência de aprofundar as pesquisas acerca dessa competência consultiva. Justifica-se a pesquisa, portanto, para o Direito, na medida em que amplia o debate sobre as competências das Cortes de Contas, em especial a função consultiva. O assunto também é relevante para a sociedade, ao identificar procedimentos que privilegiam o princípio democrático no âmbito do controle externo.

No primeiro capítulo, objetiva-se realizar um breve resgate histórico, a fim de contextualizar a atividade de controle externo no Estado Democrático de Direito.

Ainda, serão abordadas algumas premissas acerca do controle externo, sem prejuízo do estudo acerca das competências constitucionais dos tribunais de contas. Ainda nessa parte inicial da pesquisa, objetiva-se identificar e justificar criticamente a função consultiva, assim como suas principais características, além de sua aproximação com o controle abstrato de constitucionalidade.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se desenvolver as primeiras contribuições da teoria do discurso no exercício da função consultiva do Tribunal de Contas. Nesse capítulo, pretende-se identificar a fundamentação filosófica para a utilização da teoria discursiva habermasiana. Esta segunda parte não prescindirá de abordar a teoria dos atos de fala, os pressupostos teóricos da teoria discursiva e da ética do discurso, além da diferenciação entre os discursos de justificação e aplicação, a fim de possibilitar a análise do discurso do Tribunal de Contas na função consultiva. Serão analisados dois casos concretos de consulta, com a finalidade de identificar os argumentos e discursos utilizados. Acredita-se que o estudo que se desenvolverá neste segundo capítulo permitirá identificar contribuições da teoria do discurso para a função consultiva, o que não impedirá que mais contribuições sejam verificadas no decorrer do trabalho.

Na sequência, no terceiro capítulo da dissertação será analisada a possibilidade de abertura procedimental do procedimento consultivo, a partir das contribuições da democracia deliberativa e também da teoria discursiva. Nesse capítulo, além do estudo dos aportes teóricos necessários, será abordada a possibilidade de ampliação do rol de legitimados a formular consultas, assim como os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas. Portanto, pretende-se evidenciar se há um dever constitucional de abertura no procedimento consultivo.

Ao final, serão apresentadas as conclusões da dissertação, com o objetivo de demonstrar os resultados alcançados na pesquisa.

Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo na elaboração da dissertação, com a finalidade de verificar a confirmação ou não das hipóteses lançadas. O método de procedimento será o monográfico e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas e a jurisprudenciais. A pesquisa jurisprudencial terá ênfase nas decisões do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal.

2 CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS E ASPECTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO CONSULTIVA NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS E ATOS DO PODER PÚBLICO

Compreende-se pela necessidade de contextualizar a atividade de controle na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, a fim de possibilitar o desenvolvimento da temática à luz da matriz teórica habermasiana.

2.1 Do controle no Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, “toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas” (LEAL, 2007, p. 53). Conforme magistério de Streck, o Estado Constitucional se caracteriza pela limitação da liberdade de conformação do legislador, em face da concretização de direitos fundamentais, característica desse modelo de Estado, no qual o direito funciona como um instrumento de transformação da sociedade (STRECK, 2014, p. 69). Conforme Hesse, a “Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade” (HESSE, 1991, p. 24).

As primeiras constituições escritas limitavam e repartiam o poder, protegendo direitos individuais em face do Estado, de forma que a concepção de democracia se desenvolveu somente mais adiante, a partir da difusão de ideias relacionadas à fonte legítima do poder e à representação política. No decorrer do século XX desenvolvem-se teorias sobre a fonte do poder, o procedimento adequado e o que pode ou não pode ser decidido. Nesses debates filosóficos, procurava-se encontrar as dimensões formais e substantivas dos conceitos centrais envolvidos nesse modelo estatal. Assim sendo, o Estado de Direito, em seu sentido formal evidencia-se pela simples existência de um ordenamento legal, ao passo que em seu conteúdo material é necessário verificar a origem e o conteúdo do preceito legal. Quanto à democracia, ainda segundo Barroso, em sua concepção formal estaria relacionada ao governo da maioria e com respeito aos direitos individuais. Em seu sentido material, contudo, envolveria um governo para todos, incluídos maiorias, minorias e aqueles grupos de menor expressão política (que por vezes não seriam minoritários). O constitucionalismo democrático do século XX, portanto, ainda

envolve a complexa harmonização acerca dos direitos individuais e da soberania popular (BARROSO, 2012, p. 62-64).

O controle das contas públicas, nas diferentes perspectivas de Estado, também mudou sua densidade. Assim sendo, pode se inferir que no Estado Liberal, em face de sua atuação absenteísta, o controle era observado no seu aspecto de conformidade com a lei, ou seja, se a despesa pública encontrava respaldo na lei orçamentária. No Estado Social de Direito, constata-se que a postura ativa estatal de executor de políticas públicas, exigindo maior cobrança de tributos e gestão fiscal responsável, vai implicar esforços do controle de contas, atingindo o ápice de importância no Estado Democrático de Direito (DINIZ, 2015, p. 173).

Não é despendendo ressaltar que a concepção de Estado de Direito não está diretamente relacionada à finalidade, tampouco ao conteúdo do Estado, significando “o modo e o caráter de sua realização” (LEAL, 2006a, p. 290).

Assim sendo:

Estado Liberal, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito nada mais são do que versões pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdos diferenciados, da forma Estado de Direito surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro. Desde então, a necessária vinculação de todos os poderes estatais à lei constitui característica fundamental sobre qual se assentam as formas estatais subsequentes aqui abordadas (LEAL, 2006a, p. 291).

Desta forma, compreende-se que a matriz teórica desenvolvida pelo sociólogo alemão Jürgen Habermas pode contribuir para uma compreensão do Estado Democrático de Direito e, obviamente, para o desenvolvimento da função de controle externo sobre os atos da Administração Pública.

A própria Administração Pública, portanto, deve pautar seu agir a partir desta concepção democrática de Estado, sendo pertinente reproduzir a conclusão de Leal:

Em face de todo exposto, estamos sustentando a urgência da instituição de uma Administração Pública Democrática de Direito que parte, dentre outras, da ideia de ação comunicativa de Habermas, no sentido de ser necessário, primeiro, nos colocarmos de acordo sobre as proposições assertóricas que constituem as pretensões de validade de nossos discursos e práticas fundacionais do entorno em que nos vemos inseridos (e construímos) (LEAL, 2006b, p. 55).

O mesmo doutrinador compreende que a Administração Pública tem o dever de criar condições aptas para uma “comunicação e linguagem decodificada e democrática, com o que se permitirá a validação racional das questões normativas e operativas de suas ações – já não mais suas, mas de toda a comunidade”, o que facilitaria o entendimento que visa um consenso entre Administração e Administrado, valendo-se de uma linguagem que pretende “elucidar a própria linguagem administrativa em seus mecanismos de uso na comunicação cotidiana entre os participantes de uma comunidade” (LEAL, 2006b, p. 75).

Nessa seara, a República Federativa do Brasil, conforme o texto constitucional pátrio, “constitui-se em Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988), permitindo considerações no contexto da realidade brasileira.

A administração e a gestão do patrimônio público são atividades estatais que podem levar os gestores públicos a incorrerem em abusos, tornando necessária a existência de mecanismos de controles, passíveis de contenção de abuso de poder, o que caracteriza o denominado Controle da Administração Pública, de forma que as modernas democracias utilizam instrumentos de controle mútuo entre as instituições (MILESKI, 2011, p. 167-168).

O controle da atividade administrativa do Estado, portanto, contribui para a própria legitimidade do agir estatal, em vistas de uma finalidade da coletividade e não de conveniências e interesses pessoais. No Estado Democrático de Direito exige-se a verificação da legitimidade e da licitude da atuação dos agentes e órgãos públicos (ARAÚJO, 2010, p. 248).

Modernamente constata-se uma valorização e ampliação dos sistemas de controle, em especial no âmbito público, pois esta atividade envolve todas as funções estatais, com vistas à manutenção da regularidade e da legalidade administrativa. Nesse sentido, a atividade do órgão controlador poderá ter por escopo evitar erros e distorções, indicando procedimentos de reorientação para as falhas detectadas, se for o caso, sendo possível atuar também na responsabilização dos agentes que agiram à margem da lei, gerando prejuízos à coletividade (MILESKI, 2011, p. 170).

A atividade de controle, contudo, também se submete ao sistema de regras, exigindo-se, dessa forma, função restrita e limitada ao modelo normativo

previamente estabelecido, para que assim possa avaliar a regularidade da conduta que será objeto de controle (FERNANDES, 2016, p. 35).

2.2 Compreensões sobre o Controle no Brasil: uma abordagem necessária para a posterior justificação da função consultiva

O controle da Administração Pública se manifesta de diferentes formas, sendo possível observar diferentes classificações quanto ao órgão executor do controle, quanto ao momento do controle e quanto ao tipo. Inobstante essas classificações não se manifestarem de forma constante na doutrina, entende-se que podem auxiliar na compreensão e situação do controle exercido pelos Tribunais de Contas, que será desenvolvido no decorrer desta pesquisa.

Nesse diapasão, considerando o escopo da pesquisa, serão demonstrados os órgãos executores, os momentos e os sistemas de controle existentes, com o fim de, posteriormente, evidenciar e facilitar o estudo do controle exercido pelo Tribunal de Contas.

Quanto aos órgãos que executam o controle, essa classificação é comumente dividida em controle Administrativo, Judicial e Legislativo. Todavia, conforme adverte Araujo, nem sempre a nomenclatura utilizada para designar essa classificação identifica-se com o órgão que efetivamente executa a atividade controladora (ARAUJO, 2010, p. 33).

Para Mileski, o Controle Administrativo significa o “poder de fiscalização e correção que a Administração Pública – em sentido amplo – exerce sobre a sua própria atuação, quanto aos aspectos de legalidade e mérito”, sendo que essa atividade visa uma atuação em conformidade com as normas constitucionais, em especial no que tange aos princípios previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, visando satisfazer as necessidades coletivas, sendo que esse controle recai sobre aspectos de legalidade e de mérito, podendo ocorrer de ofício ou por provocação, de forma que esse controle deriva do próprio poder de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos (MILESKI, 2011, p. 173).

O controle judicial é verificado no âmbito do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, configurando-se um sustentáculo do Estado Democrático de Direito, de forma que os atos da Administração Pública podem ser controlados

por meio de um órgão constituído em Poder do Estado, dotado de garantias de imparcialidade no exercício desse controle, sendo que é o próprio texto constitucional, consoante artigo 5º, inciso XXXV, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito (MILESKI, 2011, p. 175).

Quanto ao Controle Judicial, Araujo compreende:

O controle judiciário é o levado a efeito, com o perdão da tautologia, pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, a que alude o art. 92 da Constituição de 1988, que exercem um controle sobre os atos provenientes do Poder Executivo, do Legislativo, do próprio Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, enfim, é um controle que paira sobranceiro sobre todo e qualquer quadrante da atividade jurídico-administrativa do Estado (ARAUJO, 2010, p. 44).

Em relação ao controle Legislativo, que fiscaliza a atuação do Estado por parte dos demais Poderes, denota-se que o arranjo constitucional desse controle aponta a existência de duas frentes. A primeira seria de índole política, no sentido de desenvolver um controle político da forma como estão sendo conduzidos os negócios dos entes federativos, autorizando a realização de despesas (ARAUJO, 2010, p. 39).

A segunda frente no controle denominado Legislativo seria de caráter técnico, levada a cabo por um órgão especializado, competente para “valorar aspectos relacionados às questões de natureza mais precisa e objetivamente mensuráveis da atuação administrativa”, não dependentes de avaliações de natureza meramente política (ARAUJO, 2010, p. 39).

Dessa forma, algumas considerações são oportunas em relação ao denominado Controle Legislativo, em especial pelo já alertado fato de que nem sempre a denominação utilizada nessa classificação vai refletir o órgão que exerce o controle.

As Cortes de Contas não integram o Poder Legislativo, incorrendo em equívoco a compreensão de que são órgãos subalternos 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, 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, repisa-se que o Poder Legislativo exerce um controle político e financeiro (MILESKI, 2011, p. 174), sendo destacado por Araújo que:

[...] 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, em que pese a titularidade do controle externo ser do Poder Legislativo, há uma competência constitucional dos Tribunais de Contas, cujo teor envolve o exercício do controle externo da Administração Pública, prevista no artigo 71 da Constituição da República. Inclusive, aponta-se que o próprio Poder Legislativo será fiscalizado e terá suas contas julgadas pela Corte de Contas, situação que evidencia uma ausência de subordinação. Trata-se, portanto, de órgão autônomo, dotado de competências próprias, que vai auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, mas sem relação de subalternidade.

As competências das Cortes de Contas, portanto, serão pormenorizadas no decorrer desta pesquisa.

Constata-se que a perspectiva temporal do controle é modificada de acordo com as regras e procedimentos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, observa-se um controle prévio ou *a priori*, que antecede à prática do ato como requisito para que este tenha eficácia, sendo possível exemplificar com a regra prevista no artigo 49, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que o Presidente da República necessita de autorização do Congresso Nacional para se ausentar do país por mais de quinze dias, ou o disposto no artigo 52, inciso V, do texto constitucional, que exige que o Senado Federal autorize prévia e expressamente os Estados e Municípios a realizarem operações de crédito no exterior (ARAÚJO, 2010, p. 54).

Registra-se que no momento oportuno desse trabalho será verificado se o procedimento de consulta dos Tribunais de Contas poderia ser classificado como uma forma de controle preventivo.

O controle concomitante é o que se constata quando há um acompanhamento da realização do ato, podendo ser exemplificado com as auditorias realizadas para acompanhar a execução orçamentária ou com a fiscalização da execução de contratos administrativos pelos órgãos de controle interno e externo (FERRAZ, 1999, p. 95).

Por fim, o controle posterior pode ser exemplificado com a competência constitucional dos Tribunais de Contas de apreciar, para fins de registro, os atos de admissão e de aposentadoria realizados pelo Poder Público, consoante artigo 71, inciso III, da Constituição Federal (MILESKI, 2011, p. 177).

Em relação aos sistemas de controle, optou-se pela classificação proposta por Fernandes, que compreende a existência de três sistemas de controle no Brasil: controle social, controle interno e controle externo (2016, p. 54).

No âmbito social constata-se a existência de um controle social, passível de ser analisado ainda na sua forma interna e externa. Gareli oferta sua compreensão acerca do controle social:

Por Controle Social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a

caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo (GARELI, 2007, p. 283).

Gareli (2007, p. 284) ainda faz a seguinte ponderação sobre o controle social em sua perspectiva interna, no sentido de que o corpo social mentaliza os indivíduos, em sua fase de socialização primária, acerca das normas e valores sociais considerados fundamentais para a ordem social, de sorte que um indivíduo que foi socializado adequadamente e que praticasse transgressões seria condenado pela sua consciência, que estaria imbuída dos controles sociais.

Na perspectiva externa, meios como sanções, punições e ações reativas seriam dirigidas aos indivíduos cujas condutas não se uniformizassem com as normas dominantes, sendo pertinente o alerta de Gareli no sentido de que “no curso de sua história cada sociedade ou grupo tende a modificar os mecanismos de controle social a que faz recurso para garantir o consenso” (GARELI, 2007, p. 285).

Em um Estado Democrático de Direito, a existência do controle social pode ser verificada como uma forma de controle direto e imediato dos cidadãos na administração e ações dos gestores públicos, de sorte que o Estado, nessa perspectiva democrática, não deve se opor a essa sindicabilidade social, até mesmo em virtude da concretização do princípio da transparência (ARAÚJO, 2010, p. 48-49).

Conforme Mileski, a transparência, que permite o aperfeiçoamento do controle social, juntamente com a participação social são elementos fundamentais dessa forma de controle, “firmando a ligação entre Estado e cidadão como um dos corolários do Estado Democrático de Direito” (MILESKI, 2011, p. 186).

É o próprio texto constitucional que permite uma aproximação entre o controle social e o controle exercido pelos Tribunais de Contas, em dispor que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 1988).

O controle interno pode ser compreendido como aquele no qual a própria Administração controla seus atos, decorrendo do poder hierárquico que a caracteriza. O agente público, nesse sentido, ao tomar posse de um cargo público, exerce atividade em nome do Estado, de forma que uma parcela de poder lhe é

transferida, competindo ao agente público direitos e deveres, sendo uma das obrigações exatamente o dever de controle dos serviços em que atua. Ademais, esse servidor também se submete a controle, exatamente em função do já mencionado poder hierárquico. Não é por acaso que a Suprema Corte reconheceu esse controle ao editar as Súmulas n° 346 e n° 473 (MILESKI, 2011, p. 172).

Ferraz leciona no seguinte sentido sobre o controle interno:

Sinteticamente, o controle interno é a fiscalização que a Administração exerce sobre seus próprios atos, inclusive os órgãos que compõem a Administração Direta (controle cêntrico) e também aqueles que integram a Administração Indireta (controle excêntrico), com o objetivo de verificar a regularidade dos atos realizados e controlando as operações financeiras, além de prestar auxílio ao controle externo quando necessário (FERRAZ, 1999, p. 97).

A Constituição de República do Brasil dispõe acerca da existência de um sistema de controle interno, de forma integrada, afeto à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, consoante dispõe a Seção IX, artigo 74 do texto constitucional, dispondo ser esse controle uma atribuição dos três poderes constituídos (BRASIL, 1988).

Mileski aduz no seguinte sentido:

Portanto, ao destinar para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a atribuição de manterem, de forma integrada, sistema de controle interno, o legislador constitucional aprimorou a forma de ser exercida essa espécie de controle. [...] Por tratar-se de sistema, até porque essa é uma determinação constitucional, o controle interno tem de ser executado de forma integrada, com interação sistêmica, para que não seja prejudicada a própria estrutura de execução do sistema de controle interno. Tratando-se de sistema, a parte depende do todo e o todo depende da parte, pois cada unidade sistêmica deve atuar com regularidade para não causar prejuízos à outra parte ou, via de consequência, ao todo. [...] Portanto, no sentido específico da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, pode se dizer que *Controle Interno* é aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício de suas atividades constitucionais (MILES, 2011, p. 191).

Nos municípios, a Constituição Federal normatiza, em seu artigo 31, que a fiscalização, em sede de controle interno, será exercida por sistema de controle do

Poder Executivo, mas que terá atribuição sobre os dois poderes constituídos municipais (BRASIL, 1988).

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, com o escopo de fixar diretrizes ao mecanismo de controle interno em âmbito municipal, editou a Resolução n° 936, de 7 de março de 2012, que dispõe diretrizes a serem observadas na estruturação do sistema de controle interno municipal¹ (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Para Fernandes, o controle externo é um “conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada”, tendo por finalidade a “fiscalização, verificação e correção de atos”, sendo que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de sistemas de controle externo, que, quanto à natureza do órgão que os exercem, podem ser classificados em Judicial, Legislativo e dos Tribunais de Contas (FERNANDES, 2016, p. 103).

Essa classificação guarda certa similitude com aquela que se refere ao órgão executor, lembrando que lá constam os Controles Administrativo, Judicial e Legislativo e dos Tribunais de Contas. As considerações que foram aduzidas naquele momento, em relação aos órgãos Judiciário, Legislativo e dos Tribunais de Contas servem de fundamento para a classificação ora proposta, pois como aduz Ferraz:

Controle externo é o exercido por órgão diverso, não pertencente à estrutura do responsável pelo ato controlado, como o controle que o Poder Judiciário pode vir a realizar sobre os atos do Poder Público, o controle direto ou indireto a cargo do Congresso nacional e o realizado pelo Tribunal de Contas (FERRAZ, 1999, p. 98).

Assim sendo, doravante será examinado o controle externo exercido pelas Corte de Contas.

¹ Ao regulamentar a matéria, levou em conta que o texto constitucional determina que a fiscalização em âmbito municipal será também exercida pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, que o sistema de controle interno deve apoiar o sistema de controle externo, em face ainda da relevância da efetividade da fiscalização interna, e também pelo fato de que os responsáveis pelo controle interno tem o dever de informar à Corte de Contas as irregularidades verificadas, ressaltando-se, por fim, a efetiva atuação do controle interno na fiscalização do cumprimento do disposto na Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000.

2.3 Considerações acerca dos Tribunais de Contas

Observa-se que a Constituição é o diploma jurídico que trata das normas básicas de estruturação e organização das Cortes de Contas, haja vista que o controle externo a cargo desses órgãos perfectibiliza uma limitação do poder político proveniente do Estado de Direito (DINIZ, 2015, p. 120).

Diniz compartilha o seguinte dado histórico, anterior a criação do primeiro Tribunal de Contas brasileiro:

Anteriormente a criação do Tribunal de Contas, existiam, no período colonial, as Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, vinculadas à Metrópole portuguesa. Depois da chegada da Corte portuguesa ao Brasil, foram criados o Erário Régio e o Conselho da Fazenda, responsável pelo controle dos gastos públicos. A Constituição Monárquica de 1824, no artigo 170, previu um tribunal com o nome “Thesouro Nacional” para exame da receita e da despesa. No período regencial de Dom Pedro II, criou-se o Tribunal do Tesouro Público Nacional, pela Lei nº 657, de 4 de outubro de 1831, extinguindo-se o Erário Régio e o Conselho da Fazenda. Como o Tribunal do Tesouro, no formato em que fora concebido, não atendia aos anseios de independência e isenção no exame dos gastos públicos, cresceu a pressão pela criação de órgão independente, principalmente, pelo padre Diogo Antônio Feijó, Manuel Alves Branco, José de Alencar e João Alfredo Corrêa de Oliveira (DINIZ, 2015, p. 121).

Já no período republicano brasileiro, em 1890, por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro, assinado por Rui Barbosa, surge o primeiro Tribunal de Contas, em que pese a discussão acerca da criação de um tribunal de controle das contas públicas já tivesse iniciado na fase imperial, sendo um dado histórico que em 1826 o visconde de Barbacena, à época senador de Alagoas, havia proposto a criação de um Tribunal de Revisão de Contas. Outro importante registro histórico é o discurso do deputado mineiro Bernardo Pereira de Vasconcelos, que em 1830 já defendia a criação de um Tribunal de Contas (BRASIL, 2014b). Contudo, o Decreto nº 966-A não chegou a ser regulamentado e executado (DINIZ, 2015, p. 119).

Na exposição de motivos do Decreto nº 966-A, Rui Barbosa ressaltava a necessidade da criação de um “corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislatura, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento” (BRASIL, 2014b, p. 121).

É a Constituição de 1891 que consolida o Tribunal de Contas:

Art. 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (BRASIL, 1891).

As constituições seguintes ora ampliaram ora restringiram as competências das Cortes de Contas, sendo que no texto da Constituição Federal de 1988 as competências do órgão de controle externo foram substancialmente ampliadas. Ademais, observa-se que o formato atribuído aos tribunais de contas, pelo texto constitucional, os caracteriza como um órgão com atribuições típicas de tribunais de contas, como a função judicante e sancionadora, mas também outras funções típicas de controladorias², como a existência de ouvidorias, a realização de auditorias, fiscalizações e avaliações operacionais e de políticas governamentais (DINIZ, 2015, p. 125-126).

No atual ordenamento jurídico brasileiro, o texto constitucional prevê a existência de um Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, sendo que um terço destes serão escolhidos pelo Presidente da República, “com aprovação pelo Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento” e os outros dois terços escolhidos pelo Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Ademais, a Constituição impõe que os Ministros cumpram requisitos relacionados à idade mínima e máxima, atributos morais, conhecimentos especializados e prática profissional, conforme o dispositivo abaixo:

Art. 73 [...] § 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez

² Existem dois modelos das chamadas Entidades de Fiscalização Superior. Pode ser verificado o modelo de tribunais de contas, cujas características principais são a composição colegiada, de ministros ou conselheiros, os controles administrativos judicialiformes, o poder decisório sobre o resultado de seus trabalhos, a força coercitiva de suas decisões e, em determinados países, constata-se a função jurisdicional. De outro modo, existem os modelos de controladorias ou auditorias gerais, cujas características básicas são o regime de mandato, a existência de um controle de caráter opinativo ou consultivo; a ausência de poderes jurisdicionais coercitivos, a vinculação a um dos poderes do Estado, quando for necessário gerar força coercitiva, a predominância de decisões monocráticas e a utilização de técnicas e procedimentos de auditoria próprios da iniciativa privada (DINIZ, 2015, p. 117-119).

anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. (BRASIL, 1988).

Em virtude de o Estado brasileiro ter adotado a forma federativa, o artigo 75 do texto constitucional federal estabelece que as constituições dos estados-membros disporão sobre os Tribunais de Contas dos Estados, mas já determina, todavia, que estes tribunais serão integrados por sete Conselheiros (BRASIL, 1988), que por simetria também serão escolhidos pelos Poderes Executivo e Legislativo (MILESKI, 2011, p. 259).

Por outro lado, o artigo 71 da Constituição da República consagra um rol de competências específicas dos Tribunais de Contas, que serão analisadas no capítulo seguinte, que afastam a ideia de uma relação de subalternidade entre os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo, conforme já defendido anteriormente.

Nesse sentido:

Já, pelo próprio contexto do texto constitucional, bem se pode perceber que as competências que são acometidas à Corte, não são exercidas por vênia do Parlamento; muito ao contrário, quem lhe conferiu as referidas competências foi o próprio texto originário da *Constituição da República do Brasil de 1988*. [...] Assim os Tribunais de Contas não integram a estrutura dos Poderes, não são a estes subordinados, porquanto exercem competências que lhes são próprias, porquanto conferidas diretamente pela Constituição, e, embora se entenda como tradicionalmente constante muito proximamente do Poder Legislativo, em verdade a este não se submete, porquanto sua missão, dada a proximidade com a atividade de controle externo que é inerente ao Poder Legislativo, e na qual desempenha papel decisivo e exclusivo, não se constitui como sendo atividade menor ou submissa a este (ARAÚJO, 2010, p. 144-147).

Os Tribunais de Contas, desta forma, não se subordinam aos demais Poderes, visto que, com amparo em suas competências privativas, exercem fiscalização sobre a atividade financeira do Estado, ou seja, de todos os Poderes e órgãos autônomos que compõem a estrutural estatal.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 523-5/PR, 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 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 (grifos no original):

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 chamo de 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 da natureza de suas competências de controle externo.

Em relação ao órgão de controle externo gaúcho, registra-se que, após a proclamação da República, o Estado do Rio Grande do Sul, considerado membro da União Federal Brasileira, não criou um Tribunal de Contas em sua Constituição Estadual de 1891 (RIO GRANDE DO SUL, 1891).

Em 1935, contudo, é criado o Tribunal de Contas do Estado gaúcho, por meio do Decreto nº 5.975, de 26 de junho daquele ano (RIO GRANDE DO SUL, 1935b). A Constituição Estadual de 1935, datada de 29 de junho, previa a existência da Corte de Contas gaúcha. Assim, o Tribunal tinha como competência acompanhar a execução orçamentária do Estado e dos Municípios, assim como julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos (RIO GRANDE DO SUL, 1935a).

Destaca-se a seguinte competência prevista no texto constitucional estadual de 1935:

§ 4.º - Será sujeita ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer iniciativa da administração estadual ou municipal que importar despesas não previstas nos respectivos orçamentos. Em todos os casos, a recusa do registro por falta ou insuficiência de verbas terá caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, poderá a despesa efetuar-se após despacho

do Poder Executivo, registro sob reserva e recurso ex officio para o Poder Legislativo (RIO GRANDE DO SUL, 1935a).

O Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, contudo, foi extinto pelo Decreto n° 7.858, de 7 de julho de 1939:

Art. 1.º - Fica extinto o Tribunal de Contas, creado pelo Decreto n.º 5975, de 26 de junho de 1935, e mantido pela constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 29 de junho de 1935. Art. 2.º - Os Ministros do Tribunal de Contas são declarados em disponibilidade, podendo ser aproveitados pelo Governo em comissões especiais ou cargos cuja remuneração não seja inferior a seus atuais vencimentos.

Pois em 1945, por meio do Decreto n° 947, de 24 de outubro, o então Interventor Federal no Estado do Rio Grande do Sul, revogou, salvo os artigos 3° e 5°, o Decreto n° 7.858, de 7 de julho de 1939, revigorando o Decreto que havia criado o Tribunal de Contas do Estado.

A Constituição Estadual de 1947 novamente trata da existência do Tribunal de Contas do Estado, alocando-o no Título II, relacionado aos órgãos de cooperação das atividades governamentais, junto com o Ministério Público.

Já na Constituição Estadual de 1970, o Tribunal de Contas está previsto no Capítulo II, referente ao Poder Legislativo, seção VIII. A atual Constituição do Estado, de 1989, por sua vez, manteve o Tribunal de Contas no capítulo referente ao Poder Legislativo.

Considerando o escopo desse trabalho, cumpre observar que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estipula que o Tribunal de Contas do Estado deverá observar as competências de controle externo previstas na Constituição Federal (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

2.4 Competências constitucionais expressas do Tribunal de Contas

A fim de possibilitar o controle das contas públicas, o legislador constituinte estabeleceu competências específicas aos Tribunais de Contas, consoante a leitura conjugada dos artigos 71 e 75 do texto constitucional federal.

No entanto, cabe primeiramente observar que o sistema de fiscalização de contas públicas previsto no texto constitucional determina que a sindicância de dinheiros públicos deve zelar e estabelecer por uma fiscalização contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial, executada pelo controle externo, do qual é titular o Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, além de ser também responsável pelo controle interno. Esse sistema de controle de contas públicas deve pautar sua atuação de acordo com os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. O princípio da legalidade deve ter uma acepção ampla, a fim de verificar sua adequação à lei e demais princípios constitucionais, ou seja, exige um exame de constitucionalidade das leis e atos administrativos. Quanto à economicidade, exige que a Administração utilize os recursos públicos de forma racional, ou seja, buscando o melhor benefício ao menor custo (MILESKI, 2011, p. 277).

Em relação à legitimidade, como princípio norteador do sistema fiscalizatório, em regra a doutrina aponta que significa uma aproximação com a motivação do ato, a finalidade pública e a impessoalidade (FERNANDES, 2016, p. 53), ou ainda ao sentido de “justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira” (MILESKI, 2011, p. 292-293).

Contudo, em face da matriz teórica escolhida, impõe-se a necessidade de se realizar algumas ponderações.

É através de procedimentos democráticos que se formam acordos racionais de vontade sobre a legitimidade de normas de ação. Exige-se, em verdade, a instituição de formas de diálogo que permitam a justificação das normas jurídicas, sendo que o direito legítimo deverá provir de um procedimento que assegure soberania popular e direitos humanos, possibilitando a formação discursiva de uma decisão racional (PIVETTA; MONTEMEZZO, 2014, p. 186-187).

