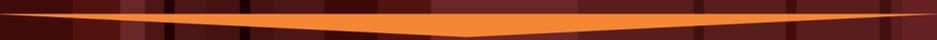


# REVISTA DA ESDM



## Staff da Revista da ESDM

**Diretora Geral da ESDM:** Vanêscia Buzelato Preste

**Diretora Editorial (Editora-Chefe):** Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

**Diretora Institucional:** Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

**Diretoria de Comunicação:** Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

## Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arcia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fountoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Lucíola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanêscia Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

## Parceiristas

Andrea Teichmann Vizzotto (Porto Alegre, RS, Brasil)

Arcia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei - Pato Branco, PR, Brasil)

Daniela Copetti Cravo (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Zago Gonçalves da Cunda (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Fernando Machado de Souza (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS - MS, Brasil)

Jammes Miller Bessa (Procuradoria-Geral do Município de Rio Verde - Rio Verde, GO - Brasil)

Jorge Luiz Oliveira dos Santos (Belém, PA, Brasil)

José Fernando Ferreira Brega (Procuradoria-Geral do Município de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Luciano Franco Machado Machado (Secretaria Estadual de Educação do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Lucíola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Rachel Lopes Queiroz Chacur (Universidade Federal de São Paulo, Unifesp - São Paulo, SP, Brasil)

## Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

## Ficha catalográfica

---

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 9, n. 17 (2023) - .  
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

<b>Apresentação.....</b>	<b>5</b>
ADVOGADO PÚBLICO E CONTROLADOR INTERNO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: COMPETÊNCIAS CONJUNTAS E INOVAÇÕES	
<b>Tasso Jardel Vilande .....</b>	<b>7</b>
CORRUPÇÃO NAS ÍNDIAS ESPANHOLAS: REVISÃO DE UM DEBATE NA HISTORIO- GRAFIA SOBRE A AMÉRICA HISPANO-COLONIAL	
<b>Horst Pietschmann.....</b>	<b>19</b>
200 ANOS DA CONSTITUINTE DE 23: NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	
<b>Marcus Vinicius Martins Antunes .....</b>	<b>35</b>
AS ESCOLAS TÉCNICAS DE SAÚDE COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE	
<b>Luiz Henrique Antunes Alochio .....</b>	<b>63</b>
A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NO LICENCIAMENTO DE ATI- VIDADES ECONÔMICAS PELOS MUNICÍPIOS	
<b>Helton Kramer Lustoza e Rafael De Lazari .....</b>	<b>74</b>
A MORADIA COMO DIREITO SUBJETIVO NA ESPANHA	
<b>Daniel Gaio.....</b>	<b>93</b>
TRANSPARÊNCIA E TERMO DE AJUSTE DE GESTÃO: A INSUFICIÊNCIA DO CONTRO- LE DE CONTAS PUNITIVO	
<b>Maren Guimarães Taborda e Carlos Armando Nogueira Dias .....</b>	<b>107</b>

## Apresentação

É com grande entusiasmo que apresentamos a edição nº 17, volume 9, da Revista da ESDM. Desde o seu lançamento em 2015, a Revista tem se estabelecido como um periódico científico semestral para a disseminação de conhecimento especializado e reflexões pertinentes sobre questões municipais, que culminou com a obtenção da classificação Qualis B3 da CAPES. Esta edição apresenta uma coleção diversificada de artigos, elaborados por profissionais, por renomados professores e pesquisadores, com a presença de autores mestres e doutores, honrando a tradição de pesquisa da ESDM.

Ao longo deste volume, os sete artigos selecionados guiam o leitor pelas complexidades do direito municipal e assuntos correlatos. Os textos exploram tópicos que variam de questões históricas a desafios contemporâneos enfrentados pelos municípios. Esta edição reflete a dedicação contínua de nossa Revista em atender às necessidades tanto do meio acadêmico do *stricto sensu* quanto dos profissionais interessados no estudo das questões municipais.

Abre a edição o texto “Advogado Público e Controlador Interno na Nova Lei de Licitações”, de *Tasso Jardel Vilande (SC, Brasil)*. O autor ressalta a importância da transparência e legalidade nos processos licitatórios. Além disso, sugere um conjunto de atividades práticas para os órgãos de controle interno e de advocacia pública a fim de fornecer suporte aos agentes licitatórios em suas atuações.

Dentre os destaques desta edição, temos o olhar histórico sobre a Corrupção nas Índias Espanholas que nos convida a reflexões sobre como os desafios de governança do passado podem ainda ecoar no presente, no texto do professor emérito da *Universidade de Hamburgo (Alemanha)*, *Horst Pietschmann*, com tradução de Denis Guilherme Rolla e revisão por Alfredo de J. Flores.

Celebrando o marco de 200 Anos da Constituinte de 1823, *Marcus Vinicius Martins Antunes (RS, Brasil)* nos convida a visitar normas pré-constitucionais e contextos que moldaram nossa evolução legislativa. Ao longo do texto, o autor explora a existência de atos normativos que se estenderam desde 1821 até a outorga da Constituição de 1824, prévios à convocação da assembleia constituinte de 1823, e estuda sua influência no exercício do poder constituinte pela assembleia e na própria outorga da Constituição.

Na sequência, o artigo sobre o papel das Escolas Técnicas de Saúde na Prevenção e Mitigação da Judicialização em Saúde demonstra o impacto direto da formação técnica na administração pública. *Luiz Henrique Antunes Alochio (ES, Brasil)* aborda um tema importante em que apresenta sugestões práticas para aprimorar a política pública. Suas contribuições abrangem desde a potencial redução dos processos judiciais até a qualificação do debate processual, por meio da capacitação dos servidores municipais e profissionais envolvidos pelas Escolas Técnicas de Saúde.

A edição tem sequência com o texto sobre a análise das implicações da Lei de Liberdade Econômica nos licenciamentos municipais, de *Helton Kramer Lustoza (PR, Brasil)* e *Rafael De Lazari (DF, Brasil)*. Com foco na competência municipal, particularmente em aspectos econômicos, o texto destaca um assunto pouco debatido, trazendo relevância para a pesquisa. Entre os tópicos apresentados, os autores abordam a centralização da tomada de decisões sobre a regulação das atividades econômicas locais, levantando questões sobre a inconstitucionalidade dessa abordagem.

Focando na área do direito urbanístico, em particular no âmbito das discussões acerca do direito à moradia, a edição apresenta o artigo de *Daniel Gaio (MG, Brasil)*. O autor aborda a temática ao analisar a concretização do direito à moradia como um direito subjetivo na Espanha, proporcionando ainda breves reflexões sobre a situação brasileira.

Fechando a edição, *Maren Taborda e Carlos Armando Nogueira Dias (RS, Brasil)* apresentam o estudo sobre a utilização do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) pelas cortes de contas do Brasil, avaliando sua conformidade com a Lei 23.655/2018. Ao longo do texto, comparam a descrição teórica do instrumento com sua relação com o dever de transparência, revelando limitações no controle punitivo de contas.

Com acesso livre imediato ao seu conteúdo, a Revista segue o princípio de disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público para proporcionar maior democratização mundial do conhecimento. Dessa forma, a cada edição, buscamos promover o aprimoramento dos estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal.

Com a publicação da edição, esperamos que esta obra possa contribuir para a visibilidade e fortalecimento da pesquisa e do desenvolvimento científico, por meio do diálogo e das relações com o campo do Direito Municipal e áreas do Direito Público correlatas.

Registre-se novamente que a *Revista da ESDM* está qualificada como B3, conforme a lista preliminar do Qualis, o sistema de classificação de periódicos, publicada pelas CAPES no dia 29 de dezembro de 2022.

Nossos agradecimentos aos que contribuíram com mais esta edição. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas pela significativa colaboração prestada.

Aos leitores, em nome de todos os autores, desejamos uma boa leitura.

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**  
Diretora Editorial da Revista da ESDM

# ADVOGADO PÚBLICO E CONTROLADOR INTERNO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: COMPETÊNCIAS CONJUNTAS E INOVAÇÕES

*Public Attorney and Internal Controller in the New Bidding Law: Joint Competencies and Innovations*

**Tasso Jardel Vilande**

Doutorando em Administração pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq - GESICON - Grupo de Estratégia em Serviços, Inovação e Conhecimento. Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialista em Licitações e Contratos Públicos Municipais (UNIPÚBLICA). Especialista em Processo Legislativo Municipal (UNIPÚBLICA). Pós-graduando em contabilidade pública municipal (UNIPÚBLICA). Graduação em Direito pela UNIVALI. Professor de Direito no Curso de Graduação de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE, SC). Controlador Interno na Câmara de Vereadores de Balneário Piçarras (CVBP, SC, Brasil).

## Resumo

O objetivo deste artigo é explorar o papel do jurídico e do controlador interno no processo licitatório com as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021. No decorrer do exercício das funções do advogado público e do controlador interno, poderão ocorrer dúvidas quanto aos limites e responsabilidades de cada uma das funções. A pesquisa adotada possui uma abordagem qualitativa, com uma metodologia exploratória. Trata-se de uma análise interpretativista realizada por meio de textos legais, bibliográficos e jurisprudenciais como fontes de pesquisa. Ao longo do trabalho, demonstra-se que a Nova Lei de Licitações aproximou os controladores internos e os advogados públicos com o objetivo de aumentar o controle nas licitações e contratos. No entanto, tais funções gerais devem ser regulamentadas de acordo com a natureza dos cargos, a fim de evitar conflitos de atuação. O artigo propõe um rol de atividades práticas dos órgãos de controle interno e de advocacia pública como suporte à atuação dos agentes licitatórios.

**Palavras-chave:** Assessoramento Jurídico. Advocacia Pública. Controle Interno. Controladoria Interna. Nova Lei de Licitações. Lei nº 14.133/2021.

## Abstract

The objective of this article is to explore the role of the legal and internal controller in the bidding process with the innovations brought by Law nº 14.133/2021. Throughout the exercise of the functions of the public attorney and internal controller, doubts may arise regarding the limits and responsibilities of each function. The adopted research has a qualitative approach with an exploratory methodology. It involves an interpretive analysis conducted through legal texts, bibliographic sources, and jurisprudence as research references. Throughout the work, it is demonstrated that the Law nº 14.133/2021 has brought the internal controllers and public attorneys closer together with the aim of increasing control over bids and contracts. However, these general functions should be regulated according to the nature of the positions in order to avoid conflicts in performance. The article proposes a list of practical activities for internal control and public advocacy bodies as support for the performance of bidding agents.

**Keywords:** Legal Advisory. Public Advocacy. Internal Control. Internal Auditing. New Bidding Law. Law No. 14,133/2021.

## Sumário

**1. Introdução;** **2. Advogado Público;** 2.1 Parâmetros constitucionais; 2.2 Advogado público na 14.133/2021; **3. Controlador Interno;** 3.1 Parâmetros constitucionais; 3.2 Controlador Interno na 14.133/2021; **4. Atividades do Controle Interno e do Jurídico;** 4.1 Atividades do controlador interno; 4.2 Atividades da advocacia pública; 4.3 Atividades de controle da advocacia pública e do controlador; **5. Atuação jurídica do advogado e do controlador;** **6. Conclusão; Referências**

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo demonstrar a atuação do controle interno e do jurídico nas Licitações e Contratos de Órgãos Públicos, considerando as alterações trazidas pela Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). O estudo adota uma abordagem reflexiva e interpretativa dos dispositivos legais apresentados pela Nova Lei de Licitações, uma vez que as alterações impactam a atuação dos agentes envolvidos nas atividades públicas na área de licitação e contratos.

A Nova Lei de Licitações apresenta uma melhor organização e uma sistematização ostensiva de ferramentas que visam promover boas práticas de governança e concretizar o princípio constitucional da eficiência (Vaccarezza, 2021). Dentre as alterações trazidas pela Nova Lei de Licitações, destaca-se a inclusão dos advogados públicos, juntamente com os controladores internos, como responsáveis pelo controle do procedimento licitatório.

As controladorias desempenham um papel de apoio ao Poder Executivo, sendo responsáveis por tarefas que vão além de suas competências (Sousa *et al.*, 2022). Por outro lado, a advocacia pública é responsável pelo controle interno e pela defesa da legalidade dos atos estatais, garantindo aos cidadãos uma administração pública em conformidade com as normas estabelecidas no sistema jurídico (Oliveira, 2021). Com a aproximação entre os controladores internos e os advogados públicos promovida pela Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021), é necessário compreender melhor as competências conjuntas e as inovações jurídicas decorrentes dessa mudança.

Embora a redação da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) possa sugerir que os agentes controladores internos e os advogados públicos desempenharão as mesmas funções, é importante destacar que esses agentes possuem naturezas constitucionais diferentes (Brasil, 1998). Devido a essa diferença, o Decreto Federal nº 11.246 (Brasil, 2022) acertadamente separou as funções desses agentes no contexto da Nova Lei de Licitações em âmbito federal. Recomenda-se que as esferas estadual e municipal adotem regulamentos próprios para definir de maneira mais precisa a atuação de cada um desses agentes, a fim de evitar possíveis conflitos. O pressuposto deste artigo é que ambos os agentes desempenham funções de controle sob perspectivas diferentes, tornando necessária uma regulamentação adequada para ambas as funções.

## 2. ADVOGADO PÚBLICO

### 2.1 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

O exercício da advocacia é de fato privativo dos advogados. O Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2015) possui entendimento de que todos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) são nulos. Portanto, os pareceres jurídicos em licitações e contratos devem ser elaborados por profissionais devidamente inscritos na OAB.

A Advocacia Pública desempenha um papel essencial para a justiça. A Constituição Federal reconhece a Advocacia Pública como uma atividade essencial à administração da justiça, incumbindo-lhe a função de representação judicial e extrajudicial do Estado. Além

disso, o artigo 133 da Constituição estabelece que o advogado é indispensável para a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, dentro dos limites da lei (Brasil, 1988). Portanto, a presença do Advogado Público é fundamental nas licitações e contratos públicos, garantindo a legalidade e a defesa dos interesses do Estado.

A Advocacia Pública, reconhecida como Função Essencial à Justiça estabelecida pela Constituição, está fortalecendo seu modelo constitucional por meio da consolidação de suas atribuições dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito no Brasil. Isso tem sido alcançado principalmente por meio de alterações legislativas e decisões jurisprudenciais (Mazzei, 2022).

É certo que o administrador público pode e deve solicitar parecer técnico sempre que precisar tomar decisões relevantes ou quando isso for exigido por lei. Nesse sentido, o parecerista deve analisar a situação apresentada, destacando os pontos relevantes e fornecendo embasamento legal, jurisprudência e doutrina, com suas respectivas fontes. Ao final, de forma conclusiva, o parecerista deve apresentar sua opinião, a qual deve estar fundamentada em critérios técnicos (Riboli, 2018).

O advogado público é um tipo de agente público e, em decorrência do exercício de suas atribuições, pode estar sujeito a quatro tipos de responsabilização: administrativa, civil, penal e por improbidade administrativa. Essas formas de responsabilização podem ser aplicadas individualmente ou de forma cumulativa (Riboli, 2018). De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2021), o advogado público só pode ser responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro. Portanto, a imunidade profissional do advogado público, no exercício de sua advocacia, é relativa, e ele pode ser responsabilizado por eventuais emissões de pareceres jurídicos em licitações e contratos públicos.

## 2.2 ADVOGADO PÚBLICO NA 14.133/2021

O gestor público deve designar agentes para atuarem de acordo com a Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). Na designação desses agentes, é necessário observar o artigo 7º da referida norma e garantir a segregação de funções. Entre os requisitos previstos, destacam-se os seguintes: (ver quadro 1).

### Quadro 1

Requisitos para designação de agentes na 14.133/2021

1	Deverá ser preferencialmente servidor efetivo ou emprego público dos quadros permanentes da administração.
2	Deverá ter atribuições relacionada a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola do governo criada e emitida pelo poder público;
3	Não poderá ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração, nem ter vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial econômica, financeira, trabalhista e civil.

**Nota:** Requisitos que devem ser observados na designação de todos os agentes.

**Fonte:** Elaborada pelo autor com base na Lei nº 14.133/2021.

É possível observar importantes alterações trazidas pela legislação, especialmente no sentido de reforçar a necessidade de atuação preferencial de servidores efetivos e a observância da segregação de funções. Esses requisitos para a designação de agentes também são aplicáveis aos Advogados Públicos. Portanto, os advogados que atuarão nas licitações devem ser preferencialmente servidores efetivos, observando a segregação de funções e atendendo aos requisitos previstos no artigo 7º da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) e ao contexto das atribuições do cargo apresentadas na legislação local, respaldados pela presunção de legalidade. Outras alterações relevantes trazidas pela Nova Lei de Licitações nas atividades dos advogados públicos estão listadas a seguir:

**Inovação 1** - Dentre as novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações, os advogados públicos deverão auxiliar a autoridade superior nos recursos. Essa é uma inovação introduzida pela Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021), segundo a qual, na elaboração de suas decisões em relação a recursos e pedidos de reconsideração em procedimentos licitatórios, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá esclarecer dúvidas e fornecer as informações necessárias.

**Inovação 2** - Outra inovação trazida pela Nova Lei de Licitações está no artigo 10, que estabelece que quando as autoridades competentes, servidores e empregados públicos que participaram dos procedimentos relacionados às licitações agirem em estrita observância de orientações constantes em pareceres jurídicos, a advocacia pública, a critério do agente público, irá representá-los judicialmente ou extrajudicialmente. Esse dispositivo foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022) na ADI nº 6.915 pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE e está pendente de julgamento.

**Inovação 3** - Com a Nova Lei de Licitações, foram atribuídas competências à advocacia pública na elaboração de modelos de editais, termos de referência, contratos padronizados e outros documentos, admitindo-se a adoção dos modelos do Poder Executivo federal por todos os entes federativos (Brasil, 2022). É importante ressaltar que essa previsão não transfere ao órgão de assessoramento a responsabilidade pela elaboração desses modelos e minutas, mas diz respeito exclusivamente à atividade de assessoramento, em conformidade com a segregação de funções.

**Inovação 4** - Uma das mais importantes inovações da Nova Lei de Licitações é a exigência de que a assessoria jurídica realize o controle prévio de legalidade por meio de análise jurídica do contrato ao final da fase preparatória. Isso significa que, após a conclusão da instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade competente determinará a divulgação do edital de licitação. Além disso, a assessoria jurídica deverá realizar o controle prévio de legalidade em contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos semelhantes e seus termos aditivos.

Na Lei nº 8.666/93, a redação previa apenas a análise das minutas de editais de licitação, bem como dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. No entanto, a Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021), conforme o artigo 53, não se limita apenas à apreciação do edital,

passando a exigir explicitamente a avaliação de todo o processo licitatório, ou seja, a revisão jurídica de todos os atos praticados na etapa preparatória. Além disso, a Nova Lei de Licitações amplia o rol de pareceres jurídicos obrigatórios, incluindo, por exemplo, os casos de contratações diretas (dispensas e inexigibilidades), que poderão ser dispensados de acordo com a regulamentação. Dessa forma, nota-se um aumento das atribuições do assessoramento jurídico no controle prévio de legalidade.

**Inovação 5** – A Nova Lei de Licitações apresenta regras para a elaboração do parecer jurídico, determinando que a advocacia pública deve: 1) avaliar o processo com base em critérios objetivos e pré-definidos de prioridade; 2) redigir sua manifestação de forma clara, objetiva e em linguagem acessível, considerando todos os elementos indispensáveis à contratação e expondo os pressupostos de fato e de direito considerados na análise jurídica.

As mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações modificam a forma de atuação dos advogados públicos, ainda sem levar em conta as normas regulamentares. Sugere-se que haja regulamentação tanto para a atuação dos advogados públicos, quanto para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, conforme estabelecido pelo Decreto Federal nº 11.246 (Brasil, 2022). As inovações introduzidas, bem como a necessidade de regulamentação específica em cada órgão, representam uma importante alteração nas responsabilidades dos advogados públicos nas licitações e contratos públicos.

### 3. CONTROLADOR INTERNO

#### 3.1 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

O controle interno desempenha o papel de fiscalização. A Constituição Federal estabelece que a fiscalização no âmbito municipal será realizada por meio do controle externo e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal. Nesse sentido, o artigo 70 da Constituição Federal estipula que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, em relação à legalidade, legitimidade e economicidade, será realizada pelo sistema de controle interno de cada Poder (Brasil, 1988). Portanto, o controle interno desempenha a função de fiscalizar as licitações e contratos do órgão ao qual está vinculado.

O controle interno possui finalidades específicas. Dentre as finalidades do controle interno, estão: 1) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos; 2) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; 3) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres; 4) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (Brasil, 1988).

O controle interno desempenha um papel fiscalizatório e de apoio aos órgãos de controle externo na supervisão das licitações e contratos. É importante destacar que comprovar a legalidade não é o mesmo que dizer a legalidade. Nesse sentido, é fundamental ressaltar que o advogado público possui a expertise e a especialização necessárias para afirmar a

legalidade, e ele pode ser responsabilizado por dolo ou erro grosseiro em suas análises. Portanto, é crucial não confundir a atividade de fiscalização e comprovação dos atos com a atividade de assessoramento jurídico.

Dentre as funções mais importantes do controle interno, destaca-se a necessidade de comunicação ao Tribunal de Contas. De acordo com o texto constitucional, os responsáveis pelo controle interno devem informar ao Tribunal de Contas qualquer irregularidade ou ilegalidade que venham a tomar conhecimento, sob pena de responsabilidade solidária (Brasil, 1988). Portanto, quando os controladores internos identificarem irregularidades ou ilegalidades nas licitações, devem comunicar essas informações ao respectivo Tribunal de Contas por meio de seus relatórios.

### 3.2 CONTROLADOR INTERNO NA 14.133/2021

Os órgãos de controle devem se concentrar em aprimorar o sistema de compras públicas, buscando um controle que não vise apenas punir aqueles que atuam diariamente no complexo contexto das repartições públicas. Ao designar os agentes para atuarem nos órgãos de controle, incluindo os Advogados Públicos, é necessário observar os requisitos previstos no artigo 7º da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). (ver tabela 1).

Considerando as mudanças nas atribuições dos advogados públicos, a Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) estabelece competências que serão exercidas de forma conjunta, na segunda linha de defesa, composta pelas unidades de assessoramento jurídico e controle interno do próprio órgão ou entidade:

**Competência 1:** Apoiar os agentes de contratação, a equipe de apoio, a comissão de contratação e os gestores de contratos.

**Competência 2:** Assessorar na elaboração dos modelos de minutas de editais, termos de referência, contratos padronizados e outros documentos, permitindo a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos.

**Competência 3:** Auxiliar os fiscais de contratos, fornecendo orientações para a prevenção de riscos na execução contratual.

Os órgãos de controle desempenham o papel de fiscalização, respeitando os princípios do contraditório, da razoabilidade, da imparcialidade e da objetividade nos procedimentos (Brasil, 2022). Portanto, esses órgãos não devem assumir a discricionariedade dos agentes administrativos nem interferir no mérito das decisões. Como fiscais do órgão, eles não podem participar da execução dos procedimentos, apenas fiscalizá-los.

Os controladores internos, devido às suas atribuições de fiscalização, possuirão prerrogativas especiais, como o acesso ao orçamento estimado da contratação. Além disso, terão acesso restrito a documentos e informações necessárias para realizar suas atividades de fiscalização, inclusive os sigilosos (Brasil, 2021). As prerrogativas garantidas pela Nova Lei de Licitações estão incluídas entre as necessárias para um controle efetivo das licitações e contratos públicos.

A Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) trouxe novas disposições para as atividades dos controladores internos, porém, em termos gerais, manteve-se a mesma lógica de atuação que os órgãos de controle já possuíam, reservando as principais alterações aos órgãos de assessoramento jurídico. Assim como nas funções da Advocacia Pública, é sugerido que haja regulamentação da atuação dos controladores internos em conjunto com a regulamentação da atuação do agente de contratação e equipe de apoio, conforme estabelecido no Decreto Federal nº 11.246 (Brasil, 2022).

## **4. ATIVIDADES DO CONTROLADOR INTERNO E JURÍDICO**

### **4.1 ATIVIDADES DO CONTROLADOR INTERNO**

A Controladoria Interna é o órgão responsável pela fiscalização interna, atuando com igualdade e nas mesmas condições dos órgãos de controle externo. No entanto, não cabe à controladoria executar as atividades relacionadas às licitações e contratos, pois, de acordo com o princípio da segregação de funções (Silva, 2013), a função de execução não deve ser confundida com a função de controle.

Os agentes de controle interno atuam com independência funcional, tendo a capacidade de estabelecer regras de controle, emitir notificações aos responsáveis e determinar ações para garantir a eficiência operacional. Dessa forma, a fiscalização dos procedimentos de compras e licitações deve ser incluída no planejamento do órgão de controle interno (Moraes, 2013).

### **4.2 ATIVIDADES DA ADVOCACIA PÚBLICA**

A atividade de assessoramento jurídico, em sua essência, destina-se à interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. É de responsabilidade da advocacia pública indicar os caminhos para a correta compreensão e cumprimento das normas, tanto em relação às regras quanto aos princípios, por parte da administração pública.

Conforme o Manual de Boas Práticas Consultivas (Consultoria-Geral da União *et al.*, 2016), a atividade de consultoria jurídica compreende pronunciamentos típicos expressos em expedientes e por meio de manifestações formais. Por outro lado, a atividade de assessoramento jurídico abrange outras atividades, como orientações jurídicas fornecidas em reuniões, por meio de comunicações telefônicas, mensagens eletrônicas ou outros meios de comunicação menos formais.

### **4.3 ATIVIDADES DE CONTROLE DA ADVOCACIA PÚBLICA E DO CONTROLADOR**

A Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) apresenta uma nova abordagem em relação às responsabilidades dos controladores e advogados públicos. Quando ambos identificarem meras irregularidades formais nos processos licitatórios, deverão adotar medidas para corrigi-las e mitigar os riscos de sua repetição, priorizando aprimoramentos nos controles preventivos e a capacitação dos agentes públicos envolvidos.

Nas atividades de controle, tanto a advocacia pública quanto a controladoria devem observar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, levando em conside-

ração as justificativas apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis, bem como os resultados objetivos obtidos com a contratação. Caso identifiquem irregularidades que resultem em prejuízo para a Administração Pública, tomarão as medidas necessárias para investigar as infrações administrativas, respeitando a segregação de funções e a necessidade de individualizar as condutas. Além disso, encaminharão ao Ministério Público competente cópias dos documentos pertinentes para apuração dos ilícitos sob sua responsabilidade.

## 5. ATUAÇÃO CONJUNTA DO ADVOGADO E CONTROLADOR

O controlador interno e o advogado público atuarão em conjunto de acordo com o artigo 19, IV; 117, §3º; e 8º, §3º da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). Desse modo, desempenharão suas funções de forma conjunta na segunda linha de defesa, conforme estabelecido pelo artigo 169 da mencionada Lei. Embora a redação da norma possa sugerir que ambos devem exercer a mesma função, é importante destacar a necessidade de separar essas atribuições para evitar conflitos, considerando que esses órgãos possuem naturezas distintas.

O Decreto Federal nº 11.246 (Brasil, 2022) regulamentou as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação, bem como a atuação dos gestores e fiscais de contratos. Além disso, de forma acertada, também regulamentou a forma de atuação dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno (ver quadro 2):

### Quadro 2

#### Regulamentação das atividades de Controle Interno e Assessoramento Jurídico

Assessoramento Jurídico	Controle Interno
O auxílio se e dará por meio de: 1) orientações gerais ou em resposta a solicitações de apoio, hipótese em que serão observadas as normas internas do órgão ou da entidade quanto ao fluxo procedimental; 2) consulta específica, que conterà, de forma clara e individualizada, a dúvida jurídica a ser dirimida.	O auxílio se dará por meio de: 1) supervisão técnica e orientações normativas; 2) manifestação acerca dos aspectos de governança, gerenciamento de riscos e controles internos administrativos da gestão de contratações.

Fonte: Elaborada pelo autor com base no Decreto Federal nº 11.246/2022.

Observa-se que o Decreto Federal nº 11.246 (Brasil, 2022) especificou as funções do assessoramento jurídico e do controle interno, esclarecendo a natureza de atuação de cada um dos cargos. Dessa forma, antes de tomar qualquer decisão, o agente de contratação deverá levar em consideração as manifestações apresentadas pelos órgãos de assessoramento jurídico e controle interno.

A regulamentação federal que separa as atribuições específicas do assessoramento e controle interno é fundamental para todos os órgãos da administração pública, a fim de evitar conflitos. Isso ocorre porque a atuação da Controladoria Interna e da Advocacia Pública não pode ser confundida, devido à natureza constitucional de seus cargos. Embora a Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021) tenha aproximado a advocacia pública do controle interno, o mesmo não ocorreu em relação aos órgãos de controle interno, que não podem

desempenhar funções de parecerista jurídico ou assessor jurídico. Portanto, as atividades, embora a redação da Nova Lei de Licitações seja semelhante para ambos os cargos, diferenciam-se de acordo com a natureza das funções. (ver figura 1 e 2).

**Figura 1**

Atividades práticas dos órgãos de Assessoramento Jurídico.

<i>- auxílio na elaboração de modelos.</i>		
<i>- dívidas e informações aos fiscais de contratos.</i>		
<i>- apoio aos agentes de contratação.</i>		
<b>Pareceres jurídicos.</b>	<b>Consultas jurídicas.</b>	<b>Padronização de documentos.</b>

Fonte: Elaborada pelo autor.

A Advocacia Pública realizará o controle prévio de legalidade ao final da fase preparatória do processo licitatório, conforme previsto no artigo 53 da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021), substituindo a previsão do artigo 38 da Lei nº 8.666 (1993), que exigia a aprovação das minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes. Dessa forma, a Advocacia Pública passa a ter a responsabilidade de realizar o controle prévio de legalidade dos processos licitatórios, analisando-os como um todo.

O órgão de assessoramento jurídico, de acordo com o artigo 72 da Nova Lei de Licitações, também deve emitir parecer jurídico nos processos de contratação direta (inexigibilidades e dispensas). No entanto, é possível dispensar a análise jurídica em casos pré-determinados, levando em consideração o baixo valor e a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico (Brasil, 2021).

**Figura 2**

Atividades prática dos órgãos de Controle Interno.

<b>Orientações técnicas.</b>	<b>Recomendações técnicas.</b>	<b>Notificações administrativas.</b>
<b>Instruções normativas</b>		
<b>Auditorias</b>		
<b>Informações ao Tribunal de Contas</b>		
<b>Relatório anual</b>		
<b>Acompanhamentos das contratações</b>		
<b>Receber representações</b>		
<i>- auxílio na elaboração de modelos.</i>	<i>- dívidas e informações aos fiscais de contratos.</i>	<i>- apoio aos agentes de contratação.</i>

Fonte: Elaborada pelo autor.

Dentre as funções apresentadas na Figura 2, a Controladoria Interna, como órgão de fiscalização, possui o dever constitucional de informar ao Tribunal de Contas sobre as irregularidades, conforme estabelecido no artigo 170, §1º da Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). Essa comunicação deve ser realizada sob pena de responsabilidade solidária e deve observar o princípio do contraditório.

A Nova Lei de Licitações inova ao estabelecer, no artigo 169, que todos os membros das linhas de defesa devem tomar as medidas necessárias para investigar as infrações administrativas, respeitando a segregação de funções e a individualização das condutas. Além disso, devem encaminhar ao Ministério Público competente as cópias dos documentos pertinentes para a apuração dos atos ilícitos de sua competência.

Dessa forma, percebe-se que todos os agentes envolvidos nas licitações têm a obrigação de relatar casos de irregularidades. Nesse sentido, sugere-se a regulamentação que estabeleça que qualquer agente que identifique irregularidades deve comunicar previamente o Controle Interno, a fim de possibilitar o contraditório. Nos casos em que houver indícios de dolo, devido às alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 2021), o agente deve encaminhar o caso ao Ministério Público competente. Além disso, na presença de indícios de dolo, é necessário remeter o caso ao Tribunal de Contas por meio dos relatórios de controle interno.

## 6. CONCLUSÃO

O advogado público e o controlador interno foram aproximados pela Nova Lei de Licitações na atuação da segunda linha de defesa. Embora as inovações trazidas aproximem a atuação de ambos, com competências em comum, é necessário que cada órgão regulamente de forma individualizada as atribuições de acordo com a natureza dos cargos estabelecidos pela Constituição Federal, a fim de evitar eventuais conflitos.

O objetivo deste artigo foi apresentar a atuação do controle interno e do advogado público na Nova Lei de Licitações (Brasil, 2021). O advogado desempenha um papel de assessoramento jurídico, emitindo pareceres e prestando assistência jurídica nos processos licitatórios em geral, assim como nos procedimentos de contratação direta (inexigibilidades e dispensas de licitação). O controlador interno tem o papel de fiscalização, emitindo atos de caráter geral que visam orientar e regulamentar o controle do órgão. Dessa forma, ambos os agentes possuem atuações diferenciadas, embora, pela Nova Lei de Licitações, possa parecer que desempenham funções semelhantes.

Considerando que os controladores internos são responsáveis pela fiscalização dos órgãos públicos, eles não devem participar diretamente da execução dos processos licitatórios. Sua atuação está centrada na fiscalização das licitações e contratos públicos por meio de auditorias, além de fornecerem apoio aos agentes envolvidos nas licitações por meio de instruções normativas e orientações de caráter geral. No entanto, eles não devem desempenhar o papel de órgão de assessoramento jurídico. Por outro lado, os advogados têm uma função mais específica para lidar e auxiliar nas questões jurídicas relacionadas às licitações e contratos públicos.

Os órgãos devem estabelecer regulamentações que diferenciem as atribuições dos controladores internos e advogados públicos como forma de evitar possíveis conflitos. Novas pesquisas podem ser conduzidas com o objetivo de analisar os contextos de atuação desses órgãos de controle e jurídicos em estudos de casos, além de verificar a conformidade com a natureza dos cargos estabelecidos na Constituição Federal. Além disso, pesquisas adicionais podem ser realizadas para examinar as mudanças práticas resultantes da implementação da Nova Lei de Licitações.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 11.246, de 27 de outubro de 2022**. Regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Decreto/D11246.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11246.htm). Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6915**. Processo Eletrônico Público. Número Único: 0056209-65.2021.1.00.0000. Origem: DF - Distrito Federal. Relator: Min. Nunes Marques. Data de Protocolo: 18 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Mandado de Segurança nº 36385 AgR. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 17 de fevereiro de 2021. Acórdão eletrônico. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 031, div. 18 fev. 2021, pub. 19 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 119900. Relator: Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2015. Acórdão eletrônico. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 093, div. 19 maio 2015, pub. 20 maio 2015.

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO *et al.* **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Consultoria-Geral da União *et al.* 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/conjur/biblioteca-eletronica/manuais/manual-de-boas-praticas-consultivas>. Acesso em: 10 jun. 2023.

DE ARAÚJO MAIA, Valdiana; SAMPAIO, Thicia Stela Lima; RODRIGUES, Rubens Carlos; MACHADO, Marcus Vinicius Veras; DINIZ, Gleison Mendonça. Sistema de controle interno municipal: em busca de uma estrutura funcional mínima necessária. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 20, n. 1, p. 122-162, 7 dez. 2021a. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v20i1.727>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues. Advocacia Pública e direito coletivo à probidade administrativa. **Revista da ESDM**, v. 7, n. 13, p. 12, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.29282/esdm.v7i13.158>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MORAES, Maria Aparecida de; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; NIWA, Tiago Hideki. Controle interno como instrumento de planejamento, organização e transparência na administração pública municipal: o caso do município de Guareí/SP. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 11, n. 2, p. 217-238, 31 dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v11i2.307>. Acesso em: 10 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Niterói**, v. 1, n. 1, p. 147-166, 25 jun. 2022a. Disponível em: <https://doi.org/10.52028/rpgmnit.v1i1.06>. Acesso em: 11 jun. 2023.

RIBOLI, Cesar. A responsabilização do advogado público e procuradores pelo parecer técnico-jurídico. **Revista da ESDM**, v. 2, n. 4, p. 67-91, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.29282/esdm.v2i4.38>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SILVA, Magno Antônio da. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. **Revista do TCU**, v. n. 128, 2013, Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/2>. Acesso em: 10 jun. 2023.

VACCAREZZA, André Bastos. Os Instrumentos auxiliares na Nova Lei de Licitações: reverberação do princípio constitucional da eficiência. **Revista da ESDM**, v. 7, n. 14, p. 65-88, 2021. Disponível em: [https://www.esdm.com.br/revista/index.php/revista\\_esdm/article/view/139](https://www.esdm.com.br/revista/index.php/revista_esdm/article/view/139). Acesso em: 10 jun. 2023.

Recebido em: 11/06/2023

Aceito em: 12/07/2023

# **CORRUPÇÃO NAS ÍNDIAS ESPANHOLAS: REVISÃO DE UM DEBATE NA HISTORIOGRAFIA SOBRE A AMÉRICA HISPANO-COLONIAL\***

*Corruption in the Spanish Indies: Review of a debate in historiography on Spanish-colonial America*

**Horst Pietschmann**

Prof. emérito da Universidade de Hamburgo, Alemanha.

## **Resumo**

O surgimento do império espanhol entre fins do século XV e o reinado de Felipe II vai estritamente unido ao fenômeno da aparição do chamado "Estado moderno" ou "absolutista". Enquanto os "homens do império" – ou seja, aqueles forjadores da preponderância espanhola na Europa e aqueles descobridores e conquistadores que ganharam aquele vasto império ultramarino – ainda estavam amplamente penetrados de ideias e conceitos de uma sociedade estamental baseada nos princípios de vassalagem e representatividade, a Coroa começava a fazer valer seu "poderio real absoluto". Com o surgimento do Estado moderno, multiplica-se a legislação que submete os funcionários públicos a determinadas formas de proceder, de comportamento, de recebimento de soldos e direitos etc. Esta legislação frequentemente é publicada, impressa e incluída em compilações de leis, as quais, uma vez impressas, demandam o respeito ao bem público não somente da parte dos funcionários públicos, mas também do público em geral. Perguntamo-nos até que ponto se pode falar de "corrupção", pelo menos na fase formativa do império, quando se presencia naquela época tão fundamental enfrentamento entre distintos conceitos político-sociais.

**Palavras-chave:** Corrupção. Administração colonial espanhola. Historiografia colonial. América espanhola.

## **Abstract**

The emergence of the Spanish Empire between the end of the 15th century and the reign of Felipe II is strictly linked to the emergence of the "modern" or "absolutist State". While the "men of empire" – those who generated Spanish preponderance in Europe, and the discoverers and conquerors who gained that vast overseas empire – were still largely filled with ideas and concepts of a feudal society that was based on the principles of vassalage and representativeness, the Crown made its "absolute royal power" prevail. Due to the emergence of the modern State, legislation multiplied that subjected public officials to certain ways of proceeding: behavior, receipt of wages and rights, etc. This legislation is often published, printed and included in compilations of laws that demand respect for the public good by public officials and the general public. Thus, we ask to what extent one can speak of "corruption", at least in the formative phase of the empire, when at that time there was a fundamental confrontation between different political and social concepts.

**Keywords:** Corruption. Spanish colonial administration. Colonial historiography. Spanish America.

## **Sumário**

1. Introdução; 2. Condições básicas de análise sobre a "corrupção"; 3. As linhas de debate sobre a corrupção na historiografia; 4. Os cenários últimos da historiografia; 5. Conclusão; 6. Notas; Referências

\* Versão original do texto: PIETSCHMANN, Horst. *Corrupción en las Indias españolas. Revisión de un debate en la historiografía sobre Hispanoamérica colonial*. In: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel; PIETSCHMANN, Horst; COMÍN, Francisco; PÉREZ, Joseph. **Instituciones y corrupción en la historia**. Valladolid: Instituto de Historia Simancas/Universidad de Valladolid, 1998. p. 31-52. Tradução de Denis Guilherme Rolla (mestre em História do Direito, UFRGS). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGD-UFRGS). Os tradutores agradecem ao autor, o professor Horst Pietschmann, pela autorização e estímulo para esta tradução, em particular pelo contato com os colegas de Valladolid para efeitos dos direitos autorais. Ademais, para efeitos de adequação aos padrões da presente Revista, os tradutores incluíram os títulos "Introdução" e "Conclusão" e a numeração e breves títulos nas seções do texto, que não existiam no original. Outrossim, registre-se um agradecimento ao bacharel Micael Leão Michaelsen (Bacharel em Direito, UFRGS) pelo apoio na editoração e formatação do presente texto.

## 1. INTRODUÇÃO

O surgimento do império espanhol entre fins do século XV e o reinado de Felipe II vai estritamente unido ao fenômeno da aparição do chamado “Estado moderno” ou “absolutista”. Enquanto os “homens do império” – ou seja, aqueles forjadores da preponderância espanhola na Europa e aqueles descobridores e conquistadores que ganharam aquele vasto império ultramarino – ainda estavam amplamente penetrados de ideias e conceitos de uma sociedade estamental baseada nos princípios de vassalagem e representatividade, a Coroa começava a fazer valer seu “poderio real absoluto”. Para tanto, criou uma ampla maquinaria administrativa (para a qual contratou funcionários, em grande medida de formação jurídica), aumentou de forma impressionante a gestão burocrática (baseada em procedimentos por escrito) e multiplicou sua atividade legisladora.<sup>1</sup> Este segundo processo, sem deixar lugar a dúvidas, estava intimamente ligado ao processo expansivo. Ainda que não existam investigações sistemáticas sobre a maneira de como ambos os processos se influíram mutuamente, é evidente que muitos conflitos políticos entre aqueles “homens do império” e os novos princípios de governo tiveram sua origem no conflito estrutural da maneira de pensar dos forjadores do império, por um lado, e de seus gestores governativos, por outro – como para o caso da América fica muito bem perceptível pela série dos famosos “Pleitos colombinos”<sup>2</sup> Questionamo-nos até que ponto se pode falar de “corrupção”, pelo menos na fase formativa do império, quando presenciamos naquela época o enfrentamento tão fundamental entre distintos conceitos político-sociais, dos quais um deles se formou na Baixa Idade Média – e tinha um arranjo forte no passado –, e o outro, se bem que suas pegadas também pudessem ser seguidas mais para atrás (querendo, até a época das *Siete Partidas*), na verdade era bastante recente.

## 2. CONDIÇÕES BÁSICAS DE ANÁLISE SOBRE A “CORRUPÇÃO”

Pode-se definir “corrupção”, de forma geral, como a transgressão de normas por parte de agentes, quando em detrimento dos bens públicos aos quais lhes incumbiam vigiar. Sobre isso, pode-se encontrar que já desde a Antiguidade existem normas que regulamentavam o exercício da função pública, quer seja por legislação civil, quer seja por normas éticas e religiosas – como aquelas que podem ser encontradas de forma profusa nas Sagradas Escrituras. O essencial destas normas se refere à imparcialidade da justiça, cuja violação se censura sempre. Em outros casos, contudo, encontramos a censura de procedimentos ilegais mesclada com uma quase resignada aceitação de procedimentos corruptos, como no caso do cobrador de impostos bíblico. Os historiadores da Antiguidade e da Idade Média julgarão como se deve valorar o fenômeno em cada época. Entretanto, o certo é que, com o surgimento do Estado moderno, multiplica-se a legislação que submete os funcionários públicos a determinadas formas de proceder, de comportamento, de recebimento de soldos e direitos etc. Esta legislação frequentemente é publicada, impressa e incluída em compilações de leis, as quais, uma vez impressas, demandam o respeito ao bem público não somente da parte dos funcionários públicos, mas também do público em geral. Paralelamente, a leitura se generaliza, e assim como a vida religiosa se pretende reformar com a palavra impressa não só no protestantismo, mas também no mundo católico, a mais tardar a partir da Contrarreforma, a legislação impressa – por ter emanado da autoridade real – pretende

uma autoridade similar não só frente aos detentores de cargos públicos, mas também frente aos vassallos da Coroa em geral. Até que ponto, neste contexto, o fenômeno da corrupção adquire um matiz novo, diferente dos padrões clássicos e medievais?

Ademais das mudanças políticas, legislativas e administrativas que geralmente se vinculam ao processo acima esboçado, há fortes indícios de que, por detrás deste esforço normativo-legal que emana da Coroa, encontra-se a influência da filosofia do neostoicismo. Ainda que pouco se tenha explorado esse aspecto,<sup>3</sup> a simples observação da difusão das obras de Sêneca através da prensa no final do século XV e os amplos debates sobre a “virtude” entre os escritores da época, especialmente os humanistas, sublinham a probabilidade deste impacto. Em tal caso, a análise do fenômeno da corrupção teria que contar também com novos conceitos éticos que estavam na base desta ampla legislação que se preocupa com a imparcialidade dos funcionários, seu comportamento social, até o ponto em que inspira a tratadistas políticos e jurídicos, como, por exemplo, a um Castillo de Bobadilla.<sup>4</sup> A problemática de um conceito ético determinado por detrás desta legislação complica sobremaneira o nosso problema da “corrupção”, especialmente se observamos desde níveis europeus mais amplos. Assim, por exemplo, pode-se afirmar, sem incorrer em uma generalização excessiva, que Carlos V [Carlos I, na Espanha], quando proclama legislação em última instância, limita-se, em seus reinos peninsulares [Aragón e Castela] ou nos vinculados a estes, a legislar em matéria de normas de comportamento, especialmente para o aparelho burocrático, ou seja, para as agências governativas da Coroa e para os funcionários que as compõem.

Por outro lado, no Sacro Império Romano Germânico, o mesmo Carlos V emite em 1530 e 1548 amplas ordenações “de polícia” que contêm uma grande série de normas dirigidas a moralizar a vida pública, contendo regras para a nobreza e os clérigos, comerciantes, artesãos e jornaleiros, mineiros, barbeiros, gente de serviço, cônjuges, militares, homens e mulheres em geral etc. – regras que se ocupam de tratos e contratos, de maneiras de vestir-se, de pesos e medidas, blasfêmias, diversões públicas etc.<sup>5</sup> Todas essas normas contêm, ao mesmo tempo, previsões que ameaçam tanto infratores como reincidentes com determinadas penas, as quais, em perspectiva comparativa, permitem sopesar o que se atribuía a cada infração por parte da autoridade. Pelo que parece, na Espanha, catálogos de moralidade pública de tal extensão nunca foram emitidos ao longo do século XVI por parte da Coroa, mas sim por sínodos, concílios provinciais eclesiásticos, e pelos municípios. Será porque o fenômeno da corrupção não se dava nos costumes públicos com tal intensidade como no império alemão, ou será que a sanção de infrações contra a moral pública estava em mãos de outras autoridades? Por que a perseguição de tais infrações era incumbência das autoridades municipais ou eclesiásticas, ou de ambas? Pode isso ser interpretado como uma prova de que havia uma diferenciação mais clara nos reinos peninsulares entre corrupção e transgressão de normas dos funcionários e da ordem pública? Há, por acaso, também dentro do império espanhol diferenças na hora de tratar destes assuntos segundo as tradições jurídicas de cada reino ou, eventualmente, segundo a maior ou menor distância de cada reino ou província dos centros do poder real? Em todo o caso, devemos concluir que, desde uma perspectiva comparativa ampla, o tema da corrupção apresenta uma ampla gama de problemas que ainda aguardam investigações mais a fundo.

Em termos metodológicos, estes problemas tiveram um foco distinto na historiografia recente. As tentativas mais ou menos amplas do Estado moderno incipiente de regulamentar a ordem pública com base em um sistema determinado de normas e valores foram entendidas como modos de disciplinamento da sociedade inteira ou de alguns setores desta. O conceito de uma política que tenta disciplinar a sociedade foi discutido nos últimos anos intensamente pela historiografia alemã dedicada à época moderna;<sup>6</sup> porém, esta se remonta, em última instância, ao sociólogo Norbert Elias e seu conhecido livro sobre o “processo da civilização”.<sup>7</sup> A transgressão de tais normas, em troca, foi amplamente investigada pela historiografia dedicada ao estudo das mentalidades e pela antropologia histórica, que esperavam encontrar nos transgressores traços de mentalidades populares e até sistemas de valores, assim como modos de pensar e atuar de determinadas capas sociais, em especial de grupos marginalizados ou pré-modernos. Nessa última linha de investigação, não predomina, em todo caso, a perspectiva de “transgressão de normas sociais vigentes”, mas sim a tentativa de detectar elementos mentais, ou modos de comportamento típicos, ou de determinados grupos sociais, bem como signos de resistência coletiva de grupos humanos contra o sistema de normas que se impôs pelas autoridades ou pelos grupos sociais dominantes. Deste modo, a historiografia baseada na ótica das autoridades ou de padrões dominantes fala ou de disciplina social ou da difusão de “corrupção de costumes”, como dizem muitas fontes coetâneas, enquanto as correntes historiográficas que se ocupam dos testemunhos de transgressões contra as normas vigentes tendem antes a identificar através destas transgressões formas sociais ou mentais alternativas que, por diversas razões, persistem em normas tradicionais ou resistem contra uma cultura dominante da qual não querem ou não podem formar parte. Assim, em última instância, no plano de uma sociedade, o problema das normas e da contravenção contra as mesmas ficará reduzido ao antagonismo tradicional entre uma “história desde cima” e uma “história desde baixo”. Parece que, nesta perspectiva, o problema da corrupção se reduz ao comportamento do corpo de funcionários do Estado e, no caso aqui presente, no corpo dos funcionários administradores do império ultramarino da Espanha, isto é, as Índias Ocidentais – a América e as ilhas Filipinas.

### 3. AS LINHAS DE DEBATE SOBRE A CORRUPÇÃO NA HISTORIOGRAFIA

Passemos, agora, a discutir o problema da corrupção dos funcionários na América hispânica através do desenvolvimento da historiografia sobre o problema da administração e seu pessoal na América hispano-colonial. Esta teve um auge espetacular depois da Segunda Guerra Mundial, quando começou pela primeira vez a revisão sistemática dos grandes repertórios de fontes que existem tanto na Espanha como na América. Quase se pode dizer que é só a partir de 1950 que a pesquisa sobre a história colonial em geral começou realmente, quando essa historiografia se encontrava em muitos aspectos em uma situação de atraso em relação à historiografia sobre a Europa. Não é de se estranhar que durante muito tempo predominasse nessa historiografia uma aproximação institucional que, em uma primeira fase, baseava-se fortemente na legislação emanada das distintas esferas de governo. Mais tarde, as perspectivas se ampliavam conforme se fosse empregando também as fontes rotineiras que produziam as distintas instituições coetâneas, mas o marco de estudo seguia sendo essencialmente aquele das instituições governativas, econômicas, sociais, eclesiásticas etc.

Foi em 1970 que a perspectiva institucional, em seu sentido mais amplo, começou a ser abandonada, em razão do foco em temas de estudo mais gerais, que estendiam o marco institucional. Eram anos em que a preocupação pelo econômico e o social começou a predominar, frequentemente com enfoques quantitativos. Naquele tempo, começava também pela primeira vez a fazer-se notar o interesse pelo estudo dos burocratas coloniais. Apareceu, primeiramente, uma série de estudos sobre a venalidade dos ofícios, após o antecedente marcado por Parry com seu estudo do fenômeno,<sup>8</sup> e pouco depois foram publicados vários estudos sobre os funcionários das *Audiencias* americanas, empregando métodos prosopográficos e tratando de desenhar um perfil social daquele corpo.<sup>9</sup> A meta final destes estudos era, contudo, reconstruir até que ponto aquele corpo se integrava na sociedade colonial e, especialmente, se eram peninsulares ou *criollos* os que predominavam nas *audiencias* americanas, de modo que estas obras estavam guiadas por um marcado interesse social, não se preocupando tanto com o problema da corrupção diretamente.

A problemática da corrupção até aquele então somente era tratada na crescente bibliografia sobre a América hispano-colonial. Desde Pierre e Huguette Chauvu,<sup>10</sup> os historiadores que se ocupavam do comércio transatlântico desde a Península destacavam com maior insistência que aquele contrabando era praticamente onipresente naquele comércio e no fisco relacionado com ele, mas não invocavam este fenômeno sob o título de “corrupção”.<sup>11</sup> Os autores que se dedicavam ao estudo das instituições constataavam com insistência a frequência da transgressão das normas legais por parte da burocracia, mas tratavam este fenômeno sempre como exceção da regra marcada pela legislação que se considerava, em um princípio, vigente. Somente dois autores, que em 1960 estudavam com uma aproximação geral o sistema de governo do império espanhol, aproximavam-se do tema da corrupção de forma mais direta: John L. Phelan e Magali Sarfatti.<sup>12</sup> O primeiro, com ampla base empírica nas fontes governativas do reino de Quito no século XVII, e empregando categorias do sociólogo alemão Max Weber, destacou as características patrimoniais do governo e sua coexistência com as tendências racionais e de legalidade. Desde categorias weberianas, referia-se com a condição de “patrimonial” ao conjunto dos interesses pessoais que aqueles funcionários perseguiam, empregando para isso os meios de autoridade que lhes dava tal ofício. A segunda autora, sem recurso a fontes primárias e numa tentativa generalizadora, tratou de destacar o patrimonialismo como traço típico da administração colonial espanhola. Como ambos os autores não se fixam muito na legislação que prescreve regras bem claras de comportamento, mas antes partem da realidade administrativa cotidiana, a discrepância entre normas legais e realidade administrativa se lhes escapa, ou não se fixam nela, e, portanto, pouco lhes interessa o fenômeno da corrupção diretamente.

Após o fato dos anos 1970 – de que o tema dos funcionários tenha recuperado novo interesse, com a publicação de toda uma série de estudos em que se analisa o corpo de funcionários de uma determinada instituição, ou se trata deles como membros de elites regionais –, a partir dos anos 1980 não somente se publicaram estudos que se ocupavam da composição social dos funcionários de todas as hierarquias administrativas de um centro político administrativo,<sup>13</sup> mas ainda se começou a discutir o problema da corrupção também diretamente, sustentando-se, entre outros pelo autor dessas linhas, que a corrupção não era somente um abuso mais ou menos frequente, mas que, pelo menos a partir do século

XVII, formava parte do sistema com aceitação mais ou menos geral, incluindo pela Coroa.<sup>14</sup> Naquele estudo sobre a corrupção, partimos, por um lado, de um estudo próprio prévio sobre *alcaldes mayores, corregidores e subdelegados*.<sup>15</sup> Naquele trabalho analisamos entre outras coisas o benefício destes empregos por parte da Coroa. Conseguiu-se provar que estes cargos estavam cotizados na metrópole de acordo com uma hierarquia de seus rendimentos ilegais, especialmente por ingressos procedentes de atividades comerciais proibidas;<sup>16</sup> e que os preços, pelos quais se beneficiavam estes cargos, orientavam-se pelo montante das possibilidades de ganhos ilegais, fixando-se preços distintos a cada jurisdição, de acordo com a hierarquia de sua cotização ou valoração em termos econômicos. Os preços que deveriam ser pagos por uma nomeação na metrópole nunca poderiam ser recobrados pelos beneficiados por meio do soldo legalmente assinalado para cada cargo por sua duração de três ou cinco anos, tanto mais que, ao longo do século XVIII, estes soldos deixaram de ser pagos inteiramente, e se tinha que agregar, ao preço de “compra”, somas importantes para o traslado ao local de destino, para obter-se a expedição do título por parte da administração do Vice-reinado, e para as fianças necessárias serem obtidas.

Consequentemente, a Coroa se fazia partícipe dos procedimentos fraudulentos e tolerou que, por seus próprios procedimentos, houvesse aumento da necessidade de transgressão das próprias normas que havia imposto através de sua própria legislação. Esta situação perdura na América hispânica mais ou menos desde 1630 até grande parte do reinado de Carlos III e do ministério de José de Gálvez. O benefício dos empregos cessou, por certo, em torno de 1750, mas ao se suprimir esta prática, passou-se a tolerar oficialmente as atividades comerciais destes funcionários, tratando-se de regulamentá-las de acordo a um sistema de cotas, o qual se estabeleceu formalmente pelo menos no Vice-reinado do Peru, mas não no Vice-reinado da Nova Espanha, onde o expediente correspondente foi subtraído pela administração do Vice-reinado e devolvido mais tarde, quando o “perigo” havia passado, sob segredo de confissão.<sup>17</sup>

Com a implantação do sistema de intendentés, a Coroa buscou cortar estes abusos pela raiz, suprimindo não só os *alcaldes mayores e corregidores*, mas também proibindo estritamente estas atividades comerciais dos funcionários. Uma série de estudos meus e de outros autores posteriores sobre estas atividades comerciais – chamadas de *repartos* no Peru e *repartimientos* na Nova Espanha – demonstrou mais tarde não somente estas realidades mais profundamente, mas revelaram também que estes funcionários exerceram aquele comércio nem sequer por conta própria, mas antes como agentes das grandes casas comerciais das casas vice-reinais, que, ao mesmo tempo, constituíram-se como fiadoras daqueles, responsabilizando-se assim das rendas reais que tinham que ser arrecadadas, como, por exemplo, o tributo indígena, as *penas de cámara* e outras, segundo particularidades regionais.<sup>18</sup> De sorte que o grupo mais numeroso de funcionários reais na América espanhola – incluindo muitos *gobernadores e capitanes generales*, como se poderia mostrar – eram, na realidade, e contrariamente à legislação vigente desde o século XVI, mais agentes comerciais que funcionários reais no sentido moderno. Isso apesar de que a legislação parecesse indicar que se perseguia o ideal moderno de um funcionário independente e imparcial, que deveria servir ao rei e ao bem comum, sendo que, para alcançar tais metas, seria investido com um soldo competente, e com uma série de proeminências que deveriam

revesti-lo de autoridade e facilitar-lhe manutenção decente, impedindo, ao mesmo tempo, que se mesclasse demais com a sociedade sob sua jurisdição, a fim de que fossem evitados conflitos de interesses.

Pois bem, com base nestes antecedentes presentes naquele estudo sobre a corrupção – e ao agrupar toda uma série de referências gerais ao fenômeno da corrupção, procedentes de fontes distintas (como relações de mando de vice-reis, descrições de viajantes, notícias diárias que então começavam a ser publicadas, em meados do século XVII, e condenações que resultaram de toda uma série de visitas gerais etc.), tentou-se demonstrar que as práticas ilegais dos funcionários na América, e não somente daqueles acima mencionados, mas também daqueles ao longo da hierarquia administrativa, incluindo os próprios vice-reis, não eram somente um abuso mais ou menos frequente, mas, mais adequadamente, a norma. E isto a tal ponto que se considerava digno de ser mencionado quando da morte de um funcionário sendo pobre. Como causa desta situação, aduziu-se não somente o fato de que os funcionários chegavam a seus destinos economicamente exaustos, inclusive frequentemente endividados, mas também o fato de que, por si mesmos, à América somente iam aqueles que pretendiam melhorar de sorte e não encontravam o modo de fazê-lo na Península, onde lhes faltavam os meios de acomodar-se ou de avançar na carreira. Junto a estes, pretendiam cargos sobretudo indivíduos que já estavam assentados na América e buscavam consolidar sua posição social adquirida, como bem claramente se pode captar por meio dos memoriais dos pretendentes e de suas folhas de serviço a partir mais ou menos do início do século XVII. Desta maneira, os funcionários na América formavam um corpo unido por interesses comuns de avançar econômica e/ou socialmente, e, para este fim, era preciso chegar não somente a acordos com a sociedade colonial, mas também aliar-se eventualmente a esta para afiançar a posição e conseguir alcançar os objetivos.

Dáí resultou também a necessidade de ceder para a sociedade colonial, ou ao menos para determinadas capas sociais desta, uma parte de suas faculdades, ou empregá-las em favor dos interesses desta, segundo o clássico princípio “do ut des”. Este mecanismo só poderia funcionar se existissem grupos poderosos naquela sociedade que, pela política da Coroa – que estava fixada na legislação, não estavam satisfeitos em seus interesses próprios; isto é, havendo conflitos latentes de interesses entre a metrópole do império e as sociedades coloniais, uma vez que, de outra forma, não haveria motivo para entrar em negociação com os funcionários. Isso porque as normas legais previam fáceis recursos legais para que se pudesse ir contra um funcionário que, por capricho pessoal, se tivesse negado a aplicar a política das autoridades metropolitanas. Dáí se explica a aceitação social muito ampla das práticas e se conclui que a corrupção formava parte do sistema, pois cumpriu uma função política importante, ao facilitar o equilíbrio de interesses entre a metrópole e as sociedades coloniais já formadas no início do século XVII. Implicitamente, porém, por óbvio se interpretou a corrupção exclusivamente como um fenômeno político que cronologicamente funcionava assim, sem maiores perturbações, desde a existência de sociedades coloniais formadas, ou seja, desde mais ou menos início do século XVII, até a época de Carlos III. Nesse momento [séc. XVIII], com as reformas borbônicas, a Coroa começou a minar seriamente o acordo prévio, que era mais ou menos tácito, e isso o fez ao proibir o benefício de empregos, enfrentando de novo o tema das atividades econômicas dos funcionários, e ao

submeter a um controle mais vigoroso a administração americana, aumentando ao mesmo tempo a pressão fiscal mediante o estabelecimento de um aparelho burocrático e eficaz.

A partir do final da década de 1970 e início da de 1980, muitos autores desenvolveram esta interpretação da realidade política, ainda que sem condensá-la em torno do conceito de corrupção. De modo especial, os estudiosos que haviam analisado o problema das elites a partir dos anos 1970 se lançaram na sequência a investigar, com métodos prosopográficos, as relações familiares entre os grupos das elites coloniais e seu entroncamento com a burocracia colonial, buscando reconstruir, assim, as redes de influências e o tráfico de interesses, bem como os mecanismos do exercício do poder, tanto no nível horizontal (de toda uma província ou vice-reinado<sup>19</sup>), como vertical, perseguindo a interação entre os poderes locais, regionais e centrais.<sup>20</sup> Esta linha de investigação ainda perdura e segue produzindo importantes resultados, tentando construir uma “ponte” entre a época colonial e o século XIX e discutindo continuidades e rupturas através da época da independência latino-americana.<sup>21</sup>

Em termos de “corrupção”, entretanto, ainda ficam abertas muitas questões, tanto as que propusemos inicialmente, como outras mais. No marco de uma interpretação política do fenômeno, é difícil ainda julgar se a enorme quantidade de transgressões legais que observamos no século XVI – na época da conquista e no começo da colonização – pode ser qualificada como “corrupção”, já que, naquela época, o embate entre conceitos político-sociais tão distintos, em um momento caracterizado por aspectos militares e de choque de culturas, torna muito duvidosa a possibilidade de aplicação do conceito de “corrupção”. Isso porque, pelo menos teoricamente, deve-se pressupor um funcionamento administrativo regular e pacífico em uma sociedade que compartilha em grande medida os mesmos valores e normas. Por sua vez, este fenômeno se dá para a época que atribuímos a existência regular de corrupção, já que a sociedade colonial aceitou o sistema de solucionar conflitos por meio de procedimentos administrativos e legais, como se pode observar não só através dos enormes montanhas de papéis que a administração colonial produziu, mas também através de muitos testamentos, nos quais se expressa o arrependimento por comportamentos ilegais – por certo, ainda ter-se-ia que explorar de forma mais sistemática este tipo de fonte para este contexto.

Cabe até perguntar se a aceitação do novo fenômeno burocrático-legal por uma sociedade na qual as relações pessoais em linha horizontal (família estendida, compadrio, confrarias) e vertical (clientelismo, paternalismo, laços de vassalagem) eram tão importantes, somente se alcançou porque os novos mecanismos foram manejados com flexibilidade. Ao fim e ao cabo, a revolução da independência se deu porque o reformismo bourbônico arremeteu com insistência contra os grupos tradicionais que detinham o poder, e contra toda classe de oligopólios baseados, em grande medida, em tais relações pessoais. Também parece difícil aplicar o conceito de corrupção aos anos imediatamente anteriores aos movimentos de emancipação, porque aí o conflito entre sociedades coloniais e metrópole se estava desenvolvendo com tal intensidade que apenas se poderá falar de um consenso social ou político mais amplo dentro desta problemática. Ainda que isso seja curioso para muitos, há que se afirmar também que houve muito pouco estudo de forma sistemática da política da Coroa ante as Índias – a não ser em aspectos parciais, como o econômico, fis-

cal, social, eclesiástico etc., – sem muita forma coerente, que permita reconhecer as ideias diretrizes que guiaram a política de cada momento. Isto é tanto mais grave quanto se atente a que existem fortes indícios de que houve mudanças notáveis nesse sentido já antes da época bourbônica. Claro que um estudo tal não se pode realizar baseando-se somente nos grandes textos legais, ou nos tratadistas; antes, deve-se estudar a problemática através do trabalho legislativo dos órgãos centrais e dos expedientes que resultam de sua aplicação em períodos mais curtos, combinando-se com a análise dos distintos setores da política. Também se teria que aprofundar muito no estudo dos distintos tipos de corrupção presentes nos diferentes níveis da administração.