A teoria habermasiana erige o princípio do discurso³, que será melhor detalhado posteriormente, como fundamento para a participação daqueles que serão destinatários das normas. Quando conectado ao Direito, o princípio do discurso assume a feição de princípio democrático, de forma que as normas legítimas devem possibilitar que se retroceda a “um discurso livre de sua produção” (RECK, 2006, p. 150).

Moreira traz a seguinte lição:

³ “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2012a, p. 142).

O ordenamento jurídico só passa a ser normativo no momento em que incorpora a dimensão da liberdade comunicativa, pois essa normatividade é apenas mediata, porque, para constituir-se como normativo, o ordenamento jurídico precisa ser reconhecido como legítimo. O simples fato de ser fruto de um processo legislativo não confere à norma autoridade absoluta. Antes, porém, o fato de ser norma jurídica lhe confere o *status* de autoridade relativa, pois estando aberta à comprovação fática sua legitimidade é tributária de sua vinculação a processos democráticos. [...] A livre composição de temas e contribuições que devem formar a agenda de institucionalização do processo democrático significa que não se tem, *a priori*, uma esfera deontológica que forneça os padrões de conduta aceitos como inquestionáveis. Significa, também, que sob os auspícios do melhor argumento o Direito dança entre facticidade e validade, vindo a constituir-se como instituição que obtém sua legitimidade à medida que expressa a vontade discursiva dos cidadãos. Como a legitimidade do Direito decorre da correção parcial e essa última da conjunção entre soberania política e direitos humanos, a validade desse processo é sempre passível de revisão (MOREIRA, 2002, p. 146-147).

No decorrer da pesquisa, será mais bem desenvolvida a teoria do discurso habermasiano.

Assim sendo, dentre as competências previstas na Constituição Federal aos Tribunais de Contas, inicialmente, destaca-se que o Presidente da República tem o dever de prestar contas ao Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 84, inciso XXIV da Constituição. Posteriormente, o Poder Legislativo deve encaminhar as contas ao Tribunal de Contas da União, para que este órgão exerça sua competência constitucional de apreciação das contas mediante emissão de parecer prévio. Após a elaboração da peça técnico-opinativa da Corte de Contas, compete ao Congresso Nacional o julgamento das contas do chefe do executivo federal (BRASIL, 1988).

Acerca do julgamento das contas dos Governadores, o procedimento adotado deve ser o mesmo acima referenciado, em função do disposto no artigo 75 do texto constitucional, de forma que o Tribunal de Contas do Estado deve elaborar o parecer prévio, com natureza técnico-opinativa, que servirá de subsídio para que a Assembleia Legislativa estadual proceda o julgamento das contas do chefe do executivo estadual (MILESKI, 2011, p. 314-315).

Em relação às contas dos prefeitos municipais, a Constituição dispõe, de forma simétrica, que o “Tribunal de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver” auxiliará o controle externo, de titularidade da Câmara Municipal. No caso das municipalidades, ademais, a Constituição determina que o parecer prévio das contas dos prefeitos só

deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros do parlamento, o que torna quase vinculativa a opinião técnica das Cortes de Contas (BRASIL, 1988).

Nos municípios, não raramente o chefe do executivo municipal, além de exercer uma função política, exerce a gestão de bens e dinheiros públicos, razão pela qual estaria submetido a um duplo julgamento, o primeiro de natureza política, pelo legislativo, e o segundo de natureza técnica, pelo tribunal de contas (MILESKI, 2011, p. 318).

Isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 71, inciso II, prevê o julgamento, pelo Tribunal de Contas, dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, há duas espécies de contas que as Cortes de Contas apreciam. Existem as contas de governo, destinadas à gestão política do chefe do Poder Executivo e que serão levadas à julgamento político pelo Parlamento, com auxílio do Tribunal de Contas, que emitirá parecer prévio. De outro modo, existem as contas de gestão, que são prestadas ou tomadas de administradores de recursos públicos, sendo objeto de julgamento técnico do Tribunal de Contas, de sorte que será lavrado acórdão com eficácia de título executivo, nos termos do artigo 71, § 3º, quando imputar débito relacionado à reparação do dano patrimonial ou multa punitiva (ARAUJO, 2010, p. 291). Assim sendo, o Prefeito que atua como ordenador de despesa poderia ser julgado em suas contas de gestão pela Corte de Contas. Nada obstante, os demais administradores de recursos públicos, em qualquer hipótese, terão suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas, com base no inciso II do artigo 71 do texto constitucional.

Recentemente, todavia, a Suprema Corte, nos autos do Recurso Extraordinário nº 848.6826, decidiu que as contas de prefeitos, independentemente de sua natureza, sempre serão julgadas pelas câmaras municipais, com o auxílio dos tribunais de contas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EFICÁCIA SUJEITA AO CRIVO PARLAMENTAR. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA O JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO E DE GESTÃO. LEI COMPLEMENTAR 64/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 135/2010. INELEGIBILIDADE. DECISÃO IRRECORRÍVEL. ATRIBUIÇÃO DO LEGISLATIVO LOCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo

municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º). II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República (“checks and balances”). III - A Constituição Federal revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecorrível a que faz referência o art. 1º, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/ 2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas. IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: “Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”. V - Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 2016).

Ao afastar o julgamento técnico dos tribunais de contas, no que se refere às contas dos prefeitos que atuam como ordenador de despesas, a decisão do Supremo Tribunal Federal, não obstante os argumentos jurídicos ventilados, poderá propiciar a não responsabilização de ilegalidades constatadas, o que enseja uma reflexão acerca da competência para julgamento das contas desses agentes políticos.

Cabe, nesse momento, uma digressão acerca da natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas no julgamento de contas.

Para Mileski, de fato, as decisões proferidas em processos de contas não têm o caráter judicial de definitividade, expressando coisa julgada, pois suas decisões podem ser revisadas pelo Poder Judiciário, de forma que, não obstante serem essas decisões decorrentes do exercício de uma competência constitucional exclusiva, própria e indelegável, ainda assim possuem natureza administrativa. Tais decisões são “de caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que derivam e competência constitucional expressamente estabelecida” (MILESKI, 2011, p. 300).

Acerca da competência para julgamento das contas, posiciona-se Fernandes pelo seu caráter jurisdicional⁴:

⁴ Algumas considerações acerca da função jurisdicional das Cortes de Contas no direito comparado são interessantes. Na Corte de Contas francesa foi criado um contencioso administrativo, de forma que há uma separação da jurisdição administrativa e comum. Logo, nesse sistema a Corte de Contas francesa tem função jurisdicional. No Tribunal de Contas italiano, por sua vez, observa-se que não há uma dualidade de jurisdição, embora também não se verifique um monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, aproximando-se do sistema brasileiro. Na Bélgica, a Corte de Contas se assemelha ao modelo italiano, de forma que suas decisões poderão ser revisadas por uma Corte de

[...] o Tribunal de Contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção detém essa competência, na forma do art. 71, inc. II, da Constituição Federal. [...] Como foi demonstrado, a definitividade ou inalterabilidade da decisão é decorrência lógica, jurídica e inafastável da jurisdição. Se determinado órgão decide sobre questão jurídica que lhe foi submetida, mas essa decisão não merece o respeito dos outros órgãos e agentes, não há que se falar em jurisdição. Se não transita em julgado, não produz coisa julgada, não é jurisdição e, tecnicamente, não pode ser considerado um julgamento. No presente caso, o que é olvidado com frequência é que a competência textualmente definida como julgamento foi cometida a órgão estatal constitucionalmente, para o qual o constituinte expressamente utilizou as expressões jurisdição, julgar e judicatura. (FERNANDES, 2016, p. 148-151).

Prosseguindo a análise, observa-se que está expressamente disposto na Constituição que os tribunais de contas apreciarão, para fins de registro, “a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” sendo excepcionadas pelo constituinte as “nomeações para cargo de provimento em comissão”. Serão apreciadas ainda as “concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório” (BRASIL, 1988)⁵. Considerando que essa competência constitucional consome uma boa parcela da força de trabalho das cortes de contas, há crítica no seguinte sentido:

Não é somente o Supremo Tribunal Federal que vem mitigando a relevância do registro. O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por exemplo, já fez cair por terra a necessidade de registrar a admissão para considerar legal o ato de inativação ou de pensionamento decorrente. [...] Portanto, ao considerar a evolução histórica no sentido de tornar cada vez mais anacrônico o registro dos atos de pessoal, aliado à interpretação sistemática do art. 71 da Constituição, (ao estabelecer as competências do Tribunal de Contas, revela seu caráter excepcional em relação ao controle externo, cujo titular é o Poder Legislativo) e o princípio hermenêutico da força normativa da constituição, a melhor interpretação para o art. 71, inciso III, da

Cassação. Merece destaque, contudo, o Tribunal de Contas de Portugal, que foi definido como um tribunal financeiro que faz parte do Poder Judiciário, sendo que de suas decisões cabe recurso apenas ao Tribunal Constitucional, não deixando dúvidas de que suas decisões têm caráter jurisdicional (FERNANDES, 2016, p. 157-162).

⁵ Em face do disposto na Constituição, não é possível a utilização de técnicas de amostragem na apreciação, para fins de registro, dos atos de pessoal. Dessa forma, efetivamente, a depender do número de admissões e inativações a serem analisadas, uma parcela considerável de servidores será destinada para o desempenho dessa atividade, independentemente da aferição de uma relação de custo x benefício dessa ação de controle.

Constituição Federal é aquela em que somente estão sujeitos à apreciação de legalidade, para fins de registro: a) Os atos de admissão que possam implicar a existência de atos de aposentadoria, reforma e pensão, o que exclui as admissões temporárias; b) Os atos de aposentadoria, reforma ou pensão que tenham decorrido de admissão sujeita a registro, o que exclui benefícios tais como auxílio-reclusão e a pensão por Mal de Hansen. (CANHA, 2016, p. 243-246).

Acerca da competência para registro de atos de pessoal, ressalta-se a necessidade de uma atuação estratégica das Cortes de Contas, em função do número de agentes públicos lotados nesses órgãos de fiscalização, o que denota a necessidade de avaliação quanto à eficácia dessa competência constitucional.

Seguindo adiante a análise das atribuições constitucionais dos tribunais de contas, enfatiza-se a realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, devendo prestar as informações destas fiscalizações ao Poder Legislativo competente, sempre que instados (BRASIL, 1988). Trata-se de uma importante atividade dos tribunais de contas, pois visam “assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas”, sendo que quando se “constatar ato ou fato que possa causar dano ao erário ou irregularidade grave” o tribunal de contas poderá “adotar medidas para sustação do ato e penalização do responsável” (MILESKI, 2011, p. 416-417).

O Tribunal de Contas da União possui ainda a competência expressa de fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, assim como a aplicação dos recursos repassados por esta unidade federativa aos Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988).

Observa-se ainda que o texto constitucional confere um dever ao Tribunal de Contas de prestar informações ao Poder Legislativo sobre fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, assim como sobre os resultados de auditorias e inspeções realizadas (BRASIL, 1988). Por ser o titular do controle externo, inclusive dotado de competência para julgamento de contas do chefe do Poder Executivo, o Poder Legislativo poderá, então, solicitar ao órgão executor do controle externo as informações que julgar relevantes, sendo que a prestação das informações é um dever da Corte de Contas (MILESKI, 2011, p. 367).

Do próprio texto constitucional é possível extrair a existência das ouvidorias dos Tribunais de Contas, pois o § 2º do artigo 74 dispõe que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei,

denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 1988).

Parte da doutrina interpreta com bons olhos essa atribuição constitucional dos Tribunais de Contas:

Primeiro, que favorece a participação popular no sistema de fiscalização, estimulando e regrando a formulação de denúncias, com ampliação da abrangência controladora. Segundo que o Tribunal de Contas, no exercício do controle externo, possui competências anulatórias e sancionatórias claramente expressas no texto constitucional. Portanto, no exercício dessa competência complementar, o Tribunal de Contas tem condições de, tão logo recebida a denúncia, averiguar os fatos e tomar as medidas cabíveis, tanto no que se refere a anulação ou sustação dos atos, quanto no que se refere a penalizações pecuniárias ou administrativas (MILESKI, 2011, p. 367).

No caso de despesas ilegais ou irregularidade de despesas, o constituinte previu a possibilidade de aplicação das sanções, assim como a cominação de multas, sempre com a observância do princípio da legalidade (BRASIL, 1988).

As cortes de contas poderão ainda assinar prazo para que os órgãos ou entidades adotem medidas para o fiel cumprimento da lei; sustar, caso não atendido, a execução de atos impugnados, comunicando o legislativo competente; assim como representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos praticados (BRASIL, 1988).

Acerca da competência, Reck compreende que ela 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, p. 276). Desta forma, conclui-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.

2.5 Identificação e justificação da função consultiva do Tribunal de Contas

Assim sendo, a seguir analisar-se-á a função consultiva do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, com o objetivo de justificar e identificar essa competência.

A primeira questão a ser enfrentada envolve a delimitação da função consultiva que será objeto desse estudo. O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul – TCE-RS, além de suas competências constitucionais, possui atribuições adicionais previstas em sua respectiva Lei Orgânica, conforme se extrai da Lei Estadual n° 11.424, de 06 de janeiro de 2000. Nessa Lei está disposto que à Corte de Contas gaúcha compete apreciar consultas que lhe sejam formuladas, nos termos do disciplinado no Regimento Interno (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

O TCE-RS regulamentou a função consultiva por meio da Resolução n° 1.028, de 04 de março de 2015, conceituando a consulta como o “procedimento por meio do qual são suscitadas dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas”.

A título comparativo, cabe ainda frisar que o Tribunal de Contas da União também possui essa função consultiva, prevista na Lei Federal n° 8.443, de 16 de julho de 1992, que já foi reconhecida válida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.691-7/DF:

O artigo 1º, § 2º, da Lei n° 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, é expresso no sentido de a resposta a 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, em especial, 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, p. 371).

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 torna-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 progressivo. O Poder Legislativo, ao elaborar 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 (FERNANDES, 2016, p. 324).

Tal competência, portanto, pode ser um importante procedimento para que Administração Pública, em seu agir, atue de acordo com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico, a partir da orientação da Corte de Contas.

Destacam-se os seguintes dispositivos que tratam do procedimento consultivo, consoante o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 108. Consulta é o procedimento por meio do qual são suscitadas dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas. § 1º 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 consulente. § 2º A resposta à consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto. § 3º O Presidente, de plano, não conhecerá da consulta formulada que não atender aos requisitos enunciados neste dispositivo ou no artigo seguinte ou, ainda, que versar sobre matéria que constitua objeto de procedimento de auditoria ou de inspeção relativo ao mesmo órgão ou entidade, comunicando, em qualquer hipótese, o seu arquivamento. § 4º O Presidente, considerando a relevância da matéria, poderá enviá-la ao Tribunal Pleno para apreciação. § 5º O Presidente, na hipótese em que o tema consultado for coincidente com matéria já respondida ou decidida, poderá enviar ao consulente cópia do texto aprovado.

Art. 109. Poderão formular consultas as seguintes autoridades: I – Chefes de Poderes do Estado; II – Secretário de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente; III – Procurador-Geral do Estado; IV – Procurador-Geral de Justiça; V – Defensor Público-Geral do Estado; VI – Prefeitos e Presidentes de Câmaras de Vereadores; VII – Diretores-Presidentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas ou mantidas pelo Estado ou Município e consórcios públicos; e VIII – Responsáveis por Fundos e/ou Conselhos, nas questões afetas às respectivas áreas de atuação.

Art. 110. Os pareceres jurídicos, quando acolhidos pelo órgão julgador, terão suas ementas publicadas mensalmente no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas. § 1º A solicitação de parecer à Consultoria Técnica é de iniciativa do Tribunal Pleno, das Câmaras, do Presidente, dos Conselheiros e dos Auditores Substitutos de Conselheiro. § 2º O prazo para emissão do parecer será, quando individual, de 30 (trinta) dias e, quando coletivo, de 60 (sessenta) dias. § 3º Excepcionalmente, em matéria de alta indagação jurídica, o Relator e o Presidente poderão submeter ao Tribunal Pleno pedido de redistribuição do feito a Auditor Substituto de Conselheiro, para que apresente proposta de voto sobre a matéria, a ser votada por seus membros (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Compreende-se que da decisão que entende pelo arquivamento da consulta, que deve ser fundamentada, cabe o agravo, previsto no artigo 128⁶:

Art. 128. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo de decisão interlocutória do Presidente do Tribunal, de Presidente de Câmara e de Câmara Especial ou do Relator, que causar prejuízo ao direito dos responsáveis (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

É importante destacar ainda que compete ao Tribunal Pleno apreciar as consultas, conforme a mesma norma regimental (RIO GRANDE DO SUL, 2015c). Dessa decisão, compreende-se que, quando houver obscuridade, contradição ou omissão, será cabível opor embargos de declaração, consoante dicção do artigo 129 da norma regimental:

Art. 129. Cabem embargos de declaração quando houver, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão que devam ser sanadas. [...] § 2º Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão ou a sanar a obscuridade, omissão ou contradição, salvo se outros aspectos atinentes ao processo tiverem de ser apreciados como consequência necessária (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Outros aspectos da competência consultiva serão abordados no decorrer da pesquisa, em especial o rol de legitimados e a abertura democrática do procedimento.

Poderia se indagar, inclusive, se a função consultiva, objeto desta pesquisa, tem origem nas competências expressas do texto constitucional previstas ao órgão de controle em destaque. Como já foi visto, o Tribunal de Contas tem o dever de prestar informações ao Poder Legislativo, consoante estudado no capítulo anterior, sobre fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, assim como sobre os resultados de auditorias e inspeções especializadas. Em especial a partir da primeira parte textual que dispõe “informar sobre a fiscalização”, seria possível extrair daí uma função consultiva do Tribunal de Contas?

Vale repisar o dispositivo mencionado:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer

⁶ Registra-se, contudo, que não foi localizado um precedente nesse sentido na pesquisa jurisprudencial realizada no portal do TCE-RS.

de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal dispõe, em seu catálogo de direitos e garantias fundamentais, que é “assegurado a todos o acesso à informação” e que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” [...] (BRASIL 1988).

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que a pessoa jurídica pode ser destinatária de direitos e garantias fundamentais, inclusive a pessoa jurídica de direito público, conforme a seguinte compreensão:

[...] considerando, especialmente, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, que o Estado e a sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade, designadamente por meio de sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2016, p. 364-365).

Na perspectiva da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à informação não pode ser entendido unicamente como um direito fundamental de primeira geração, no qual se almeja a abstenção estatal. Ao assegurar o acesso à informação, este engloba a procura, recepção e, por consequência lógica, a transmissão. Ocorre que, em uma perspectiva de direitos de segunda geração, o direito à informação exige a concretização da livre informação em uma dimensão participativa e pluralista, de forma que se criem condições para seu livre desenvolvimento, o que proporciona o esclarecimento acerca dos negócios públicos (HOMERCHER, 2009, p. 76-77).

Homercher oferece ponderações acerca do direito à informação em face do cidadão, que poderiam ser aproveitadas para o ensejo desta pesquisa, no que tange ao direito das autoridades públicas, que estão ocupando cargos de chefia e gestão de entidades administrativas, de receber informações da Corte de Contas acerca de seu entendimento sobre matérias concernentes à competência do Tribunal de Contas:

Mas, cabendo ao Estado a promoção de ações tendentes a ampliar o espaço da informação do cidadão, isso significa proporcionar condições para a formulação de juízo relevante sobre as atuações do poder público, ampliando seu espectro de participação nas decisões governamentais. Conceber-se o direito fundamental à informação somente sob uma perspectiva de procura e recebimento, dissolve sua essência no atual estágio da sociedade, especialmente a brasileira, na qual a Constituição da República afirma, desde o seu enunciado preambular, ser um Estado Democrático de Direito (HOMERCHER, 2009, p. 77-78).

Contudo, não está se defendendo que a elaboração de pareceres, em respostas às consultas formuladas ao Tribunal de Contas seja o que dispõe o inciso VII do artigo 71 da Constituição Federal (“prestar informações”), tampouco que se resume ao direito fundamental de acesso à informação. Pelo contrário, pois quando o Poder Legislativo requer informações à Corte de Contas, a resposta pode se dar por meio de um simples ofício, exemplificativamente, sem necessidade de aprovação em um órgão colegiado, como ocorre no procedimento consultivo em estudo⁷. Tampouco a informação prestada estará revestida de caráter opinativo, de orientação ou normativo, necessariamente. O parecer que responde uma consulta apresenta outra densidade como se verá adiante.

Cabe ressaltar uma peculiaridade na função consultiva, visto que o mesmo órgão que julga e aprecia os casos concretos, vai responder, por meio de parecer, sua interpretação em tese sobre leis e atos do Poder Público.

No âmbito do Poder Judiciário, em regra, não existe essa função consultiva. Contudo, mesmo nesse Poder há uma exceção, visto que a justiça eleitoral tem competência de responder consultas, prevista no Código Eleitoral:

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;
Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: [...] III - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político (BRASIL, 1965).

Gomes observa que a função consultiva da justiça eleitoral se justifica em face dos interesses que envolvem uma eleição, que recomendariam a existência dessa atribuição, pois é uma forma de prevenção de litígios que poderiam afetar a

⁷ Compete ao Presidente do Tribunal de Contas, consoante normal regimental: “prestar, nos termos constitucionais, informações que forem solicitadas ao Tribunal de Contas por autoridades públicas” (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

regularidade e legitimidade dos pleitos eleitorais. O mesmo doutrinador ressalta que as respostas às consultas eleitorais devem ser fundamentadas, que os consulentes devem possuir legitimidade e que o objeto da pergunta não deve ter conexão com casos concretos. Por fim, aduz que, embora as respostas não tenham caráter vinculante, servem para orientar as ações dos órgãos da justiça eleitoral e indicam fundamento para decisões administrativas e judiciais (GOMES, 2010, p. 59).

Aproximando as observações do doutrinador acima com a matriz teórica utilizada nesta pesquisa, observa-se que a função consultiva do Tribunal de Contas visa coordenar planos de ações e apresenta relevância, pois pretende evitar danos ao erário, em uma espécie de controle preventivo.

Assim sendo, se a função consultiva é uma competência do órgão de controle externo, é possível trabalhar com a concepção de que se trata de uma forma de controle que objetiva ser prévia ao cometimento do ato objeto de dúvida e servirá de parâmetro para o agir de outros jurisdicionados da Corte de Contas. Portanto, compreende-se que há uma densidade nessa resposta a ser ofertada, que lhe confere um grau de importância considerável, pois se é o entendimento da Corte de Contas sobre determinada matéria, o agir contrário a esse entendimento será, provavelmente, razão de apontamentos de irregularidades em processos fiscalizatórios ou, em sentido oposto, servirá como parâmetro para a chancela de um determinado ato ou a regularidade das contas.

Exemplificativamente, foi registrada aposentadoria em face de orientação da Corte de Contas, consubstanciada no Parecer nº 17/2009, originário de procedimento consultivo, conforme segue:

Ressalto minha convicção com fulcro no princípio da segurança jurídica, pois, apesar da resposta à Consulta formulada a esta Corte de Contas, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 138 do Regimento Interno deste Tribunal, não constituir prejulgamento de fato ou caso concreto, é certo que a concessão desta aposentadoria ocorreu baseada na orientação traçada por este Tribunal, porque em Sessão Plenária de 19/09/2007, acolheu o Parecer nº 17/2007, no Processo nº 3826-02.00/07-4, Consulta formulada pelo então Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado. Constatado tal situação ao examinar o Parecer da Assessoria Especial da Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça, fls. 126-v/129-v, que sugere [...] *pela conveniência de remessa de consulta, pela e. Presidência deste Tribunal de Justiça, à Corte de Contas Estadual, [...]* (fl. 129-v), fato que efetivamente ocorreu. Portanto, tendo por suporte os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança à jurisdição administrativa deste Tribunal, nos termos do que dispõe o inciso III do art. 71 da Constituição Federal, em razão da orientação emanada da referida Consulta, o ato sob exame

merece chancela. Assim, com esses fundamentos, **voto** para que esta Colenda Câmara decida pelo **registro** do Ato nº 013/08-DMOJ/P, constante na fl. 183, publicado no Boletim nº 063/08, Diário da Justiça de 1º/04/2008. Com o cumprimento da decisão, retorne o Processo à Origem (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Em outra ocasião, a Corte de Contas negou registro à concessão de aposentadoria em face do descumprimento de orientação traçada na Informação nº 21/2009, que tratou das funções de magistério a serem consideradas aptas para cumprir o requisito previsto para aposentadoria antecipada de professores, prevista no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal:

A matéria discutida nos autos diz com a possibilidade, ou não, de enquadramento da atividade de Bibliotecária, exercida pela servidora no conceito de “funções de magistério”, para efeitos de concessão do benefício da aposentadoria especial de professor. [...] Insta, por fim, destacar que a questão de quais as atividades podem ser enquadradas na previsão de Lei Federal nº 11301/2006 foi recentemente abordada no Processo nº 4176-0200/06-5, que trata de Consulta, onde o Tribunal Pleno, em sessão de 04-05-2011, decidiu remeter ao consulente a Informação nº 21/2009, da Consultoria Técnica, que, no item “d” de suas conclusões, expressamente afasta a atividade prestada em biblioteca do conceito de “funções de magistério”. [...] O desconto do período prestado na função de bibliotecária, conforme apontado pela área técnica, implica no não implemento da condição temporal necessária à aposentadoria pelo fundamento constitucional alegado (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

A atividade hermenêutica que se desenvolve no âmbito de Tribunais Constitucionais pode ser concebida como uma fase do processo legislativo, significando a transferência de uma parcela de poder, de forma que a construção dessas decisões pode contar com a inclusão de todos aqueles envolvidos por elas (BOTELHO, 2010, p. 11). Essa referência pode ser deslocada para o âmbito do procedimento consultivo do Tribunal de Contas, sendo pertinente destacar, nesse momento, que se toda Administração Pública está atrelada aos mandamentos constitucionais, o órgão de controle externo, quando responde consultas dos seus jurisdicionados, coopera para uma atuação conforme à constituição.

Ademais, o questionamento que preexiste à atuação do procedimento de consulta indica que a autoridade quer saber “o que fazer” em determinada situação abstrata, para que sua conduta seja pautada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a teoria habermasiana, em diversos aspectos, privilegiados no decorrer

dessa pesquisa, pode contribuir para o desenvolvimento dessa função do órgão de controle externo.

Ou seja, a problematização exige um discurso prático, pois esses visam justificar ações sob aspectos éticos, morais e jurídicos (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 51).

Considerando que o direito é constituído pelo *médium* da linguagem, sendo um produto da sociedade, a partir do paradigma linguístico-pragmático, torna-se possível a compreensão de que será necessário sempre a existência de argumentos articulados que justifiquem o direito, até mesmo porque Habermas propõe a substituição da compreensão do direito como normas absolutas e imutáveis, afastando concepções metafísicas do direito (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 54).

Ressalta-se ainda que a ação comunicativa desenvolvida por Habermas evidencia a intersubjetividade, ou seja, a construção necessariamente cooperativa e social, de sorte que há necessidade de discursos de fundamentação para justificar uma pretensão de correção, pois o direito não é mais considerado como produto de fatores do poder (RECK; ALMEIDA, 2013, p. 54).

Apenas em âmbito municipal, vale destacar que o TCE-RS fiscaliza 497 municípios. Portanto, constata-se que são diversas realidades sociais econômicas e jurídicas que se submetem ao controle da Corte de Contas gaúcha, sendo prudente que se considerem dificuldades locais na resposta às consultas, a fim de que não se distancie o direito da realidade social.

Do exposto, pode se identificar que a função consultiva em estudo não se confunde com o dever do Tribunal de Contas de prestar informações, pois a resposta ofertada é construída de elevada densidade jurídica, produto da interpretação do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria. A resposta à consulta, ao orientar o gestor público e criar parâmetros para o próprio órgão de controle em sua atuação fiscalizatória, funciona como um plano apto a coordenar ações. Denota-se uma complexidade na função, pois deverá coordenar ações em diversas perspectivas, seja do próprio órgão de controle, seja dos jurisdicionados da Corte de Contas. Evidencia-se que essa resposta é dotada de normatividade, pois o descumprimento da orientação poderá ensejar apontamentos em processos fiscalizatórios. Contudo, não é revestida de definitividade, haja vista que o Poder Judiciário poderá apreciar o mérito das respostas.

2.6 Procedimento de consultas: dialogando com o controle concentrado de constitucionalidade

Não raras vezes, a dúvida do consulente envolve a interpretação constitucional, de forma que cabe ao órgão de controle a interpretação, a fim de elucidar a dúvida suscitada por meio de um Parecer.

A possibilidade do Tribunal de Contas interpretar a constituição, em abstrato, pode ser estudada a partir de uma perspectiva de pluralização do universo dos intérpretes:

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).

Assim sendo, Peter Häberle preocupa-se com a questão relacionada ao participante da interpretação constitucional, deslocando-se de um modelo de interpretação de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta, de forma que não seria possível estabelecer um *numerus clausus* de intérpretes, pois, segundo autor, quem vivencia a norma termina por proceder o ato de interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 12-18).

Ainda segundo Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Prossegue Häberle afirmando que:

Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o

processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 18).

Nesse panorama de apreciação da constitucionalidade de leis pelos Tribunal de Contas, vale ressaltar que a Súmula n° 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 que a mencionada súmula é criticada e afastada, em julgamentos monocráticos da Suprema Corte, inobstante não ter sido cancelada, a exemplo do julgamento proferido no Mandado de Segurança n° 25.888/DF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente 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 n° 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 n° 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).

Cumprir observar, ainda que pretérito, o elucidativo 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 constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, assinala-se o posicionamento de Fernandes:

Não pretende o Tribunal de Contas julgar a constitucionalidade de lei com 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 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 (FERNANDES, p. 317).

A Súmula nº 347, contudo, não é utilizada pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul para a apreciação de constitucionalidade, em tese, de leis e atos do Poder Público, nos procedimentos de consulta, mas sim em sua atividade fiscalizatória, quando nega a executoriedade de leis que contrariam a Constituição Federal (ou seja, a Corte de Contas gaúcha nega a executoriedade da norma, mas não declara sua inconstitucionalidade, na forma que o Poder Judiciário realiza).

Nesse sentido, no Recurso de Reconsideração nº 4121-0200/13-5, o Egrégio Tribunal Pleno do TCE-RS negou executoriedade à legislação que criava cargo em comissão cujas atribuições não se enquadravam no trinômio direção, chefia e assessoramento:

AFASTAMENTO DA NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE LEIS MUNICIPAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO RECURSAL. Não havendo enquadramento de parte dos cargos no trinômio constitucional, é de ser provido parcialmente o Recurso, visto que a lei referente aos cargos fere parcialmente dispositivo da Constituição Federal. Conhecimento. Provimento parcial. (RIO GRANDE DO SUL, 2014)

A função consultiva, objeto desse estudo, assemelha-se mais com o controle concentrado de constitucionalidade, do que o controle difuso, em função de suas características peculiares, ao examinar um preceito normativo em tese:

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. (FERNANDES, p. 312-313).