À primeira vista, encontram-se as formas clássicas: nepotismo, tráfico de influências, suborno, fraude contra a legislação, pagamentos em efetivo – em quantidades que vão desde “presentes” com a finalidade de “acelerar os trâmites”, até o pagamento de valores que determinam o andamento das coisas – sendo que as partes oponentes empregavam, com frequência, o mesmo procedimento, como sequestro de papéis, certificados notariais falsos, métodos extorsivos de toda classe etc. Contudo, seria importante aprofundar mais no estudo das práticas corruptas, tanto no tempo, como nas hierarquias administrativas. Neste contexto, o trabalho publicado recentemente por Tamar Herzog significa um grande passo adiante.<sup>22</sup> Seria importante também poder comparar a situação, relativamente a essas questões, na Península e na América. Há indícios de que várias formas de corrupção eram mais frequentes na América que na metrópole, e é de se perguntar até que ponto o fator distância influi, bem como, no caso da América, a situação colonial que, pelo menos no século XVIII, é cada vez mais claramente expressada por funcionários metropolitanos e ressentida por grupos sociais na América.

#### 4. OS CENÁRIOS ÚLTIMOS DA HISTORIOGRAFIA

Após esse cenário, no fim dos anos 1970 e começo dos anos 1980, o debate sobre a corrupção na América definiu. Voltamos ao tema com um trabalho publicado<sup>23</sup> em 1987, no qual se insistiu sobre os problemas do exercício do poder em uma sociedade caracterizada pela coexistência de mentalidades distintas, isto é, de coexistência de sistemas de valores diferentes que se manejavam alternativamente, segundo os interesses do grupo ou do indivíduo, como se pode observar nas sociedades coloniais do século XVIII, fenômeno que complica de maneira séria a análise do fenômeno da corrupção, porque contribui para relativizar excessivamente os padrões para julgar o fenômeno.

Posteriormente, o historiador argentino Eduardo Saguier se dedicou a analisar a corrupção em vários estudos.<sup>24</sup> Caracterizou de “revisionista” a posição que adotamos, junto com outros autores, ao interpretar a corrupção na forma acima esboçada. Ele aplica uma definição mais restrita de corrupção, qual seja, a de interpretá-la especialmente como uma fraude nos fundos públicos, que chegaria a desconcertar o povo, promovendo não somente um espírito revolucionário no fim da época bourbônica, mas também o surgimento de uma burguesia comercial e financeira. Porém, esquece o autor a importante função de crédito – clandestina e ilegal, por certo – que, neste contexto, a *Real Hacienda* exerceu, por escassez de instituições creditícias em uma época na qual a escassez de metal limitava o crescimento econômico. Além de se limitar em seus estudos ao setor da *Real Hacienda*, também em-

prega categorias marxistas já fora de moda. Contudo, em suas interpretações se descobre também um dilema mais fundo no estudo destes temas: referimo-nos à perspectiva de cada autor. Os autores que Saguier qualifica de “revisionistas”, geralmente adotam a perspectiva do Império espanhol e se preocupam pelos mecanismos de seu funcionamento ou de sua desintegração; em outros termos, são essencialmente historiadores da época moderna. O autor referido, como outros que, de forma direta ou indireta, se aproximam do tema, tem mais uma perspectiva regional ou latino-americana. Partem de uma contradição de interesses fundamental entre a Península e a sociedades coloniais, e vem nesta as raízes da América Latina moderna; ou seja, no fundo, lhes interessam as origens dos problemas da América Latina contemporânea. Frequentemente, une-se a esta postura também uma espécie de sentimento “nacionalista” que induz a uma sobrevalorização positiva das particularidades latino-americanas e um tendencial descrédito da política da metrópole. Esta postura pode ser observada com especial clareza em trabalhos sobre as reformas borbônicas que autores como Saguier qualificam de colonialistas, ao menosprezarem o enfoque de se criar “um corpo unido de nação”, constituído por peninsulares e hispano-americanos desta política – mas que também era importante naquela época. Uma excessiva politização em torno desta época e dos problemas que lhe são próprios tem dificultado até agora o estudo sério, equilibrado e amplo daquela política. De similar conflituosidade é, desde logo, o estudo da corrupção não só na América espanhola, mas também na Península, sempre que se adota uma perspectiva ampla e com afã de comparação.

## 5. CONCLUSÃO

Os estudos sobre as lutas de poder na sociedades hispano-americanas da época colonial, que se publicaram ultimamente, deixam ver com bastante clareza a enorme conflituosidade nestas sociedades.<sup>25</sup> Frente a isto, resulta duvidoso, por um lado, que o conceito de corrupção seja uma categoria útil para sua análise, dada a inevitável necessidade de se explicar o alto grau de sua tolerância social, e, por outro lado, este conceito permite ver até que grau, ainda na atualidade, seu estudo faz surgir ressentimentos ou rápidas generalizações que pretendem estabelecer continuidades de longo alcance até a atualidade.<sup>26</sup>

## 6. NOTAS

1. Ver, por exemplo: MARAVALL, José Antonio. **Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)**. 2 v. Madrid: 1972; KAGAN, Richard L. **Students and Society in Early Modern Spain**. Baltimore/London: 1974; KAGAN, Richard L. **Lawsuits and Litigants in Castile, 1500–1700**. Chapel Hill, N. C.: 1981; DE LAS HERAS SANTOS, José Luis. **La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla**. Salamanca: 1991. Não se deve esquecer a série de estudos conhecidos dos últimos anos sobre os Conselhos reais.

2. MURO OREJÓN, Antonio; PÉREZ-EMBED, Florentino; MORALES PADRÓN, Francisco (ed.). **Pleitos colombinos, vols I-IV y VIII**. Sevilla: 1964-1989 (únicos vols. publicados até agora). A maneira de pensar de grande parte dos conquistadores se reflete também no levantamento de Gonzalo Pizarro no Peru, cf. LOHMAN VILLENA, Guillermo. **Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro**. Valladolid: 1977; também: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. **Don Pedro de la Gasca**: Su obra política en España y América. Lima: 1989; PIETSCHMANN, Horst. Estado y conquistadores: las capitulaciones. **Historia** (Santiago/Chile), v. 22, p. 249-262, 1987.

3. Cf. SCHMIDT, Peer. Neoestoicismo y disciplinamiento social en Iberoamérica colonial. In: ROSE, Sonia V.; KOHUT, Karl. **Pensamiento europeo y cultura colonial**. Madrid: Iberoamericana Vervuert, 1997. p. 181-204; SCHMIDT, Peer. **Das spanische Selbststellung in Büchern**. Habilitation, Fakultät für Geschichts- und Gesellschaftswissenschaften. Katholische Universität Eichstätt, 1997.

4. BOVADILLA, Castillo de. **Política para Corregidores y Señores de Vasallos...** Edición Facsímil. Madrid: 1978.

5. Para a legislação de Carlos V, cf. "Römischer Kaiserlicher Majestät Ordnung uns Reformation guter Policey, im Heiligen Römischen Reich, zu Augsburg Anno 1530 ausgereicht". In: **Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede...** v. II. [Reimpressão da edição de Frankfurt, 1747]. Osnabrück: 1967. p. 332-335; "Römischer Kaiserlicher Majestät Ordnung und Reformation guter Policey, zu Beförderung des gemeinen Nutzens auf dem Reichs-Tag zu Augsburg, Anno Domini 1548". In: *ibidem*. vol. II. p. 587-606. Ainda que tratando-se de legislação em Cortes, os ordenamentos emanados das Cortes de Castela do séc. XVI ocasionalmente regulam tais aspectos da vida social.

6. Sobre o debate em torno da imposição de disciplina social, cf. por exemplo: SCHULZE, Winfried. Gerhard Oestreichs Begriff 'Sozialdisziplinierung in der frühen Neuzeit'. **Zeitschrift für historische Forschung**, v. 14, p. 265-302, 1987.

7. Cfr. ELIAS, Norbert. **Über den Prozess der Zivilisation**: Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen. 2 v. Frankfurt am Main: 1976.

8. PARRY, J. H. **The Sale of Public Office in the Spanish Indies under the Hapsburgs**. Berkeley/Los Angeles: 1953; a bibliografia mais recente sobre a venda e o benefício de empregos é apresentada amplamente em: MURO ROMERO, Fernando. El beneficio de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes. **Anuario Histórico-jurídico Ecuatoriano**, Quito, v. V, p. 313 et seq., 1980.

9. BURKHOLDER, Mark A.; CHANDLER, David S. **From Impotence to Authority**: The Spanish Crown and The American Audiencias, 1687-1808. New York: 1977. Vale lembrar que esses autores publicaram posteriormente outros trabalhos sobre esta temática, provando que através do benefício dos ofícios penetraram muitos *criollos* na alta judicatura, permitindo assim a defesa dos interesses destes através dos tribunais. Cf. Também: LOHMANN VILLENA, Guillermo. **Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821)**: Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente. Sevilla: 1974; SUÁREZ, Santiago Gerardo. **Las reales audiencias indianas**: Fuentes y bibliografía. Caracas: 1989.

10. CHAUNU, Pierre ; CHAUNU, Huguette. **Séville et l'Atlantique**. v. 11. Paris: 1955-1959.

11. A única exceção nos estudos sobre o comércio com a América é o caso do holandês Jacob van Klaveren (VAN KLAVEREN, Jacob. **Europäische Wirtschaftsgeschichte Spaniens im 16. und 17. Jahrhundert**. Stuttgart: 1960), que tratou em um capítulo de seu livro o fenômeno da corrupção no comércio *indiano*, destacando seu caráter de sistema. Contudo, seu trabalho, por ter sido publicado somente em alemão, não teve nenhuma repercussão na historiografia internacional.

12. PHELAN, John L. **The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century**: Bureaucratic Politics in the Spanish Empire. Madison: 1967; PHELAN, John L. Authority and flexibility in the Spanish imperial bureaucracy. **Administrative Science Quarterly**, v. 5, 1960; SARFATTI, Magali. **Spanish Bureaucratic Patrimonialism**. Berkeley: 1966. Como precursor, foi importante também: VICENS VIVES, Jaime. Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII. In: VICENS VIVES, Jaime. **Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España**. Barcelona: 1968.

13. Cf. por exemplo: SOCOLOW, Susan Migden. **The Bureaucrats of Buenos Aires, 1769-1810**: Amor al real servicio. Durham, N.C.: 1987; ARNOLD, Linda J. **Bureaucracy and Bureaucrats in Mexico City, 1742-1835**. Tucson, Arizona: 1988 (como tese doutoral, já em 1982).

14. PIETSCHMANN, Horst. Burocracia y corrupción en Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa. **Nova Americana**, Torino, v. 5, p. 11-37, 1982 (teve publicação como capítulo do livro: PIETS-

CHMANN, Horst. **El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América.** México: 1989) [Nota de tradução: este texto já recebeu tradução para a língua portuguesa, sob nossos cuidados – PIETSCHMANN, Horst. Burocracia e corrupção na América hispano-colonial: uma tentativa de aproximação. Tradução de Denis Guilherme Rolla e Alfredo de J. Flores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 50, p. 21-53, dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.129193>]; ANDRIEN, Kenneth. Corruption, inefficiency, and Imperial decline in the seventeenth century viceroyalty of Peru. **The Americas**, 41, p. 01-20, 1984. Um pouco antes, alguns historiadores dedicados ao comércio transatlântico e ao estudo da economia haviam introduzido a “fraude fiscal” como aspecto inerente ao sistema, retomando a linha de von Klaveren.

15. PIETSCHMANN, Horst. Alcaldes mayores, Corregidores und Subdelegados. Zum Problem der Distriktsbeamtschaft im Vizekönigreich Neuspanien. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, Köln-Wien, v. 9, p. 173-270, 1972 – cf. especialmente o apêndice que registra os benefícios dos cargos e a hierarquia atribuída a cada jurisdição (p. 239 et seq.).

16. Cfr. Nota 18.

17. Cf. PIETSCHMANN, Horst. Actores locales y poder central: la herencia colonial y el caso de México. **Relaciones**, v. XIX, n. 73, p. 51-83, inverno 1998. Esse trabalho foi apresentado no Simpósio “*Nation-Building in Latin America: Conflict Between local power and national power and national power in the nineteenth century*”, que ocorreu em abril 1995 na Universidade de Leiden/Países Baixos.

18. Cf. PIETSCHMANN, Horst. Der Repartimiento-Handel der Distriktsbeamten im Raum Puebla-Tlaxcala im 18 Jahrhundert. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, v. 10, p. 236-250, 1973; PIETSCHMANN, Horst. Dependencia-Theorie in Kolonialgeschichte. Das Beispiel des Warenhandels der Distriktsbeamten in kolonialen Hispano-Amerika. In: PUHLE, Hans-Jürgen. **Lateinamerika: Historische Realität und Dependencia-Theorien.** Hamburg: Hoffmann und Campe, 1977. p. 147-167; PIETSCHMANN, Horst. El comercio de repartimientos de los alcaldes mayores y corregidores en la región de Puebla-Tlaxcala en el siglo XVIII. In: **Simposio Hispanoamericano de Indigenismo Histórico: Terceras Jornadas Americanistas de la Universidad de Valladolid – Estudios sobre política indigenista española en América.** v. III. Valladolid: 1977. p. 147-153; PIETSCHMANN, Horst. Geld und Kredit in der Wirtschaft des spätkolonialen Mexiko (1750-1810). In: **Wirtschaft, Gesellschaft, Unternehmen. Festschrift für Hans Pohl zum 60. Geburtstag.** Ed. Wilfred Feldenkirchen, Frauke Schöner-Röhlk und Günther Schulz. Stuttgart 1995. p. 281-302. [Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Beiheft 120 a.].

19. Cf. por exemplo o trabalho: TOVAR PINZÓN, Hermes. El estado colonial frente al poder local y regional. **Nova Americana**, Torino, p. 39-77, 1982 (especialmente o quadro da p. 51).

20. Cf. meu trabalho citado na nota 17, onde se resume o desenvolvimento da investigação e se cita profusamente a bibliografia.

21. Cf. por exemplo: ANNINO, Antonio; CASTRO LEIVA, Luis; GUERRA, François-Xavier (ed.). **De los Imperios a las Naciones: Iberoamérica.** Zaragoza: 1994.

22. HERZOG, Tamar. **La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750).** Madrid: 1995. Registro que não tive acesso aos trabalhos que se apresentaram em dezembro de 1995 a um simpósio sobre “Corrupção e sociedade no México”, na Universidade de Chicago, onde Lima Arnold falou sobre “Corporate Society, Corporate Corruption: Resisting Subordination and the Abuse of Power”.

23. PIETSCHMANN, Horst. Estado colonial y mentalidad social: el ejercicio del poder frente a distintos sistemas de valores – siglo XVIII. In: ANNINO, Antonio; CAMAGNANI, Marcello *et alii* (org.). **América Latina: Dallo Stato coloniale allo Stato nazione (1750-1940).** v. 2. Milano: 1987. p. 427-447.

24. SAGUIER, Eduardo. La corrupción administrativa como mecanismo de acumulación: El caso del situado asignado a Buenos Aires por las cajas reales de Potosí en el siglo XVIII. **Historia**, Santiago (Chi-

le), v. 24, p. 287-317, 1989; SAGUIER, Eduardo. La corrupción de la burocracia colonial borbónica y los orígenes del federalismo: El caso del virreinato del Río de la Plata. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, v. 29, p. 149-127, 1992.

25. Cf. por exemplo: LAVALLE, Bernard. **Le marquis et le marchand**: Les luttes de pouvoir au Cuzco (1700-1730). Paris: 1987.

26. Pude observar esta forma de generalizar quando a revista mexicana *Siempre* publicou em 1984 meu artigo sobre a corrupção, citado em nota 14, com o subtítulo não autorizado: Crónica de una mexicanización anunciada. Cf.: **La cultura en México** – Suplemento cultural da revista *Siempre*, México D. F., n. 1170 e 1171, 4 e 11 de julho de 1984, p. 63-66; 52-54.

## REFERÊNCIAS

ANDRIEN, Kenneth. Corruption, inefficiency, and Imperial decline in the seventeenth century viceroyalty of Peru. **The Americas**, 41, p. 01-20, 1984.

ANNINO, Antonio; CASTRO LEIVA, Luis; GUERRA, François-Xavier (ed.). **De los Imperios a las Naciones**: Iberoamérica. Zaragoza: 1994.

ARNOLD, Linda J. **Bureaucracy and Bureaucrats in Mexico City, 1742-1835**. Tucson, Arizona: 1988

BOVADILLA, Castillo de. **Política para Corregidores y Señores de Vasallos...** Edición Facsimil. Madrid: 1978.

BURKHOLDER, Mark A.; CHANDLER, David S. **From Impotence to Authority**: The Spanish Crown and The American Audiencias, 1687-1808. New York: 1977.

CHAUNU, Pierre ; CHAUNU, Huguette. **Séville et l'Atlantique**. 11 v. Paris: 1955-1959.

DE LAS HERAS SANTOS, José Luis. **La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla**. Salamanca: 1991.

ELIAS, Norbert. **Über den Prozess der Zivilisation**: Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen. 2 v. Frankfurt am Main: 1976.

HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. **Don Pedro de la Gasca**: Su obra política en España y América. Lima: 1989.

HERZOG, Tamar. **La administración como un fenómeno social**: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750). Madrid: 1995.

KAGAN, Richard L. **Lawsuits and Litigants in Castile, 1500–1700**. Chapel Hill, N. C.: 1981.

KAGAN, Richard L. **Students and Society in Early Modern Spain**. Baltimore/London: 1974.

LAVALLE, Bernard. **Le marquis et le marchand**: Les luttes de pouvoir au Cuzco (1700-1730). Paris: 1987.

LOHMAN VILLENA, Guillermo. **Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro**. Valladolid: 1977.

LOHMANN VILLENLA, Guillermo. **Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821)**: Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente. Sevilla: 1974.

MARAVALL, José Antonio. **Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)**. 2 v. Madrid: 1972.

MURO OREJÓN, Antonio; PÉREZ-EMBED, Florentino; MORALES PADRÓN, Francisco (ed.). **Pleitos colombinos, vols I-IV y VIII**. Sevilla: 1964-1989.

MURO ROMERO, Fernando. El beneficio de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes. **Anuario Histórico-jurídico Ecuatoriano**, Quito, vol. V, p. 313 et seq., 1980.

PARRY, J. H. **The Sale of Public Office in the Spanish Indies under the Hapsburgs**. Berkeley/Los Angeles: 1953.

PHELAN, John L. Authority and flexibility in the Spanish imperial bureaucracy. **Administrative Science Quarterly**, v. 5, 1960.

PHELAN, John L. **The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century**: Bureaucratic Politics in the Spanish Empire. Madison: 1967.

PIETSCHMANN, Horst. Actores locales y poder central: la herencia colonial y el caso de México. **Relaciones**, v. XIX, n. 73, p. 51-83, inverno 1998.

PIETSCHMANN, Horst. Alcaldes mayores, Corregidores und Subdelegados. Zum Problem der Distriktsbeamenschaft im Vizekönigreich Neuspanien. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, Köln-Wien, v. 9, p. 173-270, 1972.

PIETSCHMANN, Horst. Burocracia y corrupción en Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa. **Nova Americana**, Torino, v. 5, p. 11-37, 1982.

PIETSCHMANN, Horst. Burocracia y corrupción en Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa. *In*: PIETSCHMANN, Horst. **El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América**. México: 1989.

PIETSCHMANN, Horst. Burocracia y corrupción en Hispanoamérica colonial. Una aproximación tentativa. **La cultura en México** – Suplemento cultural da revista Siempre, México D. F., n. 1170 e 1171, 4 e 11 de julho de 1984, p. 63-66; 52-54.

PIETSCHMANN, Horst. Dependencia-Theorie in Kolonialgeschichte. Das Beispiel des Warenhandels der Distriktsbeamten in kolonialen Hispano-Amerika. *In*: PUHLE, Hans-Jürgen. **Lateinamerika: Historische Realität und Dependencia-Theorien**. Hamburg: Hoffmann und Campe, 1977. p. 147-167.

PIETSCHMANN, Horst. Der Repartimiento-Handel der Distriktsbeamten im Raum Puebla-Tlaxcala im 18. Jahrhundert. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, v. 10, p. 236-250, 1973.

PIETSCHMANN, Horst. El comercio de repartimientos de los alcaldes mayores y corregidores en la región de Puebla-Tlaxcala en el siglo XVIII. *In*: **Simposio Hispanoamericano de Indigenismo Histórico: Terceras Jornadas Americanistas de la Universidad de Valladolid – Estudios sobre política indigenista española en América**. v. III. Valladolid: 1977. p. 147-153.

PIETSCHMANN, Horst. Estado colonial y mentalidad social: el ejercicio del poder frente a distintos sistemas de valores – siglo XVIII. In: ANNINO, Antonio; CAMAGNANI, Marcello et alii (org.). **América Latina: Dallo Stato coloniale allo Stato nazione (1750-1940)**. v. 2. Milano: 1987. p. 427-447.

PIETSCHMANN, Horst. Estado y conquistadores: las capitulaciones. **Historia** (Santiago/Chile), v. 22, p. 249-262, 1987.

PIETSCHMANN, Horst. Geld und Kredit in der Wirtschaft des spätkolonialen Mexiko (1750-1810). In: **Wirtschaft, Gesellschaft, Unternehmen. Festschrift für Hans Pohl zum 60. Geburtstag**. Ed. Wilfred Feldenkirchen, Frauke Schönert-Röhlk und Günther Schulz. Stuttgart 1995. p. 281-302. [Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Beiheft 120 a.].

"Römischer Kaiserlicher Majestät Ordnung uns Reformation guter Policey, im Heiligen Römischen Reich, zu Augsburg Anno 1530 ausgereicht". In: **Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede...** v. II. [Reimpressão da edição de Frankfurt, 1747]. Osnabrück: 1967. p. 332-335.

"Römischer Kaiserlicher Majestät Ordnung und Reformation guter Policey, zu Beförderung des gemeinen Nutzens auf dem Reichs-Tag zu Augsburg, Anno Domini 1548". In: **Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede...** v. II. [Reimpressão da edição de Frankfurt, 1747]. Osnabrück: 1967. p. 587-606.

SAGUIER, Eduardo. La corrupción administrativa como mecanismo de acumulación: El caso del situado asignado a Buenos Aires por las cajas reales de Potosí en el siglo XVIII. **Historia**, Santiago (Chile), v. 24, p. 287-317, 1989.

SAGUIER, Eduardo. La corrupción de la burocracia colonial borbónica y los orígenes del federalismo: El caso del virreinato del Río de la Plata. **Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas**, v. 29, p. 149-127, 1992.

SARFATTI, Magali. **Spanish Bureaucratic Patrimonialism**. Berkeley: 1966.

SCHMIDT, Peer. **Das spanische Selbststellung in Büchern**. Habilitation, Fakultät für Geschichts- und Gesellschaftswissenschaften. Katholische Universität Eichstätt, 1997.

SCHMIDT, Peer. Neoestoicismo y disciplinamiento social en Iberoamérica colonial. In: ROSE, Sonia V.; KOHUT, Karl. **Pensamiento europeo y cultura colonial**. Madrid: Iberoamericana Vervuert, 1997. p. 181-204.

SCHULZE, Winfried. Gerhard Oestreichs Begriff 'Sozialdisziplinierung in der frühen Neuzeit'. **Zeitschrift für historische Forschung**, v. 14, p. 265-302, 1987.

SOCOLOW, Susan Migden. **The Bureaucrats of Buenos Aires, 1769-1810: Amor al real servicio**. Durham, N.C.: 1987.

SUÁREZ, Santiago Gerardo. **Las reales audiencias indianas: Fuentes y bibliografía**. Caracas: 1989.

TOVAR PINZÓN, Hermes. El estado colonial frente al poder local y regional. **Nova Americana**, Torino, p. 39-77, 1982.

VAN KLAVEREN, Jacob. **Europäische Wirtschaftsgeschichte Spaniens im 16. und 17. Jahrhundert**. Stuttgart: 1960.

VICENS VIVES, Jaime. Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII. *In*: VICENS VIVES, Jaime. **Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España**. Barcelona: 1968.

Recebido em: 12/07/2023

Aceito em: 12/07/2023

## 200 ANOS DA CONSTITUINTE DE 23: NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

*200 years of 23 Constituent: Pre-constitutional Legal Rules*

**Marcus Vinicius Martins Antunes**

Mestre, Doutor e Pós-Doutor em Direito (RS, Brasil). Foi professor Adjunto de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, titular na Pontifícia Universidade Católica em Porto Alegre.

### Resumo

O presente artigo baseia-se em investigação feita pós-doutoramento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos anos 2016/2017. No campo do direito constitucional, versa sobre a existência de sucessivos atos, quase todos escritos, normativos, no período dos anos 1821/ 1823, que antecedem a convocação da assembleia constituinte de 1823, e posteriores à sua reunião e dissolução, até a outorga da Constituição de 1824. O objetivo era confirmar a existência de normas pré-constitucionais, estudadas em publicação anterior, capazes de pré-conformar o exercício do poder constituinte pela assembleia, e mesmo no ato formal de outorga da Constituição. Foi feita pesquisa primária de documentos, de bibliografia, através do método histórico-dialético. Confirma-se a hipótese inicial, com ajustes necessários. O exame dos decretos, conteúdo e circunstâncias, permite perceber uma linha de continuidade em direção ao processo de constitucionalização liberal, enquanto a linha de acesso à soberania nacional é elíptica, recua e avança, numa segunda etapa. O texto da constituição de 1824 é virtualmente a consolidação de tudo que se construiu no período entre fevereiro de 1821 a março de 1824.

**Palavras-chave:** Brasil. Independência. Assembleia Constituinte, Constituição de 1824. Normas Pré-Constitucionais.

### Abstract

This article is based on post-doctoral research at the Federal University of Rio Grande do Sul, in the years 2016/2017. In the field of constitutional law, it deals with the existence of successive acts, almost all them written, normative, in the period of the years 1821/1823, which precede the convening of the constituent assembly of 1823, and subsequent to its meeting and dissolution, until the bestow of the Constitution of 1824. The objective was to confirm the existence of pre-constitutional norms, studied in a previous publication, capable of pre-conforming the exercise of constituent power by the assembly, and even in the formal act of bestowing the Constitution. A primary research of documents, bibliography, was carried out through the historical-dialectical method. The initial hypothesis is confirmed, with necessary adjustments. The examination of the decrees, content and circumstances, allows us to perceive a line of continuity towards the process of liberal constitutionalization, while the line of access to national sovereignty is elliptical, recedes and advances, in a second stage. The text of the 1824 constitution is virtually the consolidation of everything that was built in the period between February 1821 and March 1824.

**Keywords:** Brazil. Independence. Constituent Assembly, Constitution of 1824. Pre-Constitutional Legal Rules.

### Sumário

**1. Introdução;** **2. Antecedentes;** **3. Os Atos e os Decretos;** 3.1 O Decreto de 18 de fevereiro de 1821; 3.2 O decreto de 24 de fevereiro de 1821; 3.3 O decreto de 7 de março de 1821; 3.4 Os decretos de 21 e 22 de abril 1821; 3.5 O decreto de 8 de junho de 1821; 3.6 O Decreto de 3 de junho de 1822 - ato convocatório de eleição da assembleia constituinte; 3.7 A declaração de independência, em 7 de setembro de 1822; **4. Ato de Aclamação de Pedro como Imperador e os Atos Sucessores;** 4.1 O discurso de D. Pedro I, em 3 de maio de 1823, de abertura da assembleia; 4.2 O ato de juramento dos deputados constituintes; 4.3 O decreto de dissolução da constituinte, de 12 de novembro e a proclamação de 13 de novembro de 1823; 4.4 O ato de outorga da constituição de 25 de março de 1824; **5. Conclusão; Referências**

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho baseia-se em investigação feita pós-doutoramento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos anos 2016/2017. Diversas notas que ilustrariam o texto foram suprimidas para adaptar-se às regras de publicação. Abrange um período de pouco mais de três anos, que vai de 26 de fevereiro de 1821 até 25 de março de 1824, na história constitucional, em que o Brasil era formalmente Reino Unido a Portugal e Algarves, e depois estado independente. A periodização é feita com base, portanto, em fenômenos jurídicos. Mas tem como referência e centro a questão da soberania, como categoria política, a declaração de independência, como fato histórico e político, e a posterior outorga da carta de 25 de março de 1824, por D. Pedro I. Abre-se sob a reinado de D. João VI, às vésperas da partida para Lisboa, e continua, a partir de abril, sob a regência de D. Pedro.

É um período jurídico instável, e até certo ponto imprevisível, que acompanha a instabilidade política, como se verá. Mas a hegemonia e a legitimidade monárquica e dinástica não se perdem e não se veem seriamente ameaçadas. O estudo, naturalmente, não está alheio às peculiaridades do Brasil, única monarquia na América, se desconsiderado o Canadá. E centro, de fato, dessa monarquia, em detrimento da metrópole portuguesa, durante os treze anos de permanência de D. João VI entre nós. E ainda estado soberano fundado por integrante da mesma dinastia reinante durante o período colonial.

As expressões constitucional ou constitucionais devem ser lidas como forma e como conteúdo, próprios da época: texto e forma escrita, com um conjunto de direitos individuais – entre eles a propriedade, o direito de ir e vir e de manifestar - e limitação do poder, pela fórmula da separação em órgãos autônomos, e das eleições pelo povo detentor de direitos políticos. O modelo inglês é exceção, quanto à forma. Era algo restrito a alguns poucos países da Europa, bem como à América do Norte, considerando certo grau de maturidade. Constitucionalismo e liberalismo se confundiam, em boa medida. Na península ibérica, a Constituição de Cádiz, de 1812, restaurada em 1820, inspira-se na francesa, de 1791, sobretudo, e foi a grande fonte imediata de inspiração em Portugal, logo a seguir A América do Sul e a Central, tropegamente, ensaiavam seus passos nessa direção.

O trabalho identificou um total de 3 atos e 11 decretos, de natureza constitucional, *lato sensu*, ou seja, em sentido formal ou material. Eles possuem graus distintos de importância, mas permitem discernir uma linha evolutiva, elíptica, às vezes, mas significativa. A declaração de independência, por certo, está no ponto mais alto, bem como a outorga da constituição, em 1824. Mas não se teriam constituído sem os atos e decretos anteriores. As normas e atos envolvem a passagem – problemática, instável - do regime monárquico absoluto, ou semi-absoluto, para o regime contemporâneo aberto pela Holanda, Inglaterra, Estados Unidos e França, na sucessão de revoluções burguesas. Juridicamente, os atos e decretos são, a um só tempo, constitucionais e pré-constitucionais, como explico adiante. Haverá talvez um ou outro que pudesse figurar na lista, creio que sem relevância.

Do ponto de vista da efetividade, a constitucionalização não se vê alheia a sérias dificuldades, decorrentes da escassez populacional, das estruturas políticas, econômicas e sociais do país, da precariedade cívica. Os interiores do país são algo bastante diferente do

Rio de Janeiro e mesmo das capitais provinciais. A manutenção e a continuidade da escravidão são o sintoma mais claro da contradição entre o texto liberal e a realidade.

A constitucionalização no Brasil se dá, por outro lado, em paralelo com a constitucionalização e os decretos das Cortes em Lisboa, decorrentes da Revolução do Porto, que anunciavam medidas tendentes à recolonização. Nesse período, Lisboa edita as Bases da Constituição para o Reino, em março de 1822, e depois o texto da Constituição em 23 de setembro de 1822, mantendo o Reino Unido tal como antes. A declaração de independência no Brasil fora feita em 7 de setembro, poucos dias antes. Era, de parte de Lisboa, um sinal do não reconhecimento, e mesmo, talvez, de certo desconhecimento do que aqui se passava. Finalmente, é de considerar que se dá a restauração absolutista em Portugal, em maio de 1823, chefiada por D. Miguel. Conforme Arinos (2003), D. João, que fizera ardentes proclamações contra o movimento, a ele adere, no dia 30, deslocando-se de Lisboa para Vila Franca, o que possivelmente terá facilitado a decisão de dissolução da assembleia constituinte no Brasil, no mesmo ano, por D. Pedro.

O trabalho valeu-se para isso das fontes primárias, como os próprios textos ou discursos, constantes em repositórios oficiais, que estão postos na íntegra, ao final do trabalho. De outro lado, a bibliografia levantada e consultada é preponderantemente histórica e, logo depois, constitucional. Algumas delas referem problemas de natureza econômica, ou cultural, ou mesmo antropológica. Mas a organização das conclusões do trabalho traz implícita uma concepção pela qual esses elementos não podem estar dissociados. Eles costumam formar a “síntese das múltiplas determinações”, explicativas das escolhas e dos fatos que ocorrem à revelia da vontade.

A escolha do tema decorre da experiência de cátedra do autor, bem como de seu interesse pela teoria do poder constituinte, expresso em duas obras, e inúmeros artigos e participações em palestras e debates. Esse interesse está ligado intimamente ao interesse pela política e pela ciência política, pensados também em associação íntima com o direito. O trabalho pensa na atualidade também, ao pensar o passado incorporado à história.

Valho-me de um estudo anterior, publicado como tese de doutoramento e como livro (Antunes, 2010), que identificou as “normas pré-constitucionais”, como elementos jurídicos/políticos, e como categoria analítica valiosa para explicar o processo de criação e formação das constituições escritas, que não se dá por auto-poiese. Essas normas predeterminam, em geral, a atuação do poder constituinte formal – assembleia, e, em menor medida, o ato unilateral de outorga. No caso do Brasil, verificou-se uma assimilação bastante nítida da obra de progressiva de constitucionalização pelo texto da primeira constituição do Brasil autônomo, como se fosse um processo cumulativo.

A expressão atos, aqui utilizada, não se restringe ao sentido jurídico, de ato administrativo ou político, emanado da vontade do estado. Compreende atos políticos, mesmo não formais, mesmo não escritos, como o da Aclamação de D. Pedro, em praça pública, em que, de fato, ou de modo mais simbólico do que real, a população, ou o povo, declaram sua vontade em direção ao estado, isto é, constituem uma situação política nova, expressando legitimação. A expressão norma, por sua vez, possui sentido jurídico, e designa a

manifestação de vontade estatal, formal, de caráter geral e abstrato. Os decretos estudados são atos normativos, declarativos de vontade estatal.

A análise destes atos e normas indica uma trajetória oscilante, em torno da questão da soberania, mas que conserva e mantém a hegemonia monárquica e dinástica dos Bragança, que não se vê seriamente ameaçada. Constitucionalizar, neste caso, será sempre por na ordem do dia a questão da soberania, tanto popular, ou nacional, quanto estatal, num estado de tensão permanente. A questão nacional já estava em processo de solução nas Américas. Faltava o Brasil.

## 2. ANTECEDENTES

Em 1820, chegam a Portugal, sob tutela da armada inglesa, os soprois liberais da restauração da Constituição espanhola de Cádiz, e, com ela, as aragens francesas, para constitucionalizar e limitar o poder. A Revolução do Porto se dá em agosto, valendo-se inclusive da vinda do governador de fato, Marechal William Beresford, ao Brasil, para pedir mais poderes ao monarca. Convocam-se então eleições para a assembleia constituinte, que se realizam em dezembro e a reunião das Cortes Constituintes ocorre a partir de janeiro de 1821, em Lisboa, que aderira em setembro do ano anterior. O processo constituinte altera as relações Lisboa-Rio de Janeiro. A primeira pretende retomar o centro e emitir ordens.

No Brasil, já havia os precedentes de constitucionalização aqui, com as insurreições regionais, como de Recife, em 1817, para a qual Antonio Carlos havia enviado um projeto de Constituição considerado avançado. No mesmo ano, em Portugal, houve um levante, chefiado por Gomes Freire de Andrade, rapidamente debelado, com propósitos semelhantes. Já desde 1815 havia movimentos para recuperar Lisboa como centro da Corte, e crescentes sinais de impaciência com sua permanência no Brasil. No Brasil, com o surgimento da Imprensa, vinda com a Corte, e sobretudo a partir da abolição da censura, em março de 1821, o clima de debates proliferara enormemente. Além disso, passaram a circular um número considerável e variável de panfletos, anônimos ou não, em língua estrangeira – francês sobretudo – e em português, propondo diversos temas da política, entre eles a emancipação. E até mesmo a república.

Como de hábito, D. João irá oscilar nesse processo, em sua ambiguidade. Com a morte da mãe, Maria I, em março de 1816, assumira o trono, com o título de D. João IV. Nega no início o processo constituinte. Varnhagen (2010), transcrevendo parecer de Tomás Antônio, em 7 de janeiro de 1821, alude a Carta Régia de 28 de outubro de 1820, em que D. João autorizava somente cortes consultivas, e não constituintes, em Lisboa. Depois, aceita, sempre que os fatos lhe batam às portas. E volta para Lisboa, em 26 de abril de 1821, atendendo à exigência das Cortes. Antes mesmo de partir, através de alguns atos e decretos, traduzirá juridicamente a evolução e a disputa política que se travavam entre o absolutismo decadente e o anti-absolutismo, liberal em geral, poucas vezes republicano, em nosso caso. Todo o processo de constitucionalização foi balizado hegemonicamente pela monarquia, pela dinastia Bragança e pela religião oficial, católica apostólica romana, que constituíram normas pré-constitucionais, implícitas ou explícitas nas relações de força e nos ajustes concertados.

O processo normativo será feito em *duas etapas*, por assim dizer: os decretos editados por D. João VI, até sua partida, em 26 de abril de 1821, dotados de considerável precariedade, e os decretos assinados pelo Regente, depois coroado Imperador, a partir daquela data, até a promulgação da Constituição de 1824, dotados, em geral, de mais consistência. A separação física de pai e filho – e possivelmente ideológica, também - já trazia em certa medida o conflito de separação entre Brasil e Portugal, ou, pelo menos, conflito por autonomia. A constitucionalização não poderia ser, naquele momento, simples constitucionalização – traria necessariamente ao debate a soberania nacional e a emancipação. E essa disputa se travava na América já quase toda emancipada, embora federada em geral, em fase experimental, sob a pressão de interesses como o da Inglaterra, pretendendo manter as vantagens conquistadas, inclusive no Brasil, com a vinda da família real para o Brasil, em 1808. E era secundada por países já importantes, como os Estados Unidos da América do Norte.

Tanto pela etapa de transição em direção à autonomia, ou soberania, visível aos olhos, quanto pela etapa prévia à adoção de uma constituição escrita, os atos e normas objeto de estudo, têm caráter até certo ponto precário, instrumental e transitório. Mas não constituem apenas a ponte que permite passar ao estado constitucional. Vão predefinindo, constituindo, de forma geral também, futuros conteúdos normativos, certos princípios fundamentais, formando a base de uma incipiente cultura jurídica, até mesmo em sentido antropológico.

Em termos jurídicos, a edição ou prática destes atos configuram, conforme nosso ponto de vista, as normas pré-constitucionais, como designei em obra aludida (Antunes, 2010), limitando, jurídica e politicamente, e de forma concreta, o exercício do poder constituinte (formal) por uma assembleia eleita, ou mesmo por ato autocrático de outorga, como ocorreu aqui. Nada se cria *ab ovo*. Fixam-se pré-condições, ou predeterminações, oriundas, justamente, da gesta, das lições e disputas do período anterior, em que se estabelece determinada hegemonia. Como se viu atrás, o núcleo estável dessa hegemonia era a monarquia e a dinastia Bragança, nunca ameaçadas seriamente, apesar de alguns atores e projetos republicanos.

### 3. OS ATOS E OS DECRETOS

Os atos e decretos se dão numa sequência cronológica de pouco mais de três anos, como se adiantou. Sua efetividade é relativa. Uma era a realidade da cidade do Rio de Janeiro, espaço onde a vida política era mais intensa e a efetividade maior. Outra, era a das províncias e seus interiores, regidos por regras distintas, locais e regionais, sob o manto dos grandes senhores de terras. Como se expôs antes, também, a constitucionalização é uma evolução quase linear, sem tropeços, no sentido de reconhecer e declarar os novos direitos liberais, formalmente ao menos. A monarquia e a dinastia não estão em causa tampouco, no nível dos atos e decretos. O campo mais agudo de disputa, entre os atos pré-constitucionais vai ser o entre recolonização, igualdade e soberania, com avanços e recuos. Até janeiro de 1822, a iniciativa e a vantagem são dos portugueses. Depois, se inverte a situação.

Entre esses atos e decretos, alguns são em “sentido fraco”, instrumentais, porque somente mediatamente predeterminam o conteúdo de futuras normas. É o caso do decreto de 18 de fevereiro de 1821, convocando procuradores para adaptar à realidade brasileira o

texto constitucional já editado em Lisboa. Outros são em “sentido forte”, como a declaração de independência, o discurso de D. Pedro na assembleia constituinte, ou mesmo o juramento por estes realizado. Neste caso, prefixam diretamente o conteúdo futuro: a soberania, a monarquia e a dinastia Bragança.

### 3.1 O DECRETO DE 18 DE FEVEREIRO DE 1821

Determina que o Príncipe Real vá a Portugal; convoca os Procuradores das Cidades e Villas do Brazil para em Junta de Côrtes se tratar das Leis Constitucionaes e crêa uma commissão encarregada de preparar os trabalhos de que se devem occupar os mesmos Procuradores.

Exigindo as circumstancias em que se acha a Monarchia justas e adequadas providencias para consolidar o Throno, e assegurar a felicidade da Nação Portuguesa, Resolvi Dar a maior prova do constante desvelo que Me anima pelo bem dos Meus Vassallos, Determinando que o Meu muito Amado e Prezado Filho D. Pedro, Príncipe Real do Reino Unido de Portugal, Brazil e Algarves, vá a Portugal munido da Autoridade e Instrucções necessarias para pôr logo em execução as medidas e providencias que Julgo convenientes, a fim de restabelecer a tranquillidade geral daquelle Reino, para ouvir as representações e queixas dos Povos, e para estabelecer as reformas e melhoramentos e as Leis que possam consolidar a Constituição Portuguesa; e tendo sempre por base, a Justiça e o bem da Monarchia, procurar a estabilidade e prosperidade do Reino Unido; devendo ser-Me transmitida pelo Príncipe Real a mesma Constituição, afim de receber, sendo por Mim Approvada, a Minha Real Sanção. Não podendo, porém, a Constituição, que, em consequencia dos mencionados Poderes, se há de estabelecer e sancionar para os Reinos de Portugal e Algarves, ser igualmente adaptavel e conveniente em todos os seus artigos e pontos essenciaes á povoação, localidade e mais circumstancias tão ponderosas como attendiveis deste Reino do Brazil, assim como ás das Ilhas e Dominios Ultramarinos que não merecem menos a Minha Real Comtemplação e Paternal Cuidado: Hei por conveniente Mandar convocar a esta Côrte os Procuradores que as Camaras das Cidades e Villas principaes, que tem Juizes Letrados, tanto do Reino do Brazil, como das Ilhas dos Açores, Madeira e Cabo Verde elegerem: E Sou outrossim Servido que ellas hajam de os escolher e nomear sem demora, para que reunidos aqui o mais promptamente que fôr possível em Junta de Côrtes com a Presidencia da pessoa que Eu Houver por bem escolher para este Logar, não sómente examinem e consultem o que dos referidos fôr adaptavel ao Reino do Brazil, mas tambem Me proponham as mais reformas, os melhoramentos, os estabelecimentos e quaesquer providencias que se entenderem outras ou uteis, ou seja, para a segurança individual e das propriedades, boa administração da Justiça e da Fazenda, augmento do Commercio, da Agricultura e Navegação, Estudos e Educação publica, ou para outros, quaesquer objectos conducentes á prosperidade e bem geral deste Reino, e dos Dominios da Corôa Portuguesa. E para accelerar estes trabalhos, e preparar as materias de que deverão occupar-se: sou tambem Servido crear desde já uma Commisção composta de pessoas residentes nesta Côrte, e por Mim nomeadas, que entrarão logo em exercicio, e continuarão com os Procuradores das Camaras que se forem apresentando, a tratar de todos os referidos objectos, para com pleno conhecimento de causa Eu os Decidir. A Mesa do Desembargo do Paço o tenha assim entendido, faça publicar e executar, passando as ordens necessarias ás Camaras, e os mais despachos e participações que precisas forem: as quaes tambem se farão aos Governos das Provincias pelas Secretarias de Estado.

Palacio do Rio de Janeiro em 18 de Fevereiro de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

Após a Revolução do Porto, com integrantes eleitos em dezembro, as Cortes Constituintes em Lisboa, a partir da reunião inicial, em janeiro de 1821, já avançam num texto, em verdade um suporte, para orientar o texto final, denominado Bases da Constituição, promulgado por decreto em 9 de março, inspirado na Constituição de Cádiz e, mediatamente, nas francesas de 1791 e 1795. Isso, como se viu, produziu reflexos importantes no Brasil,

quer sobre as tropas e autoridades pró-Portugal, quer sobre os brasileiros autonomistas ou separatistas, o “partido brasileiro”. Mais do que reflexos, era a pretensão de se impor como normas fundamentais, irradiadas a partir de Lisboa, e não mais do Rio de Janeiro. Buscando provavelmente ganhar tempo, e percebendo que não poderiam ser inteiramente aplicadas essas Bases, nem a futura constituição, D. João envia Pedro a Portugal, para observar os trabalhos. E para “*restabelecer a tranquilidade daquele Reino*”, conforme o decreto.

Ao mesmo tempo, o que é mais importante, por meio deste mesmo decreto, convoca procuradores das cidades e das vilas, para, no Rio de Janeiro, examinarem leis constitucionais adaptáveis ao Brasil, bem como para propor reformas e melhoramentos. E determina que a Constituição devesse receber sua aprovação e sanção, que não veio a acontecer depois. É a primeira vez que oficialmente se decretam normas de corte liberal no Brasil. Isso, de algum modo, constituía uma negação, tanto ao modelo francês de soberania proposto por Sieyès às assembleias, quanto à convicção de centralidade que a Corte constituinte em Lisboa possuía.

Neste momento, D. João já tinha consciência da enorme dificuldade que teria em permanecer no Brasil, que seria seu desejo, como sustentam Varnhagen e outros. Para Arinos (2003), a ideia inicial era uma assembleia ao modo dos Estados Gerais. A expressão “Junta de Cortes”, constante do decreto, parece dar amparo a esta hipótese. Antevendo dificuldades, o rei previu neste mesmo decreto a escolha de uma comissão de personalidades, para estudos preliminares, e depois a nomeou, pelo decreto de 23 de fevereiro, num total de vinte integrantes, incluídos os suplentes. O propósito de examinar as leis constitucionais feitas em Lisboa, e adaptá-las, se fosse o caso, não se concretizará. Esse decreto, de meio termo, conseguiu desagradar à maioria. Sobretudo aos comandos das tropas portuguesas, agora mais ansiosos do que antes de retornar à Pátria.

### 3.2 O DECRETO DE 24 DE FEVEREIRO DE 1821

Approva a Constituição, que se está fazendo em Portugal, recebendo-a ao Reino do Brazil e mais dominios.

Havendo Eu dado todas as providencias para lidar a Constituição que está fazendo em Lisboa com o que é conveniente ao Brazil, e tendo chegado ao Meu conhecimento que o maior bem que posso fazer aos Meus Povos é desde já approvar essa mesma Constituição, e sendo todos os Meus cuidados, como é bem constante, procurar-lhes todo o descanso, e felicidade: Hei por bem desde já approvar a Constituição, que alli se está fazendo e recebel-a no Meu Reino do Brazil, e nos mais dominios da Minha Corôa. Os Meus Ministros e Secretarios de Estado a quem este vai dirigindo o façam assim constar expedindo aos Tribunaes, e Capitães Generaes as ordens competentes. Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Fevereiro de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

O projeto de adaptar ou modificar a constituição que se fazia em Portugal não agradou às tropas portuguesas e às facções pró-Portugal, nem mesmo a setores brasileiros, insatisfeitos com a solução intermediária de D. João. Menos ainda às autoridades e aos constituintes de Lisboa. No Brasil, já se haviam levantado tropas no Pará, em 1º de janeiro, jurando fidelidade às Cortes portuguesas, na Bahia, no dia 10 de fevereiro, urdido por Cipriano Barata e alguns limitares (Lima, 1922), bem como em Montevidéu. E já existia na Corte Constituinte uma pressão recolonizadora, pretendendo instituir impostos adicionais para o

Brasil e outras medidas, como estabelecimento de relações políticas diretas entre Lisboa e as províncias brasileiras.

Assim, seis dias depois do decreto anterior, ocorre na Capital o levante da tropa auxiliadora portuguesa, que vem a se reunir no Largo do Rocio. Levante, segundo Gomes de Carvalho (2013), que teria sido articulado e inspirado nos anteriores. A tese do historiador é interessante: os brasileiros não se teriam envolvido, deixando que os portugueses liquidassem o regime, e poupando-se para batalhas futuras. E que obteve apoio ou a indiferença da população do Rio de Janeiro. Entre os primeiros, destacava-se a agitação de Duprat, estudante de origem francesa, e do padre Macamboá. Pretendiam a revogação do decreto que autorizava a convocação dos Procuradores para adaptar a constituição a criar-se em Lisboa. E exigiam mudanças no Governo, Conforme Varnhagen (2010), e o autor antes citado, o Príncipe teve conhecimento prévio das movimentações das tropas, em concerto com alguns civis portugueses, entre eles o Padre Macamboá. E lhes deu assentimento, antedatando para 24 um decreto que deveria ser de 26, e impondo-o ao pai.

De madrugada, então, D. João declara a *adoção da Constituição portuguesa*, que ainda estava em debate nas Cortes, ordenando que Pedro o lesse ao povo. Conforme Agenor de Roure (2016), isso foi feito por ele e por seu irmão D. Miguel, na Sala do Teatro do Rio de Janeiro, com a mão direita posta sobre o Livro dos Evangelhos, jurando observá-la. D. João foi buscado no Palácio, recebendo manifestações no caminho, e prestou também juramento. Isso significou o abandono, momentâneo, pelos menos, da ideia de sanção e adaptação daquela constituição.

É liberalismo, mas, ao mesmo tempo, retrocesso, movimento recolonizador, no fundo.

### 3.3 O DECRETO DE 7 DE MARÇO DE 1821

#### DECRETO DE 7 DE MARÇO DE 1821

Manda proceder á nomeação dos Deputados às Côrtes Portuguezas, dando instrucções a respeito.

Havendo Eu Proclamado no Meu Real Decreto de 24 de Fevereiro proximo passado a Constituição Geral da Monarchia, qual for deliberada, feita e accordada pelas Côrtes da Nação a esse fim extraordinariamente congregadas na Minha muito nobre e leal Cidade de Lisboa: E cumprindo que de todos os Estados deste Reino Unido concorra um proporcional numero de Deputados a completar a Representação Nacional: Hei por bem ordenar que neste Reino do Brazil e Dominios Ultramarinos se proceda desde logo á nomeação dos respectivos Deputados, na fórma das Instrucções, que para o mesmo effeito foram adoptadas no Reino de Portugal, e que com este Decreto baixam, assignadas por Ignacio da Costa Quintella, Meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino; e aos Governadores e Capitães Generaes das differentes Capitánias, se expedirão as necessarias ordens, para fazerem effectiva a partida dos ditos Deputados á custa da Minha Real Fazenda. O mesmo Ministro e Secretario de Estado o tenha assim entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em 7 de Março de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

Em Lisboa, tem-se claro o que se passa no Brasil e a ambivalência de D. João. Na data acima, D. João recebe ofício das Cortes, determinando seu regresso imediato, e lamentando a ausência de representantes do Brasil nessas Cortes. Essa ausência retratava a recalcitrância de D. João. Este, no mesmo dia, assina decreto sem número, *mandando proceder à nomeação dos deputados às Cortes portuguesas*, pelos critérios da Constituição de Cádiz:

## DECRETO DE 7 DE MARÇO DE 1821

Manda proceder á nomeação dos Deputados ás Côrtes Portuguezas, dando instruções a respeito.

Havendo Eu Proclamado no Meu Real Decreto de 24 de Fevereiro proximo passado a Constituição Geral da Monarchia, qual for deliberada, feita e accordada pelas Côrtes da Nação a esse fim extraordinariamente congregadas na Minha muito nobre e leal Cidade de Lisboa: E cumprindo que de todos os Estados deste Reino Unido concorra um proporcional numero de Deputados a completar a Representação Nacional: Hei por bem ordenar que neste Reino do Brazil e Dominios Ultramarinos se proceda desde logo á nomeação dos respectivos Deputados, na fórma das Instruções, que para o mesmo effeito foram adoptadas no Reino de Portugal, e que com este Decreto baixam, assignadas por Ignacio da Costa Quintella, Meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino; e aos Governadores e Capitães Generaes das differentes Capitánias, se expedirão as necessarias ordens, para fazerem effectiva a partida dos ditos Deputados á custa da Minha Real Fazenda. O mesmo Ministro e Secretario de Estado o tenha assim entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em 7 de Março de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

Era um complexo sistema de escolha. Segundo Armitage (2011), o povo com poderes eleitorais nomeava comissários; estes nomeariam os eleitores da Paróquia, que nomeavam os eleitores da Província. Finalmente, estes nomeavam os deputados. Os eleitores se reuniram em 21 de abril na Praça do Comércio, no Rio de Janeiro. Era um sistema distante do atual, que visava a assegurar o afastamento da massa popular das decisões efetivas.

Tal decreto predispõe a aceitação de um eleitorado bastante restrito, distante ainda daquilo que, à época, se considerava “universal”. Eleger uma categoria restrita de eleitores significou a legitimação de uma restrição constitucional futura. Esse critério censitário e excludente, ainda que modificado, irá permanecer no quadro institucional seguinte.

Conforme Varnhagen (2010), foram eleitos 66 representantes por diferentes províncias (para Armitage (2011), eram 69), tendo apenas 50 chegado a Lisboa, dentre os quais se destacavam Antonio Carlos, o padre Diogo Feijó, Nicolau de Campos Vergueiro e Gonçalves Ledo, entre outros. No início, houve certa confraternização, evitando os delegados brasileiros qualquer manifestação emancipacionista, ou negando sua existência. Com o desenrolar dos acontecimentos, passam a enfrentar quase todos enormes pressões, de parte dos constituintes portugueses, e da própria opinião pública. A constituição de Lisboa é promulgada alguns dias após a declaração de independência do Brasil. Alguns delegados brasileiros tiveram de partir antes do tempo, para a Inglaterra.

Na mesma data, D. João edita decreto, anunciando seu retorno e o da Corte à Portugal. E dispõe sobre a permanência de Pedro, como encarregado do Governo Provisório do Reino do Brazil, enquanto nele não estivesse estabelecida a “Constituição Geral da Nação”. D. João, como se verificou, tinha consciência da possibilidade, ou antes, da probabilidade da separação do Brasil, ao partir. É bem conhecida a frase do D. João, dois dias antes da partida: “Pedro, se o Brasil se separar, antes seja para ti, que me hás de respeitar, do que para algum desses aventureiros.” Essas medidas constituem mais uma concessão à antiga metrópole, mais um passo na tentativa de recolonização, de parte de Lisboa, já muito mal vista no Brasil. E fomentam no Rio de Janeiro a instabilidade.

### 3.4 OS DECRETOS DE 21 E 22 DE ABRIL 1821

Nesse quadro, as dúvidas se multiplicam e a disputa se acirra. O decreto de 7 de março jogara a favor de Lisboa. Retornar a Lisboa e mandar delegados brasileiros para lá significava devolver a centralidade a Portugal. Não havia um consenso, por parte dos brasileiros, em torno da permanência de D. João no Brasil. Antes desse dia sete, D. João, em dois de março, decretara o fim da censura prévia às publicações. E passara a circular um grande número delas, em jornais e outros meios. Nesse contexto, em 21 de abril, correram vários panfletos, escritos em francês, exigindo seu retorno a Portugal. Segundo Oliveira Lima (1922), as lojas maçônicas, republicanas, estimulavam tais publicações. Conforme este, o descontentamento era geral, antes mesmo da retirada da Corte e havia que notar também, como causa da insatisfação, “o péssimo efeito por fim causado pela venalidade de homens em evidência e pelos abusos na administração”. Mas houve outros panfletos exigindo a permanência, pretendendo proteger a monarquia e mesmo levar à soberania, com a dinastia Bragança.

De outra parte, D. João tinha clareza da significação da partida, afirmando aquele autor que se podia ter como certo “que refletia bem sua opinião o panfleto por essa ocasião clandestinamente editado, na verdade saído do prelo da Imprensa Régia do Rio de Janeiro, advogando a permanência de toda a família real na América”. Segundo Oliveira Lima (1922), a razão dada era que:

o Brasil poderia dispensar Portugal, ao passo que a Portugal não era lícito dispensar o Brasil, o qual nenhuma vantagem estava auferindo do estado de união. A partida da família real marcaria o prelúdio da independência; muito pelo contrário, sua permanência, com a autoridade intacta, assinalaria a fundação ultramarina “de um Império de bastante peso na política do mundo”.

D. João, em 24 horas, de 21 para 22 de abril, edita dois decretos antagônicos, sem número, mostrando a instabilidade reinante, fruto de movimentos opostos, do partido brasileiro e das tropas portuguesas. O primeiro, em que declara o Rei adotar a Constituição de Cádiz, reiterando os princípios liberais, e proclamando a existência de um Pacto Social, ao qual todos deveriam ceder:

Manda adoptar a Constituição Hespanhola, enquanto não vigora a nova encarregada ás Côrtes de Lisboa.

Havendo tomado em consideração o termo de juramento, que os Eleitores Parochiaes desta Comarca, a instancias e declaração unanime do Povo della, prestaram á Constituição Hespanhola, e que fizerem subir á minha Real Presença, para ficar valendo interinamente a dita Constituição Hespanhola, desde a data do presente até a instalação da Constituição em que trabalham as Côrtes actuaes de Lisboa, e que eu Houve por bem jurar com toda a minha Côte, o Povo e Tropa, no dia 26 de Fevereiro do anno corrente: Sou servido ordenar, que de hoje em diante se fique estricta e litteralmente observando neste Reino do Brazil a mencionada Constituição Hespanhola, até o momento em que se ache inteira e definitivamente estabelecida a Constituição, deliberada, e decidida pelas Côrtes de Lisboa. Paço da Boa Vista aos 21 de Abril de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

Não havia diferenças importantes de conteúdo entre a Constituição que se fazia em Portugal e a de Cádiz, até porque também fora adotada provisoriamente lá também. Portanto, a questão era simbólica. O constitucionalismo não viria de Portugal, mas de outra fonte. Promulgada em 18 de março de 1812, a Constituição de Cádiz resultava da vitória

contra a ocupação napoleônica da Espanha e inspirada na Constituição francesa de 1791. Revogada por Fernando VII, foi restaurada por um pronunciamento militar, em 1820, na Espanha, e adotada depois em Portugal, com a Revolução do Porto, no mesmo ano, até que nova constituição fosse debatida e votada.

O decreto de adoção da Constituição de Cádiz foi precedido de autêntica rebelião, agora do partido brasileiro. Eram os primeiros efeitos das primeiras eleições no Brasil, e do clima criado. Os escolhidos traziam ao Rio de Janeiro o “Brasil profundo”, homens simples e acanhados, mas respeitáveis. Esses eleitores de segundo grau às Cortes de Lisboa e populares nas galerias do Edifício da Praça do Comércio, por mais ou menos cento e sessenta pessoas, segundo Varnhagen (2010), no sábado de aleluia, “em clima nacionalista” (havia quem lembrasse a execução de Tiradentes, na data), como narrado por alguns historiadores, convocados para tomar conhecimento do decreto de partida, exigem a permanência do rei, passando a decretar medidas, inclusive a imposição de Ministros ao futuro governo de D. Pedro, já nomeado Regente, bem como o juramento da Constituição da Constituição de Cádiz pelo Rei.

Conforme Armitage (2011), o Rei tinha a esperança de que os populares se opusessem expressamente, e lhe dessem base para permanecer. Entre os agitadores, destacaram-se Luís Duprat, filho de um alfaiate francês em Lisboa, o padre Macamboa, José Nogueira Soares, negociante, e João Pereira Ramos, cirurgião, o “cavaquinho”.

Era também um meio simbolizar a oposição a Portugal e à constituição portuguesa. Essa convocação, extemporânea, segundo Armitage (2011) teria sido obra de Silvestre Pينهiro, Ministro de D. João e contrário à partida do rei. A assembleia, presidida pelo desembargador-ouvidor, teve como secretários José Clemente Pereira e Joaquim Gonçalves Ledo, ambos independentistas. O próprio rei nutria esperança de ocorrer uma espécie de plebiscito por sua permanência no Brasil. Era um novo levante e um primeiro momento “brasileiro”.

À noite, uma comissão leva a exigência ao rei, no Palácio de São Cristóvão. Trazido para o centro da capital, e dois meses após ter jurado a Constituição portuguesa ainda em debate, D. João declara “*expressa, absoluta e decisiva aprovação dada àquela constituição*”, em face do juramento já feito pelos eleitores paroquiais.

A reação portuguesa não tardou. Horas depois, segundo Varnhagen (2010), juntaram-se tropas no Largo do Rocio. Por volta de quatro horas da madrugada seguinte, depois de negociações e debates, a Companhia de Caçadores de Portugal, sob o comando do major graduado Peixoto, com quase 50 praças, se apresentou à porta do edifício da Praça do Comércio, fazendo descarga, para atemorizar, e avançando com baioneta calada, contra os que não se retiraram. Houve alguns mortos e feridos, entre os últimos Clemente Pereira. Outros fugiram. Segundo Armitage (2011), a repressão foi desencadeada pela Companhia da Divisão Auxiliadora, e teriam morrido três pessoas, sendo exageradas outras estimativas. Ele atribui a Pedro, futuro regente, a ordem da repressão, por ansiedade de definir a partida do pai, e sua própria permanência, como autoridade real máxima. Entre os presos, contavam-se Macamboa e Duprat, destacados agitadores. No lugar, apareceram panfletos, apontando para o “açougue dos Bragança”.

Não poucos historiadores encontram fundamentos para atribuir a D. Pedro, impaciente com o pai, a ordem de repressão. Assim, mais ou menos vinte quatro horas depois, D. João VI revoga o decreto:

DECRETO DE 22 DE ABRIL DE 1821

Nulla o Decreto datado de hontem que mandou adoptar no Reino do Brazil a Constituição Hespanhola.

Subindo hontem á Minha Real Presença uma Representação, dizendo-se ser do Povo, por meio de uma Deputação formada dos Eleitores das Parochias, a qual Me assegurava, que o Povo exigia para Minha felicidade, e delle, que Eu Determinasse, que de hontem em diante este Meu Reino do Brazil fosse regido pela Constituição Hespanhola, Houve então por bem decretar, que essa Constituição regesse até a chegada da Constituição, que sábia e socegamente estão fazendo as Côrtes convocadas na Minha muito nobre e leal Cidade de Lisboa: Observando-se porém hoje, que esta representação era mandada fazer por homens mal intencionados, e que queriam a anarchia, e vendo que o Meu Povo se conserva, como Eu lhe agradeço, fiel ao Juramento que Eu com elle de commum accordo prestamos na Praça do Rocio no dia 26 de Fevereiro do presente anno; Hei por bem determinar, decretar, e declarar por nullo todo o Acto feito hontem; e que o Governo Provisorio que fica até a chegada da Constituição Portugueza, seja da fórma que determina o outro Decreto, e Instrucções que Mando publicar com a mesma data deste, e que Meu filho o Principe Real há de cumprir e sustentar até a chegar a mencionada Constituição Portugueza. Palacio da Boa Vista aos 22 de Abril de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade.