Considerando a matriz teórica habermasiana, utilizada nesta pesquisa, assim como a aproximação verificada entre a apreciação em tese de constitucionalidade, que pode ser observada nos procedimentos de consulta em estudo, e o controle em abstrato de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, cabe tecer algumas considerações acerca do entendimento de Habermas sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, em especial quanto ao controle abstrato de normas:

A existência de tribunais constitucionais não é autoevidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões (HABERMAS, 2012a, p. 298).

Habermas, partindo da sua concepção de que o controle abstrato de norma é função do parlamento, assevera que “A concorrência do tribunal constitucional como legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas” (HABERMAS, 2012a, p. 300).

Para o escopo desse trabalho, todavia, entende-se pertinente a seguinte observação:

A bem da verdade, a impressão que fica é a de que a principal intenção de Habermas não é discutir, efetivamente, as possibilidades de legitimação democrática da jurisdição constitucional em si, mas sim construir as possibilidades para a inserção de sua teoria comunicativa também no âmbito do direito (LEAL, 2007, p. 140).

Assim sendo, compreende-se que uma jurisdição procedimentalista, poderia se coadunar com uma dimensão substancialista, não sendo estas formas de jurisdição excludentes uma da outra, pois a legitimidade do Estado Democrático não dispensa o aspecto procedimental e material (LEAL, 2007, p. 213).

Transpondo a conclusão para o procedimento em estudo, constata-se que a competência consultiva do Tribunal de Contas, ao apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público a partir de uma dúvida colocada pela autoridade consulente, pode se valer das contribuições da teoria habermasiana, sendo destacadas a teoria do discurso e a democracia deliberativa.

3 AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DISCURSO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE CONSULTIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS NA APRECIÇÃO EM TESE DE LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO

Uma vez compreendidas as premissas básicas acerca da função consultiva do Tribunal de Contas, em especial quando enfrenta situações acerca da constitucionalidade de leis e atos administrativos, cumpre, neste capítulo, aprofundar a pesquisa no que tange às contribuições da teoria do discurso na qualificação das respostas ofertadas.

3.1 Fundamentação filosófica para a utilização da teoria do discurso no procedimento consultivo do Tribunal de Contas

Em face a matriz linguístico-pragmática utilizada nesta pesquisa, algumas considerações acerca dos paradigmas filosóficos de concepção de mundo, assim como suas influências no direito, são necessárias para compreensão da abordagem que se propõe.

Valendo-se dos ensinamentos de Almeida e Reck acerca das principais matrizes epistemológicas da filosofia ocidental, é possível identificar, primeiramente, o paradigma ontológico. Assim sendo, Platão, em vistas de resolver um conflito filosófico entre Heráclito e Parmênides desenvolveu sua Teoria das Ideias (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 13-20).

Cabe registrar que Heráclito teorizava que tudo era composto de fogo, não sendo possível uma constância no mundo, de forma que não “se poderia entrar no mesmo rio duas vezes, dizia ele, pois as águas seguintes não eram as mesmas águas em que seus pés emergiram antes”, ou seja, tudo está em um fluxo constante. Parmênides, por sua vez, não acreditava nesse fluxo e defendia uma estagnação, pois “o ser é imutável e constante, e a mudança é uma ilusão”, sendo que só seria possível, nessa perspectiva, pensar no que existe (MANNION, 2010, p. 22-23).

Platão desenvolve então a existência de um mundo inteligível, composto por essências, na qual as coisas são imutáveis, e outro sensível, no qual há uma mudança constante, sendo que este seria uma “pálida reprodução do mundo das ideias” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 18).

Para Platão, “linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma *função designativa*”, ou seja, o pensar não seria uma atividade linguística, já que “o puro pensar [...] é um diálogo sem palavras” (OLIVEIRA, 2001, p. 22).

Em Aristóteles, em que pesem as divergências com Platão, a linguagem ainda possui “papel secundário em relação ao conhecimento do real”, visto que a “ontologia é prévia e pressuposta” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 23). Ou seja, “a linguagem, para Aristóteles, não é imagem, reprodução do real, mas seu símbolo [...], ela não é um instrumento natural da designação, mas apenas convencional” (OLIVEIRA, 2011, p. 29).

Diante do exposto, é possível concluir que essa vertente filosófica influenciou uma concepção natural de direito, em face da precedência da essência ao discurso, no sentido de que o direito estatal positivado deveria estar harmonizado com sua essência. (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 23).

No segundo paradigma, denominado mentalístico, o intelecto garante um lugar central na filosofia, pois “o sujeito cognoscente [...] aprende a representação do objeto por intermédio da mente” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 41).

René Descartes e Kant, os principais representantes dessa corrente filosófica, conferiam à linguagem um caráter instrumental, como ocorria na filosofia ontológica, de forma que essa visão de mundo “conduz a uma visão juspositivista [...], pois faz com que o direito seja compreendido apenas como produto de decisões/convenções emanadas dos detentores do poder” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 38).

No terceiro paradigma, denominado de linguístico-pragmático, a linguagem assume papel central na filosofia, pois é a partir dela que se conhece o mundo (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 41-55).

Assim, “a linguagem, muito mais do que descrever uma mera representação do objeto, aponta para o estabelecimento de regras de jogos de linguagem partilhados em um determinado horizonte histórico-cultural de forma intersubjetiva” (BOTELHO, 2010, p. 23).

Nessa perspectiva, a linguagem se tornou ponto nevrálgico para a filosofia, de forma que os questionamentos filosóficos, a partir da reviravolta linguística, não são mais expressos pela essência ou conteúdo das coisas, mas sim pelo “uso da

palavra”, de forma que “é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem” (OLIVEIRA, 2001, p. 13).

Com Wittgenstein, parte-se para a compreensão de que o significado de uma palavra se relaciona com o uso da linguagem, pois são os jogos de linguagem⁸ que vão determinar o uso das expressões linguísticas. Ou seja, o domínio de uma linguagem, nesta perspectiva, está atrelado a um mundo da vida partilhado intersubjetivamente, afastando o caráter meramente instrumental da linguagem, para aproximá-la de uma prática interativa (HABERMAS, 2010, p. 70).

O fundamental é perguntar pelo significado de uma expressão linguística em uma determinada situação peculiar, em um determinado contexto que funciona como horizonte, haja vista que “a linguagem é um jogo que está atrelado ao contexto social e cultural do seu proferimento”, sendo que Habermas, em seu pensamento crítico, “pressupõe que o falante ao dizer algo seja compreendido” em um determinado contexto (BOLZAN, 2005, p. 79).

No terceiro paradigma filosófico, portanto, a linguagem deixa de ser instrumental para ser o meio constitutivo do saber, contexto no qual Habermas desenvolve sua teoria da ação comunicativa, que envolve a teoria do discurso, da qual o direito se vale, sendo a comunicação, na forma proposta pelo sociólogo alemão, uma forma de se alcançar um entendimento de maneira abrangente (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 46-47).

Ao formular sua ética do discurso, Habermas compreende que uma razão comunicativa se mostra como alternativa para decisões centradas na razão de um determinado sujeito, afastando a compreensão solipsista da filosofia moderna, na qual a autoridade está no sujeito e não na racionalidade argumentativa, cuja força cogente só poderia ser exposta em processos comunicativos, nos quais o ser humano busca o entendimento com quem dialoga, contrapondo-se a uma ação estratégica (SOUZA NETO, 2006, p. 136-147).

⁸ Em relação aos jogos de linguagem de Wittgenstein: “Esta teoria inscreve-se no quadro de uma refutação da tese que fundamenta sua primeira abordagem filosófica (*Tractatus lógico-philosophicus*, 1921), segundo a qual a linguagem tem por princípio, até mesmo por única função, representar o estado das coisas, o que leva Wittgenstein a postular uma isomorfia entre a linguagem e a forma lógica do universo. [...] As *Investigations philosophiques* operam uma verdadeira revolução do ponto de vista dessa teoria logicista da linguagem. [...] o nome só tem significação por demonstração, ou seja, em relação a um dado contexto extralinguístico. [...]. A significação do nome reside no reconhecimento do objeto que lhe corresponde numa dada situação. O uso, portanto, deve ocupar uma posição preponderante no estudo da linguagem (NEVEU, 2008, p. 183-184).

A proposta habermasiana de ação comunicativa visa o entendimento mútuo, por meio da linguagem, por intermédio de um processo discursivo, sendo 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, p. 46-49). O direito, nesta perspectiva, a partir da consideração do outro, 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 (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 54-55).

O uso da linguagem como forma de entendimento parte de uma intersubjetividade da práxis linguística, de forma que não sobra espaço, nessa perspectiva comunicativa proposta por Habermas, para um monólogo solitário da subjetividade, sendo indispensável que aquela comunicação ocorra de forma não instrumental, cuja validade das decisões não prescinde da interação entre sujeitos participantes orientados ao entendimento por meio de atos de fala (BOLZAN, 2005, p. 75-76).

Segundo Bolzan:

A reviravolta linguística toma por base o deslocamento paradigmático da questão do conhecimento que transita de uma consciência solitária e absoluta para o horizonte mais amplo da comunicação, em que o sujeito é obrigado a sair do seu lugar privilegiado de observador imparcial para participar da interação discursiva, partilhando ideias, construindo novos saberes e sendo questionado até mesmo em suas convicções mais íntimas. O novo paradigma da racionalidade, no qual Habermas ancora sua teoria da competência comunicativa, é essencialmente processual porque fundamentado na intersubjetividade discursiva da práxis linguística no âmbito vivencial. Esta formulação de racionalidade escapa, portanto, dos pressupostos de uma consciência solipsista, tal como ocorre no paradigma da subjetividade, para fundamentar-se na linguagem comum da pluralidade de sujeitos que procuram livre e discursivamente chegar ao consenso sobre algo no mundo, superando assim o egoísmo (BOLZAN, 2005, p. 81).

A teoria discursiva de Habermas defende que questões práticas são passíveis de decisões racionais, a partir da força da melhor argumentação, na qual se pressupõem atendidas pretensões de validez. Assim sendo, o filósofo alemão desenvolve sua pragmática universal, que pretende analisar a estrutura formal da fala em um processo comunicacional, tendo por base os atos de fala que indicam regras universais para uma competência comunicativa, ou seja, a pragmática universal tem como objetivo evidenciar pressupostos gerais para uma ação comunicativa (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 91).

A seguir, serão abordadas compreensões sobre os atos e proferimentos de fala, necessários, em face da imprescindibilidade desses conhecimentos, na aplicação do paradigma da linguagem ao estudo que se propõe.

3.2 Breves considerações sobre a Teoria dos Atos de Fala na Filosofia da Linguagem e as repercussões nos proferimentos do Tribunal de Contas

John Langshaw Austin reivindicou para si um modo de fazer filosofia o qual denominou de fenomenologia linguística, de modo que descobriu técnicas aptas para a clarificação da linguagem. Para o filósofo britânico há uma diferença entre enunciados e asserções. O enunciado é formado por palavras e ao fazer uma asserção nos valem de palavras. Contudo, para diferentes asserções é possível a utilização de um mesmo enunciado. Assim sendo, exemplificativamente, o enunciado “Este livro é meu” pode ser utilizado por duas pessoas ou pela mesma pessoa em ocasiões diferentes. A asserção, todavia, vale-se de palavras ou enunciados, de forma que se caracteriza por ser um evento histórico, por um determinado locutor ou escritor, dirigido a um auditório (que pode ser o próprio emissor) e tendo por referência uma situação histórica. Em suma, asserção não equivale a enunciado, pois se caracteriza por ser um proferimento histórico (datado) de um enunciado por um certo falante (MAGALHÃES, 2011, p. 138)

Austin desenvolve a Teoria dos atos, de forma sistemática, criando uma distinção entre enunciados constatativos, que não são meramente descritivos, e os performativos, que efetivamente constituem fatos. Os atos constatativos, em que se fala do mundo, seriam verdadeiros ou falsos, enquanto que os atos performativos, com base na doutrina dos revesses, serão felizes ou infelizes, conclusão que se chegará ao se verificar se as condições para sua realização foram cumpridas ou não (OLIVEIRA, 2001, p. 150-153).

O proferimento constatativo terá a propriedade de ser verdadeiro ou falso, de forma que estaríamos diante de uma asserção e não de um enunciado. Austin identifica as convenções descritivas, nas quais haveria uma correlação entre palavras (enunciados) e tipos de situação, ou seja, os enunciados descrevem estados de coisas. Nas convenções demonstrativas, por outro lado, há uma correlação entre palavras (asserções) com situações específicas. Dessa forma, ao

conhecer essas formas de convenções, possibilita-se que o receptor, após uma asserção de um emissor, identifique “o tipo de situação que o enunciado utilizado (para fazer essa asserção) descreve, mas também a que situação *particular*, entre aquelas que são desse tipo, essa asserção se refere”. O conjunto de convenções descritivas e demonstrativas “determinam a relação das palavras com o mundo” (MAGALHÃES, 2011, p. 139).

No proferimento performativo, ao dizer, por exemplo, “Eu sei” ou “Eu prometo”, o falante está, respectivamente, dando sua “palavra aos outros” e se comprometendo “com os outros”, de forma que tais proferimentos não são meramente descritivos, pois também se identificam com questões morais, no sentido de que a palavra ofertada confere um dever ao falante (MAGALHÃES, 2011, p. 142).

Segundo Austin:

Um de nossos exemplos era o proferimento “Aceito” (esta mulher como minha legítima esposa...), quando proferido no decurso de uma cerimônia de casamento. Aqui, devemos assinalar que ao dizer esta palavra estamos *fazendo* algo, a saber, estamos casando e não relatando algo, a saber, o fato de nos estarmos casando. [...] Segundo estou informado, no direito processual norte-americano o relato do que se disse vale como prova, caso o que tenha sido dito seja um proferimento do tipo que chamamos de performativo, porque este é considerado um relato com força legal, não pelo que foi dito, o que resultaria em um testemunho de segunda mão – não admissível como prova – mas por ter sido algo realizado, uma ação. Isto coincide perfeitamente com nossa instituição inicial a respeito dos proferimentos performativos (AUSTIN, 1990, p. 29).

Todavia, Austin passa a compreender que a distinção entre atos constatativos e performativos não é pertinente, de forma que não há um critério absoluto, sendo que há casos em que os mesmos proferimentos poderiam ser utilizados como constatativos ou performativos, e, por isso, o filósofo resolve repensar sua teoria (OLIVEIRA, 2001, p. 156).

Habermas explica da seguinte forma:

Nos enunciados ditos constatativos usam-se proposições assertórias para representar estados de coisas. Austin fala aqui também de actos locutórios: o locutor utiliza actos locutórios para dizer algo (to say something: dizer como estão as coisas). Os actos ilocutórios, pelo contrário, não devem ter qualquer conteúdo proposicional enquanto tais, nem sequer um significado. Com semelhante acto, o locutor não diz nada que pudesse ser verdadeiro ou falso, efectuando, ao invés, um acto social. [...] Austin começa por estabelecer as seguintes associações: acto locutório – proposição assertória – significado – verdadeiro/falso. acto ilocutório – proposição performativa –

força – bem/mal. Esse dualismo foi impossível de sustentar. Evidentemente, Austin viu, desde o início, que a maioria dos actos ilocutórios não ocorre de forma isolada, alojando-se antes em frases de conteúdo proposicional (HABERMAS, 2010, p. 76-77).

Dessa feita, em face de não ter criado um critério gramatical para os atos performativos, sem insistir que tais proferimentos poderiam ser sempre explícitos, no sentido de se visualizar “um verbo na primeira pessoa do singular, no presente do indicativo, na voz ativa”, e não ter estabelecido uma lista de verbos relacionados aos proferimentos performativos, o teórico inglês abandona a distinção inicial, que sistematizava atos mutuamente exclusivos, para compreender o ato de linguagem em sua totalidade (MAGALHÃES, 2011, p. 143).

Portanto, Austin compreende que dizer algo é fazer algo, sendo possível a identificação de uma dimensão locucionária, na qual são identificados os atos fonéticos, fáticos e réticos⁹ (AUSTIN, 1990, p. 85).

Por ato fonético se entende a execução de certos sons. Já ato fático significa proferir palavras, que pertencem a um vocabulário, em conformidade com a gramática. O ato rético, por fim, significa que está se proferindo palavras com o intuito de dizer algo mais ou menos determinado (OLIVEIRA, 2001, p. 158).

Não é demasiado observar que todo ato fático pressupõe um fato fonético, o que não significa que o inverso seja uma verdade. Ainda, o ato rético também pressupõe o ato fático, sendo inverídico afirmar o inverso, visto que é possível proferir uma frase em um idioma o qual não conhecemos o significado das palavras (MAGALHÃES, 2011, p. 144).

Para Austin, portanto, o proferimento de qualquer procedimento linguístico, que é uma ação humana, indica uma dimensão locucionária (OLIVEIRA, 2001, p. 157). O ato de linguagem, então, pode ser concebido como um ato de dizer um enunciado com significação, o que indica essa dimensão locucionária. Cabe observar que nos casos em que os enunciados são utilizados como o mesmo sentido e referência significará que são equivalentes e que são considerados ocorrências diversas do mesmo ato locutório (MAGALHÃES, 2011, p. 145). Ou,

⁹ Austin aduz que: “O ato fático, contudo, como o fonético, é essencialmente imitável, pode ser reproduzido (inclusive na entonação, caretas, gestos, etc.). [...] Este é o uso de ‘disse’ seguido ou precedido de entre aspas que aparece nos romances [...]. Mas o ato rético é o que relatamos no caso de asserções do tipo ‘Ele disse que o gato estava sobre o tapete’ [...]. Este é o chamado ‘discurso indireto’” (AUSTIN, 1990, p. 86-87).

como quer Austin, “com um certo ‘significado’ no sentido filosófico favorito da palavra, isto é, com um sentido e uma referência determinados” (AUSTIN, 1990, p. 85).

A segunda dimensão identificada por Austin se relaciona com o uso particular de um enunciado, de forma que ao dizer também se faz algo, em um contexto definido, o que é chamado de dimensão ilocucionária. Para exemplificar, é possível identificar que a partir de duas ocorrências locutórias do mesmo tipo teremos diferentes ilocuções, sendo que na primeira vez falante pode ter feito uma promessa e, posteriormente, uma ameaça. Aqui, a força ou o valor convencional do proferimento na situação concreta é primordial para a comunicação. É importante, destarte, não confundir a significação locucionaria (sentido e referência) com a força ilocucionária, caracterizada pelo fato de que “ao dizer alguma coisa, realizamos um ato que tem uma certa força ou um valor” (MAGALHÃES, 2011, p. 145).

A terceira dimensão identificada por Austin está relacionada com as consequências não convencionais dos proferimentos de fala, o que ele denominou de dimensão perlocucionária. Em que pese o ato perlocutório não ser convencional, é possível utilizar atos convencionais para produzir um ato na dimensão perlocutória (MAGALHÃES, 2011, p. 147). A dimensão perlocucionária significa que o ato de fala está apto a provocar ações, sentimentos e pensamentos em outras pessoas (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 45-46).

Resume Austin:

Em primeiro lugar, distinguimos um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo, que sintetizamos dizendo que realizamos um *ato locucionário*, o que equivale, a grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez, equivale, a grosso modo, a “significado” no sentido tradicional do termo. Em segundo lugar, dissemos que também realizamos *atos ilocucionários* tais como informar, ordenar, prevenir, avisar, comprometer-se, etc., isto é, proferimentos que tem uma certa força (convencional). Em terceiro lugar também podemos realizar *atos perlocucionários*, os quais produzimos *porque* dizemos algo, tais como convencer, persuadir, impedir, ou, mesmo, surpreender ou confundir (AUSTIN, 1990, p. 95).

John Rogers Searle é um representante da filosofia da linguagem, ao entende-la como objeto da relação entre palavras e mundo. Inclusive, o filósofo norte-americano sustenta que, enquanto a filosofia linguística pretender resolver problemas filosóficos a partir do “uso ordinário das palavras singulares ou de outros

elementos de determinada linguagem”, a filosofia da linguagem “pretende chegar a descrições universais da linguagem, como, por exemplo, referência, verdade, significação, etc.”, de forma que para Searle o aprendizado de uma língua está associado ao domínio das regras de tal comportamento (OLIVEIRA, 2001, p. 172).

Segundo Searle, “um locutor pode querer dizer mais do que efetivamente diz; entretanto sempre lhe é possível, em princípio, dizer exactamente o que teve a intenção de dizer” (SEARLE, 1981, p. 28).

Ademais, a teoria da linguagem proposta por Searle pode ser concebida como uma teoria da ação, pois parte de um comportamento guiado por regras¹⁰, sendo que para o filósofo em tela os atos de linguagem, em especial os atos ilocucionários, evidenciam a unidade mínima de comunicação (MAGALHÃES, 2011, p. 158-159).

Os seguintes exemplos servem para ilustrar algumas reflexões: “1 – João fuma muito. 2 – João fuma muito? 3 – Fuma muito, João! 4 – Oxalá João fumasse muito” (SEARLE, 1981, p. 34).

Assim sendo, segundo Searle, no proferimento “1” há uma asserção, em “2” um questionamento; em “3” há uma ordem e em “4” um desejo. Em todos esses enunciados o falante designa o objeto “João” e o predica com a expressão “fuma muito” (ainda que por uma inflexão), sendo, portanto, partes de um ato de fala completo, como asseverar, perguntar ou ordenar, exemplificativamente (SEARLE, 1981, p. 34).

Nas quatro frases utilizadas como exemplo há três atos de fala distintos, conforme segue: “a) enunciar palavras (morfemas, frases) = executar *actos de enunciação*; b) referir e predicar = executar *actos proposicionais*; c) afirmar, perguntar, ordenar, prometer, etc. = executar *actos ilocucionais*” (SEARLE, 1981, p. 35).

¹⁰ Reck, ao tratar do reconhecimento do signo por aqueles que o utilizam leciona: “Como existem regras de seu uso, essas regras devem ter validade intersubjetiva. Existe, assim, uma conexão entre identidade de signo para os falantes e validade intersubjetiva. A compreensão de um signo está ligada à capacidade de seguir uma regra, como no conhecido exemplo do jogo de xadrez, só jogável por mais de uma pessoa, onde ambas têm de conhecer as regras do tabuleiro. A constituição e a reprodução de uma regra são intersubjetivas, mas o momento de internalização não deixa de ser monológico, i.e., aquele que aprendeu a regra tem de ser capaz de segui-la sozinho (muito embora irá precisar de outro para aplicá-la, ou seja, utilizar o signo). [...]. Se ambos conhecem a regra, um pode criticar o comportamento do outro, permitindo a correção (RECK, 2006, p. 50).

Segundo Searle, não há como ocorrer um ato proposicional sozinho, visto que não é possível somente referir e predicar sem que o falante faça uma asserção ou pergunta, ou seja, executar alguma ilocução (SEARLE, 1981, p. 37).

Quando o locutor realiza o ato de enunciação, composto por palavras, é realizado o ato proposicional (que sempre acompanha um ato ilocucionário), pois está referindo e predicando um determinado objeto; ademais, realiza um ato de ilocução, que pode ser uma asserção, uma pergunta, um desejo, etc. É possível ainda o ato de perlocução, quando o ato produz efeitos sobre as ações, pensamentos e crenças dos receptores. Portanto, aqui, salienta-se a diferenciação entre ato de linguagem completo (força ilocucionária) e conteúdo proposicional. É o indicador de força ilocucionária que demonstra como deve ser entendida a proposição (MAGALHÃES, 2011, p. 161).

Habermas ressalta que a concepção de Austin, no sentido de que ao “dizermos algo, fazemos algo, implica a recíproca: ao realizarmos uma ação de fala, dizemos também o que fazemos”, visto que o sentido performativo só será captado pelo ouvinte potencial que abandona a perspectiva de observador e adota uma postura de participante (HABERMAS, 1990, p. 67).

Além do mais, Habermas assevera que Austin não compreendeu que os atos de fala podem funcionar como um mecanismo apto a coordenar ações comunicativas ou estratégicas (BETTINE, 2017, p. 352).

Nas palavras do próprio Habermas:

Portanto, incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam fins ilocucionários, e *tão somente fins como esses*. Ao contrário, considero agir estratégico mediado pela linguagem as interações em que ao menos um dos participantes pretende ocasionar com suas ações de fala efeitos perlocucionários em quem está diante dele. Austin não distinguiu esses dois casos como tipos de interação diferentes porque tendia a identificar ações de fala, ou seja, atos de entendimento, com as próprias interações mediadas pela linguagem. Não percebeu que ações de fala funcionam como mecanismos de coordenação destinados a *outras* ações. Quando se pretende incluí-las em interações estratégicas, tem-se antes de desprendê-las desses contextos do agir comunicativo. E tal coisa só é possível porque as ações de fala gozam de autonomia relativa em face do agir comunicativo; afinal o significado do que se diz remete sempre às estruturas de interação do agir comunicativo. Para reconhecer com mais facilidade a diferença entre uma ação de fala e o contexto da interação que ela constitui por meio da coordenação de ações que logra desempenhar, o mais aconselhável é divergir de Austin nesse ponto e não se fixar no caso exemplar das ações de fala institucionalmente vinculadas (HABERMAS, 2012b, p. 510-511).

Blotta explica que Habermas, ao tratar da dupla-estrutura da linguagem faz uma diferenciação entre o aspecto cognitivo (proposicional) e comunicativo (ilocucionário), visto que a concepção apenas conteudística não permitiria uma análise válida em contextos comunicativos (BLOTTA, 2010, p. 184).

Acerca da distinção entre o ato ilocutório e o conteúdo proposicional aduz Gavião Filho:

Daí, então, a distinção entre o indicador do conteúdo proposicional e o indicador da força ilocucionária. O primeiro diz com o conteúdo enunciado ou afirmado no ato ilocutório. O segundo indica como deve ser considerado o conteúdo proposicional ou qual é a força ilocucionária contida na emissão do falante. Os indicadores da força ilocucionária podem ser a ordem das palavras, a pontuação, a entonação, a ênfase, o modo do verbo e os verbos performativos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 71).

Habermas, portanto, entende que o ato ilocucionário é a unidade elementar do discurso, vislumbrando uma dupla-estrutura representada por “Mp”, na qual “M” é o modo de comunicação e “p” o conteúdo proposicional. Ou seja, essa distinção entre o uso comunicativo e cognitivo, portanto, captura a distinção inicial de Austin entre proferimentos performativos e constataivos. Portanto, nessa perspectiva, todos proferimentos teriam uma dimensão cognitiva e interativa, sendo que a significação do ato de linguagem será verificada a partir do seu conteúdo proposicional e do sentido do modo de entendimento almejado (MAGALHÃES, 2011, p. 184).

A ideia é no sentido de que quando alguém diz algo está agindo, está conferindo um sentido performativo ao ato de fala, que para ser compreendido por um ouvinte, esse último deve participar do processo comunicativo, não como um mero observador, mas ciente que faz parte de “um mundo da vida partilhado intersubjetivamente por uma comunidade linguística, passando a gozar das vantagens da reflexividade da linguagem natural” (BOTELHO, 2010, p. 29).

O filósofo alemão ainda compreende que “o conceito de agir comunicativo atribuí às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação” (HABERMAS, 2012a, p. 25).

Reck oferece uma importante observação acerca do vínculo do aspecto ilocucionário do ato de fala em relação à ação que é fruto da comunicação:

Um ato comunicativo entabulado a partir da ação comunicativa terá um aspecto *locucionário*, de conteúdo proposicional, bem como um aspecto *ilocucionário*, cujo conteúdo é o vínculo para a ação que é gerado a partir da comunicação. Este vínculo, como estamos a tratar de uma ação comunicativa é público. E aí reside uma diferença para a ação instrumental: esta é perlocucionária; i.e, o efeitos de coordenação presentes na linguagem são privados, uma vez que a orientação para a ação não é a cooperação, e sim a influência. [...] A comunicação, desta maneira, pode, sem dúvida nenhuma ser utilizada estrategicamente (RECK, 2006, p. 39).

Essa é a complexidade do ato de fala, apontada por Habermas, que não se resume ao aspecto semântico proposicional, englobando também a racionalidade do falante e as obrigações de manutenção da coerência para o futuro, de forma que as cadeias comunicativas que virão estarão vinculadas (RECK, 2006, p. 40).

Habermas oferece uma diferenciação entre proferimentos assertóricos e não-assertóricos:

À primeira vista, as *proposições assertóricas*, empregadas em *atos de fala constataivos* parecem estar para os *fatos* numa relação análoga à maneira pela qual as *proposições normativas* empregadas em *atos de fala regulativos* se relacionam a *relações interpessoais legitimamente ordenadas*. A *verdade* das proposições significa a *existência* de estados de coisas assim como, analogamente, a *correção* das ações significa o *preenchimento* de normas. À segunda vista, no entanto, aparecem diferenças interessantes. Assim, os atos de fala se relacionam com as normas de forma diferente do que com os fatos (HABERMAS, 2003, p. 80).

Segundo Reck, toda ilocução é passível de ser descrita de forma assertórica, ou seja, como uma verdade ou falsidade, portanto, pode ser objetivada. E por isso, tal proferimento ilocucionário poderia se transformar em uma forma de saber transmitido culturalmente (RECK, 2006, p. 53).

Nesse momento é pertinente o retorno à diferenciação proposta no primeiro capítulo acerca da resposta a uma consulta e à uma informação solicitada. Em que pese ambos procedimentos se caracterizem por ser uma forma de acessar o Tribunal de Contas, é possível ponderar que a informação se projeta para o passado, visto que o requerente apresenta como objetivo, em regra, informações sobre algo que já ocorreu, ainda que venham a ser utilizadas como argumentos para um discurso no futuro. A consulta, de outro modo, considerando seu caráter abstrato, se projeta para o futuro, ou seja, visa coordenar ações do jurisdicionado a partir da resposta ofertada. Aliás, considerando a publicidade da resposta ofertada no procedimento de consulta, conclui-se que se trata de decisão que servirá de

paradigma para o plano de ação de todos jurisdicionados que se encontrarem em situação similar com a que foi proposta no procedimento de consulta.

Portanto, a dimensão da resposta em uma consulta também poderia ser analisada com fundamento na teoria dos atos de fala. A consulta, quando tiver êxito na coordenação de ações, permitirá que o órgão jurisdicionado do Tribunal de Contas, a partir da construção linguística da resposta ofertada, ao se deparar com a situação fática que se assimile o máximo possível com a situação hipotética da consulta, e em face das dimensões ilocucionárias que permitem um entendimento sobre algo, adote um enfoque performativo¹¹, sabendo qual providência que deverá adotar.

Ademais, o proferimento da Corte de Contas, a despeito da dimensão locucionária de aparentemente estar respondendo meramente uma consulta, como já visto no primeiro capítulo, possui uma densidade suficiente para coordenar ações dos jurisdicionados, inclusive sob pena de sanção em posterior ato de fiscalização do Tribunal de Contas, ainda que que essa sanção não esteja prevista na resposta ofertada. Já se sabe, contudo, que a concretização de uma situação similar ao objeto da consulta não dispensará a formulação de um discurso de aplicação, situação que será detalhada no decorrer deste capítulo.

Nada obstante, é possível, desde já, constatar que o proferimento (resposta à consulta) terá uma dimensão ilocucionária ou perlocucionária, a depender do tipo de ação utilizado no procedimento de consulta.

3.3 Pressupostos teóricos para a contribuição da Teoria do Discurso na função consultiva do Tribunal de Contas, em situações de apreciação em tese da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público

Neste subcapítulo pretende-se abordar alguns pressupostos teóricos da teoria discursiva, a fim de examinar o procedimento consultivo da Corte de Contas gaúcha a partir de tal referencial teórico.

¹¹ “Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de se entender com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso” (HABERMAS, 2012a, p. 20).

Na obra “Direito e Democracia”, Habermas pretende demonstrar que “a teoria do agir comunicativo, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não é cega para a realidade das instituições”, de forma que o filósofo alemão constrói seu “projeto de uma filosofia do direito” (HABERMAS, 2012a, p. 11-14).

A ação comunicativa de Jürgen Habermas se vale de uma racionalidade comunicativa, sendo pertinentes as seguintes considerações:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. [...] A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas de agir. [...] A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática (HABERMAS, 2012a, p. 20-21).

A distinção é fundamental, visto que não obstante a razão instrumental e a razão comunicativa não prescindirem da linguagem, das razões e de uma postura crítica, a primeira visa uma manipulação instrumental, ao passo que a segunda busca o entendimento comunicativo, sendo possível verificar ainda que a racionalidade proposta por Habermas combina características de uma razão objetivadora, na qual se identificam juízos críticos e intersubjetivos próprios do mundo objetivo, com uma razão fenomenológica, que objetiva o mundo a partir do reconhecimento da comunidade (RECK, 2006, p. 19).

Habermas, ao desenvolver sua teoria comunicativa, identifica as outras formas de agir. Dessa forma, no agir teleológico há uma pretensão de verdade, com referência ao mundo objetivo; no agir normativo a referência é ao mundo social e a pretensão é de correção; o agir dramático, por sua vez, possui pretensão de veracidade ou autenticidade e refere-se ao mundo subjetivo. O agir comunicativo, por sua vez, ainda que não diretamente, faz a referência reflexiva aos três mundos (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 47).

Na teoria habermasiana, portanto, aquele que age comunicativamente apresenta quatro pretensões de validade, quais sejam: inteligibilidade, verdade,

correção e veracidade. O discurso, por sua vez, surge quando alguma das pretensões de validade é problematizada, sendo indicadas espécies de discursos para cada pretensão (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 47-49). Resse-Schäfer menciona que Habermas, por vezes, trata de apenas três pretensões, pois a inteligibilidade estaria pressuposta nas demais (RESSE-SCHÄFER, 2012, p. 47).

Os discursos, portanto, que contemplam as pretensões de validez que foram problematizadas, se caracterizam pela intervenção de participantes com opiniões variadas, a fim de eliminar a dúvida existente, sendo possível identificar discursos que sustentem pretensões de verdade e de correção, visto que a problematização de veracidade somente será sustentada pelo comportamento do falante (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 100).

Portanto, o discurso teórico será verificado nas questões de verdade e o discurso prático é aquele indicado para problemas relacionados à correção, em aspectos morais, políticos e jurídicos (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 49).

A prática social argumentativa acaba por formar consensos, sendo estes elementos que formam o mundo da vida, pano de fundo sob o qual os atores sociais atuam. Nada obstante, a estabilização não se eterniza, de forma que o risco do dissenso pode levar à problematização (RECK, 2006, p. 21).

Considerando que a função consultiva em estudo tem por objetivo esclarecer uma dúvida, ou seja, uma problematização, o discurso prático será objeto de maior detalhamento, que ocorrerá, no caso, quando o mundo da vida, permeado por consensos, for alvejado por um dissenso.

Portanto, compreende-se pela necessidade de abordar, no campo da teoria discursiva, os princípios do discurso, da democracia e da universalidade. Posteriormente, serão diferenciados os discursos de fundamentação e aplicação, sem prejuízo da análise do princípio da universalização em suas formas forte e fraca, a partir das contribuições de Klaus Gunther¹², com a finalidade de compreender e analisar o discurso do Tribunal de Contas em sua função consultiva.

A legitimidade do direito não tem como suporte, de forma exclusiva, o direito de um indivíduo (em uma perspectiva liberal), tampouco a soberania popular

¹² Optou-se por tratar da diferenciação entre os discursos de fundamentação e justificação anteriormente à explicação do princípio da universalização, em que pese o princípio ter sido formulado anteriormente à distinção entre suas formas fraca e forte, por Klaus Gunther, em face dos diferentes discursos.

dependente de cidadãos virtuosos, mas sim a mediação comunicativa, em que se destaca o princípio do discurso (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 86).

Habermas conceitua o princípio do discurso da seguinte forma: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2012a, p. 142).

Assim sendo, os discursos práticos, como é o caso do discurso jurídico, devem ser analisados com base no princípio do discurso, de forma a evidenciar uma “garantia de satisfação da pretensão de correção de todo e qualquer tipo de norma ou enunciado jurídico” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 117). Ou seja, o princípio do discurso dispõe que se “leve em conta a opinião daqueles que são destinatários das normas” (RECK, 2006, p. 150).

Habermas esclarece o princípio do discurso:

Entram nessa formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado “válidas” refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente (HABERMAS, 2012a, p. 142).

Ou seja, a pretensão de validade das normas, no sentido acima indicado, a partir do princípio do discurso, exige que se tenha assentimento (ou se passe a ter) de todos os interessados na qualidade de participantes do discurso prático (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 124).

Ademais, no âmbito da teoria pragmática habermasiana, é importante registrar a relação entre o princípio democrático e o princípio do discurso, visto que o primeiro está inserido no segundo. Considerando que o princípio do discurso não dá conta de regular a vida em sociedades complexas, é por meio do direito que se confere legitimidade ao poder político e, conseqüentemente, ao próprio Estado de

Direito, de forma que se evidencia a função do princípio democrático de legitimar o direito (BITENCOURT, 2013, p. 190-191).

Ou seja, o princípio democrático está incluído 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).

Segundo Habermas, o princípio da democracia, que permite a discussão de questões práticas, dependente do direito, significa que:

[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente (HABERMAS, 2012a, p. 145).

Evidente, assim, que a moral e o direito valem-se do princípio do discurso, mas, considerando que são esferas normativas distintas, o direito, que se mostra como uma tensão permanente entre facticidade e validade, é regido pelo princípio da democracia e possui o papel de integrador social nas atuais sociedades. (XIMENES, 2010, p. 43-46).

A resposta a uma consulta, seja qual for o mérito, é um ato de decisão do Tribunal de Contas, selecionando uma dentre inúmeras possibilidades de solução à dúvida evidenciada.

Assim sendo, em face da matriz teórica desta pesquisa, “assume relevo a proposta de uma ação comunicativa, em que ocorra a interação dos sujeitos através

da linguagem, buscando um consenso, de forma livre e não coartada” (BITENCOURT, 2013, p. 187).

Por isso, compreende-se pela necessidade de abordar a situação ideal de fala, caracterizada por Habermas, que deve se pautar em uma interação social na qual não se verifiquem impedimentos internos ou externos, na qual se observe uma distribuição equânime de oportunidades para os participantes tematizarem e criticarem as pretensões de validade (BLOTTA, 2010, p. 209).

O procedimento deliberativo e de decisão, desta forma, deve se basear em alguns postulados: (a) deve ser argumentativo entre as partes; (b) deve ser inclusivo e público, pois todos possíveis interessados devem ter iguais chances de acesso e de participação; (c) deve ser um procedimento livre de coerções externas, visto que a submissão dos participantes relaciona-se apenas aos pressupostos de comunicação e às regras do procedimento de argumentação; (d) também deve ser extirpada qualquer coação interna, a fim de evitar qualquer vício de igualdade no tratamento dos participantes, evidenciando os melhores argumentos e igual chance de contribuição; (e) deve possibilitar que as decisões deliberadas sejam desenvolvidas ou retomadas, sendo certo que elas devem ser concluídas em face da decisão da maioria, sem prejuízo que em um dado momento a minoria consiga convencer a maioria que apresenta melhores razões. Cabe registrar que as condições ideais de comunicação não garantem a concretização de um consenso, de forma que o procedimento, neste caso, se conclui pelo voto, mas qualificadamente pela prévia deliberação; (f) as deliberações políticas podem abranger qualquer matéria passível de regulação, considerando o interesse simétrico de todos indivíduos, o que não significa que determinados assuntos tidos como se fossem de interesse privado não possam ser relevantes para o público, especialmente quando envolverem fontes determinantes para o exercício de direitos igualitários de comunicação e participação; (g) as deliberações políticas permitem a discussão e interpretação de necessidades, assim como de transformações de preferências, de forma que os argumentos aptos a formar o consenso não se apoiam apenas em acordos de valores existente previamente a partir de tradições e planos de vida em comum (HABERMAS, 2011, p. 29-30).

A diferenciação entre os discursos de fundamentação e de aplicação é uma compreensão que se faz necessária antes de proceder à análise do discurso

consultivo do Tribunal de Contas. Portanto, a seguir, objetiva-se evidenciar essa diferenciação entre os mencionados discursos.

3.4 Compreensões para a distinção entre os discursos de fundamentação (justificação) e de aplicação

Cabe registrar, desde logo, que a distinção entre discursos de justificação e aplicação permite identificar que cada espécie de discurso corresponde a um estágio da racionalidade prática, de modo que o procedimento de justificação está projetado para o futuro, a partir de situações imaginadas, mas sem dar conta de todas situações concretas que serão originadas a partir da norma. O discurso de aplicação, por sua vez é voltado para situações concretas, diante da impossibilidade de previsão de todos os casos futuros (BITTENCOURT; RECK, 2015, p. 30).

Habermas explica que a identificação dos discursos se relaciona com as atribuições dos Poderes Judiciário e Legislativo:

Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada à aplicação* de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação (HABERMAS, 2012a, p. 323-324).

Assim sendo, o discurso jurídico poderia evidenciar dois tipos de discursos, sendo que o de justificação, próprio de tarefas legislativas, parte de interesses universalizáveis em condições constantes ou iguais, ao passo que o discurso de aplicação considera as nuances do caso concreto, ou seja, condições específicas que são produto de circunstâncias dinâmicas ou mutáveis, como é o caso da decisão judicial (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 133).

Bittencourt resume a importância da leitura separada dos discursos:

[...] os discursos devem ser lidos separadamente porque tanto o fator da limitação temporal, quanto o fator da limitação das informações, são fundamentais para que aconteça a institucionalização das decisões jurídicas. A questão central da diferenciação: se por um estes discursos oferecem uma abordagem filosófica da racionalidade prática, o que rege os discursos de fundamentação é voltado à otimização do interesse de todos oferecendo apenas razões, enquanto que o discurso de aplicação, tomando consciência da complexidade fática, procura escolher a melhor norma e a melhor interpretação, proporcionando coerência ao ordenamento jurídico,

mas considerando as perspectivas dos particulares, que devem manter relação com a estrutura geral das expectativas já postas pelos discursos de fundamentação (BITTENCOURT, 2013, p. 197).

Conforme Gunther, a discurso de fundamentação deve, a partir de uma situação hipotética, sem considerar cada situação concreta, “generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento” que tenha por escopo “examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto sem coação” (GUNTHER, 2011, p. 38).

Ao introduzir a versão brasileira da obra de Gunther, Luiz Moreira registra a importância de se distinguir os discursos de justificação e aplicação, visto que o primeiro se relaciona à validade de uma norma, ao passo que o segundo diz respeito à adequabilidade, exigindo uma concreção (GUNTHER, 2011, p. 6).

Desta forma, os discursos de fundamentação objetivam a validade de uma norma, sem considerar situações concretas, de forma que a validade resultante será *prima facie*, haja vista a fundamentação normativa imparcial, em que pesem os paradigmas de pano de fundo condicionem a interpretação. Nesse escopo, vale-se do princípio da universalidade, ou apenas “U”, de forma que a validade da norma não se condiciona a todas situações possíveis, de forma absoluta, até porque os efeitos colaterais devem ser suportados pelo conjunto de indivíduos (BINTENCOURT; RECK, 2015, p. 33).

Para Habermas, nos discursos de justificação serão percebidos argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais. As questões éticas, que se colocam na primeira pessoa do singular ou do plural, se relacionam a uma determinada comunidade, destinando-se ao seu auto-entendimento ou bem viver. Já as questões morais não estão circunscritas a uma determinada comunidade, uma vez que questões como “não matar” são universais. Já as questões pragmáticas partem de uma auto-observação recíproca de indivíduos que buscam se influenciar com vistas a uma maior utilidade (RECK, 2006, p. 163).

Para os discursos de justificação, portanto, Gunther sugere uma versão mais fraca de “U”: “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” (GUNTHER, 2011, p. 30).

Todavia, nos casos dos discursos de aplicação, é a universalidade em sua forma forte que Gunther realça:

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 (GUNTHER, 2011, p. 29).

É possível concluir que os discursos de justificação, relacionados à validade, e os de aplicação, relacionados com a adequação da norma em determinada situação concreta, evidenciam diferenças no que tange à imparcialidade. Enquanto no discurso justificativo imparcial se impõe que “todos interesses envolvidos sejam levados em consideração”, no discurso de aplicação imparcial a demanda é por um “procedimento no qual todas as características de uma situação, descrita da forma mais completa possível, sejam consideradas”. Ou seja, em face da descrição completa da situação concreta, exige-se uma análise interpretativa das normas válidas e *prima facie* aplicáveis. A legitimidade *prima facie* significa que uma norma foi imparcialmente justificada, tornando imprescindível o discurso imparcial de aplicação, para que a própria decisão esteja revestida de legitimidade (COURA, 2009, p. 220).

A seguir, pretende-se identificar os discursos do Tribunal de Contas em sua função consultiva, a partir da análise de duas situações concretas de consulta.

3.5 Mas afinal, qual o discurso do Tribunal de Contas no procedimento consultivo?

Para a identificação do discurso do Tribunal de Contas, no procedimento de consulta, cabe relevar que, considerando as diversas atribuições constitucionais do órgão de controle externo, previstas na Constituição Federal, cada uma dessas competências mereceria uma análise individualizada acerca do seu discurso.

Na elaboração do parecer prévio dos chefes de executivo, no julgamento de contas de administradores, assim como na apreciação, para fins de registro, de atos de admissão, bem como de reformas, aposentadorias e pensões, inclusive melhorias posteriores, nos termos dos incisos I II e III do artigo 71 da Constituição da República, exemplificativamente, resta claro o discurso de aplicação. Em face da

concretude das situações que a Corte de Contas se depara em seus processos fiscalizatórios, fica evidente, nesses casos, uma especialização naquela forma de discurso. Até porque, em tais casos, há necessidade de “considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam remeter a elas” (BITENCORT, 2013, p. 206).

O escopo desta pesquisa, todavia, é a identificação do discurso utilizado no procedimento consultivo, em questões que envolverão, ainda que indiretamente, a análise da constitucionalidade de leis e atos estatais, fazendo-se necessário a análise de procedimentos que tramitaram no Tribunal de Contas, para possibilitar a resposta que se pretende alcançar.

Os exemplos escolhidos na pesquisa demonstrarão que a dúvida do jurisdicionado, que impulsiona o procedimento consultivo, poderá ser formulada com diferentes níveis de abstração, em que pese o fato de sempre se tratar de situações em tese.

O objetivo do procedimento consultivo é indicar a resposta correta para a autoridade consulente, sendo que “o correto só vai existir depois do procedimento argumentativo¹³, sob a égide de uma decisão legítima” (RECK, 2006, p. 205).

Com o objetivo de facilitar a identificação dos discursos utilizados nos procedimentos de consulta utilizados na pesquisa, serão estudadas situações concretas que tramitaram no Tribunal de Contas.

3.5.1 Caso n° 1 – Tempo de serviço público para aposentadoria

No Processo n° 3582-0200/14-2, aqui chamado de Caso n° 1, o Prefeito Municipal de Porto Alegre consultou a Corte de Contas gaúcha acerca da possibilidade de considerar o tempo de serviço público prestado às empresas

¹³ Não é demais indicar que Habermas parte de construções teóricas de Toulmin para identificar a estrutura básica dos argumentos (RECK, 2006, p. 209). Para Toulmin, o processo de estabelecer conclusões a partir da produção de argumentos exige que, quando alguém desafie a alegação, se apresentem os fatos que a embasaram. Esses fatos são chamados de dados (D) e ligam-se às conclusões (C) (TOULMIN, 2001, p. 140). Os dados são o ponto de partida, sendo necessário, a seguir, apresentar “regras, princípios, licenças de inferência ou o que quisermos, desde que não sejam novos itens de informação”, ou seja, serão necessárias “afirmações gerais hipotéticas”, sendo essas proposições chamadas de garantias (W). Toulmin aponta que a distinção entre dados e garantia é semelhante a diferença entre questões de fato e de direito, utilizada pelos tribunais (TOULMIN, 2001, p. 141). Cabe destacar ainda que a própria garantia necessita de avals, para que seja aceita, indicando a existência do apoio das garantias (B), visto que o oponente de quem está argumentando pode ter dúvidas se a garantia é aceitável (TOULMIN, 2001, p. 148).

públicas e sociedades de economia mista, para fins de adimplemento do requisito constitucional de tempo de serviço público, previsto no inciso III do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, no inciso III do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e no inciso II do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Portanto, a dúvida suscitada exige uma resposta acerca da compatibilidade de um ato do Poder Público em face da Constituição Federal, ou seja, a averbação de tempo de serviço prestado às empresas estatais com o fito de adimplir um requisito constitucional para concessão de aposentadoria.

Para melhor contextualização, a regra prevista no artigo 40 do texto constitucional é uma regra permanente de aposentadoria dos servidores públicos, ao passo que as aludidas Emendas Constitucionais nº 47/2005 e nº 41/2003 dispõem acerca de regras transitórias, para servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 e 16 de dezembro de 1998, respectivamente. Tanto a regra permanente como as regras transitórias, ainda preveem um lapso tempo de efetivo exercício no serviço público, como requisito para concessão do benefício de aposentadoria. Ocorre que o consulente informou que o Tribunal de Contas da União possui um entendimento de que o requisito de efetivo exercício no serviço público deveria ter uma interpretação ampla, a ponto de aceitar o tempo laborado em empresas estatais, diferentemente do requisito referente ao ingresso no serviço público, previsto nas regras transitórias, que deveria ter uma interpretação mais restritiva (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Assim sendo, o TCE-RS se manifestou primeiramente por meio da Informação nº 14/2014, conforme informações do Voto do Conselheiro-Relator, no sentido de que a Corte de Contas poderia “deliberar pela possibilidade de ser computado o tempo de serviço prestado a sociedades de economia mista e empresas públicas como público para fins de atendimento do requisito previsto no inciso III do § 1º do art. 40 da CF, no inciso III do art. 6º da EC nº 41/2003 e no inciso II do art. 3º da EC nº 47/2005”¹⁴ (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

¹⁴ Essa Informação da Consultoria Técnica, conforme se detalhara adiante, não foi acolhida, de forma que seus termos não foram publicizados. As informações constantes nesta pesquisa, referentes a este documento são as que constam no Voto do Conselheiro-Relator.

Posteriormente, a Corte de Contas emitiu Parecer Coletivo n° 3/2014, sendo pertinente a análise dos discursos e argumentos lançados (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Inicialmente, é argumentado que como o regime jurídico das entidades das empresas estatais não é público, em face do disposto no artigo 173, § 1°, da Constituição Federal, o tempo de serviço laborado nessas entidades não pode ser qualificado como público (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

A seguir, são analisados os Acórdãos n° 2.229/2009 e n° 2.636/2008, do Tribunal de Contas da União, indicados pela autoridade consultante. Dessa análise, constata-se que os julgados do TCU argumentam que o requisito de aposentadoria referente ao efetivo exercício de serviço público deveria ser interpretado de forma mais ampla em função da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Representação n° 1.490-8/DF. Não obstante, a crítica é no sentido de que essa interpretação da Suprema Corte se refere a um julgado proferido na vigência da ordem constitucional pretérita, no qual se decidiu que, “[...] não é computável, para fins de gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta”. Assim sendo, cinge-se a crítica quanto ao fato de que há uma dificuldade em se utilizar de um entendimento da Suprema Corte, à luz da Constituição pretérita (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Ademais, aduz o Parecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na perspectiva da Constituição Federal vigente, recusa a equiparação entre os regimes jurídicos dos empregados públicos e dos servidores públicos, a exemplo do teor do Recurso Extraordinário n° 589.998, no qual se reconheceu que no caso das empresas estatais há uma derrogação de normas de direito privado em face de certas regras de direito público, a exemplo da exigência de concurso público e a motivação nos casos de dispensas de empregados, explicitando que a estabilidade assegurada no artigo 41 da Constituição Federal não se estende aos empregados públicos (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Prossegue o Parecer:

Já seria suficiente destacar que esse argumento apela para a sempre arriscada consideração da *mens legislatoris*. Entretanto, ainda que se o admita como válido, faltaria explicar como essa **presumida** falta de vontade

do legislador em restringir a utilização de tempos de serviço estranhos ao exercício de cargo de provimento efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e fundações se compatibilizaria com a **expressa** vontade do legislador de “desestimular aposentadorias precoces” no regime próprio de previdência dos servidores públicos, constante da Exposição de Motivos da Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº 20/1996. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b),

A argumentação levada a cabo, em seguida, refere-se à técnica legislativa, citando que “não faz sentido pretender que parágrafos e alíneas devam **repetir** conceitos já enunciados no caput, nem, menos ainda, presumir “exceções à regra por este estabelecida” onde elas **não estão** expressas” (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Outro aspecto abordado no Parecer em análise, é de que a expressão grafada no *caput* dos artigos 6º e 3º das Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005 é “serviço público”, ao passo que aquela prevista no inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB, no inciso III do art. 6º da EC nº 41/2003 e no inciso II do art. 3º da EC nº 47/2005 é “efetivo exercício no serviço público”. Nesse sentido, compreendem os pareceristas que a expressão “efetivo exercício no serviço público” é mais restritiva que a expressão “serviço público” e não o contrário. Aduz que a exigência de que uma atividade tenha sido efetiva, significa “não aceitar equivalentes, como o texto constitucional faz, por exemplo, em relação às funções de magistério no art. 40, § 5º ou em relação à atividade profissional no art. 73, § 1º, IV” (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Outro argumento verificado é no sentido de que as regras transitórias, previstas nas Emendas Constitucionais objeto dessa consulta, beneficiam somente quem teve frustrada uma expectativa de direito, sendo certo que inexistia, antes das reformas previdenciárias implementadas por essas emendas, regra que autorizasse o cômputo do tempo prestado em empresas estatais como público (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Conclui o Parecer:

Em conclusão, sugere-se que a Consulta seja respondida nos seguintes termos: **(a)** divergindo da respeitável nova orientação do Tribunal de Contas da União, reafirma-se o entendimento de que tempo de serviço público é somente aquele prestado sob regime de direito público, não abrangendo tempo de serviço prestado à Administração Indireta e **(b)** no que diz com o atendimento do requisito previsto no inciso III do § 1º do art. 40 da CF, no

inciso III do art. 6º da EC nº 41/2003 e no inciso II do art. 3º da EC nº 47/2005, com mais razão, uma vez que o exigido não é apenas tempo de “serviço público”, mas tempo de “efetivo exercício de serviço público”. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Em síntese, constata-se os seguintes argumentos ventilados na consulta: (1) regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, a afastar a possibilidade de computar o tempo como efetivo exercício de serviço público; (2) afastamento do precedente do STF, no julgamento da Representação nº 1.490-8/DF, em virtude de ter sido proferido sob a ordem constitucional pretérita; (3) aproximação do entendimento atual do STF, no sentido de recusar a equiparação entre os regimes jurídicos dos servidores públicos e dos empregados públicos; (4) recusa a interpretação a partir de uma presumida *mens legislatoris*; (5) retorno à expressa exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição, que originou a Emenda Constitucional nº 20/1998, no sentido de que o objetivo dessa reforma previdenciária era dificultar a concessão de aposentadorias; (6) observância da técnica legislativa para interpretação do sentido da norma; (7) constatação de que a expressão “efetivo exercício no serviço público” é mais restritiva que a expressão “serviço público”, pois uma atividade efetiva não aceita equivalentes e (8) a constatação de que as regras transitórias beneficiam somente quem teve alguma expectativa de direito frustrado, o que não se coaduna como o caso, visto que não existia regra similar anteriormente às reformas previdenciárias.

Após a manifestação da Auditoria, conforme o Parecer acima estudado, o Conselheiro-Relator proferiu seu Voto, concordando integralmente com os termos do Parecer Coletivo nº 3/2014:

Procedendo à análise da presente consulta, constato matéria objeto do questionamento foi adequadamente analisada pela douta Auditoria, através do Parecer Coletivo nº 03/2014, lançado nas fls. 248 a 259. Diante do exposto, verifico constar no referido estudo bases para a manutenção da orientação já esposada por esta Casa, a qual serve para subsidiar pedagogicamente o consulente na sua tomada de decisão frente à situação exposta e, por isso, **voto** para que este Egrégio Plenário determine o envio de cópia do Parecer Coletivo nº 3/2014 como resposta ao proposto pelo Senhor Prefeito do Município de Porto Alegre. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Não obstante, o Conselheiro Algir Lorenzon pediu Vista e proferiu Voto divergente, cuja ementa assim dispôs (grifos no original):

APOSENTADORIA. REQUISITO DO EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E EMENDAS 41/2003 e 47/2005. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. EXEGESES POSSÍVEIS E PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS. MATÉRIA A RECLAMAR HOMOGENEIDADE DE TRATAMENTO. PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS. Diante da razoabilidade das posições adotadas no âmbito federal, pelo TCU, e inclusive em se tratando das emanadas do Ministério da Previdência Social, e em algumas decisões judiciais, entendendo indispensável garantir tratamento homogêneo e isonômico à questão e aos interessados, acolhe-se a linha de entendimento que diferencia a acepção da expressão *exercício (efetivo) no serviço público*. Destarte, é de computar-se o tempo de serviço prestado também à administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) para efeitos de assegurar o preenchimento dos requisitos temporais da aposentadoria, diversamente do que ocorre em relação às opções pelas regras de transição estatuídas pelas Emendas Constitucionais nºs 41 e 47, destinadas, neste caso, aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo inseridos na administração direta, autárquica ou fundacional, à época neles investidos. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Posteriormente, o Conselheiro Estilac Xavier, que também pediu vista, proferiu seu Voto, concordando com as conclusões do Parecer Coletivo nº 3/2014. No caso, houve necessidade de voto de desempate, que foi proferido pelo Conselheiro Marco Peixoto, acolhendo o parecer Coletivo nº 3/2014, de forma que a decisão restou consignada no seguinte sentido:

O Tribunal Pleno, **por maioria**, nos termos do voto de desempate proferido pelo Conselheiro Marco Peixoto, Vice-Presidente no exercício da Presidência, que anuiu ao voto do Conselheiro Iradir Pietroski, Relator, que foi também acompanhado pelos Conselheiros Adroaldo Mousquer Loureiro e Daniela Zago, Substituta, por seus jurídicos fundamentos, destaca, preliminarmente, nos termos do que dispõe o § 2º do artigo 108 do Regimento Interno desta Corte, que a resposta à presente Consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto, e decide **acolher o Parecer Coletivo n. 03/2014**, com o respectivo envio de cópia, como resposta ao assunto proposto pelo Senhor Prefeito do Município de Porto Alegre. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Em que pese a abstração da dúvida, que se projeta para o futuro e impõe que sejam levados em consideração os interesses dos envolvidos, com fundamento no princípio da universalização em sua forma fraca, é possível, de outro modo, que os participantes do discurso se coloquem em uma perspectiva de concretude, haja vista os elementos que compõem a dúvida suscitada e a existência de normas válidas *prima facie* aptas a justificar a averbação ou não do tempo de serviço prestado às empresas públicas.

Da análise das informações que são ofertadas no Parecer, na forma de argumentos, observa-se um retorno ao discurso de justificação quando se critica a interpretação conforme a vontade de legislador.

Esse retorno fica claro quando os pareceristas asseveram que a Exposição de Motivos da Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional n° 20/1998 mencionava que tinha dentre seus escopos o desestímulo às aposentadorias precoces, o que indicaria que a interpretação ampla dos dispositivos constitucionais em análise não se coadunaria com esses argumentos levados à cabo pelo Poder Legislativo.

Ou seja, levantou-se um argumento ético que justificou a escolha do constituinte reformador quando optou por alterar as regras permanentes da Constituição, bem como quando regulamentou regras transitórias.

De outro modo, é possível a identificação de juízos de aplicação, exemplificativamente quando argumenta que as empresas estatais se submetem ao regime de direito privado previsto no artigo 173, § 1° da Constituição Federal. Ou ainda quando recusa a interpretação de serviço público ofertada pelo STF sob a égide da Constituição anterior, ao considerar que atualmente a Suprema Corte recusa a equiparação entre regimes celetistas e estatutários. Também pode ser considerado um discurso de aplicação a utilização de argumentação fundada na técnica legislativa, ressaltando, inclusive, disposições da Lei Complementar n° 95, de 26 de março de 1998.

A manifestação técnica da Corte de Contas indica ainda a existência de um jogo de linguagem no texto normativo, ao apurar que a expressão “serviço público”, grafada no *caput* dos artigos 6° da EC n° 41/2003 e 3° da EC n° 47/2005 possui significação diferente daquela grafada como “efetivo exercício no serviço público” no inciso III do artigo 6° da EC n° 41/2003, no inciso II do artigo 3° da EC n° 47/2005 e no inciso III do § 1° do artigo 40 da Constituição Federal, que seria mais restritiva que simplesmente “serviço público” exatamente por exigir a efetividade, e não o contrário (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Nesse juízo de aplicação resta evidente a importância das considerações já realizadas acerca dos jogos de linguagem, expondo a necessidade de compreender o contexto normativo previdenciário em que deve se interpretar o sentido das expressões “serviço público” e “efetivo exercício no serviço público”. Talvez outro

fosse o alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público” ao se interpretar a contagem do tempo para o fim de aquisição de vantagens estatutárias, pois a norma *prima facie* seria alterada. Ou seja, o discurso de aplicação, ao se deparar com os jogos de linguagem, próprios da linguagem jurídica, se vê compelido a argumentar o sentido da expressão de acordo com a norma presumidamente válida que fundamenta o contexto em que a expressão está inserida.