Conforme observa Agenor de Roure (2016, p. 271), o “povo unanime”, do decreto de 21 de abril, passou a ser, nas palavras de D. João, um “grupo de homens mal intencionados”, neste espaço de tempo. Foi um breve momento do “partido brasileiro” contra a recolonização em curso em Lisboa. Uma tentativa de constitucionalização sem referência a Lisboa, tomando outra por base. Em 26 de abril, D. João parte de volta para Portugal, levando aproximadamente 3.000 pessoas de volta, e uma soma importante em dinheiro e bens, agravando consideravelmente a situação financeira do Brasil. Conforme Oliveira Lima (1922), Dom João VI chegou a Lisboa a 3 de julho, com 48 dias de viagem, e no dia imediato desembarcou para ser conduzido ao seio das Cortes a prestar juramento, encarregando Silvestre Pinheiro Ferreira da fala em resposta à do presidente da deputação que fora a bordo.

Fica Pedro, como príncipe regente, e com as pendências relativas à submissão ou autonomia. Com a revogação da Constituição de Cádiz, que revogara o decreto que adotara a constituição portuguesa, teria ocorrido repristinação, ou estaria o Brasil sem ordem constitucional? Essa dúvida jurídica, ainda que o conceito não fosse corrente, propôs uma questão política, que seria resolvida na prática depois. Apesar disso, a constitucionalização, complexa e conflitiva, avança, e se robustece de normas ordinárias ou de direito público regulamentadoras. D. Pedro, já como Príncipe Regente, em 21 de maio, expediu decreto, limitando as desapropriações ou expropriações; dois dias após, em 23, outro, limitando as prisões, à ordem judicial, baseada em três depoimentos de testemunhas, exceto flagrante delicto. Isso se ajustava aos princípios da Constituição de Cádiz, e com os debates das cortes constituintes em Lisboa. São regras liberais *materialmente constitucionais*, que criam, ou buscam criar não só a ordem, como a cultura jurídica.

### 3.5 O DECRETO DE 8 DE JUNHO DE 1821

Manda prestar juramento às Bases da Constituição nas Províncias do Reino do Brazil.

Tendo Eu adaptado, e jurado as Bases da Constituição Portugueza, para terem observancia neste Reino do Brazil, servindo provisoriamente de Constituição, na fórma que determinarem as Côrtes Geraes e Constituintes para os Reinos de Portugal e Algarves, pelo Seu Decreto de 9 de Março do corrente anno, e mandado já expedir as ordens necessarias ao Senado da Camara, Tribunaes e mais Estações desta Cidade e Camaras da Provincia, para todas as Autoridades Ecclesiasticas, Civis, Militares, e outros Empregados Publicos prestarem o mesmo juramento: E sendo necessario, que as sobreditas Bases da Constituição igualmente se jurem e publiquem nas mais Provincias deste Reino, para, depois e juradas e publicadas, ficarem todos sujeitos á sua observancia: Hei por bem que, pela Chancellaria desta Côrte e Reino do Brazil, se expeçam a todas as terras deste Reino este Decreto, e mencionadas Bases por exemplares impressos, para que sendo nellas publicadas na fórma ordinaria, e chegando á noticia de todos, se preste nas demais Provincias deste Reino o juramento como se prestou aqui. O Dr. Pedro Machado de Miranda Malheiros, do Conselho de El-Rei Meu Senhor e Pai, Desembargador do Paço, e Chanceller Mór da Côrte e Reino do Brazil o tenha assim entendido e faça executar. Paço em 8 de Junho de 1821.

Com a rubrica do Principe Regente.

Pedro Alvares Diniz.

Em 5 de junho, tem lugar novo pronunciamento da tropa portuguesa em praça pública, aliada a setores populares, no Rio de Janeiro. Ela exigia novo juramento da Constituição portuguesa, no que era acompanhado pela Câmara Municipal. Isso podia se dar por uma dupla desconfiança: das tropas portuguesas, com relação à fidelidade de Pedro a Portugal; dos setores brasileiros (o partido brasileiro, como já era chamado), em relação ao sentimento constitucional de D. Pedro. Este vai ao encontro da tropa e cede, apesar de alguns discursos conflitivos. Depois, com grande solenidade, na sala do Teatro São João Batista, presta juramento das **Bases da Constituição portuguesa**, dispostas no decreto de 10 de março, das Cortes de Portugal:

Dá as Bases da Constituição Política da Monarchia Portugueza.

A Regencia do Reino, em Nome de El-Rei o Sr. D. João VI, faz saber que as Côrtes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza tem Decretado o seguinte:

As Côrtes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza, antes de procederem a formar a sua Constituição Política, reconhecem e decretam como Bases della os seguintes principios, por serem os mais adequados para assegurar os direitos individuais do cidadão, e estabelecer a organização e limites dos Poderes Politicos do Estado.

#### SECÇÃO I

1º A Constituição Política da Nação Portugueza deve manter a liberdade, segurança, e propriedade de todo o cidadão.

2º A liberdade consiste na faculdade que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não prohibe. A conservação desta liberdade depende da exacta observancia das leis.

3º A segurança pessoal consiste na proteção que o Governo deve dar a todos para poderem conservar os seus direitos pessoaes.

4º Nenhum individuo deve jámais ser preso sem culpa formada.

5º Exceptuaam-se os casos determinados pela Constituição, e ainda nestes, o Juiz lhe dará em 24 horas e por escripto a razão da prisão.

6º A lei designará as penas com que devem ser castigados não só o Juiz que ordenar a prisão arbitrária, mas a pessoa que a requerer, e os officiaes que a executarem.

7º A propriedade é um direito sagrado e inviolável que tem todo o cidadão de dispôr á sua vontade de todos os seus bens, segundo a lei. Quando por alguma circumstancias de necessidade publica e urgente fôr preciso que um cidadão seja privado deste direito, deve ser primeiro indemnizado pela maneira que as leis estabeleceram.

8º A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo o cidadão póde consequentemente, sem dependencia de censura prévia, manifestar suas opiniões em qualquer materia; contando que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos e na fórma que a lei determinar.

9º As Côrtes farão logo esta lei, e nomearão um Tribunal Especial para proteger a liberdade da imprensa e cohibir os delictos resultantes do seu abuso.

10º Quanto porém aquelle abuso, que se póde fazer desta liberdade em materias religiosas, fica salva aos Bispos a censura dos escriptos publicados sobre dogma e moral, e o Governo auxiliará os mesmos Bispos para serem castigados os culpados.

11º A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar nem os privilegios do fôro nas causas civis ou crimes, nem commissões especiaes. Esta disposição não comprehende as causas que pela sua natureza pertencerem a juizos particulares, na conformidade das leis que marcarem essa natureza.

12º Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda a pena deve ser proporcionada ao delicto, e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente. A confiscação de bens, a infamia, os açoutes, o barão e pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e todas as mais penas cruéis e informantes ficam em consequencia abolidas.

13º Todos os cidadãos podem ser admitidos aos cargos publicos sem outra distincção, que não seja a dos seus talentos e das suas virtudes.

14º Todo o cidadão poderá apresentar por escripto ás Côrtes e ao Poder Executivo reclamações, queixas, ou petições, que deverão ser examinadas.

15º O segredo das cartas será inviolável. A Administração do Correio, ficará rigorosamente responsavel por qualquer infracção desta lei.

## SECÇÃO II

### DA NAÇÃO PORTUGUEZA, SUA RELIGIÃO, GOVERNO E DYNASTIA

16º A Nação Portuguesa é a união de todos os Portuguezes de ambos os hemispherios.

17º A sua religião é a Catholica Apostolica Romana.

18º O seu governo é a monarchia constitucional hereditaria, com leis fundamentaes que regulem o exercicio dos tres poderes politicos.

19º A sua dynastia reinante é a da Serenissima Casa de Bragança. O nosso Rei actual é o Senhor D. João VI, a quem succederão na Corôa os seus legitimos decedentes, segundo a ordem regular da primogenitura.

20º A Soberania reside essencialmente em a Nação. Esta é livre e independente, e não póde ser patrimonio de ninguem.

21º Sómente a Nação pertence fazer a sua Constituição ou lei fundamental, por meio de seus Representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará por ora sómente aos Portuguezes residentes nos Reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Côrtes. Quanto aos que residem nas outras partes do mundo, ella se lhes tornará commum, logo que pelos seus legitimos Representantes declarem ser esta a sua vontade.

22º Esta Constituição ou lei fundamental, uma vez feita pelas presentes Côrtes Extraordinarias, sómente poderá ser reformada ou alterada em algum ou alguns de seus artigos depois de haverem passado quatro annos, contados desde a sua publicação, devendo porém concordar dous terços dos Deputados presentes em a necessidade de pretendida alteração, a qual sómente se poderá fazer na legislatura seguinte aos ditos quatro annos, trazendo os Deputdos poderes especiaes para isso mesmo.

23º Guardar-se-ha na Constituição uma bem determinada divisão dos tres poderes, legislativo, executivo, e judiciario. O legislativo reside nas Côrtes com a dependencia da sancção do Rei, que nunca terá um veto absoluto, mas

suspensivo, pelo modo que determinar a Constituição. Esta disposição porém não compreende as leis feitas nas presentes Côrtes, as quaes leis não ficarão sujeitas a veto algum.

O Poder Executivo está no Rei e seus Ministros, que o exercem debaixo da autoridade do mesmo Rei.

O poder judiciario está nos Juizes. Cada um destes poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as attribuições do outro.

24<sup>o</sup> A lei é a vontade dos cidadãos declarada pelos seus Representantes juntos em Côrtes. Todos os cidadãos devem concorrer para a formação da lei, elegendo estes Representantes pelo methodo que a Constituição estabelecer. Nella se há de tambem determinar quaes devam ser excluidos destas eleições. As leis se farão pela unanimidade ou pluralidade de votos, precedendo discussão publica.

25<sup>o</sup> A iniciativa directa das leis sómente compete aos Representantes da Nação juntos em Côrtes.

26<sup>o</sup> O Rei não poderá assistir ás deliberações das Côrtes, porém sómente á sua abertura e conclusão.

27<sup>o</sup> As Côrtes se reunirão uma vez cada anno em a Capital do Reino de Portugal, em determinado dia, que há de ser prefixo na Constituição; e se conservarão reunidas pelo tempo de tres mezes, o qual poderá propagar-se por mais um mez, parecendo assim necessario aos dous terços dos Deputados.

28<sup>o</sup> Os Deputados das Côrtes são, como Representantes da Nação, inviolaveis nas suas pessoas, e nunca responsaveis pelas suas opiniões.

29<sup>o</sup> As Côrtes pertence nomear a Regencia do Reino, quando assim fôr preciso; prescrever o modo por que então se há de exercitar a sancção das leis; e declarar as attribuições da mesma Regencia. Sómente ás Côrtes pertence tambem approvar os tratados de alliança offensiva e defensiva, de subsidios, e de commercio; conceder ou negar a admissão de tropas estrangeiras dentro do Reino: determinar o valor, peso, lei, e typo das moedas; e terão as demais attribuições que a Constituição designar.

30<sup>o</sup> Uma Junta composta de sete individuos eleitos pelas Côrtes d'entre os seus membros, permanecerá na Capital, onde ellas se reunirem, para fazerem convocar Côrtes Extraordinarias nos casos que serão expressos na Constituição, e cumprem as outras attribuições que ella lhes assignar.

31<sup>o</sup> O Rei é inviolavel na sua pessoa. Os seus Ministros são responsaveis pela falta de observancia das leis, especialmente pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, e propriedade dos cidadãos, e por qualquer dissipação ou máo uso dos bens publicos.

32<sup>o</sup> As Côrtes assignarão ao Rei e á Familia Real no principio de cada reinado uma dotação conveniente, que será entregue em cada anno ao administrador que o mesmo rei tiver nomeado.

33<sup>o</sup> Haverá um Conselho de Estado composto de membros propostos pelas Côrtes na fórma que a Constituição determinar.

34<sup>o</sup> A imposição de tributos e a forma da sua repartição será determinada exclusivamente pelas Côrtes. A repartição impostos directos será proporcionada ás facultades dos contribuintes, e delles não será isenta pessoa ou corporação alguma.

35<sup>o</sup> A Constituição reconhecera a divida publica; e as Côrtes estabelecerão todos os meios adequados para o seu pagamento, ao passo que ella se fôr liquidando.

36<sup>o</sup> Haverá uma força militar permanente de terra e mar, determinada pelas Côrtes. O seu destino é manter a segurança interna e externa do Reino, com sujeição ao Governo, ao qual sómente compete empregar-a pelo modo que lhe parecer coveniente.

37<sup>o</sup> As Côrtes farão e dotarão estabelecimentos de caridade e instrução publica.

(Seguem-se as assignaturas de todos os Deputados presentes)".

O presente Decreto se publique, registre, guarde no archivo Nacional da Torre do Tombo e por duplicado nodas Côrtes, e se remetta por exemplares impressos a todas as estações a quem competir, para ter desde logo prompto

cumprimento, ficando as Bases que nelle se contém, servindo provisoriamente de Constituição, com declaração porém que os casos exceptuados de que trata o art. 5. serão interinamente os mesmos da legislação actual, e que a execução dos arts 8, 9, 10 e 11 ficará suspensa por depender de novas leis, que serão feitas immediatamente.

A Regencia do Reino jure as referidas Bases, e faça expedir as ordens necessarias, para que em determinado dia sejam tambem juradas por todas as Autoridades Ecclesiasticas, Civis e Militares.

A Mesa Regencia o tenha assim entendido e faça promptamente executar. Paço das Côrtes em 9 de Março de 1821 - Manoel Fernandes Thomaz Presidente.- José Ferreira Borges, Deputado Secretario.- João Baptista Felgueiras, Deputado Secretario.- Agostinho José Freire, Deputado Secretario.- Francisco Barrozo Pereira, Deputado Secretario.

Portanto manda a todas as autoridades, a quem competir o conhecimento e execução do presente Decreto, que assim o tenha entendido, e o cumpram e façam cumprir e executar, como nelle se contém; e ao Chanceller-Mór do Reino que o faça publicar na Chancellaria, e registrar nos livros respectivos, remetendo o original ao archivo nacional da Torre do Tombo, e copias a todas as estações do estylo. Palacio da Regencia 10 de Março de 1821.

Conde de Sampaio.- João da Cunha Souto Maior.- Frei Francisco de S. Luiz.- José Luiz de Carvalho.- Joaquim Pedro Gomes de Oliveira.- Francisco Duarte Coelho.- Anselmo José Braamcamp.- Antonio Teixeira Rebello.- Francisco Maximiliano de Souza.

Vereadores também o fizeram, assim como eleitores e militares presentes, conforme descreve Roure (2016). Ao mesmo tempo, D. Pedro demite também o Conde dos Arcos, Ministro principal, para nomear Avilez, nome sugerido pela chefia da tropa. De tudo isso, resultará o decreto, três dias depois. Portanto, Pedro se vê compelido a dar um passo atrás, ou, pelo menos, dar demonstração de fidelidade aparente a Portugal. Em Lisboa, fora o decreto de 24 de abril, dois dias após os acontecimentos de 21 e 22, determinando que as províncias se vinculassem diretamente a Lisboa. Isso esvaziaria parcela de poder de D. Pedro, limitando-o praticamente ao Rio de Janeiro. Mas é um passo à frente na constitucionalização.

As bases anunciadas no decreto continham os princípios dominantes liberais na Europa pós-absolutista. O texto previa que deveriam valer apenas para Portugal e Algarve, devendo aguardar a adesão de outros povos da nação portuguesa. Registra-se, por primeira vez no Brasil, pormenorizadamente, um catálogo de normas típicas do constitucionalismo liberal: soberania da nação, monarquia limitada, separação de poderes, direitos individuais, supremacia da lei, etc. Não obstante, novas decisões da corte em Lisboa, restringem a autonomia brasileira, através de decretos, como aquele datado de 29 de setembro ano, extinguindo tribunais no Brasil. Ou o de 1º de outubro, somente conhecido entre nós em dezembro, pelo qual se determina que Pedro retorne para lá. Este se dispunha a obedecer, conforme os documentos apontam. Por outro lado, em face de manifestações suas, reservadas, de que queria muito voltar a Portugal, as pressões do partido brasileiro se intensificaram, para que permanecesse no Brasil.

Apesar disso, o constitucionalismo sobrevive no Brasil, incorporado. O decreto em causa, pelo qual D. Pedro jura as bases da constituição portuguesa, apesar de transitório, funciona como norma pré-constitucional em sentido forte, constitucional e pré-constitucional, ao mesmo tempo, orientada para a criação do futuro.

### 3.6 O DECRETO DE 3 DE JUNHO DE 1822 - ATO CONVOCATÓRIO DE ELEIÇÃO DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

#### DECRETO DE 3 DE JUNHO DE 1822

Manda convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa composta de Deputados das Províncias do Brazil, os quaes serão eleitos pelas Instuccões que forem expedidas.\*)

<sup>1</sup> Havendo-Me representado os Procuradores Geraes de algumas Províncias do Brazil já reunidos nesta Côrte, e diferentes Camaras, e Povo de outras, o quanto era necesario, e urgente para a manutenção da Integridade da Monarchia Portugueza, e justo decoro do Brazil, a Convocação de uma Assembléa Luso-Braziliense, que investida daquella porção de Soberania, que essencialmente reside no Povo deste grande, e riquissimo Continente, Constitua as bases sobre que se devam erigir a sua independencia, que a Natureza marcará, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integrantes da Grande Familia Portugueza, que cordialmente deseja: E Reconhecendo Eu a verdade e a força das razões, que Me foram ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade deste Reino, manter uma justa igualdade de direitos entre elle e o de Portugal, sem perturbar a paz, que tanto convem a ambos, e tão propria é de Povos irmãos: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Mandar convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brazil novamente eleitos na fórma das instruccões, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade. José Bonifacio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, e do Conselho de Sua Magestade Fidelissemá El-Rei o Senhor D. João VI, e Meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino do Brazil e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necesarios. Paço 3 de Junho de 1822.

Com a rubrica do Príncipe Regente.  
José Bonifacio de Andrada e Silva.

O ano de 1822 marca a inflexão para o lado brasileiro. Entre o decreto anterior, de junho de 1821, que jura as bases da constituição portuguesa, e o mês de junho de 1822, vários fatos, como se viu, acentuam as contradições entre o “partido brasileiro” e os setores portugueses.

Diante disso, os patriotas se apressam a anunciar a intenção de sagrá-lo Imperador do Brasil. Este, inicialmente, recusa. Mas o ano é de desobediência, enfrentamento, reforço da autoridade pessoal do Príncipe e, finalmente, separação. Esse jogo de forças determinará que, em janeiro, este, ainda sem definição, determine que todas as normas e leis oriundas de Portugal passassem por sua apreciação. Em verdade, D. Pedro tinha ciência da precariedade da situação de D. João em Portugal, considerando-o virtualmente cativo. Em seguida, ocorre o conhecido episódio do Fico, em 9 de janeiro, em que o Príncipe, irritado com sucessivas manifestações e decisões em Portugal, desobedece à ordem de Lisboa e permanece no Brasil.

As tropas portuguesas esboçam reação, chegando a provocar pânico de saques, mas os que apoiavam o “partido brasileiro” na rua era em número superior (estimado em dez mil pessoas, entre soldados e populares precariamente armados) e estavam dispostos. Avilez, comandante das tropas portuguesas, é deportado. São os dois primeiros enfrentamentos diretos com Lisboa, com vitória brasileira, abrindo caminho diretamente à emancipação ou autonomia. Daí em diante, e depois de alguns episódios, os pratos da balança se desequilibram, e Pedro é forçado, ou se vê atraído pelo partido brasileiro. Em 16 do mesmo mês, D. Pedro nomeia José Bonifácio, que encabeça o primeiro ministério composto por brasileiros.

Em 16 de fevereiro, por decreto, cria um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil. Como o próprio nome indica, esse colegiado deveria assessorá-lo e aconselhá-lo nos temas mais relevantes. Era um embrião de Conselho de Estado, previsto aliás nas “Bases Portuguesas”, que mais adiante se criaria, sendo instituído depois na Constituição de 1824.

Segundo Varnhagen (2010), a partir de uma viagem exitosa à Província de Minas Gerais, no final de abril, instalou-se no Príncipe, definitivamente, o espírito brasileiro, ou pró-brasileiro, conhecendo o “Brasil profundo”. Em 4 de maio, trata de reforçar sua autoridade, expedindo decreto pelo qual as ordens de Lisboa somente podiam ser executadas com seu “cumpra-se”. Onze dias depois, aceita, no Senado do Rio de Janeiro, o título de Defensor Perpétuo do Brasil. Em 23 do mesmo mês, o Senado do Rio de Janeiro, publica termo, em que se dirige à pessoa do Príncipe, requerendo que convoque uma “Assembleia Geral das Províncias do Brasil”. Portanto, é nítido o rumo nacional brasileiro da opinião entre nós, pela autonomia e/ou separação. A pressão passa a ser evidente. O desenlace estava próximo.

Em junho, depois de debates, e atendendo a requerimento do Conselho de Procuradores (que difere de um Conselho de Estado, que não tem formalmente representação geográfica, provincial no caso. Com tal Conselho visava possivelmente atrair as províncias tendentes a aderir às Cortes de Lisboa, entre outros objetivos.), com a assinatura dos Ministros e de José Bonifácio, crítico da Corte, o Príncipe Regente convoca a “Assembleia Geral Constituinte e Legislativa”, composta de deputados da província do Brasil, “medida urgente” para manter a “Integridade da Monarquia portuguesa e justo decoro do Brasil”. Na breve justificativa do decreto, o texto alude à convocação de “*Assembléa Luso-Braziliense*”.

A contradição se estabelece e é evidente – a constituição será feita no Brasil, para o Brasil, somente, mas para manter a integridade da monarquia portuguesa. Outra dimensão da contradição: em Lisboa, estavam reunidas as cortes constituintes, desde janeiro de 1821, com a participação/integração posterior de representantes do Brasil, e ainda não haviam promulgado a constituição, que deveria valer e ser aplicada tanto em Portugal como no Brasil, na ótica das Cortes. Concluíram seu trabalho em 4 de novembro de 1822. Seis meses depois, em 28 de maio de 1823, uma insurreição absolutista triunfa em Lisboa e dissolve a assembleia legislativa, em que se convertera a constituinte. O caráter ambíguo desse ato convocatório não desfaz de todo sua eficácia. Ou seja, proclamada a Independência, em 7 de setembro, essa ambiguidade se desfaz, porque os laços que uniam o Brasil a Portugal foram desfeitos, e o Brasil pretendeu aparecer como nação soberana.

O ato convocatório de eleição da assembleia é uma decisão política que traz implícita vencer uma etapa histórica. É o trânsito jurídico/ político de mudança de rumo ou de ruptura, por meio da participação popular. No caso, um incremento de poder decisório atribuído ao Brasil, no rumo de manter a igualdade no Reino Unido e, posteriormente, da independência política, tendo em vista a direção dos acontecimentos e das decisões anteriores. E tem-se, neste caso, o exercício de duas soberanias nacionais e populares, no espaço teórico de um só país. De fato, passa a mostrar-se evidente, ou provável, que a Constituição vá ser a Constituição de um novo estado soberano, no nível formal.

Pela Decisão nº 57, de 19 de junho de 1822, instrui-se sobre quem poderia ser eleitor e ser eleito, o número de representantes o procedimento de votação. Os estrangeiros não naturalizados foram expressamente excluídos. Foram excluídos, já nas eleições paróquias primárias, os não proprietários, os solteiros, os pobres, predeterminando, portanto, uma Constituição de proprietários e de não pobres. Não há ruptura com os padrões e critérios da Constituição de Cádiz, e de outras constituições em que esta se inspira. Trata-se de norma pré-constitucional instrumental, como outras aludidas, porque não estabelece diretamente uma norma futura e permanente, por via oblíqua, definindo condição e situação jurídica futura.

### **3.7 A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA, EM 7 DE SETEMBRO DE 1822**

A declaração, embora relevante, não chega como surpresa. As contradições haviam-se acentuado, e, com elas, as definições. Conforme Varnhagen (2010), em 20 de agosto de 1822, José Bonifácio, maçom, como outros no governo, e o próprio D. Pedro, quando da despedida de deste, em viagem para São Paulo, expede circular, ao corpo diplomático, em que anuncia a independência, inadiável, uma assembleia legislativa “dentro do seu próprio território”, mas dentro, também da família portuguesa, para salvar D. João VI do cativo, e “para evitar a queda da monarquia”. Em 22 de agosto, conforme Armitage (2011), Dom Pedro publica manifesto, de autoria atribuída ao Conselheiro Gonçalves Ledo, mostrando desejo de convívio amigável com a Corte. Esse documento é suma importância. Sob o patrocínio da Maçonaria, dá, com a assinatura do Príncipe, a base da concepção anticolonial, a crítica funda sobre a ex-metrópole e sobre as pretensões de recolonização. Mas chamava os brasileiros para a união, e, em caso de necessidade, o uso da força para a independência. Para alguns autores, esta é a autêntica declaração de independência, com um caráter efetivamente nacional e anticolonial.

No mesmo dia, o Príncipe edita outro decreto, declarando inimigas todas as tropas estacionadas sem sua permissão. As Cortes, de sua parte, declaram nulo o decreto de convocação do Conselho de Representantes. Ao chegar a São Paulo, para conciliar antagonismos entre facções, Pedro recebe notícias da anulação, em Lisboa, dos atos do Gabinete de José Bonifácio. Diante de tudo isso, como se fosse um impulso, diante de uma comitiva de mais ou menos quarenta pessoas, declara a Independência, na tarde de sete de setembro, às margens do riacho Ipiranga. Na narrativa de Tobias Monteiro (1982), D. Pedro teria gritado: “Laço fora, soldados. E, desembainhando a espada: “Pelo meu sangue, pela minha honra, pelo meu Deus, juro fazer a liberdade do Brasil”. E os demais, à volta: “Juramos”. Na versão de Oliveira Lima (1922, p. 322), D. Pedro, desembainhando a espada, teria bradado: “É tempo!... Independência ou Morte!... Estamos separados de Portugal...”. Existem variações nas narrativas. Haveria, segundo alguns testemunhos, uma proclamação anterior, um pouco menos solene, minutos antes, o que nada modifica na história. Mas a declaração já fora esboçada antes, em concerto com a Princesa Leopoldina e José Bonifácio. Verdadeiramente, como conteúdo político, a declaração estava feita no manifesto de agosto, antes mencionado.

O projeto de Pedro era, até o último momento, manter o Reino Unido, em condições de igualdade, mas com o centro do poder Executivo no Brasil, provisoriamente, ao menos,

o que o tornaria dominante. Mas a necessidade o arrastou para a outra solução, que talvez considerasse também provisória.

Em outras condições, a declaração significaria suspender o processo constituinte, iniciado antes da independência. Porém, não houve suspensão. A assembleia ambígua passa, automaticamente, a ser assembleia somente para o Brasil. Enquanto isso, deputados brasileiros às cortes em Lisboa, eram obrigados a definir-se pela orientação de Lisboa ou do Brasil. Alguns, segundo Varnhagen (2010), sucumbiram e assinaram a Constituição aprovada em Lisboa, mais ou menos na data da proclamação: entre eles Araújo Lima, Borges de Barros, Vilela, Fernandes Vieira, e Lino Coutinho, este último se retratando após. Outros, como Antônio Carlos, por mais de uma vez, haviam chegado a exigir respeito de seus pares e populares das galerias.

A soberania, ainda que formal, chega, portanto, depois da constitucionalização, que não se interrompe. A declaração é, portanto, norma pré-constitucional em sentido forte, que prefixa a soberania brasileira na futura constituição. Trata-se de discurso, e não de texto. Mas é eficaz a ponto de fundar um estado nacional, de bases autônomas.

A independência efetiva, em verdade, ainda custaria tempo, vidas e dinheiro. As vidas não foram tão poucas, como querem alguns historiadores. Como outros, Oliveira Lima, em *O Movimento da Independência, 1821-1822*, tem posição diferente. Escreveu:

Tem-se dito da independência do Brasil que foi um desquite amigável entre os reinos unidos. Não há, porém, desquite perfeitamente amigável: precedem-no sempre incompatibilidades, rugas, desavenças. Pode não ocorrer propriamente violência. Foi o que se deu nesse caso: a separação só teve que arcar com a resistência do general Madeira na Bahia, depressa vencida. O mais consistiu em amuos, ameaças e ajustes de interesses. Sobreviveu, entretanto, um como que ressentimento entre as duas partes que, querendo simular indiferença, de fato caíram num alheamento, o qual, após durar bastante tempo, se foi progressivamente desvanecendo, já nos nossos dias, para dar lugar a uma cordialidade necessária e possivelmente fecunda.

Estimam-se as mortes em mais ou menos três mil pessoas, contando-se os dois lados, principalmente na Bahia, no Piauí, Maranhão e Pará. Tempo para derrotar as tropas portuguesas nessas províncias, até o fim do ano de 1823, quando todo o território ficou sobre controle, inclusive a província cisplatina, que declarou posteriormente sua independência, em 25 de agosto de 1828. Bem como para obter o reconhecimento dos Estados Unidos, em 25 de junho de 1824, e o português, em 29 de agosto de 1825. A partir daí, outras nações Para tanto, teve o Brasil de pagar em libras esterlinas, tomadas de empréstimo à Inglaterra, conforme Novais e Guilherme Mota (1996). E manter e conceder favores especiais a essa nação, de natureza aduaneira especialmente.

#### **4. ATO DE ACLAMAÇÃO DE PEDRO COMO IMPERADOR E OS ATOS SUCESSORES**

O ato de aclamação de Pedro, como Imperador constitucional do Brasil, em 12 de outubro de 1822, no Campo de Santana, no Rio de Janeiro, na presença de Procuradores de todas as vilas da Província do Rio de Janeiro, com a convocação da população, e público numeroso. A independência não estava ainda consolidada, precisava debelar a resistência e obter reconhecimento internacional. A ideia de aclamar o Regente como Imperador, na

opinião de Varnhagen, já fora antecipada, sobretudo pela maçonaria, da qual fazia parte D. Pedro, como presidente do Apostolado, e pelo Partido liberal. D. Pedro I recusara. Na medida em que fora o proclamador da independência, sua aclamação representava também unidade e reforço dessa independência. Portanto, era dupla legitimação, se se considerassem os países monárquicos, que eram todos os da Europa. D. Pedro recebia a unção popular. Ao mesmo tempo, assim, ratifica o processo constituinte, ao afirmar-se Imperador Constitucional. O ato implica, implicitamente, que a futura constituição será monárquica e terá a mesma dinastia Orléans e Bragança.

#### 4.1 O DISCURSO DE D. PEDRO I, EM 3 DE MAIO DE 1823, DE ABERTURA DA ASSEMBLEIA

Um discurso não é evidentemente uma norma típica. Porém, tal como feito na abertura da assembleia constituinte, assume inequivocamente a feição de um mandamento, ainda que tenha sido aqui e ali contestado por alguns deputados. O Deputado Araújo Lima, por exemplo, diante do discurso de D. Pedro, exigindo que se fizesse constituição digna dele, afirmou que não se poderia supor que a Assembleia dos Deputados pudesse fazer uma constituição indigna do Brasil.

A assembleia brasileira, eleita em 1822, somente se reuniria em 3 de maio de 1823, no Paço das Cortes, ou Imperial, no prédio da Cadeia Velha, no Rio de Janeiro, após a independência, e depois de completado o processo de escolha dos constituintes. Conforme José Honório Rodrigues (1974), eram 90, mas na abertura aproximadamente a metade estava presente, em face das defecções. Todos eram ricos, ou com apoio financeiro considerável. Quase todos eram brasileiros natos e maioria composta de bacharéis em direito, havendo também um número considerável de padres e alguns militares. Quase todos tinham bem poucos conhecimentos da mecânica de assembleia, e poucos conhecimentos de direito constitucional. Algumas exceções notáveis: Cipriano Barata não tomou assento; Joaquim Gonçalves Ledo, o mais coerente liberal, tampouco, exilado em Buenos Aires. Os Andradas, a começar por Antonio Carlos, o mais audaz e valente, Silva Lisboa, futuro Visconde de Cairu, José Joaquim Carneiro de Campos, futuro Marquês de Caravelas, este num nível jurídico bastante superior. Havia os liberais, os nacionalistas, em diferentes graus, os conservadores, uns poucos democratas, uns poucos republicanos.