A seguir será analisado outro caso a fim de identificar características dos discursos utilizados no procedimento consultivo.

3.5.2 Caso n° 2 – Teto constitucional municipal e acúmulo de remuneração de cargo comissionado e proventos de aposentadoria pagos por regime próprio de previdência social

Cabe registrar que no procedimento consultivo é possível que existam mais de uma dúvida no mesmo processo, que não estejam necessariamente correlacionadas.

No caso que será analisado neste subcapítulo, a autoridade consulente formulou os seguintes questionamentos:

A) Na hipótese do subsídio do Prefeito ser fixado com cláusula de reajuste pelo IGPM, na mesma época que os servidores do Executivo, e o Prefeito, sem qualquer motivo justificável, abrir mão desse reajuste, os proventos ficariam limitados ao subsídio sem o reajuste ou o teto seria o do valor corrigido? B) Na hipótese do Legislativo Municipal, para a próxima legislatura (2017 a 2020), vir a reduzir drasticamente, apenas o subsídio do Prefeito Municipal, os proventos, com as vantagens incorporadas, também deverão ser reduzidos, se for o caso, ou o artigo 37 inciso XV da C.F. (irredutibilidade) prevalecerá sobre essa questão política do âmbito municipal? C) Na hipótese de um servidor aposentado pelo F.P.S., com proventos inferiores ao teto do Prefeito, caso venha a ocupar, no Executivo, um cargo em comissão, fazendo assim com que sua remuneração total ultrapasse o teto, terá seus proventos e remuneração do cargo em comissão reduzidos ao patamar do teto? (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Registra-se, desde logo, que salvo o terceiro questionamento, a decisão da Corte de Contas acolheu o Parecer CT Coletivo n° 3/2017 como resposta aos jurisdicionados (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Dessa forma, quanto às duas primeiras perguntas a análise se dará, fundamentalmente, sobre o mencionado Parecer, sendo que no terceiro questionamento a análise de voltará, também, para o que foi deliberado no plenário.

É realmente difícil analisar comparativamente graus de abstração de uma situação hipotética. Contudo, é possível definir um critério. Quando a dúvida parte de um possível ato do poder público com base em uma lei supostamente existente e válida, a abstração é menor do que a hipótese de se legislar hipoteticamente a respeito de alguma matéria. Isso, pois, na primeira situação se parte da existência de uma lei válida, ao passo que na segunda o impulso se dá a partir do processo legislativo.

Dito de outro modo. Quando a dúvida envolve a situação hipotética de um ato administrativo com base em uma lei presumidamente existente e válida o discurso que vai prevalecer será o discurso de aplicação. Apesar de a situação não existir efetivamente, ela é tão bem descrita de elementos que é possível se colocar na posição de vivência concreta da hipótese abstrata objeto de dúvida. Aqui o princípio da universalização em sua forma forte que prevalece.

Quando a dúvida envolve a hipótese de se legislar a respeito de determinada matéria o discurso mais importante será o de justificação. Ou seja, cabe um retorno aos possíveis discursos de fundamentação e aos planos intersubjetivamente compartilhados em face do princípio da universalização em sua forma fraca. Prevalece o princípio da universalização em sua forma fraca, visto ser impossível ou muito difícil prever todas as situações. Isso não significa, contudo, que não se faça um exame de constitucionalidade da norma, sendo que os argumentos jurídicos farão parte do discurso de justificação, em face da supremacia constitucional.

A primeira pergunta do procedimento de consulta em análise envolve exatamente um ato de renúncia de parcela de subsídio e quais os reflexos desse ato, assim como o reflexo de tal ato no teto remuneratório municipal, ou seja, considerando que o ato de renúncia independe de lei e que o subsídio sim é fixado por lei, constata-se que a resposta exige um exame em face da constituição e presunção de uma lei existente e válida fixadora do subsídio do Chefe do Executivo Municipal, o que ensejaria uma prevalência do discurso próprio de aplicação.

Ao tratar do questionamento, o Parecer CT Coletivo n° 3/2017, inicialmente, ressalta que, nada obstante a peça consultiva ter referido a palavra reajuste, o contexto na qual se inseria o questionamento, inclusive por citar o Índice Geral de Preços do Mercado (IGPM), a dúvida envolve a recomposição inflacionária prevista no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal. Aliás, menciona ainda a

manifestação da Corte de Contas que o próprio órgão de controle já havia manifestado a diferenciação entre reajuste (aumento real do padrão remuneratório) e revisão geral (reposição do poder aquisitivo), de forma que assim delimitou expressamente o alcance da consulta nesse aspecto (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A seguir, foi lembrado que o próprio Tribunal de Contas gaúcho já havia se manifestado, em outra oportunidade, no sentido de que era possível o agente político renunciar sua remuneração, no seu interesse (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Dessa feita, considerando que a hipotética renúncia é em interesse próprio do agente político, conclui o Parecer CT Coletivo n° 3/2017 que é o valor do subsídio fixado em lei que fixará o limite remuneratórios dos servidores públicos municipais, inclusive no que tange ao valor dos proventos pagos aos segurados do regime próprio de previdência municipal, independentemente de qualquer renúncia de parte dos subsídios pelo prefeito municipal (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Na resposta ofertada ao primeiro questionamento observa-se que, em que pese a formulação da dúvida ser em tese, a narrativa da situação imaginada pelo consulente, que parte da existência de um teto remuneratório previsto na Constituição Federal e do fato de que os subsídios dos agentes políticos devem ser fixados em lei, impõe um discurso eminentemente de aplicação na elaboração da resposta.

O segundo questionamento trata de situação diferente, na qual há, de uma legislatura para a outra, uma redução drástica do subsídio do prefeito, de forma que a dúvida é quanto aos efeitos desse decréscimo no teto remuneratório municipal no pagamento dos proventos de aposentadoria dos segurados pelo respectivo regime próprio de previdência social.

Percebe-se, de acordo com o critério proposto, que nessa hipótese a abstração é maior do que na dúvida anterior, visto que envolve o ato de legislar, pois é por meio de lei que se fixam os subsídios.

Cabe verificar como o Parecer CT Coletivo n° 3/2017 enfrentou a situação. Inicialmente, é referenciado precedente da Suprema Corte, nos autos do Recurso Extraordinário n° 609.381/GO, no qual a garantia de irredutibilidade remuneratória foi

relativizada quando confrontada com o teto remuneratório (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Não é despidendo reproduzir a ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal, que teve repercussão geral reconhecida:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE. 1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. 2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos. 3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional. 4. Recurso extraordinário provido (BRASIL, 2014a).

A seguir, como preliminar ao enfrentamento do mérito da dúvida, se analisa se é possível a redução do subsídio do prefeito de uma legislatura para a outra ou se o subsídio em tela também é protegido pela irredutibilidade remuneratória. A conclusão da manifestação do órgão de controle foi no sentido de que os agentes políticos que estão resguardados pela garantia da irredutibilidade remuneratória são aqueles os quais a norma constitucional assim resguardou expressamente, como é o caso dos magistrados ou membros do ministério público. Logo, não estariam os prefeitos resguardados pela aludida garantia de uma legislatura para a outra (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Parecer ainda ressaltou que os proventos de aposentadorias de regimes próprios de previdência social têm assegurado pela Constituição Federal a recomposição inflacionária, conforme o § 8º do artigo 40, assim como a garantia da irredutibilidade remuneratória, em face do previsto no inciso IV do artigo 194,

também do texto constitucional, a partir de uma interpretação sistemática (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Parecer do Tribunal de Contas assevera que a consulta não referiu que as parcelas que compõem a remuneração dos servidores municipais não estejam em conformidade com o direito e que se parte da presunção que o teto remuneratório, na situação hipotética, estava sendo respeitado até sobrevir lei fixando subsídio do chefe do executivo inferior ao que vinha sendo pago (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Feito isso, a análise prossegue a partir das seguintes premissas:

(a) os proventos dos segurados estão resguardados pela irredutibilidade remuneratória; (b) os subsídios dos prefeitos municipais não estão resguardados pela irredutibilidade remuneratória; (c) os proventos dos servidores devem respeitar o teto remuneratório; e, (d) o Poder Público deve resguardar os proventos dos inativos das perdas inflacionárias (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Quando o Tribunal de Contas faz essa análise, ele se coloca na posição de um legislador, tentando localizar parâmetros de constitucionalidade para seu ato de legislar.

Ademais, o Parecer, ressalta o princípio da unidade da constituição, como princípio da hermenêutica constitucional, e também aborda possíveis vícios de legislar, pois a lei deve atingir os fins constitucionais, de forma que “a depender da situação concreta, a inconstitucionalidade estará presente na lei que reduziu o subsídio do prefeito e não em eventual descumprimento do teto remuneratório” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A seguir, são realizadas algumas reflexões acerca de possíveis consequências que uma legislação que reduzisse drasticamente os subsídios do prefeito poderia acarretar na estrutura remuneratória dos servidores públicos municipais (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Primeiramente, o Parecer relembra-se que algumas carreiras possuem um piso remuneratório previsto no próprio texto constitucional, como é o caso dos agentes comunitários de saúde e dos professores. Ademais, é apontado o direito social dos trabalhadores segundo o qual o piso salarial deve guardar uma complexidade em relação à complexidade do trabalho. Ou seja, a municipalidade que optasse por reduzir o subsídio do prefeito deveria atentar aos pisos salariais constitucionalmente previstos (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

É ponderado, no Parecer, que a medida de redução do teto remuneratório poderá ferir o mínimo existencial dos servidores em face do novo limite remuneratório legalmente previsto (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Outro importante argumento aventado é no sentido que a redução consequencial da remuneração dos servidores poderia afastar as recomposições inflacionárias concedidas em exercícios anteriores, pois a Administração estaria efetivamente diminuindo o poder de compra dos servidores (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Os argumentos todos se referem a normas constitucionais. Todavia, por se tratar de uma hipótese que envolve a função de legislar, argumentos éticos, morais e pragmáticos são importantes e são inerentes à fundamentação das leis.

No Parecer argumenta-se que a redução drástica dos subsídios e seus efeitos se sujeitam à análise a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, no sentido de que esses instrumentos de hermenêutica constitucional também se destinam a conter o arbítrio do Poder Público. Ou seja, aduz-se que a lei que reduzir drasticamente o subsídio do prefeito sujeita-se a interpretação e controle em face da proporcionalidade, sendo que o descumprimento de um dos subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) poderia evidenciar a inconstitucionalidade do ato normativo (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Quanto a esse aspecto, resumidamente, conclui o Parecer em estudo:

b) em face da interpretação dos dispositivos constitucionais, o subsídio do prefeito municipal não está resguardado pela garantia da irredutibilidade remuneratória; c) não obstante a conclusão acima, a redução do subsídio do prefeito não pode ser realizada ao livre arbítrio do legislador, que deve ponderar questões atinentes ao piso remuneratório, à garantia do mínimo existencial, às reposições inflacionárias de exercícios anteriores, à garantia da irredutibilidade remuneratória dos servidores públicos, valendo-se de critérios de proporcionalidade e razoabilidade; (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

As conclusões da alínea “c”, acima reproduzida, evidenciam um discurso de justificação, que deveria constar no processo legislativo, caso a lei realmente venha a existir, levando em consideração planos de ação intersubjetivamente compartilhados pela comunidade, ainda que previstos de forma esparsa pelo texto constitucional.

Acerca das questões morais, pragmáticas e éticas que devem ser aventadas no discurso de fundamentação:

Falamos aqui em contribuição para a legitimação, tendo em vista, enquanto a fundamentação moral, assume a forma de um princípio de universalização, limitando-se a responder questões relacionadas à justiça, a fundamentação do direito, pelo princípio do discurso, vai além, exigindo respostas a questões pragmáticas que se relacionam com a procura de meios para fins pré-estabelecidos – e a questões ético-políticas – que se relacionam sob a perspectiva de membros que compartilham uma mesma forma de vida (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 53).

A razoabilidade acima indicada significa uma orientação para que o Poder Legislativo, em sua atividade criadora do Direito, leve em consideração argumentos éticos, morais e pragmáticos. Esses argumentos devem compor a gênese democrática dessas leis. Caso tais argumentos, próprios da fundamentação, sejam trazidos para a resposta à consulta, talvez se verifique um déficit de legitimidade, o que o que demandaria uma abertura procedimental, discussão que será examinada no próximo capítulo.

Evidentemente que as reflexões expostas (piso remuneratório, mínimo existencial, reposição da inflação e razoabilidade/proporcionalidade) não significam que a norma que atendesse esses requisitos seria adequada em qualquer hipótese, pois, neste caso, em face da predominância do discurso de justificação, predomina o princípio da universalidade em sua forma fraca¹⁵.

Em suma, ainda que a argumentação da manifestação do Tribunal tenha se escorado mais em argumentos jurídicos, próprios de um exame preventivo de constitucionalidade, observa-se que o órgão de controle externo se colocou na posição de um legislador e trouxe elementos para um possível discurso de fundamentação.

A resposta, por meio de suas dimensões ilocucionárias, parece pretender que eventual deliberação legislativa que reduza o subsídio do prefeito leve as considerações aventadas, a fim de coordenar as ações dos jurisdicionados. No entanto, ao retratar as possíveis dificuldades que a diminuição do teto remuneratório poderá ocasionar na estrutura remuneratória municipal, a depender do

¹⁵ “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” (GUNTHER, 2011, p. 30).

comportamento do receptor da mensagem, poderá ser verificada uma dimensão perlocucionária, no sentido de que um determinado município sequer delibere a questão em face das possíveis problematizações que poderão acontecer.

Cabe agora analisar o terceiro questionamento que foi objeto da consulta em análise, que conjecturava a hipótese de um servidor inativo, segurado de regime próprio de previdência, vir a ocupar cargo comissionado junto ao executivo municipal, e sua remuneração ultrapassar o teto, ou seja, se haveria redução em face do limite remuneratório.

Primeiramente, examina-se como a questão foi analisada pelo Parecer CT n° 3/2017. A peça em tela citou os Recursos Extraordinários n° 602.584/DF, n° 612.975/MT e n° 602.043, além de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, nos quais o entendimento é de que o limite remuneratório deveria ser observado individualmente, em cada caso e em situações similares. Também foi citado entendimento da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de que a análise do teto deveria se dar em cada posição funcional, individualmente, até o deslinde da questão pelo Supremo Tribunal Federal (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Por outro lado, foi referenciada doutrina em sentido contrário, ou seja, que o limite seria apurado a partir da totalidade das remunerações (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Defende o Parecer, contudo, no sentido de que a interpretação do dispositivo constitucional deve levar em consideração a valorização social do trabalho, de modo que a acumulação remunerada e lícita de cargos públicos não afronta a moralidade administrativa (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Assim sendo, em síntese, concluiu o Parecer CT n° 3/2017:

d) nos casos de acúmulo constitucional de remuneração de cargo público e proventos de aposentadoria pagos por regime próprio de previdência social, deve se considerar individualmente cada remuneração, para fins e atendimento ao teto constitucional, sem prejuízo de acompanhar as decisões do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários n° 602584/DF, 612975/MT e 602043/MT (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Após a lavra do Parecer, contudo, a Suprema Corte julgou os Recursos Extraordinários n° 612.975 e n° 602.043, fixando a seguinte tese:

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público (BRASIL, 2017e)

Dessa forma, a Consultoria Técnica do Tribunal de Contas acostou manifestação complementar no procedimento consultivo, no sentido de que, apesar de à época os acórdãos não terem sido disponibilizados, a tese publicada corroboraria à conclusão ofertada pelo Parecer CT Coletivo n° 3/2017 (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Conselheiro Relator, em sua primeira manifestação, acolheu o Parecer em sua integralidade. Todavia, houve pedido de vista e Voto no seguinte sentido:

Observa-se, de plano, que a dúvida foi vertida de forma mais limitada do que a solução oferecida. Com efeito, enquanto aquela versou sobre “cargo em comissão”, essa o fez, de forma mais ampla, em relação à remuneração de “cargo público”, cumulada com proventos de aposentadoria. Com isso, adentrou-se em terreno, que, além de tormentoso, não integrou os da incerteza suscitada. Considero que a solução aplicável ao caso, no atual momento, serão diversas, conforme a natureza da investidura do cargo cogitado. Explico, de forma muito breve: Particularmente, forte na premissa segundo a qual “A interpretação cessa quando a lei é clara”¹, nunca tive dúvidas que a inteligência adequada do artigo 37, XI, da Constituição da República é compatível com a aplicação do teto remuneratório sobre a adição das remunerações percebidas pelo ente estatal. [...] A eloquência da literalidade registrada na regra faz com que, ainda hoje, algumas instâncias da Administração Pública Estadual assim procedendam. Nesta Casa, forte nesse entendimento, no ano de 2015 foram abertas várias inspeções especiais, ainda pendentes de decisão, cujo desiderato consistiu na supressão de valores extra-teto, considerada a soma de duas ou mais remunerações, aí incluídos vencimentos, proventos e pensões. Todavia, sabe-se que a melhor compreensão da Carta Federal incumbe ao Supremo Tribunal Federal – STF. Nos julgados mencionados no Parecer CT Coletivo, os dois últimos com repercussão geral reconhecida, (Recursos Extraordinários nº 602584/DF, 612975/MT e 602043/MT) aquela suprema Corte assentou seu entendimento a respeito. Não estando disponíveis os correspondentes acórdãos, em nome da prudência, restrinjo-me ao extrato do *decisum*, que circunscreve o veredicto aos “casos autorizados constitucionalmente”. E tendo, a hipótese versada na consulta, previsão na ressalva de que trata o artigo 37, § 10, da Constituição Federal, a precaução indica que a orientação, para este momento, dada pelo item “d” do Parecer em questão, merece ficar adstrita aos casos que envolvem proventos e **cargos comissionados** (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Além disso, o Voto de Vista menciona a Lei Estadual n° 14.967, de 29 de dezembro de 2016, que, não obstante não tratar da matéria idêntica à consulta, não teria como base argumentos coincidentes com os que se valeu o Supremo Tribunal Federal, pois a norma estadual prevê a observância de limite único no caso de

acúmulo de pensão por morte com subsídio, vencimentos, proventos ou outra espécie remuneratória (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Assim sendo, propõe que o “consulente sinta-se autorizado a aplicar o teto de forma individualizada, nos casos de acúmulo de proventos e remuneração de cargo comissionado” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Em sessão do órgão plenário, após proferir o Voto de vista, os conselheiros anuíram à unanimidade à ponderação feita, inclusive o relator, de forma que restou prolatada a seguinte decisão:

O Tribunal Pleno, por unanimidade, acolhendo o voto do Conselheiro Relator, modificado oralmente nesta sessão em anuência ao voto da Conselheira-Substituta Heloisa Tripoli Goulart Piccinini, destaca, preliminarmente, nos termos do que dispõe o § 2º do artigo 108 do Regimento Interno desta Corte, que a resposta à presente Consulta não constitui prejudgamento de fato ou caso concreto, e decide acolher o entendimento manifestado no Parecer CT Coletivo n. 3/2017 (folhas 08 a 19 dos autos), enviando-o, por cópia, ao Prefeito e ao Presidente do Fundo de Previdência Social do Município de Portão, restringindo o contido em sua alínea 'd', para que sintam-se autorizados a aplicar o teto de forma individualizada, nos casos de acúmulo de proventos e remuneração de cargo comissionado, enquanto desconhecido o inteiro teor dos arestos relativos às decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos Recursos Extraordinários de n. 602584/DF, 612975/MT e 602043/MT (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Constata-se que a decisão acima mencionada acolheu o Parecer e, no que tange a questão afeta restritivamente ao acúmulo de proventos de aposentadoria com cargo público em comissão, autorizou que as autoridades consulentes apliquem o teto de forma individualizada, até que fossem publicados os arestos das decisões da Suprema Corte que trataram da temática.

O que se pretende analisar são as dimensões dos atos de fala que constaram na decisão acima reproduzida. Em que pese a consulta envolver situações em tese, visto que a resposta “não constitui prejudgamento de fato ou caso concreto” (logo, é um prejudgamento da tese) e ainda que a consulta que “versar sobre matéria que constitua objeto de procedimento de auditoria ou de inspeção” relativo ao próprio órgão ou entidade que consultou será arquivada, a resposta, como se observou, se dirigiu diretamente para as autoridades que consultaram e os autorizaram a coordenar planos de ação em um determinado sentido. O fato de orientar diretamente a autoridade consulente não é um problema, muito pelo contrário.

Inclusive, é possível conferir uma dimensão ilocucionária¹⁶ ao ato de fala dirigido aos consulentes, com “efeito coordenador de ações”, ao menos se apostar-se que os autores da pergunta vão aceitar a resposta, pois como Habermas propõe ainda, “quem aceita uma asserção, acredita nela e comporta-se de acordo com ela” evidenciando, assim, os sucessos dos atos ilocucionários (HABERMAS, 1990, p. 72), sem prejuízo da fiscalização posterior do Tribunal de Contas, frente aos casos concretos.

Nada obstante, sob o prisma dos outros jurisdicionados do Tribunal de Contas, há uma dimensão perlocucionária nos atos de fala “sintam-se autorizados”, dirigidos tão-somente aos consulentes, pois como aduz Reck, nessa dimensão “os efeitos de coordenação presentes na linguagem são privados” (RECK, 2006, p. 39).

O que se pretende ressaltar é que a linguagem pode assumir uma transparência - que o conteúdo ilocucionário do ato que determina a ação seja público -, pois se o Tribunal de Contas está trabalhando com uma tese, que pode servir de orientação a todos os jurisdicionados e ao próprio corpo técnico, essa é a dimensão de linguagem que deve prevalecer.

3.5.3 Considerações a partir dos casos analisados

Os casos analisados permitiram que se identificassem algumas contribuições da teoria do discurso ao procedimento discursivo.

Destaca-se, inicialmente, a importância do estudo e conhecimento acerca dos atos de fala, a partir da filosofia da linguagem, a fim de que a Corte de Contas e seus técnicos possam compreender que a dimensão dos atos de fala não se resumem ao seu aspecto locucionário, tampouco evidenciam que as consequências se restringirão a uma dimensão ilocucionária, pois a depender da comunicação utilizada, efeitos perlocutórios poderão ser observados.

¹⁶ É interessante a distinção que Habermas faz entre duas espécies de efeitos perlocucionários: “Eu quero fazer uma distinção entre os efeitos perlocucionários₁, que resultam do significado do ato de fala, e os efeitos perlocucionários₂, que não resultam do que é dito, como se fossem sucessos gramaticalmente regulados, mas que se põem de modo contingente, porém condicionado através de um sucesso ilocucionário” (HABERMAS, 1990, p. 73). Na situação examinada, imaginando que as autoridades consulentes atuem, nas situações concretas, de acordo com a resposta ofertada pelo Tribunal de Contas e considerem de forma individualizada as remunerações para fins de verificação do teto-constitucional (sucesso ilocucionário), pois compreendem e aceitam a resposta, os servidores em acúmulo não sofrerão descontos por conta do abate-teto (sucesso perlocucionário₁) e, ficarão “felizes” por não serem descontados (efeito perlocucionário₂).

Se no primeiro capítulo foi demonstrado que a densidade da consulta é muito maior que uma simples resposta a uma dúvida de uma determinada autoridade, pois provoca efeitos no agir de todos jurisdicionados e no próprio órgão de controle, o exame da linguagem utilizada permite uma melhor compreensão desses fatos. No caso n° 2, por exemplo, ao responder dúvida acerca da redução do teto remuneratório municipal e seus efeitos na estrutura remuneratória dos servidores, a depender da forma como a resposta for recebida pelos jurisdicionados, as diferentes dimensões da linguagem poderão ser percebidas.

Importa registrar a dimensão da resposta no que tange à Corte de Contas. Ou melhor, a partir da ação linguística, que concretiza uma resposta para uma dúvida em tese de uma autoridade legitimada, cria-se uma relação de compromisso acerca da atuação do órgão de controle externo e os seus jurisdicionados quando ocorrer uma situação idêntica à que hipoteticamente fundamentou a consulta. Valendo-se das palavras de Austin para ilustrar a situação, e assim dimensionar essa vinculação, a resposta, em certa medida, assume um valor contratual, no sentido de que “nossa palavra é nosso penhor” (AUSTIN, 1990, p. 27).

O agir comunicativo, por meio do discurso, permite a coordenação de ações, de forma que se perfectibiliza uma vinculação entre os atores, pois mais que uma simples troca de informações, a linguagem, a partir da defesa das pretensões de validade, permite a criação dos planos de ações, ou seja, o mundo da vida se estabiliza novamente até que seja apontado um novo dissenso (RECK, 2006, p. 146).

Assim sendo, no caso n° 1, a ação restará coordenada se os jurisdicionados não computarem o tempo laborado em empresas estatais como tempo de serviço público para fins de aposentadoria e o órgão de controle compactuar com esse procedimento, em face da resposta ofertada.

Se houver êxito do procedimento consultivo, a partir da argumentação proposta, será viável a coordenação das ações dos gestores públicos que se encontrem na mesma situação de dúvida que foi debatida.

A identificação dos discursos de justificação e de aplicação, por sua vez, a partir do critério de maior ou menor abstração, permite que se identifiquem os argumentos utilizados nas consultas, assim como quando ocorrerão, em maior ou menor grau, um ou outro discurso. Ou seja, quando for uma abstração alta, que

envolve, por exemplo, o ato de legislar sobre determinada matéria, argumentos éticos, morais e pragmáticos, assim como aqueles próprios do exame de constitucionalidade serão destacados. Como aponta Habermas, “o tipo de argumentos resulta da lógica do respectivo questionamento” (HABERMAS, 2012a, p. 143).

A partir das condições ideais para o procedimento de consulta ressaltadas anteriormente, comparadas agora com os casos analisados, observaram-se algumas características que atendem em parte aqueles postulados, ainda que não integralmente, e sem prejuízo de um aprimoramento. Portanto, constatou-se que as respostas foram argumentadas; não houve, a princípio, qualquer coação externa ou interna; houve uma deliberação, que contou com razões ofertadas pelo corpo técnico e pelo corpo de conselheiros, sem prejuízo da lembrança de que o procedimento regimental permite que o consulente remeta o parecer de sua assessoria; e o procedimento previsto permite que qualquer matéria objeto de fiscalização seja objeto de consulta.

Nada obstante, a questão que ainda não se respondeu refere-se à legitimidade das respostas, em face dos participantes do discurso prático. Em que pese a criação de um procedimento consultivo, que por si só já é uma abertura democrática de participação dos gestores públicos nas discussões acerca do que é correto fazer em determinadas situações, poderia se vislumbrar uma abertura desse espaço argumentativo, o que tornaria mais inclusivo e público, com maior número de argumentos. Isso sem falar na concretização de uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, que não pode ser relegada pelo Tribunal de Contas.

O procedimento atualmente previsto para a função consultiva não permite a participação de todos os destinatários das orientações do Tribunal de Contas, perfectibilizadas nas respostas às consultas. A formação de juízos racionais, em um Estado Democrático de Direito, na perspectiva que se desenvolve nesta pesquisa, não pode dispensar um discurso racionalmente construído, consistente o suficiente para legitimar as decisões.

Se a resposta à consulta, como foi mencionado, de certa forma vinculou o órgão de controle em seu agir, em situações idênticas que forem objeto de fiscalização posteriormente, talvez o mesmo não possa ser afirmado em relação aos órgãos fiscalizados que não tiveram oportunidade de participar da interação

argumentativa. Ou ainda, conforme a matriz habermasiana poderia se pensar no “abandono de uma posição objetivante”, de forma que se estimule o engajamento performativo (RECK, 2006, p. 195).

Até porque, novamente se valendo das lições de Reck, em que pese as dúvidas sejam decididas em um discurso crítico, “o resultado da solução dessas dúvidas só poderá estabilizar-se se estiver bem incrustado em um consenso sólido” (RECK, 2006, p. 200).

Essas e outras abordagens, acerca da legitimidade da resposta a partir de uma ampliação democrática do procedimento consultivo serão desenvolvidas com maior densidade no capítulo seguinte desta pesquisa.

4 A ABERTURA DO PROCEDIMENTO CONSULTIVO E DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: AS CONTRIBUIÇÕES DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior, depois de mencionadas as contribuições da teoria discursiva de Habermas, analisando-se casos concretos de consultas, apontou-se que poderia existir um déficit de legitimidade nas decisões proferidas em procedimentos consultivos do Tribunal de Contas. A partir dessa constatação, doravante pretende-se desenvolver as possibilidades de abertura democrática do procedimento em estudo.

Assim sendo, continua-se, nesta pesquisa, na busca pelas contribuições da teoria discursiva habermasiana, levando-se em conta, adicionalmente, as concepções democrático-deliberativas do representante da Escola de Frankfurt.

Neste momento da pesquisa, em face da delimitação do tema deste trabalho, que envolve a apreciação em tese da constitucionalidade de leis e atos do Estado, no procedimento de consulta da Corte de Contas gaúcha, também serão levadas em consideração as contribuições de Peter Häberle, acerca da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, conforme, inclusive, foi ressaltado no primeiro capítulo desta pesquisa.

O diálogo possível de se desenvolver entre o procedimento consultivo que se desenvolve no âmbito da Corte de Contas e o procedimento previsto para o controle abstrato de constitucionalidade, naquilo que não for incompatível, poderá contribuir com a visualização de ferramentas procedimentais aptas a conferir legitimidade às respostas proferidas em consultas.

Para Habermas, o direito não pode prescindir da democracia para ser legítimo. E, por isso, o processo político, seja na criação ou interpretação do direito, deve possibilitar a participação do cidadão, para que a produção e a interpretação do direito ocorram em um debate público, sem a dispensa de discursos argumentativos. Nessa concepção, Habermas assimila o conceito de sociedade aberta de intérpretes da constituição, ressaltando-se que em seu paradigma procedimental não há uma concepção de direito material, e sim uma legitimação procedimental e discursiva (LEITE, 2008, p. 122).

A participação dos cidadãos, dessa forma, não deve ser periférica, pois a legitimidade, nas palavras de Leite, “só se aperfeiçoa quando os cidadãos deixam a plateia e vão para o palco”, ou seja, “passam a influir em seu núcleo, onde se situam os poderes parlamentar, administrativo e judiciário” (LEITE, 2008, p. 122).

Valendo-se da matriz teórica para os propósitos da função consultiva do órgão de controle externo, cabe a reflexão acerca do rol de legitimados a consultar o Tribunal de Contas, assim como quanto às possibilidades de ampliação dos espaços argumentativos no procedimento previsto.