Na inauguração dos trabalhos, Pedro I, já Imperador, discursou afirmando que a assembleia luso-brasileira, conforme o decreto convocatório, seria *“investida daquela porção de Soberania, que essencialmente reside no Povo deste Grande, e riquíssimo Continente,”* para que *“Constitua as bases sobre que se devam erigir a sua Independencia, que a Natureza marcara, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integrantes da Grande Familia Portuguesa, [...]”*. Logo a seguir, o Regente determina o propósito de *“assegurar a felicidade do Reino”*, e *“manter uma justa igualdade de direitos entre elle e o de Portugal, sem perturbar a paz, que tanto convem a ambos e tão própria de Povos irmãos”*. Portanto, certa ambiguidade e vagueza permanecem. E a constituição seria a base da independência. Mas a independência era pensada no seio da união da “família portuguesa”. Que união era essa? Era o Reino Unido ainda? Que porção de soberania era?

Dom Pedro enaltecia as virtudes do Brasil e condenava os sacrifícios a que fora submetido. Com tons liberais, condenava o despotismo real, aristocrático ou democrático e preestabelecia para Constituição a existência de três poderes harmônicos, porém com “*toda a força necessária ao Poder Executivo*”. Não fazia qualquer alusão ao Poder Moderador, que já estava, segundo se sabe, no seu vocabulário político. Aqui temos a prefixação de um esquema político de limitação, através da separação orgânica e funcional de três poderes.

Afirma, por outro lado: “*Espero que a Constituição que façais, mereça minha real aprovação [...]*”. Ou seja, predeterminava que ele seria a força política superior, que haveria monarquia no Brasil e que ele continuaria a ser o Imperador, com sua dinastia de Bragança. E que o monarca estava acima da soberania do povo. Portanto, uma monarquia constitucional liberal com traços de absolutismo. Varnhagen (2010) afirma que, segundo José Bonifácio, ele próprio teria introduzida essa oração no discurso, a fim de evitar os sucessos de 1791 e 1792, na França. Em 2 de setembro, foi apresentado o projeto de Constituição, redigido pela Comissão composta por Antônio Carlos, José Bonifácio, Câmara, Pereira da Cunha, Araújo Lima, Costa Aguiar e Muniz Tavares. O principal responsável era seu relator, Antônio Carlos. O texto era baseado no modelo de Portugal e muito semelhante ao que seria outorgado depois, exceto ausência do quarto Poder, o Moderador, que viria com a outorga, embora debatido na assembleia.

## 4.2 O ATO DE JURAMENTO DOS DEPUTADOS CONSTITUINTES

Os deputados foram submetidos a jurar a fórmula oferecida por Antonio Carlos, na sessão do dia 18 de maio. Por ela seria

mantida a religião Católica Apostólica Romana e a independência do Império, sem admitir com alguma nação qualquer outro laço de união ou federação, que se oponha a dita independência” e seria “mantido, outrossim, o Império Constitucional, e a dinastia do Senhor Dom Pedro, nosso primeiro imperador, e sua descendência. (Anais da Assembleia de 1823, t. 1, p. 3-4).

O ato está na esteira da Aclamação e do discurso de abertura, por D. Pedro I. É uma cláusula de reforço dos atos anteriores, contraditória, porém, com as teses sieyeseanas de alguns liberais, como Ledo e Januário, presos ou desterrados, e com deputados como Araújo Lima, precipitado.

Tal como a proclamação da independência, o discurso de abertura dos trabalhos da assembleia, e outros seguintes, o juramento, embora ato de manifestação oral, tem consequência e eficácia na vida política e constitucional. Mais uma norma pré-constitucional de ratificação da monarquia, da dinastia, da independência, assim como da religião oficial.

## 4.3 O DECRETO DE DISSOLUÇÃO DA CONSTITUINTE, DE 12 DE NOVEMBRO E A PROCLAMAÇÃO DE 13 DE NOVEMBRO DE 1823

**DECRETO- DE 12 DE NOVEMBRO DE 1823.** Dissolve a Assembléa Geral Legislativa o Constituinte e convoca outra. Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, por Decreto de 3 de Junho do anno proximo passado, afim de salvar o Brazil dos perigos, que lhe estavam iminentes; e havendo essa Assembléa perjurado ao tão solemne juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Imperio, sua independencia, e a minha dynastia : Hei por bem, como Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil, dissolver a mesma Assembléa, e convocar ja uma outra na fórma das Instrucções, feitas para a convocação desta, que agora acaba;

a qual deverá trabalhar sobre o projecto de constituição, que eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que o que a extincta Assembléa acabou de fazer. Os seus Ministros e Secretarios de Estado de todas as diferentes repartições o tenham assim entendido, e façam executar a bem da salvação do Imperio. Paço, 12 de Novembro de 1823, 2.<sup>o</sup> da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de Sua Magestade Imperial. Clemente Ferreira França. Jose de Oliveira Barboza.

#### **MANIFESTO - DE 16 DE NOVEMBRO DE 1823**

##### **Justifica a dissolução da Assembléa Constituinte.**

A Providencia, que vigia pela estabilidade, e conservação dos Imperios, tinha permitido nos seus profundos designios, que firmada a Independencia do Brazil, unidas todas as suas Provindas, ainda as mais remotas, continuasse este Imperio na marcha progressiva da sua consolidação, e prosperidade. A Assembleia Constituinte e Legislativa trabalhava com assiduidade, discernimento, e actividade para formar uma Constituição, que solidamente plantasse, e arraigasse o systema constitucional neste vastissimo Imperio. Sobre esta inabalavel base se erguia, e firmava o edificio social, e era tal o juizo, que sobre a Nação Brasileira formavam os Estrangeiros, que as principaes Potencias da Europa reconheceriam mui brevemente a Independencia do Imperio do Brazil, e até ambicionariam travar com elle relações políticas, e commerciaes. Tão brilhante perspectiva, que nada parecia poder escurecer, foi offuscada por subita borrasca, que enlutou o nosso horizonte. O genio do mal inspirou damnadas tenções a espiritos inquietos, e mal intencionados, e soprou-lhes aos animos o fogo da discordia. De tempos a esta parte começou a divisar-se, e a conhecer-se, que não havia em toda a Assembléa uniformidade dos verdadeiros principios, que formam os Governos Constitucionaes, e a harmonia dos poderes divididos, que faz a sua força moral, e physica, começou a estremeecer. Diversos, e continuados ataques ao Poder Executivo, sua condescendencia a bem da mesma harmonia enervaram a força do Governo, e o foram surdamente minando. Foi crescendo o espirito de desunião; derramou-se o fel da desconfiança; sorateiramente foram surgindo partidos, e de subito appareceu, e ganhou forças uma facção desorganizadora, que começou a aterrar os animos dos varões probos, que levados só do zelo do bem publico, e do mais acrisolado amor da patria, tremiam de susto a vista de futuros perigos, que previam, e se lhes antolhavam. Em tanto os que premeditavam e machinavam planos subversivos, e uteis aos seus fins sinistros, ganhavam uns de boa fé, e ingenuos com as lisongeiras idéas de firmar mais a liberdade, este idolo sagrado sempre desejado, e as mais das vezes desconhecido; outros com a persuasão de que o Governo se ia manhosamente tornando despótico, e alguns, talvez com promessas vantajosas, exaggerados em suas gigantescas imaginações; chegando até á malignidade de inculcarem como abraçado o perfido, e insidioso projecto do união com o Governo Portuguez.

Forjados os planos; arrançados, e endereçados os meios de realizal-os; apainadas as difficuldades, que suppuzeram estorvar-lhe as veredas, cumpria, que se verificasse o designio concebido, e havia tempo premeditado.

Um dos meios escolhidos como seguro, era semear a discordia entra os cidadãos nascidos no Brazil, e em Portugal, já por meio de periodicos, escriptos com manhoso artificio, e virulencia, procurando destruir a força moral do Governo, e ameaçar a minha imperial pessoa, com os exemplos de Iturbide, e de Carlos I, e já por meio de emissarios, que sustentassem, e propagassem tão sediciosos principios.

Disposta assim a fermentação, de que devia brotar o vulcão revolucionario, procurou a facção, que se havia feito preponderante na Assembléa, servir-se para o fatal rompimento de um requerimento do cidadão David Pamplona, inculcado brasileiro de nascimento, sendo aliás natural das Ilhas Portuguezas, que a ella se queixava do umas pancadas, que lhe deram dous officiaes brasileiros, mas nascidos em Portugal, e que pelo parecer de uma commissão se entendia que o mesmo devia recorrer aos meios ordinarios. De antemão, e com anticipação a mais criminosa, se convidaram pelos chefes daquella tremenda facção, e por meio de seus sequazes, pessoas do povo, que armados de punhaes, e pistolas lhes servissem de apoio, incutindo terror aos illustres, honrados, e dignos Deputados da mesma Assembléa, que fieis ao juramento prestado, só pretendiam satisfazer a justa confiança, que nelles puzera a nobre Nação Brasileira, e folgavam de ver mantida a tranquillidade necessaria para as deliberações.

Durante o período de reunião da assembleia, algumas contradições se aguçaram, paralelamente a alguns episódios. O potencial de conflito entre o “partido brasileiro” e o “partido português” se materializa. Entre os episódios, um projeto de Muniz Tavares, propondo a expulsão de portugueses renitentes, fez com que D. Pedro se pusesse contra. Outro, com David Pamplona, referido no manifesto que justifica depois a dissolução. Esse indivíduo foi espancado pelo Major português José Joaquim Lapa, numa botica do Largo da Carioca, sob o pretexto de que este teria publicado artigos no jornal Sentinela, em que “um brasileiro resolutivo” atacava oficiais portugueses. O caso passou a ser longamente debatido na Assembleia, transformando-se em caso de nacionalismo.

Nesse episódio, os Andradas enfrentaram decididamente o Imperador. Com a radicalização, ocorreu que populares entrassem, segundo Varnhagen (2010), alguns armados. Porém, nem Armitage, nem José Honório Rodrigues, nem Aurelino Leal referem esse fato. Tal fato teria ocorrido com o consentimento da maioria dominante na assembleia, apupando uns e aplaudindo outros. Seguiu-se a “noite da agonia”, com o cerco da assembleia, sua dissolução, e vários aprisionamentos, inclusive dos Andradas. A dissolução resulta de um complexo de causas. Provavelmente, D. Pedro cedeu à pressão e à exigência da tropa portuguesa, que se dizia insultado pelo “Tamoio”. Conforme José Honório Rodrigues (1974), havia, entre os 209 oficiais superiores do Exército, 98 portugueses e 47 brasileiros, sem contar os que não tinham nenhuma dessas nacionalidades. O equilíbrio instável em que se mantinha entre o “partido brasileiro” e o “partido português”, aliado a causas imediatas, rompe-se provisoriamente, em favor dos últimos, sobre os quais tem de se apoiar por certo tempo, não sabendo ou não podendo se reaproximar dos primeiros. Essa impossibilidade irá contribuir para a abdicação, em 1831. No decreto de dissolução, além de aludir “ao perjúrio ao solene juramento”, por parte da assembleia, anuncia a convocação de outra, “duplicadamente mais liberal”. Para esta, entregaria um projeto a ser apreciado, algo que não se configura depois. Não deve ser desconsiderado o fato da restauração absolutista em maio de 1823, em Portugal, que terá possivelmente estimulado alguma tendência de D. Pedro, bem como o fato de que a hipótese de dissolução nunca estivera de todo ausente.

Na proclamação, por sua vez, que justifica o ato, D. Pedro afirma:

As bases que devemos seguir, e sustentar para nossa felicidade são – Independência do Império, Integridade do mesmo, e sistema constitucional. [...] Se a assembleia não fosse dissolvida, seria destruída nossa santa religião, e nossas vestes seriam tintas de sangue. Está convocada nova assembleia. Quanto antes ela se unirá para trabalhar sobre um projeto de Constituição, que em breve vos apresentarei.

Nova assembleia não foi convocada. O Imperador Também reorganizou o Ministério e nomeou um novo Conselho de Estado, no dia seguinte, composto somente de brasileiros natos, possivelmente para diluir a aparência de conluio com o “partido português”. Provavelmente, a dissolução não foi um impulso, mas algo que esteve sempre latente, desde o começo, conforme os historiadores.

## 4.4 O ATO DE OUTORGA DA CONSTITUIÇÃO DE 25 DE MARÇO DE 1824

### Carta de Lei de 25 de Março de 1824

“Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua

Magestade o Imperador. **DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS,** e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Política : Nós Juramos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte:

**CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.**

**EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE.”.**

D. Pedro, sem justificar publicamente, opta por outorgar a nova constituição. A responsabilidade pelo projeto ficou ao encargo do Conselho de Estado. Em 11 de dezembro, o Conselho de Estado deu por findo o projeto de Constituição. No dia 20 foi impresso e submetido às Câmaras Municipais de várias Províncias, sendo promulgada em 5 de março de 1824, finalmente. Não se tem notícia de nenhuma proposta de alteração. O texto da Constituição é muito semelhante ao projeto já adiantado pela Assembleia. A grande inovação é a introdução do Poder Moderador, que já fora objeto de alguns debates na assembleia, principalmente por Antonio Carlos.

O principal responsável pelo texto foi Carneiro de Campos, depois Marques de Caravelas. É de notar que na “Carta de Lei” de 25 de março, no preâmbulo, D. Pedro faz saber que se jura um projeto de constituição, que passa a ser constituição, sem outro ato posterior. E o mesmo preâmbulo torna a referir que esse projeto seria apresentado à nova Assembleia Constituinte. O texto distribuído às Câmaras Municipais não coincide perfeitamente com o texto promulgado oficialmente, conforme Arinos (2003). E não há qualquer decreto justificativo da desistência da nova convocação. Daí que embora com aparência de norma pré-constitucional, seja, ao fim e ao cabo, norma constitucional definitiva, e não transitória. Com isso, se encerra a fase pré-constitucional brasileira, e começa sua história constitucional, cheia de instabilidade.

## 5. CONCLUSÃO

O processo de constitucionalização brasileiro veio antes da independência, como já se mostrou. E, sobretudo, não veio precedido de uma ruptura política, como aconteceu nas revoluções, inclusive nas clássicas, ou mesmo nos episódios de golpe de estado, como o de 1937. Por isso que, neste caso, constitucionalizar já era atacar as bases do poder e do regime. Isso ajuda a explicar porque, por mais de uma vez, as forças populares se aliaram às tropas portuguesas para impor a adoção de medidas e decretos. D. João teve de aceitar, sem vontade, um novo padrão de exercício de poder, limitado, por meio desse processo. Diferentemente, D. Pedro, ainda que de espírito autoritário, demonstrou, embora sob pressão, prezar certos princípios do constitucionalismo liberal.

De fato, naquele momento, as forças econômicas e políticas no Brasil davam mais importância a determinadas liberdades que à própria soberania, A conservação do regime de diversidade de comércio exterior, que sucedeu o monopólio, e que estava ameaçado pela tentativa de recolonização, era o núcleo duro, o consenso das forças renovadoras no

Brasil. Essa diversidade econômica casava bem com a livre diversidade de opinião, o fim da censura, as diversas outras liberdades.

Não se havendo estabelecido nova hegemonia pela força das armas e/ou ideias, o processo que se deu entre nós foi instável, ensaístico, quase experimental, de acerto e erro. A força normativa dos atos e decretos também era relativa, eventualmente precária. Basta lembrar a adoção da Constituição de Cádiz e sua revogação no dia seguinte.

Os atos e decretos são puramente constitucionalizantes, em sua primeira fase, durante o ano de 1821. Mas a partir de 1822, a continuação desse processo normativo implicou enfrentar os desafios da desobediência, da igualdade e, depois, da soberania, precária embora.

O exame dos decretos, seu conteúdo, conjuntura e circunstâncias, como se antecipou, permite perceber uma linha de continuidade em direção ao processo de constitucionalização liberal, enquanto a linha de acesso à soberania nacional é elíptica, sofre recuos e avança, numa segunda etapa. Já a soberania popular avança, no momento da convocação e reunião da assembleia constituinte, para depois sofrer retrocesso, com a dissolução desse órgão colegiado, e outorga, a seguir. O texto da constituição de 1824 é virtualmente a consolidação de tudo que se construiu ao longo do período entre fevereiro de 1821 a março de 1824.

Do ponto de vista da teoria jurídica serve, uma vez mais, para por a nu as deficiências, ou antes, a incapacidade explicativa da teoria clássica do poder constituinte, de fundo jusnaturalista, que não via ou não admitia nenhuma limitação ou condicionamento ao exercício do poder constituinte formal, isto é, do poder criador da assembleia constituinte, ou, até mesmo, do ato autocrático e unilateral de outorga de uma nova ou primeira constituição escrita.

Por outro lado, a mera análise positivista dos textos tampouco dá conta da compreensão do processo de constitucionalização do Brasil. Qualquer outra visão unilateral levaria ao mesmo insucesso, sem a utilização de um método pluridisciplinar, que não exclua a história, a ciência política, ou a ciência econômica.

A história aqui não é vista como uma sucessão linear de fatos, ou de vontades de personalidades. É antes uma linha tendente e perceptível de solução possível dos conflitos, dependentes e independentes da vontade humana, em diferentes dimensões, que os homens se põem e tentam resolver. É síntese de múltiplas determinações. A política, na superestrutura, oferece, por seus protagonistas, projetos, decisões, sobretudo, mas não só, na órbita do Estado, e revela um pouco mais essas tensões, por atos, discursos, manifestações e símbolos. Na base de tudo, o lastro econômico, balizando ou limitando o âmbito das disputas, mas sem determinar mecanicamente o trajeto a seguir. E o direito não é mero instrumento, mero reflexo disso. Os decretos tiveram função relevante na transição do Brasil colonial/Reino Unido/Brasil Soberano. De alguma forma, o processo exposto é um desmentido de uma ideia de ordem de fatores pré-determinada. Por isso, foi possível que a Constituição tenha chegado antes da soberania no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Normas pré-constitucionais. Limites jurídicos internos do poder constituinte**. Porto Alegre: Edições do autor, 2010.

ARINOS, Afonso. **O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal**. Introdução. Prefácio de Carlos Fernando Mathias de Souza. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

ARINOS, Afonso. **Curso de direito constitucional**. Volume II. Formação constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ARMITAGE, John. **História do Brasil**. Brasília: Senado Federal Conselho Editorial, 2011.

BARBALHO, João. **Constituição Federal brasileira**. Comentários por João Barbalho U. C. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, 2014.

CALÓGERAS, João Pandiá. **Formação histórica do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1979.

CUNHA DA, Pedro Octávio Carneiro. **A fundação de um império liberal. História geral da civilização brasileira, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda**. Tomo II. O Brasil monárquico. 21 v. O processo de emancipação. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

FAUSTO, Bóris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1995.

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2002.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Momento Monarquiano. O Poder Moderador e o Pensamento Político Imperial**. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política). Orientadores: Marcelo Gantus Jasmin e Pierre Rosanvallon (estágio doutoral) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, Rio de Janeiro, 2007.

MONTEIRO, Tobias. **História do Império. A elaboração da independência**. São Paulo: Edusp, 1982.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. Preliminares. A experiência constitucional, 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

NOVAIS, Fernando A.; MOTA, Carlos Guilherme. **A independência política do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

RODRIGUES, José Honório. **A assembleia constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

ROURE, Agenor de. **Formação constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2016;

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODRÉ, Néelson. **As razões da independência**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1969.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo. **História da Independência do Brasil**. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2010.

Recebido em: 01/07/2023

Aceito em: 13/07/2023

# AS ESCOLAS TÉCNICAS DE SAÚDE COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE

*Health Technical Schools as Fundamental Elements for the Prevention and Mitigation of Judicialization in Health*

**Luiz Henrique Antunes Alochio**

Visiting Scholar (Florida State University – 2022/2023). Procurador Municipal em Vitória vinculado à área de Direito da Saúde (ES, Brasil). Doutorado em Direito da Cidade (Uerj). Mestrado em Direito Tributário (Ucam). Filiado ao IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), onde presidiu a Comissão de Direito Administrativo. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019/2021), onde compõe a Comissão Nacional de Prerrogativas. Compôs a Lista Tríplice para a vaga de Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) em 2013, na vaga destinada à Advocacia.

## Resumo

Avalia a realidade das Escolas Técnicas de Saúde (ETSUS) e sugere a atuação destas importantes escolas de forma mais ampla. Não é sugerido que as ETSUS escapem de suas funções primordiais. A pretensão do texto é compreender que cada ETSUS, com a credibilidade que construíram ao longo dos anos, podem contribuir para auxiliar na formação dos servidores municipais envolvidos na judicialização. Num primeiro momento os Procuradores Municipais e os profissionais das secretarias municipais de saúde e assistência social. Posteriormente, até mesmo, oferecendo formação adicional sobre o SUS para os Tribunais de Justiça dos Estados, para os novos juízes e juízas recém empossados, ou para os que já esteja em atuação, sem custos para o Tribunal.

**Palavras-chave:** Judicialização da Saúde. Escolas Técnicas de Saúde. Consolidação e credibilidade das ETSUS.

## Abstract

Evaluates the reality of the Technical Health Schools (ETSUS) and suggest the performance of these essential schools in a broader way. It does not suggest that ETSUS escapes its primary functions. The text intends to understand that each ETSUS, with the credibility built over the years, can assist in training employees connected to healthcare judicialization. At first, the City Attorneys and professionals from the municipal health and social assistance secretariats. Subsequently, offering training on the SUS for the Courts of Justice of the States. For the newly appointed judges, or those already in operation, at no cost to the Court.

**Keywords:** Judicialization of Health. Health Technical Schools. Consolidation and credibility of ETSUS.

## Sumário

**1. Introdução;** 1.1. Objetivos; **2. A Judicialização da Saúde;** **3. As Escolas Técnicas de Saúde:** visão geral; 3.1 Consolidação e credibilidade das ETSUS; **4. Conclusão;** **5. Notas; Referências**

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde tem gerado um impacto na própria construção e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Tal fenômeno já não é mais uma novidade e, como pode ser notado dos números apresentados pelo Poder Judiciário, tais litígios se convertem em um dos principais problemas jurídicos submetidos à jurisdição nacional.

Em dez anos o volume de processos de saúde cresceu 130%, bem acima da média de aumento da litigiosidade em outras áreas (50%).<sup>1</sup> Se levado em consideração o período de 2009 a 2017 o número de processos judiciais sobre saúde triplicou.<sup>2</sup>

Apenas no ano de 2016 o custo do orçamento da União atingiu 1,3 bilhões de reais apenas com processos de judicialização da saúde. O Portal do Tribunal de Contas da União refere que em 2015 o gasto havia sido de 1 bilhão e, já estourava, equivalendo a um aumento de 1300% se levados em conta os 7 anos anteriores.<sup>3</sup>

Nota-se que o tema da judicialização da saúde afeta diretamente os Municípios. Os Entes Locais sentem mais duramente a incompreensão da parte dos operadores do Direito acarretando interferências nas políticas públicas construídas a duras penas: notadamente o desrespeito à participação das comunidades, a falta de análise de custo-benefício, custo-efetividade ou mesmo de risco quanto à absorção de novas tecnologias no SUS. Especialmente quando a decisão que determina uma incorporação de nova tecnologia ao SUS parte de um Magistrado que, ao final e ao cabo, não possui mínima formação técnica para aquela matéria.

Note-se outra questão: os Municípios são os maiores “consumidores públicos” da jurisdição estadual. Mesmo assim, em nenhuma formação de política judiciária, os Municípios estão presentes como “pares”, mas como meros “ouvintes”. Basta ver o temário de todas as Jornadas de Direito da Saúde do CNJ. Nenhum espaço para a exposição da perspectiva Municipal em tais eventos. Uma política pública construída sem a oitiva do “principal usuário” possui séria tendência ao fracasso.

Cabe somar ainda que pouco se estuda o Direito da Saúde como disciplina nas Faculdades de Direito. Isso deveria mudar, especialmente a partir da Recomendação 31/2010 quando o Conselho Nacional de Justiça sugere aos Tribunais a inclusão da legislação relativa ao Direito Sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura.<sup>4</sup>

Por outro lado, é sabido que há uma experiência riquíssima de ensino, formação e pesquisa voltada para o SUS, na forma das Escolas Técnicas de Saúde (ETSUS). E que inúmeros são os Municípios mantenedores destas Escolas Técnicas de Saúde. Os objetivos do presente artigo serão adiante apresentados, e envolvem uma participação mais efetiva das ETSUS.

### 1.1 OBJETIVOS

Os objetivos deste texto visam conciliar as ETSUS, e suas finalidades básicas, com uma importante contribuição para o campo da judicialização das políticas de saúde. Em

sua gênese as ETSUS foram — e ainda são — revolucionárias na formação em saúde. A proposta deste texto é no sentido de as ETSUS darem um novo passo inovador, o que explicitaremos adiante.

Num primeiro momento deste novo passo, poderiam as ETSUS atuar na formação dos próprios servidores municipais envolvidos na judicialização, ou cujas atividades sejam afetadas pela judicialização. Referimos aos cargos de Procurador Municipal, que realizam as defesas dos Municípios, e dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, farmacêuticos, vigilância em saúde, e todas as profissões do setor) que estejam atuando na judicialização ou têm suas competências afetadas por decisões judiciais.

Num segundo momento, poder-se-ia evoluir para a oferta externa de curso de aperfeiçoamento<sup>5</sup> ou introdução<sup>6</sup> sobre a Legislação do Sistema Único de Saúde especialmente oferecendo aos Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos — sem ônus para tais órgãos — um Curso de Aperfeiçoamento ou de Introdução para ser aplicado a cada turma de novos membros da Magistratura ou do MP, após os respectivos concursos. Ou, oferecer às Escolas de Magistratura, como parte da formação continuada dos Juízes que estejam em atividade, com escopo na Resolução 159/2012 CNJ.<sup>7</sup>

No setor de Judicialização em Saúde talvez falte simplesmente aos órgãos julgadores e aos principais *stakeholders* — Ministério Público especialmente — uma introdução às regras do Sistema Único de Saúde. Estas noções introdutórias seriam extremamente eficientes para habilitar notadamente os Magistrados quando da análise de um litígio sanitário. Não se trata de uma proposta de “captura” do órgão regulador, mas, tão-somente a abertura de um diálogo formativo para uma compreensão mais precisa dos valores sobre os quais a litigância incide.

## 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Pode-se localizar o aumento das questões pertinentes à judicialização da saúde — e aqui ficaremos adstritos à Saúde Pública e ao Sistema Único de Saúde — já em meados da década de 2000. Porém, com maior precisão, os primeiros elementos de judicialização coordenada da Saúde, surgiram no início da década de 1990, “com as reivindicações das pessoas vivendo com HIV/Aids para medicamentos e procedimentos médicos”.<sup>8</sup>

Sem que se faça um corte histórico exauriente, a litigância em saúde perpassou ainda outros momentos, dentre os quais podemos destacar a Audiência Pública n. 4 STF ocorrida em 2009. Isabela Scarabelot Castro Alves descreve que a referida audiência pública buscou “tratar de diversos temas que envolv[iam] a atuação do Judiciário em relação ao direito à saúde ...[em] um grande debate sobre esse fenômeno que a nomeia.”<sup>9</sup> Ao final, a audiência terminou com a sobreposição de conceitos jurídicos sobre aqueles inerentes às ciências da saúde.

É de ser referida ainda a decisão judicial na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n<sup>o</sup> 175, com decisão final em 2010, sendo o primeiro grande julgado após a audiência pública n. 4.<sup>10</sup> Cabe mencionar outra decisão, em 2017, da lavra do Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 581488.<sup>11</sup> O caso era uma Ação civil pública discutindo

o acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Definiu-se pela Inconstitucionalidade, validando portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Impedindo a chamada “diferença de classes”, ou atendimento médico diferenciado, no âmbito da rede pública.

Uma questão pouco referida é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501<sup>12</sup> que suspendeu a eficácia da Lei Federal nº 13.269/12, de 2016. A referida legislação obrigava o Poder Público a fornecer a fosfoetanolamina, medicamento sem registro na ANVISA. É fundamental a compreensão desse julgado que concluiu: “É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal.” O Ministro Marco Aurelio, Relator no caso, destacou em seu voto que se o Estado possui um dever de ofertar medicamentos, é também verdade que existe para o Estado a “responsabilidade de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, atuar impedindo o acesso a certas substâncias.” E prossegue concluindo ter havido violação à Separação de Poderes.

O importante é que a partir destas experiências embrionárias, o setor de saúde, especialmente na questão da saúde pública, foi amplamente impactado por decisões judiciais. A partir do início da primeira década de 2000 o volume de processos disparou determinando já em 2009 a criação pelo Conselho Nacional de Justiça do Fórum Nacional da Saúde.<sup>13</sup> Inicialmente através da Portaria 695<sup>14</sup> fora criado o grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Deste grupo origina-se, então a Resolução 107, de 6 de abril de 2010,<sup>15</sup> instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

A falta de domínio das profissões jurídicas — Advocacia, Magistratura, Ministério Público e Defensorias Públicas — quanto aos conceitos e técnicas decisórias das profissões de saúde é um entrave. Na realidade, as profissões jurídicas em geral, não têm sequer familiaridade quanto a conceitos e noções de Direito Sanitário ou Direito da Saúde, por não ser disciplina obrigatória no rol das Diretrizes Curriculares para o Curso de Direito.<sup>16</sup> Muito particularmente não se conhece o *modus operandi* do Sistema Único de Saúde.

Por essa razão ocorre o maciço deferimento de liminares até mesmo à míngua de prescrição médica adequada nas ações, sob os pálidos argumentos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* ou da *verossimilhança*.<sup>17</sup> O conceito de “urgência e emergência” em Saúde, não raras vezes são sumariamente substituídos pela alegação de “periculum in mora” jurídico, como se o Juiz substituisse a técnica decisória do médico, com o simples jargão do “o magistrado não está adstrito à prova dos autos”. Ainda que temporárias as decisões, elas acarretam irreparável impacto na organização do Sistema Único de Saúde.<sup>18</sup>

Não ingressaremos aqui na distinção entre “ativismo judicial” e “judicialização”. Usaremos a expressão “judicialização” de forma ampla pois, o próprio conteúdo do texto já deixará

antever que se separam as hipóteses de correção de ilegalidades através da jurisdição, de outra situação, bem distinta — e que por isso mesmo não precisa de sofismas e eufemismos — que seria a interferência judicial sobre campos de critérios técnicos legítimos da legislação e administração.

A literatura do setor de políticas de saúde tem — não raras vezes — identificado as aberrações do dia a dia, como o elevado percentual de liminares concedidas até mesmo para medicamentos disponíveis no SUS! Sim, a prática demonstra que há ações nas quais o autor possui 5 (cinco) medicamentos com prescrição médica, e todos constam das Relações de Medicamentos do SUS e disponíveis. Qual a razão da judicialização? Qual o interesse jurídico contraposto? Qual a pretensão resistida? E pior: as liminares são deferidas! Também é enorme o percentual de medicamentos judicializados para os quais a Relações de Medicamentos do SUS possuem opções terapêuticas.<sup>19</sup> Em suma — e para ficarmos apenas nestas duas hipóteses — o judiciário se arvora a ser uma porta de entrada do SUS e, com a máxima vênia, não realiza as análises sanitárias adequadas.

Não se desconhece, por óbvio, que há situações de correção de ilegalidades, por exemplo, quando uma medicação ou tratamento “disponível no SUS” acaba sendo ilegítimamente negado ao cidadão. Imagine-se o caso de uma burla à ordem ou aos critérios de transplante. Neste caso a Jurisdição estaria corrigindo ilegalidade, e não interferindo em mérito administrativo.

A realidade é esta. Mas o que podemos fazer? Continuar uma discussão jurídica infrutífera — pois estas decisões judiciais são quase em sua totalidade mantidas nos Tribunais, inclusive agregando condenação em honorários sucumbenciais e custas processuais — encarecendo por vias transversas a saúde pública, ou podemos iniciar um diálogo renovado? Não um diálogo *a partir* do Poder Judiciário, como ocorrera com as Jornadas<sup>20</sup> CNJ de Direito da Saúde, mas um diálogo — com apoio do Poder Judiciário — a partir da experiência de formação do Sistema Público de Saúde.

### 3. AS ESCOLAS TÉCNICAS DE SAÚDE: VISÃO GERAL

No dizer de Galvão e Sousa, as Escolas Técnicas de Saúde são instituições públicas que foram criadas ou, melhor dizendo, “recriadas”, a partir de 1980. Tinham por finalidade a qualificação e formação de trabalhadores de nível fundamental e médio empregados no SUS, muitos dos quais não possuíam qualificação específica para as funções que desempenhavam diante de suas condições financeiras.<sup>21</sup> A função, no início tinha este importante viés.