4.1 Considerações preliminares acerca da Democracia Deliberativa em Jürgen Habermas

No modelo de democracia proposto por Habermas, entre argumentos e contra-argumentos é possível observar uma tensão dialética, que tem por fim racionalizar o processo deliberativo, sendo indispensável a liberdade e a igualdade na participação argumentativa, sob pena de se exaurir a legitimação das deliberações, sendo necessário que o Estado, por meio do direito, garanta o processo de inclusão das opiniões e das vontades públicas (OLIVEIRA, 2015, p. 26).

Ou seja, o modelo democrático em pauta busca a conciliação entre a soberania popular e o Estado de Direito, sendo imprescindível a existência de direitos fundamentais para que ocorra uma formação livre da vontade, inclusive com a garantia da participação de minorias, competindo ao Estado a manutenção de um equilíbrio entre os participantes do debate público, para formação discursiva da vontade coletiva, sendo necessário, portanto, o estabelecimento de condições procedimentais de democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 128-135).

O modelo normativo de democracia de Habermas se conecta com a ética do discurso, que exige condições de igualdade e liberdade dos participantes do discurso, e com a teoria social do autor, pois apresenta a esfera pública como o “espaço em que as expectativas normativas que emergem do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação”, de forma que “legitimamente terão a pretensão de permeiar o processo decisório que tem lugar no âmbito estatal” (SOUZA NETO, 2006, p. 127).

Habermas ressalta elementos da teoria do discurso que diferem a democracia deliberativa, por ele proposta, das alternativas liberais ou comunitaristas:

A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem, no entanto, entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do direito como uma resposta consequente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhes digam respeito (HABERMAS, 2007, p. 288).

Assim sendo, o fundamental na teoria democrática de Habermas é que os cidadãos, ao participarem do processo deliberativo, possam agir em condições de liberdade e igualdade, não se exigindo cidadãos permanentemente engajados na política, como no modelo republicano (SOUZA NETO, 2006, p. 133-134). Ao transformar a opinião pública em poder comunicativo, a partir de procedimentos democráticos, é possível “direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais” (HABERMAS, 2007, p. 290).

A teoria democrática de Habermas é normativa, pois pretende desenvolver procedimentos que, se observados, conferem caráter democrático às decisões, sem, contudo, se debruçar sobre o resultado ou conteúdo da deliberação. A democracia deliberativa aqui estudada diferencia-se da democracia liberal, permeada por acordos de interesses privados de uma comunidade dirigida por uma classe política e, igualmente, se distingue do modelo republicano de auto-organização política, com cidadãos ativos e politizados. Ou seja, ele adota do modelo liberal a característica de “institucionalização de base constitucional do processo de decisão, que não deve depender do fato de os cidadãos serem suficientemente ativos ou coletivamente capazes de ação”, sendo que do modelo comunitarista “é adotada uma orientação mais intensa para os processos reais de formação da opinião e da vontade numa esfera pública que debate” (RESSE-SCHÄFER, 2012, p. 95).

A teoria discursiva de Habermas, ao assimilar elementos dos modelos liberal e republicano, propõe um procedimento para deliberação e tomada de decisão, de

maneira que a legitimidade do sistema político se fundamenta em argumentos que, conseqüentemente, formam consensos construídos de forma dialógica, ausentes qualquer forma de coação interna ou externa (BOTELHO, 2010, p. 159-160).

O direito, nessa perspectiva, consegue legitimidade a partir de um procedimento que o instaura, gerando legitimidade. O direito admitido como legítimo exige a aceitação racional de todos envolvidos em um processo que não dispensa a existência de pressupostos comunicativos, que discursivamente formarão a opinião e a vontade (HABERMAS, 2012a, p. 172-173).

A democracia deliberativa, com fulcro na ação comunicativa, ao permitir a abertura do processo de interpretação, fomentando a troca argumentativa, contribui para a legitimação das decisões, inclusive pelo fato de proporcionar aceitação social em virtude de espelhar, na resposta correta, os argumentos trazidos para a esfera institucionalizada (BITENCOURT, 2013, p. 97). Observa-se que a decisão será mais democrática e legítima “à medida que compreender e admitir a diversidade de entendimentos que permeia a sociedade” (LISBÔA, 2013, p. 30).

Ao tratar do modelo deliberativo de democracia de Habermas, Leal leciona no seguinte sentido:

Um povo é tanto mais democrático quanto maior for o papel por ele atribuído ao raciocínio, à reflexão e ao espírito crítico na regulação de seus assuntos públicos, valendo-se o autor, para tanto, do conceito de revolução educacional de Parsons, responsável pelas condições culturais e políticas de uma esfera pública política, marcadas por altos índices de consciência emancipada e autônoma dos sujeitos falantes da comunidade, e de suas igualdades materiais, a fim de gerar legitimidade real às deliberações e ações políticas (LEAL, 2011, p. 35).

Habermas constata que a Administração não consegue tomar apenas decisões pragmáticas, visto que para atingir suas finalidades é demandada a desenvolver discursos de justificação e aplicação, sendo necessário “formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito” (HABERMAS, 2011, p. 184).

No exercício de suas funções fiscalizatórias, especialmente no âmbito do controle externo, não será diferente. Em que pese o exercício de suas competências esteja vinculado ao direito, o Tribunal de Contas não poderá se imiscuir das questões ético-políticas e morais quando se deparar com elas, exigindo-se, todavia, concomitantemente, que não se afaste da legitimidade em suas decisões.

4.2 A abertura dos espaços de deliberação e argumentação institucionalizados: a interpretação democrática e constitucional e a esfera pública

Não é possível desenvolver a matriz teórica de Habermas, em especial no que se refere à democracia deliberativa, sem nos valermos de suas contribuições quanto à esfera pública.

Para assimilar o conceito de esfera pública, cumpre observar a distinção entre esfera do poder público, ou seja, o Estado enquanto poder que administra a sociedade, e a esfera da opinião pública, que se verifica na sociedade e seus interesses – a esfera pública política (ARAGÃO, 2002, p. 179).

Portanto, segundo Habermas a esfera pública:

[...] pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição, e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade* da prática comunicativa cotidiana (HABERMAS, 2011, p. 93).

Nesse modelo de esfera pública, as manifestações sobre os temas debatidos ocorrem por meio de posições pró e contra, sendo que a partir das informações e dos argumentos são formadas opiniões que se transformam em opiniões públicas, cujas propriedades são medidas pela qualidade dos procedimentos comunicacionais em que foram criadas, além de servirem de fundamento para a legitimidade das influências que exercerão sobre o sistema político (MENDES, 2008, p. 34).

Acerca da sociedade civil, afirma Habermas:

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política (HABERMAS, 2011, p. 100).

Bitencourt recorda que no espectro da esfera pública as estruturas comunicacionais, em face da maior imbricação com os domínios da vida privada,

permitem que a sociedade civil tenha maior sensibilidade aos problemas sociais (BITENCOURT, 2013, p. 87).

A esfera pública literária serviu de modelo para a esfera pública política (ou somente esfera pública), de forma que algumas características interessantes podem ser destacadas: a) igualdade de *status* entre os indivíduos, ou seja, cargos e poder econômico não devem ser eficazes; b) deve ser possível tematizar qualquer tema, mesmo aqueles tidos como inquestionáveis e c) o não fechamento do público, de forma que todos possam participar da discussão (ARAGÃO, 2002, p. 182).

Nada obstante a crítica a forma como a esfera burguesa se desenvolveu, visto que a racionalidade econômica acabou imperando a ponto de prevalecerem interesses de proprietários e não os fins emancipatórios da humanidade (ARAGÃO, 2002, p. 184), as características antes referidas interessam para os propósitos desta pesquisa.

Igualdade entre os participantes do discurso em uma questão problematizada perante o Tribunal de Contas, liberdade de tematizar ou argumentar e não fechamento da comunicação entre os participantes, ou uma comunidade aberta de intérpretes da constituição podem ser características de uma esfera pública cuja estrutura deve se comunicar com o órgão de controle, possibilitando uma democratização da própria função fiscalizatória, aqui caracterizada pela forma de consulta, além de permitir uma aproximação com o controle social.

Na perspectiva desta pesquisa, é possível inferir que a esfera pública capta os temas passíveis de problematização e discussão pela comunidade. Esses temas poderão envolver assuntos passíveis de fiscalização pelo Tribunal de Contas e ser de interesse dos entes jurisdicionados (um determinado município, por exemplo). A opinião pública formada a partir de argumentos e informações, na esfera pública, pode, em face do poder comunicativo, influenciar o sistema político. Assim sendo, a problematização se desenvolve discursivamente, a partir da dita influencia, no âmbito, exemplificativamente, de um determinado município. Esse por sua vez, leva essa problematização, por meio de uma consulta, à Corte de Contas, que, por sua vez, pode “resolver” o problema de forma monológica ou pode possibilitar uma abertura democrática para que os demais interessados na questão possam contribuir com seus argumentos.

Reck traduz bem a interligação entre a teoria do discurso, esfera pública e poder comunicativo:

Para uma teoria do discurso é essencial a existência de procedimentos capazes de realizar a ligação entre a linguagem jurídica e as redes informais de comunicação que formam a esfera pública. Essa esfera pública é destituída de sujeito, i.e., não há classe ou categoria capitaneadora da sociedade. Pelo contrário, a descentração possibilita o engate intersubjetivo e a formação de uma opinião “mais ou menos racional”. O modelo de política procedimental detecta uma teia de opiniões esparsas que, através do procedimento, são transformadas em poder comunicativo, os quais irão, de um modo ou outro, transformar-se em linguagem do Direito e programar o sistema administrativo (RECK, 2006, p. 189).

Ora, no exemplo utilizado anteriormente, se a resposta do Tribunal de Contas visa coordenar ações dos seus jurisdicionados e de seu próprio corpo funcional, e, para tanto, pretende valer-se das melhores razões, não há como se defender outra alternativa que não seja a abertura procedimental da função consultiva, a fim de captar os argumentos da esfera pública, ainda que estes não venham, ao final, serem considerados como as melhores razões.

Oliveira compreende que as audiências públicas e a habilitação do *amicus curiae* promoveriam uma jurisdição democrática e inclusiva:

Destaque-se que a deliberação reside no processo de tomada da decisão. Assim, nada mais legítimo e democrático do que permitir a participação da sociedade como protagonista no processo de formação do convencimento e da decisão jurisdicional que irá repercutir diretamente sobre todos. Esse é o principal pilar para que se viabilize a realização de audiências públicas e que se permita a habilitação do *amicus curiae* na relação processual. Nada mais faz o Judiciário do que conferir legitimidade democráticas às suas decisões a partir do momento em que realiza uma abertura cognitiva do sistema jurídico para abarcar expectativas e frustrações quanto à sua futura decisão. Habermas não traz um conceito de legitimidade pautado apenas pela legalidade, mas sim no fato de o procedimento corresponder com prática discursiva, ou seja, não basta o procedimento – tão importante quanto ele é a sua justificação. Percebe-se, pois, que as ideias trazidas por Habermas pregam a valorização do respeito ao campo correto para a construção do procedimento, o Legislativo, e a legitimidade advinda deste, desde que justificada, consentida. Então, trazendo para a jurisdição constitucional concentrada, o procedimento para a sua realização foi construído no Legislativo e lá mesmo já houve a previsão para a sua abertura cognitiva com a realização de audiências públicas e a permissão do *amicus curiae*, isso com vistas a justificar, socialmente, uma decisão trazida por onze pessoas, ministros do STF, que deverá ser cumprida por toda a sociedade. (OLIVERIA, 2015, p. 89).

Dessa forma, nesta pesquisa objetiva-se desenvolver algumas considerações em face da matriz teórica escolhida acerca da participação dos legitimados a

formular consultas, além da possibilidade de participação de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas no procedimento consultivo, em que pese o reconhecimento de que outras formas de democratização possam ser desenvolvidas. Ou seja, aqui se vislumbra um recorte de instrumentos que possam evidenciar uma abertura do procedimento, sem prejuízo de outras possibilidades serem aventadas.

Registra-se que o objetivo, nesta pesquisa, não é a identificação aprofundada do histórico desses mecanismos de participação democráticos, ainda que algumas digressões sejam realizadas, mas sim justificá-los com base na matriz teórica.

4.2.1 Fundamentação para a ampliação dos legitimados a consultar

Na função consultiva a relação que se forma, a partir da formulação da consulta, na forma regimentalmente prevista, se desenvolve entre o órgão jurisdicionado (representado pela autoridade consulente) e o Tribunal de Contas.

Assim dispõe o Regimento Interno do TCE-RS acerca dos legitimados a formularem consultas:

Art. 109. Poderão formular consultas as seguintes autoridades: I – Chefes de Poderes do Estado; II – Secretário de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente; III – Procurador-Geral do Estado; IV – Procurador-Geral de Justiça; V – Defensor Público-Geral do Estado; VI – Prefeitos e Presidentes de Câmaras de Vereadores; VII – Diretores-Presidentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas ou mantidas pelo Estado ou Município e consórcios públicos; e VIII – Responsáveis por Fundos e/ou Conselhos, nas questões afetas às respectivas áreas de atuação (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

A título comparativo, entende-se pela pertinência de relembrar o rol de legitimados constitucionalmente previsto para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político

com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

A Constituição de República de 1988, portanto, além de romper com o monopólio do Procurador-Geral da República, consoante o texto da Constituição pretérita, para representar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (BRASIL, 1969), ampliou significativamente o rol de legitimados para propositura das mencionadas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

É possível verificar, nesse sentido, uma influência comunitarista no tocante a ampliação dos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (XIMENES, 2010, p. 69).

Essa ampliação, registra-se, na perspectiva da comunidade aberta de intérpretes, coaduna-se com a ideia de que a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusiva do Estado (HÄBERLE, 1997, p. 23).

Também é possível afirmar que a ampliação dos legitimados a provocar a jurisdição constitucional, em sede de controle abstrato, admite a existência de um pluralismo social, “rompendo com a ideia de que um órgão ou entidade identificaria a vontade da sociedade, como se tratasse de uma sociedade una e homogênea (LISBÔA, 2013, p. 37)¹⁷.

Voltando à função consultiva, salta aos olhos, exemplificativamente, que o Ministério Público de Contas não se encontre no rol de legitimados a formular consultas e tampouco será escutado nos procedimentos, haja vista a ausência de previsão regimental nesse sentido.

A Suprema Corte já se manifestou acerca do Ministério Público Especial, que atua junto às Cortes de Contas, a exemplo do julgado abaixo, do qual se destaca o seguinte trecho:

O Ministério Público **especial** junto aos Tribunais de Contas estaduais **não dispõe** de fisionomia institucional própria **e não obstante** as expressivas

¹⁷ Em seu estudo sobre a participação social no controle de constitucionalidade, ao analisar a ampliação do rol de legitimados, em face dos precedentes da Suprema Corte, Lisbôa chega a conclusões interessantes analisando os discursos dos Ministros. Ao tratar do critério denominado pertinência temática, constata que “é uma fórmula ambígua que pode ser utilizada pelo julgador com fulcro em critérios não jurídicos” [...] aumentando o risco de “leituras arbitrárias e autoritárias do dispositivo constitucional que permitiu a participação social no controle de constitucionalidade”. Em outras palavras, observa que “por meio da pertinência temática, é possível escolher os atores que têm acesso ao Tribunal”. Em alguns casos, a autora observa que os Ministros se valem de argumentos relacionados a uma política judiciária para restringir o acesso ao Tribunal, de forma que a restrição reduziria o número de processos que tramitam naquela Corte (LISBÔA, 2013, p. 60-65)

garantias **de ordem subjetiva** concedidas aos seus Procuradores **pela própria** Constituição da República (art. 130), **encontra-se consolidado** na “*intimidade estrutural*” dessas Cortes de Contas (RTJ 176/540-541) que se acham investidas – **até mesmo** em função do poder de autogoverno que lhes confere a Carta Política (CF, art. 75) – **da prerrogativa** de fazer instaurar, **quanto** ao Ministério Público especial, o processo legislativo **concernente** à sua organização (BRASIL, 2004).

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento no sentido de que o Ministério Público especial junto aos Tribunal de Contas não se confunde com os demais ramos do Ministério Público comum, da União e dos estados-membros (BRASIL, 2007).

Em linhas gerais, nos termos do Regimento Interno do TCE-RS, compete ao Ministério Público de Contas a promoção e a defesa da ordem jurídica, a emissão de pareceres e a propositura de medidas protetivas da juridicidade, da probidade e da eficiência da gestão patrimonial (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Ainda consoante o Regimento Interno, o TCE-RS, visando o cumprimento das atribuições do *Parquet* de Contas:

II – oportunizará sua manifestação, em parecer oral ou escrito, em todos os processos, exceto os de natureza administrativa interna, incluindo os relativos às consultas e os recursos de agravo e de embargos de declaração (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Ou seja, o Ministério Público de Contas não possui legitimidade expressa para formular consultas, tampouco será ouvido no procedimento. No caso da legitimidade para iniciar o processo, uma interpretação ampliativa poderia indicar a possibilidade de formular consultas, considerando a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça. Todavia, compreende-se que a normativa do TCE-RS poderia tornar essa legitimidade mais evidente e menos dependente de uma interpretação ampliativa.

Ademais, caberia a reflexão sobre a possibilidade de entidades de classe ou sindicatos de servidores constarem no rol de legitimados, haja vista a densidade garantida constitucionalmente aos direitos sociais dos trabalhadores, estendida aos servidores públicos titulares de cargos públicos pelo artigo 39, § 3º a Constituição Federal, sem esquecer que há um número significativo de empregados públicos, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, todos estes vinculados a órgãos estaduais e municipais, sob a jurisdição do Tribunal de Contas. Há de se registrar

ainda a importância conferida às despesas com pessoal, amplamente regulamentada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000a), ou às normas previdenciárias, que comumente geram dúvidas em face da complexidade da matéria, que envolve um número considerável de emendas constitucionais e leis esparsas, o que pode significar que a própria Corte de Contas, com vistas a melhor desenvolver sua função fiscalizatória, tenha interesse em solver dúvidas afetas à área de pessoal e diminuir assim o número de irregularidades constatadas em procedimentos fiscalizatórios.

Se o aumento do número de legitimados a propor consultas pode trazer “benefícios” ao Tribunal de Contas, pois será provocado a se manifestar e oferecer a resposta correta em determinadas situações permeadas de dúvidas e assim evitar que se concretize um erro, por conta de má interpretação do ordenamento jurídico, há também que se refletir sobre a questão na perspectiva democrática, ou seja, se não seria um dever do órgão de controle externo criar mecanismos de participação em suas funções fiscalizatórias, o que, inclusive, se coaduna com a ideia de que o controle social deve se aproximar do controle externo desenvolvido pelo Estado.

A título comparativo, observa-se o rol de legitimados a formular consultas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Art. 210 O Tribunal emitirá parecer em consulta formulada por: I – Chefe de Poder do Estado de Minas Gerais ou de um dos seus Municípios; II – Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais; III – Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais; IV – Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais; V – Senador ou Deputado Federal representante do Estado de Minas Gerais; VI – Deputado do Estado de Minas Gerais ou Secretário do Estado de Minas Gerais ou de um dos seus Municípios; VII – 1/3 (um terço), no mínimo, dos Vereadores de Câmara de Município do Estado de Minas Gerais; VIII – Dirigente de órgão autônomo, integrante da estrutura organizacional do Estado de Minas Gerais ou de um dos seus Municípios; IX – Dirigente de entidade integrante da administração indireta estadual ou municipal, bem como de empresa, de cujo capital social o Estado de Minas Gerais ou um dos seus Municípios participem, de forma direta ou indireta, nos termos de ato constitutivo ou de contrato; X – Representante legal de entidade associativa de Municípios; ou XI – Chefe de órgão interno de controle do Estado de Minas Gerais ou de um dos seus Municípios (MINAS GERAIS, 2014).

No rol acima já é possível identificar uma ampliação dos participantes. Chama atenção a possibilidade de qualquer Deputado Estadual ou de um terço de vereadores de câmara municipal formularem consultas, lembrando que a titularidade do controle externo é do Poder Legislativo, de forma que não se resume

a legitimidade aos chefes de poder. Outra interessante abertura é a possibilidade de representantes de atividades associativas de municípios levarem consultas ao Órgão de Controle, considerando que se parte de uma rede de comunicação entre diversos municípios que levam suas dúvidas ao procedimento consultivo. Outro legitimado a se destacar é o chefe de órgão de controle interno, reverenciando esse sistema de cunho constitucional.

E o modelo democrático-deliberativo de Habermas propõe reflexões que justificam a democratização da interpretação constitucional, em especial ao se afastar a autoridade do sujeito e aproximá-la da razão, conforme bem explica Souza Neto:

O modelo deliberativo de democracia de Habermas é formulado, no entanto, não apenas a partir do seu diálogo com as demais vertentes que têm lugar no debate filosófico; alicerça-se também na ética do discurso concebida pelo autor. A democracia deliberativa de Habermas pode ser caracterizada como uma “teoria do discurso do direito e da democracia”. O conceito de que parte para formular sua ética do discurso é o de “razão comunicativa”. Esta é elaborada como uma alternativa à “razão centrada no sujeito”, que caracteriza a autocompreensão solipsista predominante na filosofia moderna. A principal crítica oposta à razão centralizada no sujeito se dirige às relações de poder subjacentes à separação entre sujeito e objeto do conhecimento. Se a razão está centrada no sujeito, é este e não aquela que passa a gozar de autoridade, i.e., a força cogente do melhor argumento, que só pode prevalecer em contextos comunicativos, dá lugar à autoridade do sujeito que controla determinado campo do saber. [...] É a crítica racional dirigida pelos demais envolvidos na comunicação que permite a exposição dos interesses legítimos, dos preconceitos, das pretensões autoritárias que muitas vezes são subjacentes às afirmações feitas pelo sujeito, e não o seu autocontrole metodológico, como ocorre predominantemente na ciência moderna (SOUZA NETO, 2006, p. 136-137).

Aquele que se manifesta sobre determinada situação com razões não poderá ser acusado de decisionismo, sendo que o outro deverá ser capaz de observar criticamente se se posicionar, e assim se verificam os consensos e dissensos. A democracia, em Habermas, exige a interação entre os participantes, sem que isso signifique que o sujeito não conduza conscientemente sua própria vida e simultaneamente esteja conectado com a sociedade e o Direito, pois o agir comunicativo permite a coordenação de planos de ações e a vinculação entre os atores sociais a partir daquelas interações que se desenvolvem estribadas no mundo da vida (RECK, 2006, p. 19, 144-145).

A liberdade de tematizar demandas propicia um maior fluxo de comunicações e remete ao problema afeto à estabilização da ordem (RECK, 2006, p. 146).

Ora, se a dúvida que ensejou a consulta vai coordenar planos de ações, seja dos jurisdicionados, seja do próprio órgão fiscalizador, a partir da estabilização da ordem, aqui no sentido de que se espanca a dúvida sobre o que fazer em determinada situação, o procedimento de consulta deve permitir, agora na perspectiva democrática-deliberativa, a interação entre os sujeitos interessados e aptos colaborar no espaço argumentativo.

Na perspectiva dos consulentes e com fulcro no princípio do discurso, que conectado ao direito torna-se o princípio da democracia, observa-se a necessidade de se “levar em conta a opinião daqueles que são destinatários das normas” (RECK, 2006, p. 150).

Reck leciona que o direito busca a legitimidade (validade) valendo-se da ação comunicativa e, por outro lado, não dispensa um corpo de servidores e meios administrativos capazes de impor de forma coativa as normas. Dessa forma, dois enfoques relacionados aos destinatários das normas são identificados. Um primeiro, performativo, relacionado à validade e à autolegislação, ou seja, na participação em processos decisórios, e um segundo, objetivador, que se verifica naquele que observa e a partir disso planeja suas ações (RECK, 2006, p. 147).

Se o Tribunal de Contas prescindir de criar mecanismos procedimentais democrático-deliberativos corre-se o risco de, a partir da manutenção de um enfoque tão-somente objetivador, propiciar situações aptas a uma colonização do mundo da vida, ou melhor dizendo, de uma colonização do Estado controlador (Tribunal de Contas) sobre o Poder Público fiscalizado (jurisdicionados), o que vai refletir no serviço público prestado à comunidade. Ou ainda, um agir centrado no próprio sucesso fiscalizador e não voltado ao entendimento mútuo.

A resposta da Corte de Contas deve se pautar por atos de fala ilocucionários e simultaneamente filtrar as dimensões perlocucionárias (aquelas que visam uma comunicação estratégica) dos argumentos de quem participa do debate, pois o que se busca no procedimento consulta é exatamente um entendimento com o outro.

Habermas já havia percebido que a partir da modernidade formou-se uma sociedade global, cujas estruturas fundamentais são os subsistemas sociais, em especial economia e mercado, além do mundo da vida (esfera pública e privada). Observou ainda que os consensos se tornaram cada vez mais difíceis, o que torna também mais complexa a coordenação de ações, considerando as múltiplas

possibilidades. Os subsistemas, a rigor, deveriam reduzir essa complexidade, selecionando algumas das múltiplas possibilidades do mundo da vida. Ocorre que o processo e a formação dos subsistemas ocorreram de forma excessiva, dando causa a denominada colonização do mundo da vida. Dessa forma, aquele mundo da vida, caracterizado pela comunicação social, acabou se adequando aos subsistemas, de forma que as pessoas, nessa perspectiva de colonização, não interferem mais nas decisões públicas que regulam suas próprias vidas. Decisões estas, aliás, que não são devidamente problematizadas no âmbito estatal (SOUZA NETO, 2006, p. 151). Ou seja, a colonização do mundo da vida evidenciou as ações não comunicativas.

O procedimento de consulta do Tribunal de Contas já é uma abertura democrática. Todavia, a função deve se afastar da filosofia do sujeito, pois ao se valer das concepções democrático-deliberativas tende a se afastar de uma colonização de seus jurisdicionados, além de possibilitar a captação dos argumentos que se desenvolvem na esfera pública.

No primeiro capítulo da pesquisa a sociedade aberta de intérpretes da constituição foi mencionada quando se defendeu a possibilidade de o Tribunal de Contas interpretar o texto constitucional, atividade que se mostra, frisa-se, indispensável para o exercício de suas competências constitucionais. Contudo, Häberle e sua comunidade de intérpretes da constituição também devem ser ressaltados quando se trata da abertura democrática de interpretação no âmbito do procedimento consultivo em tela.

Na concepção de Häberle, a Constituição é vista como um elemento vivo, dependente do entorno cultural em que está inserida, sendo fundamental, em sua tese, a ideia de que a constituição não é apenas do Estado, mas de toda a sociedade, ou seja, é um *res publica*. Essa constatação se contrapõe, portanto, a uma comunidade fechada de intérpretes da constituição, concebendo a existência de um universo pluralista de intérpretes, sejam cidadãos, grupos ou órgãos estatais, enfim, aqueles que vivenciam a norma. Logo, cabe uma ampliação e aperfeiçoamento dos procedimentos de comunicação dos juízes constitucionais, sem descurar da participação efetiva nesse processo constitucional (LEAL, 2007, p. 114-121).

A legitimidade das decisões jurídicas não dispensa, na perspectiva teórica-procedimental aqui desenvolvida, uma abertura dos processos decisórios, atendidos os pressupostos da ação comunicativa, ou seja, no sentido de que os interlocutores sejam capazes, por meio da linguagem, de suscitar e defender pretensões de validade perante os outros, exigindo racionalidade discursiva dos participantes (BITENCOURT, 2013, p. 81-89).

Oliveira, ao tratar da democratização da jurisdição constitucional, no âmbito do Poder Judiciário, defende que se um Estado se autoproclama democrático, “todos os poderes estatais deverão ser exercidos de igual forma democrática e respeitando um procedimento juridicamente legitimado”, ressaltando ainda que o processo, além de se voltar à jurisdição, serve ainda para a construção da norma jurídica, visto que a decisão, por possuir um cunho constitutivo, não almeja uma violação à separação de poderes e sim a criação normativa a partir da interpretação do enunciado legal (OLIVEIRA, 2015, p. 29).

O Tribunal de Contas, da mesma forma, deve exercer suas atribuições constitucionais em conformidade com o princípio democrático e em procedimentos inclusivos, razão pela qual se defende aqui a absorção da concepção deliberativa de democracia proposta por Habermas.

Como a teoria do discurso pressupõe a abertura intersubjetiva, a possibilidade de os participantes problematizarem as questões e o dever de argumentação, que nas questões constitucionais não dispensam a existência de uma comunidade aberta de intérpretes constitucionais, entende-se que está devidamente fundamentada a abertura democrática do procedimento consultivo do Tribunal de Contas.

Sem embargos da conclusão acima, como não são apenas os legitimados a consultar que vivenciam a constituição, cabe desenvolver a ampliação dos espaços argumentativos, possibilitando a máxima democratização do procedimento.

4.2.2 As experiências a partir do *amicus curiae*

Em que pese a existência de outras leis que tratavam do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio¹⁸, o instrumento ganhou relevo no cenário jurídico nacional a partir da edição da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999¹⁹, que regulamenta o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (BRASIL, 1999a)

A normatização do *amicus curiae*, acima mencionada, teve profunda inspiração na doutrina de Peter Häberle, sendo que em processos de controle abstrato de constitucionalidade o que se objetiva é a proteção do ordenamento jurídico, de forma que não se fala em partes no sentido próprio da expressão, visto que o que se pretende é defender a supremacia constitucional (BISCH, 2010, p. 106).

O *amicus curiae* pode ser identificado como um terceiro interveniente no processo, que é portador de um interesse institucional, ou seja, um interesse metaindividual, o que é característico de sociedades pluralistas e democráticas (BUENO, 2012, p. 1023).

O Código de Processo Civil também positivou o “amigo da corte”, destacando-se:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da

¹⁸ Como exemplo, a Lei Federal nº 6.616, de 16 de dezembro de 1978, em especial em seu artigo 31: “Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”. Pode ser mencionada ainda a Lei Federal nº 8.894, de 21 de junho de 1994, que previa a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos processos judiciais que discutissem a aplicação desta lei (BRASIL, 1994). Atualmente, regra idêntica consta no artigo 118 da Lei Federal nº 12.259, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011).

¹⁹ A Lei Federal nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que trata do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental também traz a possibilidade de participação de *amicus curiae*, no seguinte sentido: “§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (BRASIL, 1999c).

controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal trouxe elementos importantes ao se debruçar acerca da efetivação do instituto em tela, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321-7-MC/DF, na qual o voto do Ministro Celso de Melo asseverou sobre esta forma de intervenção processual:

A intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a propiciar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. [...] tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimação democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 2000b).

Lisbôa, comentando a decisão acima citada, constata um discurso que, reconhece a contribuição do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, assevera que a presença de tais atores possui caráter excepcional, que se justificaria quando houvesse razões que tornassem a participação desejável e útil ao processo, ou seja, afirma-se a importância do instituto e, de outro modo, sua excepcionalidade. A mesma autora observa a existência de argumentos no sentido que a admissão de *amicus curiae* aumenta a quantidade de trabalho²⁰ e que, por essa razão, o indeferimento da participação denotaria uma “leitura autoritária e restritiva do instituto” (LISBÔA, 2013, p. 131).

²⁰ Nesse sentido, no portal do Supremo Tribunal Federal, a ministra Ellen Gracie considerou que a abertura poderia colocar em risco o funcionamento do Tribunal. “Eu acredito, presidente, que essa Corte precisa, urgentemente, cuidar da sua própria sobrevivência. Nós não temos condições, isso é bom frisar, sequer de julgar as Ações Diretas que já estão em pauta. Até o final do ano nós vamos ficar devendo um passivo de processos já preparados pelos relatores que não poderão vir a Plenário” (BRASIL, 2003).

A mesma pesquisadora, analisando precedentes do Supremo Tribunal Federal, conclui que os Ministros, ao admitir a participação ao seu critério, na condição de relatores, acabam por decidir ao arrepio do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, pois haveria um déficit de fundamentação nas decisões. Em alguns casos, a autora observou que a utilização de expressões como “conveniência”, “relevância”, “utilidade” seriam fórmulas vazias²¹ que tornariam ocultas as fundamentações das decisões, o que acaba por impedir o próprio controle do ato de decidir (LISBÔA, 2013, p. 161.165).

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Ministro Edson Fachin aduziu que o *amicus curiae* não se restringe aos processos objetivos de constitucionalidade, até mesmo pelo fato de ser uma abertura que permite a observação de “diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal”. Na mesma oportunidade, o Relator asseverou quanto ao *amicus curiae*, em análise à luz do Código de Processo Civil, que “não há direito subjetivo à figuração em feito nessa qualidade, sendo o crivo do Relator caracterizado por um juízo não só de pertinência e representatividade, mas também de oportunidade e utilidade processual” (BRASIL, 2017a).

Em outra oportunidade, a Suprema Corte indeferiu a admissão de entidade como *amicus curiae*. Na ocasião, apesar de reconhecer a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, resultante dessa interação, que permite uma afinidade das decisões com a realidade social, além do caráter agregador e o fator de legitimação do instrumento, decidiu que inexistente direito subjetivo à intervenção e que devem ser observadas a pertinência temática e a apresentação de documentos ou elementos importantes para o deslinde da ação. Outro requisito apontado pelo Relator é a “representatividade adequada”, expressão linguística a qual o próprio julgador reconhece como um conceito vago a exigir a interpretação do Relator.

²¹ Warat já alertava para o problema das incertezas significativas e definições da linguagem, ressaltando quanto à vagueza: “Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação. [...]Assim, de um modo geral, teremos um problema de vagueza quando a partir das regras de uso, não se pode definir com exatidão os critérios de aplicabilidade denotativa, devendo-se recorrer a decisões auxiliares” (WARAT, 1995, p. 75-76).

Ademais, segundo o Relator, a representatividade adequada exige o conhecimento do tema, o interesse institucional e a representação do maior número possível de interessados (BRASIL, 2017b).

Há ainda entendimentos no sentido de que a postura do amigo da corte nos processos pode indicar que há uma proximidade com interesses de grupos por ele representados (OLIVEIRA, 2015, p. 95).

A Ministra Cármen Lúcia já demonstrou essa preocupação, conforme trecho da reportagem abaixo:

“O tribunal tem encontro marcado com a definição do que é o *amicus curiae*”, disse nesta quinta-feira (2/2) a ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal. A fala traduziu uma preocupação dela e dos demais ministros com a presença de terceiros interessados nas discussões levadas ao tribunal. Ela quer debater se os *amici curiae* existem para ajudar o tribunal a decidir ou para ajudar as partes a vencer. [...] O tribunal começava a apregoar o julgamento de um recurso extraordinário que discute se a administração pública responde por dívidas trabalhistas de empresas terceirizadas. A relatora, ministra Rosa Weber, viu problema no fato de um dos *amici curiae*, uma entidade sindical, estar habilitado apenas para atuar na Justiça do Trabalho. E os ministros começaram a discutir se o *amicus curiae* é ente processual, ou se basta estarem ligados ao tema em discussão. O recurso em pauta teve repercussão geral reconhecida e envolve quase 50 mil processos nas instâncias locais. [...] Foi quando a ministra Cármen interveio. Ela lembrou de um caso de dezembro, em que ela chamou uma entidade admitida como *amicus curiae* para falar na tribuna, mas o advogado reclamou da ordem. Disse que o tribunal estava ouvindo os *amici* do recorrente e ele falava pelo recorrido. “Se falava pelo recorrido, era amigo da parte, não da corte”, resumiu Cármen. [...] Na discussão desta quinta, o ministro Luís Roberto Barroso compartilhou da preocupação a ministra Cármen, mas fez uma ressalva. “Não sei se concordo com a tese de que os *amici curiae* devem ter participação imparcial. Eles entram para defender a correção da posição que defendem”, disse. “A posição não exige imparcialidade. Salvo da parte de juízes, a imparcialidade não é deste mundo”. Cármen concordou: “Nem de longe falaria em imparcialidade. Preocupo apenas quando alguém diz que é amigo de uma das partes. É preciso saber qual é o objetivo” (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

A preocupação acima reproduzida indica que é possível que os “amigos da corte” atuem de forma estratégica. Compete aos demais participantes do debate, que agem comunicativamente, identificar os efeitos perlocucionários do discurso de quem pauta sua ação discursiva de forma estratégica.

Não é objetivo, nesta pesquisa, perquirir todos os percalços que a positivação do *amicus curiae* no âmbito do controle de constitucionalidade que se desenvolve perante o Poder Judiciário enfrenta. Nada obstante, a normatização e os precedentes podem servir de inspiração para que o Tribunal de Contas regulamente

o instituto de abertura democrático em sua função consultiva, levando em consideração a matriz teórica aqui apresentada.

Ferraz, em breve e percuciente estudo acerca da adoção da figura do *amicus curiae* nas Cortes de Contas, constata que a ampliação das vias de participação dos prováveis afetados ou destinatários das decisões funcionaria como indutor de legitimidade da jurisdição dos Tribunais de Contas, proporcionando um valor qualitativo nos argumentos que serão levados em consideração pelos julgadores (FERRAZ, 2009, p. 59-60).

O mesmo autor ainda vislumbra a possibilidade de adoção dessa forma de participação de terceiros em procedimentos de consulta ou de uniformização de jurisprudência:

Sem pretensões últimas, trazendo o debate para a seara específica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais — que recentemente consolidou nova sistemática de competências, estruturação e funcionamento com a edição da Lei Orgânica do TCEMG, posteriormente regulamentada com a publicação do Regimento Interno —, e partindo da necessária premissa de um sentido amplo da ideia de repercussão e relevância da matéria tratada, vislumbra-se, neste primeiro momento, que o potencial legitimador da figura poderia ser perfeitamente utilizado em sede de consultas e incidentes de uniformização de jurisprudência. (FERRAZ, 2009, p. 60-61).

Há julgado do TCE-RS no sentido de não admitir *amicus curiae*, pois seria incompatível com as suas competências constitucionais, conforme mencionou o Ministério Público de Contas em seu Parecer n° 14.251/2015:

[...] a pleiteada intervenção como *amicus curiae* se mostra incompatível com o devido processo legal próprio deste Tribunal de Contas haja vista que, dentre suas competências constitucionais, não se encontram as de natureza eminentemente objetiva, como é a hipótese do controle normativo abstrato de constitucionalidade, processo no qual há previsão legal de intervenção daquela figura (RIO GRANDE DO SUL, 2015a)²².

Em outra oportunidade, no Processo n° 7582-0200/06-0, decidiu a Corte de Contas gaúcha:

No tocante à questão relativa ao Movimento Negro Unificado – MNU, entendo que o mesmo não pode ser admitido na condição de *amicus curiae*, haja vista que esta tem lugar em ações que dizem com o controle concentrado da constitucionalidade das leis, a teor do que prescrevem os artigos 482, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil e 7º, parágrafo 2º, da

²² Parecer 14251/2015, do Ministério Público de Contas, no Processo 4787-0200/15-8. Processo n° 9316-0200/11-3 não foi publicizado de forma que a decisão em sua íntegra não se encontra no portal do TCE, razão pela qual a referência é o Parecer do MPC do qual se extraiu esse trecho.

Lei Federal nº 9.868/1999. Como é sabido, com lastro no que enuncia a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, esta Corte opera apenas no exame incidental da constitucionalidade das leis, não se revelando possível, in casu, a adoção dessa relevante figura processual. Todavia, admito como assistentes (art. 50 e § único do CPC) a Entidade e os servidores alcançados pelo decisório a quo, identificados naquela petição inicial (fls. 49 e 50), o que faço também em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nos mesmos termos referidos à folha 47 (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Em decisão mais recente, contudo, em Representação do Ministério Público de Contas, que versava sobre a unificação dos cargos de assessor para assuntos jurídicos e de procurador, no âmbito do Município de Porto Alegre, o TCE-RS admitiu a intervenção da OAB – Seccional Rio Grande do Sul, na condição de *amicus curiae*. Conforme informação contida na decisão proferida no ano de 2017, a habilitação como *amicus curiae* foi deferida em despacho de 04 de dezembro de 2015, do Conselheiro-Relator (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Em que pesem as manifestações da Suprema Corte e do próprio TCE-RS sobre a matéria, cabe estudar o instituto do *amicus curiae* em face da matriz teórica que conduz este estudo. Ou seja, não há uma predeterminação de como o instituto poderia ser criado pela Corte de Contas na função consultiva, de forma que há uma ampla liberdade de conformação na regulamentação da matéria, respeitada, evidentemente, a ordem constitucional.

Retomando o Caso nº 1, analisado no capítulo anterior, que tratava da possibilidade de considerar o tempo trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista como tempo de serviço público, para fins de aposentadoria. No caso, a consulta foi formulada pelo então prefeito de Porto Alegre. Contudo, não seria impensável, em matéria que exige a interpretação de dispositivos do texto constitucional e que, a partir dessa resposta visa coordenar ações dos diversos regimes próprio de previdência fiscalizados pelo TCE-RS, que outros municípios, autarquias previdenciárias, sindicatos de servidores, enfim, que todos os interessados e afetados pela resposta tivessem interesse em contribuir para a resposta à consulta, o que se coaduna com o princípio “D”, da teoria discursiva.

Ao tratar da política deliberativa e da sua teoria do discurso, Habermas defende a institucionalização de processos comunicacionais e também o jogo das deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de maneira informal, dispensando a concepção de filosofia do sujeito e contando com a

intersubjetividade dos processos de entendimento. Até porque, com base na teoria do discurso “os pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração” (HABERMAS, 2011, p. 21).

Cabe lembrar, com Reck, que um procedimento que pretende ser inclusivo na pluralidade, a partir do princípio do discurso, deve partir da ideia de que:

a) procedimentos são argumentativos, bem como b) inclusivos e públicos, além da c) necessidade de não-coação externas e d) internas, ou seja, igual chance de contribuição. Imperativos políticos exigem ainda que, sob o aspecto da legitimidade, as discussões possam sempre ser e) revisadas, mas, por outro lado, concluídas, de modo a possibilitar a ação pelo Direito. Ainda, as f) contribuições não estão circunscritas e g) as deliberações políticas permitem as contribuições variadas, inclusive aquelas que se fundem nas formas particulares de vida (RECK, 2006, p. 190-191).

Aduz Habermas que “a soberania do povo, diluída comunicativamente, não pode impor-se *apenas* através do poder dos discursos públicos informais”, pois para que possa “gerar um poder político, sua influência tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada” (HABERMAS, 2011, p. 106).

O atual Regimento Interno do TCE-RS permite que a autoridade consulente encaminhe, juntamente com o questionamento, parecer de seu órgão de assessoria, com o entendimento da matéria (RIO GRANDE DO SUL, 2015c). Como já foi ressaltado, o questionamento pode ser de interesse de outros jurisdicionados do Tribunal de Contas. Fica evidente que as condições de liberdade e igualdade não restam atendidas plenamente nesse procedimento. Priva-se a liberdade de se manifestar na consulta e permite-se a concretização de uma situação de fala em que somente a autoridade que iniciou o processo seja ouvida, de forma que os demais afetados pela resposta não terão a possibilidade de contribuir com o deslinde do problema.

Compreende-se que não há necessidade de o Tribunal de Contas regulamentar o instituto do *amicus curiae* de forma idêntica àquela que foi prevista para o controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, compreende-se que o procedimento deve ser mais detalhado, levando em consideração a liberdade e igualdade. Em face dos princípios do

discurso e democrático, compreende-se que a restrição a participação, a exemplo da pertinência temática e representatividade, assumidas como condições procedimentais pela jurisprudência da Suprema Corte, deve ser a menor possível.

Ademais, o instituto em tela não deve ser concebido como um instrumento de oportunidade e utilidade unicamente ao crivo de um Relator solipsista. Ao contrário, deve ser concebido como um instrumento democrático que visa legitimar decisões da Corte de Contas que interpretam a Constituição da República e que terão repercussão na atuação dos seus jurisdicionados e na sociedade, destinatária dos serviços públicos.

4.2.3 As audiências públicas

As audiências públicas, que remontam do direito de ser ouvido (*right to be heard*) encontram origem no direito anglo-saxão, sendo possível a constatação de que são produto de uma evolução do devido processo legal e que foram inicialmente pensadas em uma perspectiva individual até alcançarem uma dimensão pública e permitirem que os cidadãos participem de uma construção conjunta de uma decisão estatal. Ou ainda, são fruto do princípio *audita altera parte*, que exige a oitiva do interessado antes da tomada de decisão (MELO, 2016, p. 17).

No âmbito da função administrativa do Estado diversas legislações dispõem acerca da realização de audiências públicas, a exemplo da Lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal²³ (BRASIL, 1999a), da Lei de Licitações²⁴ (BRASIL, 1993) e da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁵ (BRASIL, 2000a).

²³ “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (BRASIL, 1999a).

²⁴ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados” (BRASIL, 1993).

²⁵ “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...]§ 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada

A Constituição da República dispõe acerca da realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional, com entidades da sociedade civil, nas matérias de suas competências, conforme o artigo 52, § 2º, inciso II do texto constitucional (BRASIL, 1988). A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul confere a mesma atribuição às comissões da Assembleia Legislativa, consoante artigo 56, § 2º, inciso I (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

Na regulamentação do controle abstrato de constitucionalidade, as audiências públicas estão previstas no seguinte sentido:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (BRASIL, 1999b).

A Suprema Corte regulamentou a realização das audiências públicas no seu âmbito de competência por meio da Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, de forma a admitir a realização inclusive em processos de controle difuso de constitucionalidade (BRASIL, 2009).

Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. [...] Art. 21. São atribuições do Relator: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. Art. 154. Serão públicas as audiências: [...] III – para ouvir o

quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais” [...] “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. [...] § 1º A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos” (BRASIL, 2001).

depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. [...] Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência (BRASIL, 2009).

A regulamentação acima permite que o Presidente da Suprema Corte ou o Relator convoquem a audiência quando entender necessário, permite que essas autoridades judiciárias decidam de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, assim como permite que aqueles Ministros selecionem as pessoas que serão ouvidas, indicando novamente que “mesmo quando o STF promove a participação, o faz conforme lhe convém, considerando-a um instrumento passível de uso pelo Tribunal, e não um direito legítimo da sociedade” (LISBÔA, 2013, p. 157).

Em profícuo diagnóstico acerca das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, Vestena desvelou dados importantes. No que tange aos filtros normativos de seleção dos participantes, observou que a expressão “pessoas com experiência e autoridade na matéria”, prevista na norma regimental, acaba por conferir prioridade à participação para aqueles considerados *experts* na matéria pelos julgadores, evidenciando algo grau de discricionariedade. No mesmo sentido, os parâmetros relacionados à necessidade de esclarecimentos e à notória insuficiência das informações existentes nos autos acabaria por conferir discricionariedade aos relatores, ao ponto de não justificarem as razões para a convocação de audiência²⁶. Outro filtro detectado é o administrativo, inclusive com exigência de formalismo para entrada e participação nas audiências públicas²⁷.

²⁶ Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153, que se pedia a revisão da Lei da Anistia, o Ministro Eros Grau indeferiu pedido de realização de audiência pública: “Os autos estão instruídos de modo bastante, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental. O pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito” (BRASIL, 2010).

²⁷ No portal da Suprema Corte, por exemplo, chama atenção a orientação acerca dos trajes para ingresso nas audiências, indicando um excessivo procedimentalíssimo formal: “12. Quais os trajes

Outro dado significativo abordado na pesquisa de Vestena é relativo à baixa frequência de presença de Ministros nas audiências realizadas²⁸. No que tange ao perfil social dos participantes, constatou-se marcante a presença de especialistas, em detrimento de uma suposta democratização e participação ampla da sociedade. O estudo apontou que os argumentos aventados nas audiências não são devidamente considerados nas decisões, salvo em caráter residual, para reforçar o posicionamento do julgador²⁹ (VESTENA, 2007, p. 990-1018).

Os problemas verificados pela pesquisa acima indicada são graves, pois não se coadunam com a promessa de uma democratização e legitimação das decisões da Suprema Corte. Contudo, evidenciam uma eficácia mínima, ao menos no sentido de possibilitar o controle social e acadêmico da decisão, em face dos argumentos que foram expostos nas audiências. Para o escopo, dessa pesquisa, as informações servem para que se observe que o procedimento deve contemplar em sua máxima eficácia o princípio democrático, ou seja, propiciar que os interessados possam participar dos debates, com o menor filtro possível, afastando elitizações, além de impor que os julgadores ou responsáveis por decidir enfrentem os argumentos que forem ventilados nos espaços de discussão.

A audiência pública, assim como o *amicus curiae* devem caracterizar uma tentativa apta a permitir que mais pessoas compreendam e participem cooperativamente do procedimento consultivo. Conforme ressalta Habermas, “os fins ilocucionários não podem ser atingidos por outro caminho que não seja o da

adequados para ingressar nas Audiências Públicas? Para ingressar nas Audiências Públicas será necessário observar os mesmos critérios de vestimenta utilizados durante as Sessões realizadas no âmbito do STF. Os homens deverão trajar terno completo (blazer, calça social, camisa social, gravata e sapato social) e as mulheres, calça, saia ou vestido sociais, necessariamente, acompanhados de blazer” (BRASIL, 2017d).

²⁸ Exemplificativamente, na última audiência pública realizada, que tratou do direito ao esquecimento na esfera cível, assunto debatido no Recurso Extraordinário n° 1010606-RJ, estiveram presentes apenas dois Ministros (BRASIL, 2017c).

²⁹ Ao analisar o voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175, na qual o voto consignou que levaria em conta as “experiências e dados colhidos na Audiência Pública – Saúde” (BRASIL, 2010), Vestena aduz: “Na construção de sua manifestação, o ministro é mais sofisticado nas referências que faz ao evento da audiência pública da saúde. Menciona a importância desse instrumento como procedimento democrático, porém não foge da utilização pragmática dos argumentos da audiência para reforçar sua proposta argumentativa. Atribui um caráter consensual aos argumentos trazidos, como se fossem fruto do entendimento de todas as partes participantes da audiência, somadas às convicções dos ministros componentes do Tribunal. Essa é uma ferramenta retórica – pretensa atribuição de um consenso entre as partes -, pois durante a audiência sobre o tema da saúde, nenhum momento de deliberação coletiva foi protagonizado, nem mesmo procurou-se obter um documento oficial, referendado por todos os agentes e que fosse capaz de resumir as intervenções” (VESTENA, 2007, p. 1014-1015).

cooperação, pois eles não se encontram à disposição do participante individual da comunicação” (HABERMAS, 1990, p. 68).

O paradigma procedimentalista do direito busca proteger as condições do procedimento democrático, sendo que as práticas de participação nas decisões do Estado devem ser concebidas como processos que visam à legitimação. Nesse mesmo sentido, Habermas aduz que “o substrato social necessário para a realização do sistema de direitos” é formado “pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos” (HABERMAS, 2011, p. 186).

Melo, ao pesquisar a realização de audiências públicas na função administrativa conclui que a motivação da decisão será afetada pela realização da audiência pública quando o “administrador obrigar-se a motivar as razões pelas quais acolhe ou rejeita as contribuições levadas ao debate pela sociedade”, de forma que a motivação do ato estaria apta a contribuir para a legitimidade da decisão e “completa o ciclo iniciado com a abertura da Administração, pois a participação popular que se espera no paradigma procedimental não se exaure no momento em que o cidadão exprime sua opinião” (MELO, 2016, p. 76).

No modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, dotado de caráter prescritivo, a validade epistêmica está calcada nos pressupostos que o validam, visto que através do procedimento objetiva-se a solução de conflitos normativos e o estabelecimento de um acordo racional sobre a legitimidade de normas de ação (PIVETTA; MONTEMEZZO, 2014, p. 181-182).

Na verdade, em que pese a construção histórica que possa acompanhar a evolução de institutos como *amicus curiae* e audiências públicas, em face da matriz teórica aqui adotada, não se concebe uma essência do que são essas formas de abertura democrática. Logo, há uma liberdade criativa na regulamentação da matéria. Soma-se ainda a observação de que a fundamentação para a utilização desses institutos é praticamente idêntica, considerando a teoria discursiva e democrático-deliberativa. Tal constatação não dispensa que a Corte de Contas acompanhe a experiência da utilização desses mecanismos de abertura democrática no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e na função administrativa, nesse último caso, em especial, a realização de audiências públicas.

4.3 O processo de abertura nos casos das consultas ao Tribunal de Contas: um dever constitucional?

A partir do que já foi exposto e dos argumentos que seguem, objetiva-se sustentar que há um dever constitucional do Tribunal de Contas em propiciar uma abertura democrática nos procedimentos de consulta.

A compreensão da democracia deliberativa exige a compreensão de que as tradições e cosmovisões de mundo, a partir da modernidade, não possuem mais a capacidade de legitimar normas de ação. Essa constatação exige que os cidadãos, por meio de discussões públicas, alcancem a um entendimento acerca do modo de vida que desejam ou acerca das tradições que serão ou não mantidas, visto que as interpretações religiosas e metafísicas não são mais suficientes para legitimar sistemas de regramentos. A moralidade pós-convencional e a ética discursiva interligam interesses individuais e valores comunitários, exigindo que ambos exponham razões que sustentem sua validade social (PIVETTA; MONTEMEZZO, 2014, p. 174-176).

Se as consultas têm por finalidade coordenar planos de ação, é porque há um caráter normativo na decisão³⁰, que não dispensa legitimidade e uma abertura para o diálogo que propicie uma formação racional da resposta ofertada. Tal conclusão se harmoniza com Habermas no sentido de que:

[...] as regulamentações políticas da vida em comum tornam-se cada vez mais dependentes das corporações deliberantes do Estado constitucional, bem como dos processos de comunicação na sociedade burguesa e na esfera pública política (HABERMAS, 2001, p. 194).

Retomando brevemente a teoria dos atos de fala, ressalta-se que a validade dos atos de fala não está amarrada à função de representação da linguagem, tampouco ao seu conteúdo proposicional. Logo, as pretensões e validade, que são estabelecidas e relacionadas com os mundos objetivo, social e subjetivo, conforme

³⁰ Em que pese o Regimento Interno do TCE-RS não ser tão claro, compreende-se que ao definir que a resposta não constitui pré-julgamento do caso concreto, de outro modo indica um prejudgamento de tese (RIO GRANDE DO SUL, 2015c). No âmbito do Tribunal de Contas da União, exemplificativamente, essa conclusão fica mais evidente, pois sua Lei Orgânica dispõe que a resposta “tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto” (BRASIL, 1992). Outro exemplo é a Corte de Contas mineira, que assim regulamenta em seu Regimento Interno: “O parecer emitido sobre consulta tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese” (MINAS GERAIS, 2014).

já visto, e não dispensam com uma justificação intersubjetiva, dependendo, portanto, de argumentos (BANNEL, 2006, p. 71).

Como Habermas afirma, “fins ilocucionários não podem ser atingidos por outro caminho que não seja o da cooperação, pois eles não se encontram à disposição do participante individual da comunicação”. Ou seja, o falante não pode decidir, por si, só atribuir uma dimensão ilocucionária a um ato de fala (HABERMAS, 1990, p. 68).

Até porque, os atos de fala, na perspectiva da ação comunicativa, terão um “aspecto locucionário, de conteúdo proposicional, bem como um aspecto ilocucionário, cujo conteúdo é o vínculo para a ação que é gerada a partir da comunicação” (RECK, 2006, p. 39).

Uma situação é pensar nos proferimentos dos atos de fala, no âmbito da função consultiva, na perspectiva do órgão de controle, quando decide sozinho a resposta adequada. Mas outra será a perspectiva desses atos de fala em relação aos jurisdicionados, que recebem essas respostas e devem coordenar planos de ação a partir delas, em que pese não tenham participado da formação dos discursos.

Conforme ressalta Reck:

Em um Estado Democrático de Direito tem de existir uma linha contínua de locução e ilocução desde a esfera pública, passando pela formação de um poder comunicativo, pelo procedimento e finalmente pelo poder administrativo. Todas as intuições, de todas as matrizes, confluem, com razão, para uma idéia de aplicação do já decidido, muito embora estas questões sejam configuradas de maneira confusa ou vaga. É preciso, enfim, dizer o quê de especial existe nesta última linha argumentativa na cadeia, além do próprio fato de ela ser o último elo (RECK, 2006, p. 239).

Caso o Tribunal de Contas e os jurisdicionados formem um diálogo racional, os compromissos oriundos dos atos de fala de cada falante que participar do procedimento propiciarão um ambiente favorável à formação de consensos. Assim, nos debates que se desenvolverem no procedimento consultivo, as pretensões de validade serão defendidas a partir de argumentos. Certamente, no desenrolar do procedimento, diversas possibilidades de “respostas” serão aventadas, de forma que os jurisdicionados, técnicos da Corte de Contas e demais possíveis participantes dos discursos deverão compartilhar as dimensões locucionárias e ilocucionárias dos atos de fala, pois assim estarão utilizando o mesmo jogo de linguagem (o que foi

destacado na análise dos casos concretos) e planejando em conjunto os planos de ação.

Retorna-se a um dos casos abordados nesta pesquisa, para explicar a importância de comungar a dimensão locucionária e ilocucionária entre os participantes do discurso. Se a autoridade que consulta utiliza a expressão “reajuste” para significar a recomposição da inflação na remuneração dos prefeitos, e o Tribunal de Contas utiliza essa mesma expressão para significar um aumento real no poder aquisitivo, antes de qualquer resposta é necessário um entendimento acerca do alcance dessa locução. Ao responder que a renúncia da recomposição inflacionária pelo prefeito municipal não deve ser considerada para fins de cumprimento do limite remuneratório constitucional, em âmbito municipal, a resposta deve estar apta a coordenar planos de ações. Portanto, a ilocução não é no sentido de que os municípios não devem recompor as perdas inflacionárias dos servidores ou do próprio cargo de prefeito, o que é um mandamento constitucional, pois assim os entes municipais economizariam, tampouco significa que os prefeitos devam abdicar parcela de seus subsídios para gerar menos despesas aos cofres públicos.

Desta forma, a abertura que se propõe coaduna-se com o Estado Democrático de Direito, visto que o princípio democrático deve nortear não apenas as atividades dos poderes constituídos, mas também dos órgãos autônomos, como é o caso do Tribunal de Contas.

Algumas palavras de Aragão servem de reflexão:

[...] a legitimidade do direito só se materializa através de um processo de formação discursiva da opinião e da vontade. [...] Habermas quer acrescentar algo mais a esse veio normativo do direito, de modo que ele também possa tornar-se um meio de assegurar as condições fáticas para utilização dos direitos formais iguais, que efetivamente propicie igualdade de oportunidades. E a única forma de assegurar essa igualdade de chances, segundo seu ponto de vista, é através da participação; não apenas da participação política formal, que se resume a cada cidadão exercer o direito de votar e ser votado nas eleições oficiais, mas também da participação social e cultural, não restrita ao âmbito parlamentar. Isso significa dar oportunidade aos membros de tomar parte na discussão e decisão de questões que dizem respeito à vida em sociedade (ARAGÃO, 2002, p. 197-198).

A relação entre o mundo da vida e o sistema administrativo (e nesse sistema pode se alocar o Tribunal de Contas e seus jurisdicionados) possui duplo sentido, ou seja, com implicações recíprocas entre as esferas. Ademais, a própria relação entre

o órgão de controle e seus jurisdicionados também possui imbricações recíprocas, que poderão trazer consequências para o mundo da vida.

Ao analisar as formas de relação reificadas nas sociedades contemporâneas, Habermas verifica que esse processo de abstração não ocorria somente nas relações de trabalho, como já denunciado por Marx, mas também nas relações que se desenvolvem entre os clientes do Estado e dos cidadãos e consumidores com o Estado de bem-estar social. Para o filósofo alemão a perda de liberdade e de sentido, em face da modernização social é creditada ao desequilíbrio entre sistema e mundo da vida, sendo, inclusive, a burocratização resultado da colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos, ocorrendo, por consequência, a reificação da prática cotidiana. Assim, Habermas compreende que é necessário alcançar entendimentos por meio de uma infra-estrutura comunicativa, que resista à reificação induzida pelo sistema e pelo empobrecimento cultural, sendo este último fato resultante de culturas elitistas de especialistas que se separam do mundo vital (ARAGÃO, 2002, p. 172-176).

Assim sendo, a fim de evitar uma coisificação dos órgãos jurisdicionados do Tribunal de Contas e não os tornar meros expectadores dos discursos, constata-se a necessidade dessa abertura da função consultiva do órgão de controle em relação às redes de comunicação da esfera pública.

Novamente, portanto, se ressalta a importância da situação ideal de discurso, que se compreende como uma condição de possibilidade discursiva, tendo como característica definidora a intersubjetividade, pois através do diálogo e da linguagem é possível se chegar a um acordo bem fundamentado. Nessa concepção, deve ser sempre possível questionar os usos da linguagem, sem prescindir da necessidade de, no discurso, validar, explicar e justificar as pretensões dos falantes. Além do mais, deve sempre ser possível a reinterpretação do que já foi discutido e da própria situação ideal de fala, o que vai possibilitar a eficácia cooperativa do discurso, necessária para a comunicação (MARCONDES, 2000, p. 43-44).

Transpondo as considerações acima para o procedimento de consulta, compreende-se que a intersubjetividade, na perspectiva democrática, não pode ser afastada, a fim de que se possibilite uma resposta legítima e fundamentada. As questões cruciais da Administração Pública devem ser passíveis de problematização

e de rediscussão, além, é claro, de o próprio procedimento poder ser questionado, a fim de se chegar o mais próximo possível da situação ideal de fala.