As ETSUS têm seus embriões na década de 1960, com as “Escolas Técnicas e os Centros Formadores de Recursos Humanos do SUS (ETSUS) com a missão de formar e qualificar trabalhadores dos níveis básico e médio, que atuam ou irão atuar nos serviços públicos de saúde”.<sup>22</sup> Não se desconhece que as ETSUS são escolas-função, sendo “de caráter inclusivo, participativo e democrático [...] ferramentas de transformação [...] promovendo o aprendizado institucional”.<sup>23</sup> Têm em suas atribuições a “formação de técnicos de vigilância em saúde, ambiental e sanitária, de técnicos de enfermagem, de saúde bucal, radiologia, reabilitação, patologia clínica, como também dos agentes de saúde indígena, entre outras

categorias e níveis de formação”.<sup>24</sup> O público-alvo das ETSUS seria composto por adultos provenientes das camadas populares, marginalizados pelo sistema formal de educação e desempenhando funções vitais nos serviços públicos de saúde.

Neste espaço de tempo compreendido a partir da década de 1970 para cá — pois já a partir da Lei 5962/71 — já se passaram a consolidar condições jurídicas mais favoráveis<sup>25</sup> para as escolas técnicas neste modelo.

### 3.1 CONSOLIDAÇÃO E CREDIBILIDADE DAS ETSUS

As ETSUS se consolidaram como instituições de formação,<sup>26</sup> dotadas de credibilidade acadêmica, isenção e autonomia. Não por outras razões, o campo de atuação das ETSUS poderia passar a englobar a formação — ainda que em cooperação — dos profissionais envolvidos na chamada *judicialização* da Saúde no Brasil.

Apenas à guisa de sugestão:

- a. As ETSUS poderiam formar continuamente os profissionais dos Municípios envolvidos na judicialização da saúde, como procuradores envolvidos nas defesas judiciais e servidos envolvidos na catalogação das informações para estas defesas. É deveras comum o desconhecimento, mesmo nestes profissionais, dos princípios e diretrizes do SUS, das divisões de atribuições e tantas outras informações que são necessárias para as defesas na judicialização da Saúde;
- b. As ETSUS poderiam oferecer aos Tribunais de Justiça, ou a suas Escolas de Magistratura, uma atualização para Membros do Poder Judiciário sobre o Sistema Único de Saúde, suas distribuições internas de atribuições, seus princípios e diretrizes, enfim, permitir que atuais e futuros julgadores, possam travar um contato com a realidade sobre a qual irão proferir decisões judiciais.
- c. A mesma sugestão anterior poderia ser feita com os Ministérios Públicos e com as Escolas Superiores dos Ministérios Públicos.

Aqui, novamente, voltamos a louvar a seriedade, isenção e a credibilidade construídas pelas ETSUS, o que dará segurança, por exemplo, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, que estará fornecendo ou recebendo nestes cursos da ETSUS informações técnicas, isentas e seguras, e não apenas recebendo uma versão para a defesa do SUS.

Assim como as ETSUS foram uma inovação, ou uma revolução na formação em campo, estas escolas-função podem, hoje, gerar a mais eficiente ferramenta de diálogo e formação para os profissionais envolvidos na Judicialização. A nova revolução das ETSUS será iniciar um diálogo onde, hoje, existe uma dissonância cognitiva.

## 4. CONCLUSÃO

Por todas as razões anteriores, concluímos este texto com a possibilidade de serem adotadas as ETSUS como elementos fundamentais para a prevenção e mitigação da judicialização em saúde. A moldura normativa das ETSUS permite esta possibilidade. A credibilidade construída pelas ETSUS ao longo de décadas dá aos potenciais órgãos envolvidos na

judicialização, segurança de receberem suas formações continuadas de uma fonte técnica, segura, isenta, e que não buscará mera cooptação teórica.

Em suma, é preciso que todos os envolvidos na Judicialização do SUS efetivamente conheçam o SUS, suas regras de regência, seus Princípios e suas diretrizes. Isto gerará melhores atuações nas defesas do SUS e, até mesmo, permitirá aos órgãos de controle — como o Ministério Público — e aos órgãos julgadores — como o Poder Judiciário — conhecer profundamente o Sistema Único de Saúde, e, com isso, mais facilmente separar os erros e ilegalidade a serem corrigidos, função precípua da jurisdição, de outras hipóteses, como as buscas de simples alteração de uma política pública legítima.

## 5. NOTAS

1. MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. **CNJ**, [Brasília], 18 mar. 2019. <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>

2. JUDICIALIZAÇÃO da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. **INSPER**, [São Paulo], 24 maio 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>

3. AUMENTAM os gastos públicos com judicialização da saúde. **TCU - Tribunal de Contas da União**, [Brasília], 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

4. RECOMENDAÇÃO Nº 31 de 30/03/2010. **CNJ**, [Brasília], 2010. Atos Normativos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>

5. Ao usarmos a expressão “aperfeiçoamento” não se pretende um sinônimo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). A expressão “aperfeiçoamento” é empregada com o singelo sentido de incremento de conhecimento.

6. “Introdução”, pois, não raras vezes, profissionais do Direito nunca tiveram uma formação inicial a respeito das regras jurídica aplicáveis à saúde, em particular ao Sistema Único de Saúde.

7. RESOLUÇÃO Nº 159 de 12/11/2012. **CNJ**, [Brasília], 2012. Atos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/972>

8. VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006)

9. CASTRO ALVES, Isabela Scarabelot. **Judicialização do Direito à Saúde ou saudicialização do judiciário**: uma análise da audiência pública nº 4 do STF. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2014. Disponível em: [https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/250\\_Isabela-Scarabelot.pdf](https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/250_Isabela-Scarabelot.pdf)

10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR. Relator: Gilmar Mendes (Presidente), 17 de março de 2010. Tribunal Pleno. **DJe**, Brasília, DF, n. 076, div. 29 abr. 2010, pub. 30 abr. 2010, ement v. 02399-01, p. 00070.

11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581488. Relator: Dias Toffoli, 3 de dezembro de 2015. Tribunal Pleno. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito. **DJe**, Brasília, DF, n. 065, div. 07 abr. 2016, pub. 08 abr. 2016.

12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501, Relator: Marco Aurélio, 26 de outubro de 202. Tribunal Pleno. Processo Eletrônico. **DJe**, Brasília, DF, n. 283, div. 30 nov. 2020, pub. 1 dez. 2020.
13. FÓRUM Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus). **CNJ**, [Brasília], [2010]. Programas e Ações. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/>
14. PORTARIA Nº 650 de 20/11/2009. **CNJ**, [Brasília], 2009. Atos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>
15. RESOLUÇÃO nº 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado005027202007095f0669d390240.pdf>
16. BRASIL. Ministério Da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e daí outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 242, p. 122, 18 dez. 2018. Disponível em: [https://www.in.gov.br/material/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113](https://www.in.gov.br/material/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113)
17. COELHO, Tiago Lopes et al. Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais. **Rev. Saúde Pública [online]**, v. 48, n. 5, 2014 [cited 2021-04-25], pp.808-816. Available from: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102014000500808-&lng=en&nrm-iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000500808-&lng=en&nrm-iso). ISSN 0034-8910. <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048005286>.
18. COELHO, Tiago Lopes *et al.* 2014
19. COELHO, Tiago Lopes *et al.* 2014
20. I JORNADA de Direito da Saúde. **CNJ**, [Brasília], [2014]. Programas e Ações. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude/>
21. GALVÃO, Ena de Araújo, SOUSA, Maria Fátima de. As escolas técnicas do SUS: que projetos político-pedagógicos as sustentam? **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 22 [3]: 1159-1189, 2012. <https://www.scielo.org/pdf/physis/2012.v22n3/1159-1189/pt>
22. BORGES, Fabiano Tonaco et al. Escolas Técnicas do SUS (ETSUS) no Brasil: regulação da integração ensino serviço e sustentabilidade administrativa. **Ciênc. saúde coletiva**, [Rio de Janeiro], v. 17, n. 4, abr. 2012. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000400020](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000400020)
23. BORGES, Fabiano Tonaco et al. Escolas Técnicas do SUS (ETSUS) no Brasil: regulação da integração ensino serviço e sustentabilidade administrativa. **Ciênc. saúde coletiva**, [Rio de Janeiro], v. 17, n. 4, abr. 2012. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000400020](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000400020)
24. BORGES, Fabiano Tonaco *et al.* Escolas Técnicas do SUS (ETSUS) no Brasil: regulação da integração ensino serviço e sustentabilidade administrativa. **Ciênc. saúde coletiva**, [Rio de Janeiro], v. 17, n. 4, abr. 2012. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000400020](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000400020)
25. Na verdade, não havia uma autorização na Lei 5962/71, mas, pelo menos, havia falta de uma vedação. Não havendo uma proibição, e com a possibilidade de *interpretação favorável* foram sendo criadas estas escolas de formação na prática. Cf. PEREIRA, IB., and RAMOS, MN. Breve histórico das instituições. In: **Educação profissional em saúde [online]**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006. Temas em saúde collection, pp. 45-61. ISBN 978-85-7541-318-0. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/zb2gfl/pdf/pereira-9788575413180-03.pdf>

26. FERREIRA, Lorena et al. Validação do modelo lógico de implementação da Política de Educação Permanente em Saúde na Atenção Primária. **Trab. educ. saúde** [online], vol.18, n.2, 2020. [cited 2021-04-26], e0026294. Available from: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462020000200511&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462020000200511&lng=en&nrm=iso). Epub June 19, 2020. ISSN 1981 7746. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00262>.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 set. 1990a. Seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR. Relator: Gilmar Mendes (Presidente), 17 de março de 2010. Tribunal Pleno. **DJe**, Brasília, DF, n. 076, div. 29 abr. 2010, pub. 30 abr. 2010, ement v. 02399-01, p. 00070.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581488. Relator: Dias Toffoli, 3 de dezembro de 2015. Tribunal Pleno. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito. **DJe**, Brasília, DF, n. 065, div. 07 abr. 2016, pub. 08 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501, Relator: Marco Aurélio, 26 de outubro de 202. Tribunal Pleno. Processo Eletrônico. **DJe**, Brasília, DF, n. 283, div. 30 nov. 2020, pub. 1 dez. 2020.

BORGES, Fabiano Tonaco; GARBIN, Cléa Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo; GARBIN, Artênio José Ispere; ROCHA, Najara Barbosa da; LOLLI, Luiz Fernando; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba. Escolas Técnicas do SUS (ETSUS) no Brasil: regulação da integração ensino serviço e sustentabilidade administrativa. **Ciênc. saúde coletiva** [online], [Rio de Janeiro], v.17, n. 4, abr. 2012, [cited 2021-05-22], p. 977-987. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000400020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000400020&lng=en&nrm=iso)

CASTRO ALVES, Isabela Scarabelot. **Judicialização do Direito à Saúde ou saudicialização do judiciário**: uma análise da audiência pública nº 4 do STF. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2014. Disponível em: [https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2018/04/250\\_Isabela-Scarabelot.pdf](https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2018/04/250_Isabela-Scarabelot.pdf)

CEBES. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. A questão democrática na área de saúde. *Saúde Debate* 1980. Disponível em: [http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Cebes\\_Sa%C3%BAde-e-Democracia.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Cebes_Sa%C3%BAde-e-Democracia.pdf)

COELHO, Tiago Lopes; FERRÉ, Felipe; CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques; ACURCIO, Francisco de Assis; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli lola Gurgel. Variáveis jurídicas e de saúde no deferimento de liminares por medicamentos em Minas Gerais. **Rev. Saúde Pública** [online], v. 48, n.5, 2014. [cited 2021-04-25], pp.808-816. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102014000500808&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000500808&lng=en&nrm=iso). ISSN 0034-8910. <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048005286>.

FERREIRA, Lorena; RIBEIRO, Mariamélia Santos; OLIVEIRA, Leda Zorayde de; SZPILMAN, Ana Rosa Murad; ESPOSTI, Carolina Dutra Degli; CRUZ, Marly Marques da. Validação do modelo lógico de implementação da Política de Educação Permanente em Saúde na Atenção Primária. **Trab. educ. saúde** [online], v. 18, n. 2, 2020. [cited 2021-05-22], e0026294. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462020000200511&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462020000200511&lng=en&nrm=iso). Epub June 19, 2020. ISSN 1981-7746. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00262>.

GALVÃO, Ena de Araújo, SOUSA, Maria Fátima de. As escolas técnicas do SUS: que projetos político-pedagógicos as sustentam? **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 22 [3], p. 1159-1189, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2012.v22n3/1159-1189/pt>

PAIM, Jairnilson Silva. A Constituição Cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS). **Cad. Saúde Pública** [online], v. 29, n. 10, p.1927-1936, 2013. ISSN 0102-311X. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00099513>.

PEREIRA, IB.; RAMOS, MN. Breve histórico das instituições. In: **Educação profissional em saúde [online]**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006. Temas em saúde collection, pp. 45-61. ISBN 978-85-7541-318-0. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/zb2gf/pdf/pereira-9788575413180-03.pdf>

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n.1, 2010. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006)

Sites consultados:

AUMENTAM os gastos públicos com judicialização da saúde. **TCU - Tribunal de Contas da União**, [Brasília], 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

BRASIL. Ministério Da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e daí outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 242, p. 122, 18 dez. 2018. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113)

FÓRUM Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus). **CNJ**, [Brasília], [2010]. Programas e Ações. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/>

I JORNADA de Direito da Saúde. **CNJ**, [Brasília], [2014]. Programas e Ações. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude/>

JUDICIALIZAÇÃO da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. **INSPER**, [São Paulo], 24 maio 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-jacusta-r-13-bi-a-uniao/>

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. **CNJ**, [Brasília], 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>

PORTARIA Nº 650 de 20/11/2009. **CNJ**, [Brasília], 2009. Atos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>

RECOMENDAÇÃO Nº 31 de 30/03/2010. **CNJ**, [Brasília], 2010. Atos Normativos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>

RESOLUÇÃO Nº 159 de 12/11/2012. **CNJ**, [Brasília], 2012. Atos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/972>

RESOLUÇÃO nº 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado005027202007095f0669d390240.pdf>

Recebido em: 23/02/2023

Aceito em: 09/08/202

# A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NO LICENCIAMENTO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS PELOS MUNICÍPIOS

*The Law of Economic Freedom and its Impact on the Licensing of Economic Activities by Municipalities*

**Helton Kramer Lustoza**

Procurador do Estado do Paraná. Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Processo Civil. Professor da Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor da Pós-Graduação Universidade Positivo. Professor convidado do COTEF-RJ, ESAF e ESA-OAB. Presidente da Comissão da Advocacia Pública da OAB-PR - Subseção Umuarama (PR, Brasil).

**Rafael De Lazari**

Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR (SP, Brasil). Professor convidado de Pós-Graduação. Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília (DF, Brasil).

## Resumo

O presente artigo apresenta uma reflexão sobre as diretrizes da Lei da Liberdade Econômica e seus reflexos na competência municipal em fiscalizar o comércio local. A pretexto de estabelecer normas gerais sobre a proteção da liberdade econômica do mercado, promovendo a dispensa de qualquer ato público para desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco, contrariou a regra de competência constitucional. Além de outros pontos elencados nesta pesquisa, também se identifica a inconstitucionalidade quanto a este aspecto, por representar uma ofensa ao sistema federativo - ao promover a centralização da decisão sobre a regulação das atividades econômicas de interesse local.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento econômico. Constituição. Liberdade. Economia. Municípios.

## Abstract

This article presents a reflection on the guidelines of the Law of Economic Freedom and its impact on municipal competence to supervise local commerce. On the pretext of establishing general rules on the protection of the economic freedom of the market, promoting the waiver of any public act for the development of low-risk economic activity, it went against the rule of constitutional jurisdiction. In addition to other points listed in this research, the unconstitutionality of this aspect is also identified, as it represents an offense to the federative system - by promoting the centralization of the decision on the regulation of economic activities of local interest.

**Keywords:** Economic development. Constitution. Freedom. Economy. Municipalities.

## Sumário

1. Introdução; 2. A Lei de Liberdade Econômica e a desregulação do mercado econômico; 3. A competência constitucional no licenciamento de atividade econômica local; 4. As (in)constitucionalidades da Lei de Liberdade Econômica; 5. Considerações finais; 6. Notas. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.874, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, a qual trouxe uma série de alterações para a economia nacional e no direito municipal. Além de se autointitular na condição de norma geral de direito econômico - sendo, neste caso, competência federal -, a Lei nº 13.874/2019 expõe, em seu art. 2º, os princípios norteadores de seu texto:

Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.<sup>1</sup>

Fica claro que esses princípios têm por finalidade nortear a diminuição da intervenção e da presença do Estado nas atividades privadas, com regras e princípios que asseguram a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica.

A função social da empresa e a liberdade econômica são dois postulados muito importantes no cenário econômico nacional, o que deve ser fortalecido pelo ordenamento jurídico. E atualmente, a liberdade econômica assumiu importante *status* jurídico, em razão da alteração do perfil político, econômico e ideológico introduzida no país após o advento da Constituição de 1988, bem como sua respectiva relevância para o desenvolvimento econômico nacional.

A Constituição Federal de 1988, ao traçar os parâmetros da Ordem Jurídico-Econômica brasileira, limita a intervenção do Estado no domínio econômico. Assim, uma das metas da ordem econômica constitucional é o desenvolvimento econômico, que, na verdade, configura condição da justiça social - dado que não é possível assegurar a todo o povo uma vida digna se a produção nacional não atingir grau elevado. Neste sentido, explica Gilberto Bercovici:

A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional.<sup>2</sup>

É fato notório que o Brasil é um ambiente pouco atraente para empreendimentos em razão da alta carga tributária e o excesso de burocracia, especialmente na abertura de novas empresas. E desde a década de 90, incentivado pelo Estado Gerencial, o país vem, continuamente, sendo influenciado para buscar a desburocratização e proporcionar maior fluidez à abertura e criação de novos negócios. Diante deste cenário é que foi publicada a Lei de Liberdade Econômica, trazendo alterações a diversas outras legislações, como a Lei das Sociedades Anônimas, Código Civil, Leis trabalhistas e - também - a Lei de Registros Públicos.

Quanto à missão desta legislação em reduzir a burocracia nas atividades econômicas, melhorando o ambiente de negócios brasileiro, não há o que criticar. O que se visa analisar no presente artigo é a dispensa do alvará de licença e funcionamento para o desenvolvimento de atividades econômicas consideradas de baixo risco, bem como a constitucionalidade da limitação da atividade fiscalizatória municipal.

Procurou-se estudar as características da liberdade econômica e até que ponto a Lei nº 13.874/2019 poderia alterar a competência constitucional dos Municípios no campo da fiscalização da atividade econômica local. Embora a própria lei ressalve sua aplicação ao direito tributário e urbanístico, diversos dispositivos legais dela trazem impacto bastante significativo no poder de polícia municipal e no controle do funcionamento das empresas.

Com a inexistência de licenciamento prévio das atividades econômicas de baixo risco, o agente econômico teria total liberdade de atuação, ficando sujeito somente a uma fiscalização posterior. Isso significa que para empresas que se enquadrem como atividade de baixo risco inexistente um controle fiscalizatório no momento inicial do empreendimento quanto ao cumprimento das normas de proteção ao meio ambiente, regras urbanísticas, administrativas (segurança do imóvel) e tributárias.

Em 13/06/2019 foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.156, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que questionava a constitucionalidade da presente legislação, mas a demanda foi extinta sem resolução do mérito.<sup>3</sup>

Por meio deste artigo chama-se atenção da limitação da competência municipal no exercício do poder de polícia na expedição do chamado “alvará de funcionamento”, abolido para as atividades de baixo risco. Em razão disso, existe uma necessidade premente de analisar se há afronta ao Princípio Federativo, bem como se a Lei da Liberdade Econômica se enquadra como “norma geral em matéria de direito econômico”, gerando obrigação de obediência pelos Estados e Municípios.

Em suma, esta pesquisa reflete uma reflexão sobre a Lei de Liberdade Econômica e seus impactos na atividade de polícia administrativa municipal.

## **2. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A DESREGULAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO**

Torna-se necessário identificar o tratamento que a Constituição Federal de 1988 fornece ao princípio da liberdade econômica, tendo em vista que vem trazer um novo referencial para o ordenamento jurídico brasileiro. A atual ordem constitucional não se resume a meras normas que fixam competências e ordenam o poder estatal; vai além disso, enunciando metas, programas a serem realizados pelo Estado.

Observe-se que a Constituição da República de 1988, ao estabelecer os princípios da ordem econômica, mostra uma especial preocupação com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa. Isso, segundo Luís Roberto Barroso, demonstra o comprometimento que o texto constitucional teve para com a melhoria da condição social.<sup>4</sup> Basta analisar que, apesar da ordem capitalista vigente reconhecida pelo princípio da livre iniciativa, tem-se como prioridade a justiça social.

Constata-se que o neoconstitucionalismo brasileiro adotou um sistema de valores híbridos, no qual conciliou elementos historicamente antagônicos, conforme consta do *caput* do art. 170, “valorização do trabalho humano” e “propriedade privada”, bem como “busca do pleno emprego” e “livre iniciativa”.<sup>5</sup> É neste sentido que o Supremo Tribunal Federal interpretou a liberdade econômica no âmbito de uma conotação de socialização dos direitos:

O princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do art. 170 da Constituição nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.<sup>6</sup>

O modelo constitucional implantado pela Carta Magna de 1988 possibilita que dele se extraia um parâmetro de justiça, na medida em que o seu texto oferece ideias de justiça social que fundamentam a atuação do Poder Público e dos particulares. É evidente que a Constituição Federal de 1988 incorporou uma ideologia solidária ou providencial, mas o operador do direito precisa ir além desse entendimento, na medida em que se torna necessário encontrar a legitimidade para que o Estado pratique condutas em nome dessa solidariedade. Com isso, exige-se um maior comprometimento das instituições públicas e dos operadores jurídicos com o objetivo de promover a mudança da realidade, mediante a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados.

Luiz Carlos Bresser-Pereira retrata que, na década de 80, vários países apresentaram redução nos índices de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevação da inflação. Após vários estudos, chegou-se à causa da crise dos desequilíbrios na América Latina e no Leste Europeu: era uma crise do Estado, que não suportava a sobrecarga de demandas que foram colocadas sob seu encargo. Diante dessas crises fiscais, os países, principalmente os latino-americanos, entraram em uma encruzilhada, a saber, ou começariam a tomar medidas de forma a reduzir drasticamente seu déficit público ou continuariam prisioneiros da crise fiscal que então tendia a se transformar em hiperinflação. Com isso, o autor afirma que a solução adotada foi a reformulação no papel do Estado, que assim deve se desenvolver:

[...] a coordenação da economia, contudo, deve ser mista. Cabe ao mercado o papel básico de alocação de recursos, mas o Estado, após ter sido reformado e após o ajuste fiscal, deve assumir novas e importantes funções de coordenação não apenas no campo social, mas também na área de tecnologia e do comércio internacional, além de continuar a ser o principal responsável pelos investimentos em infraestrutura.<sup>7</sup>

A ideia era de que houvesse uma ampla reforma estrutural do Estado, a fim de diminuir suas funções, e manter sob a titularidade estatal somente aquelas atividades indispensáveis à sociedade. O objetivo das reformas estruturais não é atingir o Estado mínimo, mas reduzi-lo e definir uma nova estratégia de desenvolvimento, consistente com as novas realidades econômicas internacionais, inclusive buscando uma redução da capacidade de intervenção estatal. Defende Luiz Carlos Bresser-Pereira que:

[...] o Estado que surge a partir dessas reformas deverá ser, ao mesmo tempo pequeno e forte. Teria não apenas o papel político liberal clássico de garantir a propriedade e os contratos, e o papel social-democrático de promoção do bem-estar e de afirmação dos direitos sociais, mas também um papel econômico, particularmente na área da política industrial e do comércio exterior orientada para a promoção das exportações.<sup>8</sup>

No governo Fernando Henrique Cardoso, com a participação de Luiz Carlos Bresser-Pereira, foi elaborado um Plano Diretor de Reforma do Estado, com a ideia de desregularizar e flexibilizar o setor público brasileiro, para dar mais liberdade à instalação do capital internacional.<sup>9</sup>

Defende Jacques Chevallier, mais do que um ponto de referência, que o “Estado pós-moderno” promove uma reavaliação do *Welfare State* de modo que o agravamento das finanças públicas implicou em uma reanálise dos programas sociais em vários países, como Reino Unido, França e Estados Unidos. Essa remodelação do papel do Estado traz a “ideia de que a administração pública deve ser, à semelhança do particular, ‘eficaz’ e que para tanto ela deve emprestar daquele as receitas de boa gestão”.<sup>10</sup> Com isso, embora o autor identifique o fim do protetorado do Estado na vida social, tipicamente configurado no Estado Social, salienta que isso não representa a volta à um Estado mínimo ou liberal. O Estado continuará presente na conservação dos direitos sociais, mas isso se dará através de um novo modelo ou papel.

O art. 173 da Constituição Federal deixou claro que o Estado deve resguardar o ambiente econômico para o setor privado, sendo permitida a atuação estatal somente em casos de relevante interesse público ou imperativo da segurança nacional: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Em consonância com a função subsidiária do Estado no ambiente econômico, o art. 174 da CF/88 define, ainda, as funções exercidas pelo Estado perante o mercado privado, como agente fiscalizador, incentivador e planejador: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Estes dispositivos constitucionais demonstram haver permissão constitucional para que o Estado atue no ambiente econômico em situações excepcionais. O texto constitucional também determinou que o Estado deverá intervir no mercado econômico para incentivar, planejar e fiscalizar o funcionamento do mesmo. No que se refere à função fiscalizatória, foco de nossa pesquisa, a Ordem Econômica Constitucional disciplina que o Estado - englobando União, Estados, DF e Municípios<sup>11</sup> - deve exercer sua prerrogativa de poder de polícia para aferir se a atividade econômica está sendo exercida em consonância com a legislação aplicável. Em sendo identificadas irregularidades, deverá o Estado aplicar penalidades e garantir a concorrência e equilíbrio do mercado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 597.165, definiu que a regulação estatal no domínio econômico, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, deverá seguir o sistema de competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público destinada a fazer prevalecer os princípios previstos no art. 170 da CF/88:

O estatuto constitucional das franquias individuais e liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica

(RTJ 173/807-808), destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A regulação estatal no domínio econômico, por isso mesmo, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao poder público, cuja atuação - destinada a fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica (CF, art. 170) - é justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam a preservar a segurança da coletividade. A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional. [...] Diploma legislativo local que condiciona determinadas atividades empresariais à estrita observância da cláusula de incolumidade destinada a impedir a exposição da coletividade a qualquer situação de dano. Vedação da edificação e instalação "de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados e hipermercados e similares, bem como de teatros, cinema, shopping centers, escolas e hospitais públicos" (LC distrital 294/2000, art. 2º, § 3º).<sup>12</sup>

Frente aos problemas e às críticas realizadas à eficiência das políticas sociais econômicas, o Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como uma forma de correção de algumas falhas encontradas no Estado social, sendo que autores nacionais, como Eros Roberto Grau, defendem que um projeto neoliberal certamente não vingaria no Brasil, haja vista os obstáculos que encontraria nas bases constitucionais previstas, principalmente nos artigos. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988.<sup>13</sup> Ainda que se presenciem efeitos inevitáveis do movimento neoliberal, não se pode dizer que houve um esgotamento da ideologia do Estado social.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar sobre a ordem econômica, permite que o Estado atue de forma direta na economia somente nos casos em que é necessário garantir a segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por outro lado, permitiu a intervenção estatal como agente normativo e regulador das atividades econômicas, cujas funções são de fiscalizar, incentivar e planejar.

### **3. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NO LICENCIAMENTO DE ATIVIDADE ECONÔMICA LOCAL**

No primeiro capítulo ficou demonstrado que a iniciativa privada não é integralmente livre na exploração da atividade econômica, mas sim, será fiscalizada pelo Estado acerca do cumprimento das diretrizes do art. 170 da CF/88. Assim, a atividade econômica poderá ser limitada em alguns casos, inclusive pelo poder de polícia da Administração Pública, a fim de garantir a proteção à concorrência, ao consumidor, ao meio ambiente, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, dentre outros valores constitucionalmente protegidos.

Neste caso, o art. 174 da CF/88 determinou que o Estado exerça sua função fiscalizatória sobre o ambiente econômico. Neste contexto, enquadra-se como um poder de polícia a atividade estatal consistente em restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse público, conforme previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

Com isso, o ordenamento constitucional estabelece as diretrizes básicas que serão observadas por cada um dos entes políticos, visando à satisfação dos interesses e necessidades públicas.

Ao estabelecer diferentes áreas de atuação, a Constituição inaugurou um sistema rígido de distribuição de competências, especialmente no âmbito federal e estadual, prevalecendo a cooperação federativa. Todavia, “[...] se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância dos interesses”.<sup>14</sup>

Na visão de Pedro Lenza, os Municípios, além de serem pessoas jurídicas de direito público interno, “[...] são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e auto legislação”.<sup>15</sup> Destaca-se que o art. 30 da CF/88 estabelece uma competência privativa quando o assunto apresentar uma predominância de interesse local.<sup>16</sup> Neste mesmo sentido, Michel Temer defende que a expressão “interesse local” é idêntica a peculiar interesse, no sentido de “interesse predominante”.<sup>17</sup>

Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca das diretrizes do art. 30, I, da Constituição Federal, definindo que o Município tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. NORMA DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. SÚMULA 280 DO STF. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é firme no sentido de que os municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local.<sup>18</sup>

Em linhas gerais, o texto constitucional deixa claro dois critérios importantes para delimitação no plano de competências: predominância e autonomia municipal. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Municípios o encargo de regular e fiscalizar a atividade econômica no seu território. Mediante a sua prerrogativa de autoadministração e autonomia constitucionalmente atribuída, os Municípios, durante o longo período de sua história, criaram regras jurídicas para tratar de assuntos relacionados ao seu interesse, incluindo a fiscalização de empreendimentos econômicos.

Ao encontro destas prerrogativas, a Administração Pública Municipal, com respaldo ao art. 30, I, da CF/88, criou como pressuposto do início da atividade econômica a exigência do chamado Alvará de Funcionamento e Localização. É através desse documento administrativo que o Município exerce seu poder de polícia em fiscalizar a segurança e regularidade do empreendimento econômico.<sup>19</sup>

É através deste poder de polícia que o Município consegue garantir a segurança dos cidadãos nos planos urbanísticos, sanitários, tributário etc., tendo como objetivo manter o equilíbrio na liberdade dos indivíduos e a ordem pública:

O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada.<sup>20</sup>

A supremacia do interesse público sobre o privado que confere legitimação à Administração Pública Municipal para fiscalizar atividade econômica local, também atribui ao mesmo ente municipal estabelecer as regras aplicáveis através de sua legislação. Isso quer dizer que, mesmo que seja permitido à União criar normas gerais sobre direito econômico, foi deixado como prerrogativa municipal a função de fiscalizar o funcionamento do comércio local, com a possibilidade de edição de regras específicas.<sup>21</sup>

Neste mesmo sentido, Marçal Justen Filho salienta que o poder de polícia administrativa será exercido pelo ente federativo cuja atividade a ser fiscalizada encontra-se nos limites de sua expansão territorial: “[...] a competência municipal do poder de polícia envolve eventos cuja repercussão se limite ao âmbito do Município”.<sup>22</sup> Nestes termos, verifica-se que o Município detém a autonomia para legislar sobre o interesse local e concretizar suas disposições, respeitadas as disposições obrigatórias decorrentes do próprio texto constitucional - conforme alerta Mariana Evangelista de Holanda Gomes:

A atuação administrativa do Município se reveste de seu caractere de ente estatal, investido de Poder Público, “imperium”, inerente e necessário ao exercício de suas competências administrativas. Suas competências são regradas pelo sentido de interesse local, tanto no que se refere à enumeração constitucional de suas competências privativas, quanto no que diz respeito às matérias concorrentes com os outros entes e ainda no que se refere ao dever poder de ação que o Município possui nas matérias em que não há vedação de sua atuação. Compreende-se por interesse local não só aquele que é exclusivo do Município ou de interesse privativo de seus habitantes, até por que como parte do País os interesses do Município se refletem no Estado e também no âmbito nacional.<sup>23</sup>

Isso significa que o Município tem ampla gestão no plano político-administrativo, através da criação de regras e concretização dos interesses locais. A autonomia política consiste na eleição direta dos agentes políticos, no exercício do poder de polícia municipal, na prestação de serviços públicos e na concretização de obras e no atendimento de necessidades da coletividade.