Quando se analisou as experiências de participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas perante a Suprema Corte, observou-se, a partir da análise de Lisbôa (2013), que por vezes os Ministros se valem de uma interpretação que elogia os mecanismos de abertura, valendo-se de discursos que incentivam a participação, mas ao mesmo tempo a tornam uma exceção, por meio de interpretações restritivas. Tais constatações merecem ser analisadas, pois são evidências de que por vezes há um uso ideológico da linguagem. Isso pois, se a abertura democrática das consultas é um dever constitucional, como se pretende defender nesta pesquisa, tal iniciativa não pode ser implementada apenas para conferir uma concretização ilusória de democracia.

Acerca da ideologia na linguagem:

As assimetrias nas relações entre os interlocutores são ocultadas por uma aparência de igualdade, e as restrições ao acesso da realização dos diferentes atos de fala são escamoteadas. O sujeito com seus atributos de responsabilidade de liberdade de escolha e decisão aparece como o centro da produção do discurso, enquanto os papéis linguísticos e sua determinação social que realmente possibilitam a realização dos atos de fala não são reconhecidos como tais. A linguagem aparece neutra, isenta, objetiva, universal, ocultando-se sua relação com crenças, valores e interesses específicos e particulares da comunidade da qual é linguagem (MARCONDES, 2000, p. 45).

A abertura procedimental permite a crítica dos discursos, inclusive dos seus usos ideológicos, de forma que o controle da decisão é possibilitado. A partir desse controle pela racionalidade e da liberdade de problematização, serão possíveis rever as situações quando a resposta ofertada não for a melhor ou estiver eivada de ideologias.

A resposta legítima, por sua vez, quando atinge os fins ilocucionários, permite coordenar planos de ações, tanto da administração pública quanto do órgão de controle externo. Permite, igualmente, aceitação racional, quando o procedimento exige que os argumentos institucionalizados nos espaços de abertura sejam abordados pelas decisões.

Conforme aduzem Bittar e Almeida:

Pensar o Direito a partir da teoria do discurso é considerá-lo na perspectiva de uma razão que age, enquanto se comunica, e, por isso, menos se

experimenta seja como razão teórica, seja como razão prática, mas sim como razão comunicativa pela ética do discurso (*Diskursethik*), tal como vem identificada na perspectiva habermasiana. Isso significa que o uso público da razão é o lugar de encontro das possibilidades de construção de regras comuns, uma vez congruentemente construídas a partir de deliberações no espaço público. Ora, é o procedimento garantidor da participação e do consenso que estabelece a eticidade do agir comunicativo, condição *sine qua non* para a formação legítima da vontade jurídico-política (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 484).

A implementação de mecanismos de abertura, como as audiências públicas e a participação de *amicus curiae* permitem a participação de uma comunidade de intérpretes constitucionais nas decisões do Tribunal de Contas, o que já foi de certa forma concebido como um conceito a ser desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário. Além do mais, em face da proximidade que se verificou entre o controle abstrato de constitucionalidade e a apreciação em tese que se faz no procedimento consultivo, estaria a Corte de Contas se valendo de instrumentos semelhantes aos utilizados pelo Poder Judiciário, sem vedar que se estabeleçam procedimentos próprios.

Uma última reflexão, que com certeza é motivo de dificuldade, é verificar parâmetros para identificação dos casos em que terá cabimento a abertura, pois nem todas consultas, assim como em toda decisão judicial, necessita da abertura à participação para ser legítima.

No segundo capítulo dessa pesquisa, observou-se que quanto maior a abstração da dúvida, maior a necessidade de retorno aos discursos de fundamentação, formados por um amálgama de argumentos éticos, morais e pragmáticos, sem descurar de argumentos jurídicos próprios do controle de constitucionalidade. De outro modo, quando a dúvida posta se assemelhasse a uma situação concreta, prevaleceria o discurso de aplicação³¹.

Em relação às questões que permeiam o processo democrático:

As questões pragmáticas são aquelas que dizem respeito aos meios apropriados para a realização de fins já estabelecidos, que se devem materializar em técnicas e estratégias de ação. Estas têm que estar baseadas em observações e prognoses, que permitem que o agente estabeleça comparações e ponderações a partir da perspectiva da eficácia

³¹ Lembrando que o discurso de aplicação se caracteriza quando, “dentro do repertório legal das normas válidas, somente uma seja aplicável, vale dizer, adequada ao caso, embora isso não invalide, *prima facie*, as demais normas do repertório jurídico do qual foi extraída a norma mais adequada” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 133).

ou de outras regras de decisão. [...]. Nos *discursos pragmáticos* 'são determinantes os argumentos que referem o saber empírico a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas...de acordo com as máximas estabelecidas. Entretanto, esta racionalidade teleológica encontra seus limites a partir do momento em que os próprios fins de tornam problematizados e em que preferências antagônicas exprimem oposições de interesse não-solucionáveis dos discursos. Assim, no nível pragmático, procura-se saber o que *podemos fazer para harmonizar entre si* preferências concorrentes, em função de tarefas imediatas. E é fácil deduzir que aqui devem ser realizadas *negociações*, evitando estruturas assimétricas de poder e potenciais de ameaça que possam impedir seu êxito. As questões *ético-políticas* exprimem o desejo de clareza, por parte dos membros de uma comunidade, sobre suas formas de vida intersubjetivamente compartilhadas e os ideais que as orientam, ambos decorrentes da autocompreensão cultural e política acerca de sua identidade enquanto comunidade histórica, e sujeitos a transformações. [...]. Nos *discursos* correspondentes, os argumentos que contam são os que se fundamentam numa explicação da autocompreensão daquela forma de vida historicamente transmitida, e que orientam as decisões sobre valores segundo a perspectiva de uma conduta de vida consciente e crítica. [...]. Entretanto, embora seja importante saber quais seriam os modos de agir 'bons pra nós', do ponto de vista daquela comunidade, deve ser colocada outra questão muito importante – a da justiça – que inquire sobre o que é *igualmente bom para todos*. E então chegamos às *questões morais*, pelas quais se deve examinar a possibilidade de regular a convivência social no sentido assimétrico de todos. Aqui se buscam as normas justas, aquelas que, em situações semelhantes, todos gostariam que qualquer pessoa seguisse. [...] Os *discursos morais* são aqueles em que 'são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis'. Para isso, é necessário ultrapassar a perspectiva etnocêntrica particular de cada coletividade e assumir uma perspectiva genérica de uma comunidade não circunscrita (ARAGÃO, 2002, p. 206-207).

Assim sendo, nas questões pragmáticas³² o que se verifica não é uma delegação da vontade dos eleitores aos seus representantes, mas um mandato para negociar compromissos, exigindo-se que a prática comercial garanta mesmo peso aos interesses e valores. De outro modo, nas questões éticas os discursos devem ser sensíveis aos argumentos da esfera pública e, nas questões morais, há a necessidade de transcendência da coletividade, a fim de buscar cosmovisões (ARAGÃO, 2002, p. 207-208).

³² Em relação aos discursos pragmáticos, "como a questão refere-se a meios e fins, o que está em questão é a construção e a avaliação das possíveis consequências oriundas das alternativas de decisão (ou escolhas – no mesmo sentido) ou dos programas e não em relação à formação racional da vontade. Ocorre que nem sempre essas questões conseguem não recorrer a discursos morais mais uma vez, até porque em certas questões pragmáticas, como a decisão de uma política social, será preciso lançar mão de discussões que acabam se submetendo a interesses e orientações valorativas conflitantes, de como e qual o meio que atinge melhor o fim esperado constitucionalmente" (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 49-50).

O exame de constitucionalidade é imprescindível nas respostas às consultas e existirá independentemente do discurso. Contudo, diante das observações acima, sem a pretensão de criar um parâmetro definitivo para os casos de abertura procedimental, é possível uma reflexão no sentido de que quanto maior a demanda por argumentos éticos, morais, e pragmáticos, maior a necessidade de abertura democrática, a fim de buscar uma legitimação da resposta junto à esfera pública.

Isso, pois o Tribunal de Contas estará se valendo de argumentos próprios do discurso de fundamentação, que são inerentes às tarefas legislativas. Os princípios da universalização e do discurso auxiliam nessa compreensão. O princípio da universalização funciona como “um guia procedimental dos argumentos possíveis” (SOUZA NETO, 2006, p. 139). Já o princípio do discurso, que assume a forma de princípio democrático no direito, exige que se aproxime o máximo possível de uma situação ideal de diálogo. Portanto, a formação de discurso de fundamentação, ou mesmo um retorno a tais discursos não pode prescindir da observância desses princípios.

Vale reproduzir o que diz Coura:

O processo de criação de normas, que permite considerá-las válidas, leva em consideração diversos argumentos, entre os quais se encontram os morais, os éticos e os pragmáticos. Contudo, esse processo complexo articula-se por meio de uma racionalidade que requer que os direitos sejam concebidos, segundo Ronald Dworkin, como “trunfos” a serem usados no discurso jurídico de aplicação normativa, contra argumentos políticos ou outros (não jurídicos), como os exclusivamente éticos, morais ou pragmáticos. Nessa ótica, tais argumentos não podem, no momento da decisão judicial, ser inseridos, tomados ou elevados à condição de Direito (COURA, 2009, p. 167-168).

Portanto, quando o Tribunal de Contas, no exercício da função consultiva, for instado a formar ou retomar discursos de justificação que possam acarretar déficits de legitimidade, por conta dos argumentos necessários e da participação dos destinatários das respostas, deve criar procedimentos que permitam que todos argumentos possíveis venham à tona, assim como que assegurem a ampla participação, em uma situação de fala aproximativa da ideal, assegurando liberdade e igualdade aos participantes.

Mas, como se afirmou, não se objetiva criar parâmetros definitivos, de forma que em situações hipotéticas, que se assemelham demasiadamente às situações

concretas, em face da riqueza dos detalhes descritos, ainda que se demande um discurso de aplicação, poderá ser verificável a necessidade de abertura por algum dos interessados na resposta. Dessa forma, sempre deve ser possibilitado o pedido de participação no processo pelos interessados, até mesmo em face da já mencionada abertura dos intérpretes constitucionais.

Portanto, a decisão pela abertura ou não do procedimento, quando ocorrer uma situação concreta de consulta, deve ser fundamentada. E, se o Tribunal de Contas indeferir um pedido de abertura procedimental, além da já citada fundamentação, deve ser possibilitado que os interessados recorram para o Plenário da Corte de Contas.

5 CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, quando toda ordem jurídica passa a ter como vértice comum os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, a democracia assume relevo e exige legitimidade da atuação do Poder Público, que será fiscalizada por toda a sociedade, inclusive pelo Tribunal de Contas. O Estado tem o dever, doravante, de criar mecanismos de comunicação com o corpo social, sendo que as Cortes de Contas não podem se eximir dessa tarefa.

Portanto, os Tribunais de Contas são órgãos fiscalizadores das contas públicas, de matriz constitucional, cujas competências, constitucionais ou legais, devem ser analisadas na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Considerando o escopo dessa pesquisa, que se debruçou sobre a função consultiva do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, foi possível constatar que essa competência pode ser enriquecida em face da matriz teórica eleita, visto que a função de responder consultas é dotada de significativos potenciais democráticos.

Observou-se que a competência em tela não está prevista expressamente no texto da Constituição Federal, mas sim na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, assim como no seu respectivo Regimento Interno. Além do mais, a função consultiva se diferencia do dever constitucional de prestar informações ao Poder Legislativo. A consulta visa coordenar planos de ações dos jurisdicionados e do próprio órgão de controle externo. Outra característica é que essa função consultiva funciona como uma espécie de controle preventivo, visto que é prévia ao cometimento de atos ou, ao menos, não se refere a situações concretas que serão objeto de fiscalização do Tribunal de Contas, indicando uma tese a ser seguida em situações similares. A resposta à consulta, todavia, não é dotada de definitividade, visto que o Poder Judiciário poderá apreciar o mérito das respostas.

No segundo capítulo foi possível demonstrar que o paradigma filosófico linguístico-pragmático conferiu um papel central à linguagem e aos usos das palavras. Nessa perspectiva, não há espaço para tratar questões a partir das suas essências, tampouco a partir de um sujeito solipsista, visto que a autoridade estará presente na racionalidade argumentativa e não na autoridade de qualquer pessoa ou instituição.

E se o Direito não é válido porque observou alguma formalidade ou pelo fato de ter se originado das tradicionais fontes de poder, a legitimidade estará relacionada, portanto, a uma mediação comunicativa, por meio de discursos.

Destaca-se que a pesquisa sobre os atos de fala e suas dimensões foi decisiva, pois permitiu a identificação, nos discursos do Tribunal de Contas, dos efeitos ilocucionários ou perlocucionários, ressaltando que para Habermas a ação comunicativa exige que os sujeitos alcancem fins ilocucionários, pois o entendimento abrangente exige que as intenções dos falantes sejam públicas.

Ademais, quando uma pretensão de validade é problematizada surge a necessidade do discurso, visto que aquilo que estava em consenso na prática social argumentativa foi questionado. Assim sendo, a função consultiva objetiva responder uma dúvida, sendo esta a própria problematização.

A importância do princípio do discurso, que no âmbito do Direito assume a forma de princípio democrático, foi essencial para esta pesquisa, pois tal princípio exige que aqueles que serão destinatários das respostas às consultas sejam ouvidos.

A ética do discurso habermasiana se destaca em suas contribuições ao procedimento consultivo, visto que indica a necessidade de interação entre os sujeitos, por meio da linguagem, ausente qualquer forma de coação.

Um ponto central para a pesquisa é a distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Os primeiros, voltam-se ao futuro, a partir do que imaginam os participantes do discurso, sem dar conta de prever todas as situações concretas que possam acontecer. Já o discurso de aplicação parte de uma situação concreta, trazendo situações específicas e nuances que devem ser consideradas.

Com Habermas, constata-se que os discursos de justificação se valem de argumentos morais, éticos e pragmáticos. Gunther, por sua vez, observa a existência de uma versão fraca do princípio da universalização “U” nos discursos de fundamentação, pois não considera as situações especiais. Além do mais, os discursos de justificação se relacionam com a validade de uma norma, ao passo que os discursos de aplicação têm relação com a adequação da norma a uma dada situação, exigindo a análise interpretativa de uma norma válida *prima facie*.

A fim de compreender o discurso do Tribunal de Contas em sua atividade de responder consultas, foram analisadas duas situações concretas de consultas.

No Caso n° 1, que se objetivava responder uma dúvida acerca de averbação de tempo de serviço para fins de aposentadoria, observou-se um retorno a argumentos próprios do discurso de justificação, em especial quando os pareceristas mencionaram que os legisladores constituintes teriam uma finalidade de desestimular aposentadorias precoces, inclusive referenciando texto de uma exposição de motivos da proposta de alteração da Constituição Federal. Contudo, houve uma prevalência do juízo de aplicação, em que pese se tratar de uma situação em tese, visto que a própria situação hipotética era dotada de elementos suficientes para tal discurso.

No Caso n° 2, que envolviam três dúvidas, se tornam mais evidentes ainda os discursos. Diante da dificuldade de analisar graus de abstração de uma pergunta, defendeu-se que o grau seria menor quando partisse da existência de uma lei válida e maior quando a dúvida envolvesse exatamente o ato de legislar sobre determinado assunto.

Dessa forma, a primeira pergunta, que envolvia a renúncia de parcela dos subsídios por parte do prefeito e os efeitos desse ato na remuneração dos servidores municipais, considerando o teto constitucional, implicou, em face da narrativa do consulente, um discurso de aplicação, pois presumia-se a existência de uma lei válida.

O segundo questionamento do Caso n° 2 instou a Corte de Contas a se pronunciar sobre os efeitos decorrentes de uma possível lei que reduzisse drasticamente o subsídio do prefeito, nos proventos de aposentadorias dos segurados do regime de previdência próprio municipal. Aqui, a dúvida envolve o próprio ato de legislar e, portanto, um maior grau de abstração. Isso fica claro quando a resposta indica que a redução do subsídio não pode dispensar uma análise das implicações dessa medida sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o legislador municipal deve considerar os planos de ação intersubjetivamente compartilhados pela comunidade ao qual se vincula. Além do mais, verifica-se que o Tribunal de Contas se colocou na posição de um legislador que conjectura um exame preventivo de constitucionalidade próprio de um processo legislativo, indicando possíveis inconstitucionalidades, o que também é próprio de um discurso de fundamentação (ainda que no discurso de aplicação, evidentemente, também se deve realizar um exame de constitucionalidade).

O terceiro questionamento do Caso n° 2 tratava do acúmulo de proventos de um servidor inativo com a remuneração de um cargo comissionado, ou seja, como se daria a verificação do teto remuneratório. Nesse aspecto, observou-se uma interpretação e resposta, a partir do questionamento, no sentido de que seria possível a verificação dos limites em face da cada remuneração, por conta da valorização social do trabalho, positivada no texto constitucional. Aqui houve uma prevalência de discursos de aplicação, sendo essa conclusão mais evidente na própria decisão da Corte de Contas, que acolheu o Parecer e permitiu que à autoridade consulente, expressamente, aplicar o teto de forma individualizada até o deslinde da matéria pela Suprema Corte.

Constatou-se que há um déficit de legitimidade, em face da matriz teórica, exigindo a ampliação dos espaços de participação em determinadas situações. Isso, pois o procedimento previsto não permite a participação de todos aqueles que serão destinatários das respostas do Tribunal de Contas e porque na formação ou retorno de discursos de fundamentação os argumentos éticos, morais e pragmáticos exigem uma aproximação com a esfera pública.

Prosseguindo, no terceiro capítulo foi investigado se a abertura do procedimento consultivo colaboraria com a legitimidade das respostas.

Para tanto, foi estudado o modelo deliberativo de democracia, proposto por Habermas, que se desenvolve com elementos da ética do discurso. Nesse sentido, é fundamental que os participantes observem os princípios da teoria do discurso, em condições de igualdade e liberdade.

Primeiramente foi constatado que o Tribunal de Contas poderia ampliar o rol de legitimados a formular consultas, ressaltando que ampliação similar foi promovida pelo constituinte, ao tratar das ações de controle concentrado de constitucionalidade, destacando-se também que tal iniciativa coadunaria com a existência de uma comunidade aberta de intérpretes da constituição. Em uma possível ampliação dos legitimados, destacou-se que a Corte poderia conferir essa prerrogativa ao Ministério Público de Contas, Sindicatos de Servidores Públicos, Vereadores e Deputados (e não somente o Chefe do Poder Legislativo), associações de municípios e controle interno.

Ainda no terceiro capítulo, foram analisados os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas. Em relação ao *amicus curiae*, analisaram-se precedentes

da Suprema Corte e trabalhos de outros pesquisadores, nos quais se evidenciou que a normatização desse instituto teve profunda inspiração na doutrina de Peter Häberle. Contudo, os precedentes indicaram que o discurso do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que enaltece o papel democrático desse instituto, cria formas de obstar a participação, tornando a abertura uma exceção. Foi abordado ainda que o *amicus curiae* poderá ter uma ação estratégica em sua participação.

Quanto às audiências públicas, os precedentes do Supremo Tribunal Federal e as análises de outros pesquisadores também indicam problemas na forma como estão sendo implementadas naquele órgão, como a presença massiva de especialistas, o formalismo procedimental excessivo, a abertura discricionária promovida pelos Ministros, a não consideração dos argumentos ventilados nas audiências públicas e a baixa participação dos Ministros.

Nada obstante, concluiu-se que, apesar das dificuldades apontadas, a abertura já evidenciou uma eficácia mínima, ao menos quanto ao controle dos argumentos que constaram nas decisões, visto que possibilitam a análise a partir da totalidade dos argumentos descobertos.

Além disso, por não existir uma essência acerca do sentido de *amicus curiae* ou audiências públicas, o Tribunal de Contas pode e deve proceduralizar esses institutos a partir de regras que primem pela liberdade e igualdade dos participantes, levando em consideração as peculiaridades da função consultiva.

Se defende, assim, que a abertura é um dever do Tribunal de Contas, em harmonia com o Estado Democrático de Direito, de forma que se objetive a legitimidade das respostas. Constatou-se que a necessidade por argumentos éticos, morais e pragmáticos será maior quando o discurso observado na resposta à consulta for o de justificação, o que demandaria, em um primeiro momento, mais necessidade pela abertura procedimental, sem que isso se torne um parâmetro definitivo. Para tanto, o Tribunal de Contas deve possibilitar a abertura e participação, além de prever mecanismos recursais para os casos de indeferimento, exigindo-se que os julgados levem em consideração, igualmente, o dever constitucional de fundamentar suas decisões.

A abertura do procedimento viabiliza uma aproximação com a esfera pública e a captação de informações que se transformarão em argumentos. A partir dos discursos e das concepções democráticos deliberativas acredita-se que as respostas

adquirem legitimidade. Com essa legitimidade, portanto, as respostas terão maior aceitabilidade e os fins ilocucionários serão atingidos mais facilmente, pois os argumentos da esfera pública foram institucionalizados, ainda que não aceitos. Também será possível um controle das respostas a partir da racionalidade.

A deliberação obriga que os participantes do discurso argumentem entre si, a partir de condições de liberdade e igualdade. Essa troca argumentativa é que vai contribuir para a legitimidade das decisões, exatamente por partir de um procedimento que permitirá a construção de um entendimento racionalmente motivado.

Além disso, ainda que não sejam dotados de essência, os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, o Tribunal de Contas estaria se valendo de institutos similares aos que o Poder Judiciário se utiliza quando desenvolve seu controle abstrato de constitucionalidade.

Portanto, observa-se que a hipótese se confirmou. A teoria discursiva permitiu a identificação dos discursos da função consultiva do Tribunal de Contas e, a partir disso, tornou evidente o dever constitucional de abertura, a fim de buscar legitimidade nas respostas.

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*. Porto Alegre: HS, 2013.

ARAGÃO, Lucia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

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

AUSTIN, John. *Quando dizer é fazer. Palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETINE, Marco. Um olhar sobre a construção do conceito de ação comunicativa na “Teoria da Ação Comunicativa”. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, a. 19, n. 44, p. 334-359, jan./abr. 2017.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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, M. M. M.; LEAL, M. C. H. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015, p. 24-60.

BITENCOURT. Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. *Habermas e o Direito. Da normatividade da razão à normatividade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BOBBIO, N., MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 13. ed. São Brasília: Editora UNB, 2007. v. 1.

BOLZAN, Jose. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 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.

_____. *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.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em:

21 jun. 2017.

_____. *Constituição*. Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000a*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 12.259, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Lei Federal n° 4.737, de 9 de abril de 1965*. Institui o Código Eleitoral.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 6.616, de 16 de dezembro de 1978*. Acrescenta artigos a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 8.894, de 21 de junho de 1994*. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999a*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Federal n° 9.868, de 10 de novembro de 1999b*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Lei Federal n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999c*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 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: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.378-GO*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 mai. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485450>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.160/CE*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582656>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 593.849*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 22 set. 2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13714241>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 808.202*. Ministro: Dias Toffoli. Brasília, 06 jun. 2017b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13109171>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública sobre aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares*. Brasília, 12 jun. 2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Audiências Públicas. *Perguntas frequentes*. Última atualização em 03 out. 2017d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=audienciaFaq&pagina=faq>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n° 29, de 18 de fevereiro de 2009*. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/ATONORMATIVO/VERATONORMATIVO.ASP?DOCUMENTO=1667>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 25.888/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782467/medida-cautelar-no-mandadode-seguranca-ms-25888-df-stf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.321/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 out. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: Supremo aprova manifestação de “amicus curiae” em julgamento de ADI*. Brasília, 23 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n° 8.372/CE*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Brasília, 11 dez. 1961. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 609.381/GO*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2 out. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7458295>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 848.826/CE*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator do Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 10 ago. 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>.
Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Teto constitucional incide em cada cargo nos casos em que é permitida a acumulação, decide STF*. Brasília, 27 out. 2017.
Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341877>>. Acesso em:
10 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Histórico do controle de conta em Portugal e no Brasil: do século XIII ao XIX*. POMPEU, A. C. G.; COSTA, J. C. (Coords.). Brasília: Tribunal de Contas da União, 2014b.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae e audiências públicas na jurisdição constitucional: reflexões de um processualista*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, p. 1021-1051, out./dez. 2012.

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

CANHA, Cláudio Augusto Canha. O crescente anacronismo do registro de atos de pessoal nos Tribunais de Contas. In: LIMA, L. H.; SARQUIS, A. M. F. (Orgs.). *Controle Externo dos Regimes Próprios de Previdência Social: estudos de Ministros e Auditores Substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 237-251.

COTRIM, Gilberto. *História global*. Brasil e geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COURA, Alexandre. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In) Constitucional. Para uma análise crítica da "Jurisprudência de Valores" à luz da Teoria Discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Malheiros, 2009.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. *Estado de Direito e controle estratégico de contas públicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

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

FERRAZ, Leonardo de Araújo. A adoção da figura do amicus curiae no âmbito dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. XXVII, v. 70, n. 1, p. 54-63, Jan./Mar 2009.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: mandamentos, 1999.

GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). *Dicionário de Política*. 13. ed. São Brasília: Editora UNB, 2007, p. 283-285.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a. v. I.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Teoria da racionalidade e Teoria da linguagem*. Obras selecionadas. Lisboa: Edições 70, 2010. v. 2.

_____. *Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalidade social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012b.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWN, Eric J. *A Era das Revoluções. 1789-1848*. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

HOMERCHER, Evandro T. *O princípio da transparência e o direito fundamental à informação administrativa*. Porto Alegre: Padre Réus, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 288-291.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

LEITE, Roberto Basilone. *A chave do direito em Habermas: direitos humanos e soberania popular.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

LISBÔA, Aline. *Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: notas introdutórias.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política. A dimensão pública da linguagem.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MANNION, James. *O livro completo da filosofia: entenda os conceitos básicos dos grandes pensadores – de Sócrates a Satre.* 6. ed. São Paulo: Madras, 2010.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação.* 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MELO, Cristina Andrade. *Audiência pública na função administrativa.* Belo Horizonte: Arraes, 2017.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Resolução n°5, de 30 de abril de 2014.* Disponível em: <
<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Resolucoes/2014/R05-14.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem.* Petrópolis: Vozes, 2008.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. *Controle de constitucionalidade pelo STF: participação e democratização por meio de audiências públicas e do amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PEDRO, Antonio. *História da Civilização ocidental: geral e Brasil, integrada*. São Paulo: FTD, 1997.

PIVETTA, S. L.; MONTEMEZZO, F. P. Diálogo e dissenso: a felicidade e o justo sob a ótica dos deliberativos. In: GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coords.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173-198.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação Pragmático-Sistêmica da Competência enquanto Decisão Coordenadora de Ações. In: BRAVO, A. S. et al (Orgs). *Derechos Sociales em Tiempos de Crisis*. Sevilla: Punto Rojo Libros, SL, 2013, p. 251-282.

_____. *A Construção da Gestão Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 319 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

RESSE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1891*. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/Constitui%C3%A7%C3%B5esdoRS/tabid/3107/Default.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1935a*. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/Constitui%C3%A7%C3%B5esdoRS/tabid/3107/Default.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1947*. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/Constitui%C3%A7%C3%B5esdoRS/tabid/3107/Default.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1970*. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/Constitui%C3%A7%C3%B5esdoRS/tabid/3107/Default.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989*. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/Constitui%C3%A7%C3%B5esdoRS/tabid/3107/Default.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Decreto n° 5.975, de 26 de junho de 1935b*. Cria o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Disponível em: <

<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Decreto n° 7.858, de 8 de julho de 1939*. Extingue o Tribunal de Contas: cria, na Secretaria do Interior, a Diretoria da Administração Municipal, provê sobre obrigações dos prefeitos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Decreto-Lei n° 947, de 24 de outubro de 1945*. Revoga em parte o Decreto 7.858, de 7 de julho de 1939, revigora o Decreto n° 5.975, de 26 de junho de 1935, e mantém a Diretoria das Prefeituras Municipais. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Lei Estadual n° 11.424, de 06 de janeiro de 2000*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%A3oEstadual.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Ministério Público de Contas. *Parecer n° 14.251*. Porto Alegre, 03 de dezembro de 2015a. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=cache:IT7svTWJ7dcJ:gsa-adaptor.tce.rs.gov.br:7976/pvr/47870200158/2533871+&access=p&ie=utf-8&lr=lang_pt&client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&site=processos_all&oe=UTF-8&client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução n° 1.028, de 04 de março de 2015c*. 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.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo n° 7582-0200/06-0*. Porto Alegre, 25 jun. 2008. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=&access=p&oe=UTF-8&ie=utf-8&lr=lang_pt&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=*&client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&aba=consultas&site=processos_all&partialfields=NR_PROCESSO%3A75820200060&load=NR_PROCESSO%3A75820200060>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo n° 3477-0200/10-3*. Relator: Conselheiro Cesar Santolim. Porto Alegre, 18 ago. 2011. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=&access=p&oe=UTF-8&ie=utf-8&lr=lang_pt&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=*&client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&aba=consultas&site=processos_all&partialfields=NR_PROCESSO%3A34770200103&load=NR_PROCESSO%3A34770200103>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo n° 4121-0200/13-5*. Relator: Conselheiro Algir Lorenzon. Porto Alegre, 19 nov. 2014. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=&access=p&oe=UTF-8&ie=utf-8&lr=lang_pt&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=* &client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&aba=consultas&site=processos_all&partialfields=NR_PROCESSO%3A41210200135&load=NR_PROCESSO%3A41210200135>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo 12220-0200/06-4*. Relator: Conselheiro Algir Lorenzon. Porto Alegre, 12 set. 2009. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=122200300064>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo n° 3582-0200/14-2*. Relator: Conselheiro Iradir Pietroski. Porto Alegre, 30 set. 2015b. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=&access=p&oe=UTF-8&ie=utf-8&lr=lang_pt&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=* &client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&aba=consultas&site=processos_all&partialfields=NR_PROCESSO%3A35820200142&load=NR_PROCESSO%3A35820200142>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Processo n° 785-0200-17-0*. Relator: Conselheiro Pedro Figueiredo. Porto Alegre, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/search?q=&access=p&oe=UTF-8&ie=utf-8&lr=lang_pt&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=* &client=tce_rs_processos&proxystylesheet=tce_rs_processos&aba=consultas&site=processos_all&partialfields=NR_PROCESSO%3A7850200170&load=NR_PROCESSO%3A7850200170>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. *Resolução n° 936, de 7 de março de 2012*. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2017.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo. Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 63, p. 92-160, mar/1995.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 13. ed. São Brasília: Editora UNB, 2007.

SEARLE, John. *Os actos de fala*. Um ensaio de filosofia da linguagem. Coimbra: Libreria Almedina, 1981.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VESTENA, Carolina Alves. Audiências Públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, p. 973-1020, out-dez. 2012.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.