Está dentro da atribuição do Poder de Polícia Municipal assegurar a ordem pública, entendida como a limitação de atividade econômica, da liberdade e da propriedade para adequá-los ao interesse e ao bem-estar público.

Em decorrência da construção de competências constitucionais, o poder de polícia municipal será exercido a partir de legislação do ente municipal, possibilitando que o Poder Público estabeleça as regras que deverão ser cumpridas. Desta forma, é competência privativa municipal a regulação sobre o funcionamento da atividade econômica no seu território, sendo que qualquer legislação de outro ente federativo que objetive restringir o poder de polícia municipal seria inválida, por ferir a regra constitucional de competência.

## 4. AS (IN)CONSTITUCIONALIDADES DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

A Lei de Liberdade Econômica foi aprovada com a missão de reduzir a burocratização do processo de abertura de empresas; também, promoveu regras e novos procedimentos de integração do processo de registro e legalização de empresas. Através deste sistema, houve a integração no âmbito federal, estadual e municipal acerca de informações de registro para as administrações tributárias e órgãos licenciadores.

Ocorre que, a fim de facilitar o registro inicial das novas empresas, o art. 3º da Lei de Liberdade Econômica previu a desnecessidade de autorização para o início das atividades consideradas como baixo risco:

Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.<sup>24</sup>

Embora esta lei federal não tenha pretendido - nem poderia - revogar as leis municipais que regulamentam as autorizações das atividades econômicas, certamente haverá divergências regulatórias.

Ressalta-se que não se questiona a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” na sua integralidade, nem o alcance dos objetivos almejados - até porque os mesmos são legítimos e compatíveis com as diretrizes constitucionais. Ocorre que alguns efeitos da desregulação do Estado no ambiente econômico, mais especificamente no controle de abertura de empresas pelos Municípios, podem gerar distorções futuras com consequências maléficas para a sociedade.

Em primeiro lugar, nota-se que o art. 3º, §1º, I e II, viola o princípio da legalidade, quando permite que as atividades denominadas de baixo risco possam ser definidas por resolução do Comitê do SEGSIM. Neste ponto, pode-se encontrar uma ofensa direta ao art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, na medida em que a (des)regulação econômica somente poderia ocorrer através de lei em sentido formal.

Mas, o maior problema encontrado seria o fato de o governo federal usurpar uma competência constitucional atribuída aos Municípios em regular a atividade econômica em ambiente local. Neste sentido defende Gilberto Bercovici:

A violação ao pacto federativo fica evidente com o disposto no artigo 3º, § 1º, III, que exige a notificação do Ministério da Fazenda em caso da existência ou da edição de norma estadual, distrital ou municipal sobre atividades de baixo risco. O Ministério da Fazenda não é superior hierárquico dos Estados, dos Distrito Federal e dos Municípios. Os entes da Federação são dotados de autonomia legislativa e regulamentar na esfera de suas competências, sendo inadmissível qualquer interferência ou controle federais. Se, eventualmente, ultrapassarem os limites de sua competência, cabe ao Poder Judiciário, caso provocado, manifestar-se e anular a violação cometida.<sup>25</sup>

Claramente, o art. 3º, §1º, I, viola a competência constitucional dos Municípios em regular o ambiente econômico no âmbito local. Permitir que as denominadas atividades econômicas de baixo risco sejam definidas por ato do Poder Executivo federal, além de gerar o risco de elevada insegurança jurídica, infringe o regime de competência constitucional.

A Lei em questão ainda gera uma ofensa à isonomia dos entes federativos, principalmente quando exige que os Municípios notifiquem o Ministério da Fazenda em caso da existência ou da edição de norma municipal sobre atividades de baixo risco. A União não é superior aos Estados e Municípios; pelo contrário, os entes federativos são dotados de autonomia legislativa e regulamentar na esfera de suas competências constitucionais, sendo vedada interferência federal.

É competência exclusiva do ente público municipal a tarefa de regular o procedimento de abertura de empresas no seu espaço territorial. Os arts. 30 e 170, da Constituição Federal, em nenhum momento disciplinaram que a competência municipal estaria condicionada por meio de lei ordinária federal. Contudo, o inciso I, do art. 3º, da Lei de Liberdade Econômica usurpa flagrantemente a competência municipal ao regular o desenvolvimento de atividades econômicas de baixo risco, dispensando a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação. E o art. 1º, §6º desta mesma lei define quais são tais atos públicos de liberação da atividade econômica (e, indo além da mera conceituação, referindo que não são eles condição para o exercício da atividade econômica):

Art. 1º. §6º. Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

A Constituição Federal deixa explícito ser uma tarefa obrigatória da administração pública municipal a fiscalização e regulação da atividade econômica local. Isso decorre da compreensão que se o ente deixar de exercer a regulação e controle da abertura de empresas e algum sinistro ocorrer, possivelmente gerará responsabilidade em razão da omissão. Se prevalecer a previsão literal do art. 3º, I, da Lei nº 13.874/2019, os Municípios terão enorme dificuldade em ter o controle para realização da fiscalização tributária e urbanística das empresas que exerçam atividade econômica de baixo risco.

O Alvará de Funcionamento e Localização é o instrumento formal utilizado pela Administração Pública, no exercício regular do seu poder de polícia, para expedição de autorizações e licenças, sendo que a localização e a verificação do regular funcionamento de estabelecimentos são espécies desta última. Este documento atesta a regularidade do empreendimento frente às exigências de regulação urbana. Em outras palavras, a liberação de Alvará de Localização e Funcionamento é um uma espécie de “comprometimento” da Administração Pública Municipal de que o estabelecimento está apto a localizar e funcionar em determinado local. Neste momento, o Município realiza uma análise das regras urbanísticas, segurança, higiene, uso e ocupação de solo, dentre outras - e que, assim, permitem ou não a abertura da empresa em determinado local.

Se, por um lado, a exigência do alvará é um incômodo para o empresário, por outro, representa uma segurança aos usuários e clientes, de que aquele estabelecimento está dentro das normas técnicas. Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “O fun-

cionamento de estabelecimentos comerciais em edificações irregulares, sem alvarás de construção e sem habite-se, pode acarretar dano grave à ordem e à segurança pública. Agravo regimental improvido”.<sup>26</sup>

Quando qualquer estabelecimento deixa de cumprir os requisitos legais, a Administração fica não só impedida de conceder-lhes o Alvará, como também fica vinculada às sanções aplicáveis (inclusive fechamento). Tanto a concessão como a cassação do alvará são atividade de plena responsabilidade da Administração Pública, pois se trata de um poder de polícia que a ela é conferido em defesa das atividades e dos bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Por ser assim, no exercício deste poder de polícia, o próprio Município poderá proceder ao fechamento dos estabelecimentos.

A fim de confirmar a competência do Município para a aplicação de sanções decorrentes de inobservância de requisitos essenciais à ordem, segurança, higiene e bom costume da municipalidade, vale a citação doutrinária de Hely Lopes Meirelles, que bem ensina:

Estas sanções, em virtude do princípio da *auto-executoriedade* do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a legalidade da sanção e sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como previstas na norma legal.<sup>27</sup>

Em razão desta delimitação que a Carta Constitucional conferiu aos Municípios, entende-se que a Lei nº 13.874/2019 parece desconsiderar a competência de natureza constitucional. O art. 3º, §1º, ao tratar da fiscalização do exercício do direito tratado no inciso I, acaba violando a autonomia federativa dos Municípios:

Além disso, a Lei nº 13.874/2019 viola a Federação brasileira. A União não pode, em hipótese alguma, impor sua política aos demais entes federados, também titulares de competência concorrente para legislar sobre direito econômico (artigos 24, I e 30, II, da Constituição). Especificamente em relação ao que a Lei nº 13.874/2019 denomina de “atos públicos de liberação da atividade econômica” (artigo 1º, § 4º), trata-se de atos geralmente editados na esfera municipal, que organizam assuntos ou estruturam a fiscalização de atividades cuja competência é municipal, por serem temas de preponderante interesse local (artigo 30, I da Constituição). Em relação às formas e limitações desses atos, a Lei nº 13.874/2019 pode instituir regras para a Administração Pública Federal, jamais para os demais entes da Federação, nem sob a falaciosa denominação de “norma geral”.<sup>28</sup>

Certamente, frente à aprovação da Lei da Liberdade Econômica, poder-se-ia levar ao entendimento de que o ente municipal não tem mais competência e legitimidade para praticar os atos públicos de forma prévia. Essa compreensão gera preocupação dos entes municipais diante de uma Lei que, em tese, surge para fazer prevalecer a liberdade em detrimento de outros direitos considerados como de “menor importância”. Contudo, este entendimento destoa completamente da finalidade do Poder de Polícia Municipal.

Basta ler o art. 30, I, da Constituição Federal para compreender que é competência exclusiva do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, situação que não poderia ser restringida por legislação ordinária federal. Ainda que exista como matéria de fundo o direito econômico, fica evidente que a regulação do comércio local possui pre-

ponderância na atribuição municipal. Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais é do Município, conforme atualmente previsto na Súmula Vinculante 38. Isso porque “[...] deve-se entender como interesse local, no presente contexto, aquele inerente às necessidades imediatas do Município, mesmo que possua reflexos no interesse regional ou geral”.<sup>29</sup>

Além da inconstitucionalidade sobre as regras de competência, tem-se que notar que as atuais regulações das atividades ditas de baixo risco geram risco de autorizar empresas em desacordo com os postulados de segurança pública. Imagine-se a situação em que determinado estabelecimento que se autodeclare como atividade econômica de baixo risco não irá sofrer uma fiscalização prévia da Prefeitura nem do Corpo de Bombeiros para, ao menos, demonstrar que efetivamente está localizada em área geográfica permitida (zona comercial). Para piorar a situação, a Resolução nº 51/2019 do CGSIM, ao classificar e disciplinar o regime aplicável às atividades de baixo risco, dispensou de fiscalização pelo corpo de bombeiros as empresas sob tais condições:

Art. 4º Para fins de prevenção contra incêndio e pânico, qualificam-se como de baixo risco ou “baixo risco A” aquelas atividades realizadas: I - na residência do empreendedor, sem recepção de pessoas; ou II - em edificações diversas da residência, se a ocupação da atividade tiver ao todo até 200 m<sup>2</sup> (duzentos metros quadrados) e for realizada: a) em edificação que não tenha mais de 03 (três) pavimentos; b) em locais de reunião de público com lotação até 100 (cem) pessoas; c) em local sem subsolo com uso distinto de estacionamento; d) sem possuir líquido inflamável ou combustível acima de 1000 L (mil litros); e e) sem possuir gás liquefeito de petróleo (GLP) acima de 190 kg (cento e noventa quilogramas).

Assim, se houver uma empresa com estabelecimento que tenha reunião pública até 100 pessoas, reservatório de líquido inflamável até 999 mil litros e 189 kg quilogramas de GLP, estariam dispensadas de qualquer fiscalização prévia para liberação da atividade econômica. Claramente, uma situação como esta, extremamente perigosa, estaria albergada pela Lei de Liberdade Econômica, porém destoa completamente dos princípios da razoabilidade e da precaução. Lembre-se que razoabilidade é critério de aferição da lógica empregada pela Administração Pública.<sup>30</sup>

Ao contrário do que preceitua a lei, entende-se que deva prevalecer o entendimento de permanecer legítimo ao Município exercer o poder de polícia prévio à instalação e registro das empresas, de modo que nenhuma norma ordinária poderá contrariar o plano de competência constitucional. O que se critica neste artigo é a forma com a qual se impuseram modificações tão agressivas com desrespeito à autonomia legislativa dos Municípios.

O procedimento simplificado de licenciamento ambiental para empresas com atividades classificadas como de risco médio já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual considerou que houve ofensa às regras constitucionais de defesa do meio ambiente. A discussão ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.808:

É inconstitucional a concessão automática de licença ambiental no sistema responsável pela integração (Redesim) para o funcionamento de empresas que exerçam atividades de risco médio nos termos da classificação estabelecida em ato do Poder Público. O licenciamento ambiental dispõe de base constitucional (1) e não pode ser suprimido, ainda que de forma indireta, por lei. Também não pode

ser simplificado a ponto de ser esvaziado, salvo se a norma que o excepcional apresentar outro instrumento apto a assegurar a proteção ao meio ambiente com igual ou maior qualidade. Nesse contexto, a simplificação do procedimento pelo argumento da desburocratização e desenvolvimento econômico, com controle apenas posterior, configura retrocesso inconstitucional, pois afasta os princípios da prevenção e da precaução ambiental. A automaticidade, por sua vez, contraria norma específica sobre o licenciamento ambiental, segundo a qual as atividades econômicas potencial ou efetivamente causadoras de impacto ambiental estão sujeitas ao controle estatal (2). Não possui fundamento constitucional válido a vedação da coleta adicional, pelos órgãos competentes, de dados que não tenham sido disponibilizados na Redesim previamente ou no ato do protocolo do pedido de licenciamento. Com base nesses entendimentos, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme ao art. 6º-A e ao inciso III do art. 11-A, ambos da Lei 14.195/2021 (3), não aplicando-os às licenças em matéria ambiental.<sup>31</sup>

Neste julgamento, a Suprema Corte brasileira compreendeu que este sistema simplificado, por mais benéfico que seja em razão da liberdade econômica, poderá representar um retrocesso à fiscalização ambiental. A mesma lógica poderá ser aplicada para a fiscalização urbanística e tributária municipal, situação de extrema importância que afetará a segurança de empreendimentos locais.

A liberação automática de empreendimentos de baixo risco representa uma medida desarrazoável, sendo que a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da precaução, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

Outro ponto polêmico da Lei da Liberdade Econômica é no seu art. 4º, IX, em que proibiu os Municípios de criarem obrigações acessórias que eventualmente atentassem em face aos princípios da livre iniciativa:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

A inscrição tributária é identificada como uma obrigação acessória, nos termos do art. 113 do Código Tributário Nacional. Além do pagamento do tributo (obrigação principal), é permitido ao ente arrecadador competente criar o dever de realizar prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Estes deveres instrumentais não estão subordinados à obrigação principal; existem, basicamente, para facilitar o papel da autoridade administrativa tributária na investigação e no controle da arrecadação tributária.

Ocorre que o art. 195 do Código Tributário Nacional - ao tratar-se do objeto da fiscalização tributária - impede que haja uma limitação os deveres instrumentais tipicamente tributários por outras legislações: "Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los".

Não é permitido ao legislador ordinário mitigar ou retroceder as regras que atualmente estabelecem a obrigação tributária acessória em relação às informações e documentos dos contribuintes. Em razão disso, o art. art. 4º, IX, entra em confronto com o art. 195 do CTN no momento em que mitiga a fiscalização tributária, impedindo a criação de novas obrigações acessórias, como cadastros mobiliários.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da Lei da Liberdade Econômica é estabelecer normas gerais sobre a proteção da liberdade econômica do mercado, vinculando os demais membros da Federação, como se verifica na redação do §4º, do art. 1º, do texto legal.

Ocorre que ao momento em que a Lei da Liberdade Econômica promoveu a dispensa de qualquer ato público para desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco, contrariou a regra de competência constitucional.

O Alvará de Funcionamento e Localização é o instrumento utilizado pela Administração Pública Municipal que retrata o seu poder de polícia e que não pode ser mitigado, sem autorização constitucional, por outro ente federativo. Esta situação produz uma situação de insegurança jurídica para todo o setor de regulação de atividades econômicas no âmbito municipal. Acredita-se que a garantia de liberdade da atividade econômica prevista no texto constitucional não abrange a total liberdade de localização e isenção de regras tributárias e de segurança que são de competência municipal.

Além de outros pontos elencados nesta pesquisa, também se identifica a inconstitucionalidade quanto a este aspecto, por representar uma ofensa ao sistema federativo - ao promover a centralização da decisão sobre a regulação das atividades econômicas de interesse local. Pois bem, se a Constituição Federal de 1988 definiu ser competência municipal o licenciamento e o seu procedimento, somente por lei municipal poderia haver a modificação de tal procedimento.

## 6. NOTAS

1. BRASIL. **Lei de Liberdade Econômica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

2. BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 128.

3. “Verifico que a Medida Provisória 881/2019, ora impugnada, foi convertida na Lei 13.874/2019 com modificações na redação proposta pelo Presidente da República, todavia, o autor não realizou o aditamento à inicial. [...] Ante o exposto, julgo extinta a presente ação direta de inconstitucionalidade, por perda de objeto, com fundamento no inciso IX, do art. 21 do RISTF. Prejudicada a análise dos pedidos de ingresso de *amicus curiae*”.

4. “A Constituição de 1988 cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art. 7º, onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. O elenco que ali figura não exclui outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, nos termos expressos do caput do mesmo artigo. O constituinte prestigiou, nessa mesma linha, o trabalho dos au-

tores e inventores, através das garantias do direito autoral (art. 5º, XXVII) e da proteção patentária (art. 5º, XXIX), e daqueles profissionais que participam de espetáculos públicos ou de obras coletivas (art. 5º, XXVIII). O fundamento da proteção ao trabalhador e da valorização do trabalho encontra-se na própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50).

5. Cf. BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202.

6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 1.104.226 AgR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de abril de 2018. Brasília: STF, 2018.

7. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: EDITORA 34, 1996, p. 50.

8. *Ibid.*, p. 51.

9. BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

10. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno...**, p. 83.

11. O Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que apreciou situações legislativas similares, concernentes à concessão do direito à meia-entrada aos estudantes e aos doadores de sangue em estabelecimentos de cultura e lazer (ADI nos 1.950/SP e 3.512/ES), ambas de relatoria do Ministro Eros Grau, assentou que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios (art. 24, inciso I, e art. 30, inciso I, da CF/88 (ADI 3753, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 28-04-2022 PUBLIC 29-04-2022).

12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 597.165 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de novembro de 2014. Brasília: STF, 2014.

13. "A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia" (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48).

14. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso [...], op. cit. p. 963.

15. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 515.

16. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional [...]**, op. cit. p. 518.

17. Cf. TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 108.

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 740773 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 10 maio 2019. Brasília: STF, 2019.

19. Cf. RE 740773 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/05/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 17-05-2019 PUBLIC 20-05-2019.

20. TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>. p. 2. Acessado em: 7 set. 2014.

21. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de [...], op. cit. p. 833.

22. FILHO, Marçal Justin. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 501.
23. GOMES, Mariana Evangelista de Holanda. **Poder de polícia municipal e função social da propriedade urbana**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4481](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4481). Acesso em: 7 set. 2014.
24. BRASIL. **Lei de liberdade econômica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 30 maio 2022.
25. BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 142.
26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na SLS 1066/MA**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 18 de dezembro de 2009. Brasília: STF, 2009.
27. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.
28. BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 134.
29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.691**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de agosto de 2007. Brasília: STF, 2008.
30. “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99).
31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.808**. Relatora: Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2022.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Direito Econômico**. 4. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Ordenados por Homero Pires. I volume - das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. **Lei de Liberdade Econômica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.691**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de agosto de 2007. Brasília: STF, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.808**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na SLS 1066/MA**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 18 de dezembro de 2009. Brasília: STF, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 597.165 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de novembro de 2014. Brasília: STF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 740773 AgR**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 10 maio 2019. Brasília: STF, 2019.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**: obras completas. São Paulo: RT, 2013.

CLARK, Giovani. **O município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições ao Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2013

FONSECA, João Bosco Leopodinoda. **Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Forense:2009

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Mariana Evangelista de Holanda. **Poder de polícia municipal e função social da propriedade urbana**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4481](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4481). Acessado em: 7 set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalistas**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: EDITORA 34, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009. 269 p. (Série GVlaw).

SILVA, Jose Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>. p. 2. Acessado em: 7 set. 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Recebido em: 19/03/2023

Aceito em: 05/06/2023

# A MORADIA COMO DIREITO SUBJETIVO NA ESPANHA

## *Housing as a subjective right in Spain*

**Daniel Gaio**

Professor Associado II na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (MG, Brasil). Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente da Pós-Graduação em Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável da UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994), Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2003) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2010), com estágio de doutoramento na Università di Bologna. Líder do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE, do CNPq. Tem experiência nas áreas de Direito Urbanístico e Direito Ambiental.

## Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a configuração da moradia como direito subjetivo na Espanha, e, incidentalmente, realizar breves comentários acerca da realidade brasileira. Adota-se como ponto de partida a conformação constitucional do direito à moradia adequada, para em seguida examinar a literatura jurídica e as demais normativas relacionadas a esta temática. O campo de estudo é o direito urbanístico, notadamente no âmbito das discussões sobre o direito à moradia; por sua vez o método é o analítico, já que as conclusões são obtidas por meio dos dados coletados na pesquisa teórica. Conclui-se que a obrigação de meio tem possibilitado efetivar o direito à moradia na Espanha em decorrência de um conjunto de normativas estatais e autonômicas; por sua vez, a obrigação de resultado — embora circunscrita a poucas comunidades autônomas —, reforça e possibilita a concretização do direito à moradia independentemente da situação política e econômica conjuntural.

**Palavras-chave:** Moradia. Direito subjetivo. Espanha. Direito urbanístico. Brasil.

## Abstract

This article aims to analyze the configuration of housing as a subjective right in Spain, and, incidentally, make brief comments about the Brazilian reality. The constitutional conformation of the right to adequate housing is adopted as a starting point, to then examine the legal literature and other regulations related to this theme. The field of study is urban law, notably in the context of discussions on the right to housing; in turn, the method is analytical, since the conclusions are obtained through the data collected in the theoretical research. It is concluded that the obligation of means has made it possible to implement the right to housing in Spain as a result of a set of state and autonomous regulations; in turn, the obligation of result — although limited to a few autonomous communities — reinforces and enables the realization of the right to housing regardless of the current political and economic situation.

**Keyword:** Housing. Subjective right. Spain. Urban law. Brazil.

## Sumário

1. Introdução; 2. A Moradia como Direito Subjetivo na Espanha e a Obrigação de Meio; 3. A Moradia como Direito Subjetivo na Espanha e a Obrigação de Resultado; 4. Conclusão; 5. Notas explicativas; Agradecimentos; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Ainda que o enfoque se restrinja ao âmbito jurídico, há uma diversidade de ângulos, caminhos e possibilidades para a análise do direito à moradia adequada (González Ordovás, 2013, p. 70). Ao contrário do contexto brasileiro — que em geral aborda este conteúdo a partir da sua caracterização como direito humano e de sua consequente inter-relação com os documentos internacionais —, há na Espanha, sobretudo na última década, um rico e intenso debate doutrinário acerca do sentido, alcance e constitucionalidade das normativas que regulam o direito à moradia adequada.

O ponto de partida desta análise é sem dúvida a Constituição da Espanha de 1978, que dispõe no seu artigo 47 que:

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Além da necessária interpretação constitucional a partir da interdependência entre os direitos fundamentais, a redação isolada deste dispositivo traz potentes e atuais chaves de leitura e que são aptas para abarcar a realidade socioeconômica vigente dos grandes centros urbanos.

O primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à qualificação deste direito fundamental: em consonância com o que dispõe o artigo 11, item 1 do Pacto Internacional de Direitos Sociais Econômicos e Culturais — adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966<sup>1</sup> —, o legislador constitucional espanhol não limitou o alcance deste direito a um mero teto, tendo estabelecido que esta moradia deve ser digna e adequada. Isso significa, conforme estabelecido pelo Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que há um conjunto de elementos a serem observados, tais como: segurança da posse; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização; e adequação cultural (ONU, 1991).

Não se trata de mera retórica já que a concretização do direito à moradia com os termos “digna e adequada” estabelece contornos normativos definidos acerca da qualidade da moradia em si, bem como em relação a sua dimensão espacial. No que diz respeito a este último aspecto, é notório que as áreas centrais da cidade possuem melhor acesso a infraestruturas e serviços públicos que as zonas periféricas, constatação esta que deve ser tomada em consideração quando da definição da localização da política pública (normativa ou não) — notadamente no aproveitamento dos vazios urbanos.

A caracterização constitucional da moradia “digna e adequada” traz igualmente reflexos jurídicos no que tange à segurança da posse, entendida como a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças (ONU, 1991). Isso porque há um grande número de situações fáticas relacionadas a remoções de pessoas em situação de vulnerabilidade social, o que justifica a adoção de medidas legais protetivas específicas para este público.

Comparativamente, no Brasil a inclusão da moradia como direito fundamental se deu tardiamente por meio da Emenda Constitucional 26/2000, e ao contrário do texto constitucional espanhol, não inclui em seu enunciado o termo “adequada”, o que exige do intérprete uma fundamentação mais consistente.

Ainda em relação ao dispositivo constitucional espanhol supracitado (artigo 47), há um outro ponto central que diz respeito à inter-relação entre a concretização do direito à moradia adequada e o combate à especulação imobiliária por meio da regulação do solo urbano. Parte-se aqui de uma premissa fundamental: o planejamento urbano e as demais normativas que incidem sobre a utilização da propriedade urbana afetam decisivamente a efetivação do direito à moradia adequada. Dessa feita, a Constituição espanhola define que a atuação pública em prol da moradia não se resume às medidas de fomento — como subsídios públicos ou mesmo a provisão direta de moradia —, mas que igualmente abrange a sua concretização por meio da aplicação do princípio da função social da propriedade.

Veja-se que o caminho adotado pelo legislador constitucional brasileiro é menos enfático ao estabelecer um liame entre o direito à moradia adequada e o combate ao uso especulativo da propriedade, já que o artigo 182 da Constituição Federal brasileira se limitou a prescrever que a política urbana deve cumprir os princípios da função social da cidade e o da função social da propriedade, além de especificar a concretização deste por meio do instrumento do parcelamento, edificação e utilização compulsórios (PEUC). Não é demais destacar que o princípio da função social da cidade tem como principal elemento o direito à moradia adequada.

Outro conteúdo relevante do artigo 47 da Constituição Espanhola para a discussão ora delineada diz respeito à recuperação de mais-valias urbanísticas, sobretudo porque o referido princípio de direito urbanístico está localizado no mesmo artigo (e parágrafo) do direito à moradia. Com efeito, a adoção de mecanismos de afetação das mais-valias a serem exigidas dos empreendedores e demais proprietários em decorrência de ações urbanísticas estatais pode incluir como uma das suas principais contrapartidas a moradia de proteção pública.

Esses aspectos acima mencionados se harmonizam e decorrem da formulação geral de que “[...] Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho” (artigo 47, Constituição da Espanha). Neste trecho se destaca o dever estatal de proteção do direito à moradia adequada, impondo-se ainda o uso de medidas regulatórias para a satisfação deste bem fundamental.

Em suma, a rica configuração normativa trazida por este dispositivo constitucional possibilita ao poder público espanhol a escolha de múltiplos caminhos tendentes a concretizar o direito à moradia adequada. A partir deste rico arcabouço constitucional objetiva-se analisar a conformação da moradia como direito subjetivo na Espanha em suas modalidades — como obrigação de meio e como obrigação de resultado.

A metodologia utilizada na investigação é jurídico-descritiva, na medida em que realiza uma abordagem preliminar de um problema jurídico, qual seja, a moradia como direito subjetivo. A vertente metodológica adotada é a jurídico-dogmática, já que objetiva compreender as relações normativas no direito espanhol (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 66 e 82).

## 2. A MORADIA COMO DIREITO SUBJETIVO NA ESPANHA E A OBRIGAÇÃO DE MEIO

A existência de antinomias é frequente em qualquer ramo do direito; e não poderia ser diferente em sistemas constitucionais que possuem um amplo rol de direitos fundamentais, muitos dos quais positivados com base em ideologias e interesses bastante heterogêneos (Prieto Sanchís, 2003, p. 175-176). A análise acerca da vinculatividade e efetividade dos direitos fundamentais é uma das tarefas mais controvertidas na doutrina jurídica. Para além das tradicionais técnicas de interpretação constitucional, há diversas considerações de natureza ideológica como a concepção de Estado e de direitos fundamentais adotada, que inevitavelmente se reflete nas diferentes teorias delimitadoras do direito à moradia adequada.

Considerando que o alcance do âmbito de proteção de cada direito fundamental deve ser compatibilizado com os interesses individual, geral e de terceiros (Medina Guerrero, 1996, p. 13-15), coloca-se em questão a árdua tarefa de identificar as diversas delimitações que incidem sobre o conteúdo do direito para, em seguida, definir as “realidades da vida” (Canotilho, 2003, p. 1262) que são objeto de proteção constitucional.

Note-se que a incorporação das circunstâncias da realidade que a norma é chamada a regular está sujeita a transformações históricas (Hesse, 2009, p. 98-99), portanto, o entendimento acerca da força normativa do direito à moradia adequada depende necessariamente da percepção que este bem constitucional no conjunto da população. No caso da Espanha, sobretudo após a crise dos anos 2000 (Madden; Marcuse, 2018, p. 35), o problema da moradia também afeta a classe média, ou seja, passa a ter uma centralidade em conjunto com outras demandas sociais de grande relevância. Exemplo disso é a aprovação nos últimos anos de algumas normativas (de comunidades autônomas e estatais) que ampliaram consideravelmente o marco regulatório e os programas de moradia.<sup>2</sup>

Em situação inversa, no Brasil a questão da moradia em geral é vista como um problema exclusivo dos setores mais pobres, e, por isso, carregada de estigmatizações sociais e relegando a política de moradia como instrumento para redução das tensões sociais,<sup>3</sup> ou para alavancar o crescimento econômico — conforme se viu com o Programa Minha Casa Minha Vida (Maricato, 2015, p. 37).

Tomando-se em consideração a configuração constitucional do direito à moradia adequada, o conjunto de normativas aprovadas na última década, e a urgência e centralidade com que o tema é apresentado e discutido no cenário político da Espanha, impõem-se analisar a possibilidade de caracterizá-lo como direito subjetivo. Tal tarefa não é simples, na medida que há diversas considerações acerca dos seus efeitos jurídicos.

O entendimento tradicional da doutrina espanhola é o de não reconhecer à moradia a qualificação de direito subjetivo, mas de princípio orientador dirigido ao poder público (Executivo, Legislativo, Judiciário) caracterizado como objetivos, mandatos e diretrizes (López Ramón, 2014, p. 50), conforme aliás defendeu o Tribunal Constitucional espanhol (Tribunal Constitucional De España, 2018). Este caráter não vinculante quanto a obtenção de resultados na consecução do direito à moradia na realidade pode ter conteúdos normativos muito variados, consequentemente carentes de um significado real (López Ramón, 2014, p. 50).

Entretanto este posicionamento vem se alterando ultimamente, de modo a contemplar diversas situações concretas que reafirma o direito fundamental à moradia adequada, ainda que não haja necessariamente a provisão estatal de modo obrigatório – conforme se depreende da análise de julgados do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas da Espanha (Ponce Solé, 2017a, p. 144-151).

Este caráter vinculativo do direito fundamental à moradia adequada se percebe em especial na sua dimensão negativa, de modo que o “Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas” (Sarlet, 2014, p. 277), sob pena de invalidação judicial.

Além da vedação de afetação de direitos e posições jurídicas, o direito fundamental à moradia abrange o chamado “conteúdo mínimo”, que por sua vez se relaciona com o direito à vida — como expressão do direito de sobrevivência —, e com a dignidade da pessoa (Quintía Pastrana, 2022, p. 37 e 46), impondo ao Estado a realização de prestações mínimas. Por esta via, o direito à vida e à dignidade da pessoa revela-as como matriz originária dos principais direitos sociais (Canotilho, 1991, p. 488).

Recorda-se que a moradia constitui a porta de entrada para o acesso a outros direitos fundamentais (Madden; Marcuse, 2018, p. 36-37), igualmente estruturantes, como trabalho, renda, segurança, saúde e educação. Em virtude desta interdependência entre os diversos valores constitucionais, os direitos fundamentais não se limitam à sua dimensão subjetiva, mas que igualmente se vinculam a uma ordem objetiva de valores que incide sobre todo o ordenamento constitucional (Sarlet, 2007, p. 159).

Nesse sentido, mais relevante que reconhecer ao direito à moradia adequada uma situação jurídica individualizada e judicializável, é definir uma situação objetiva em que todos estejam em condições de satisfazer a moradia como necessidade básica (Parejo Alfonso, 2012, apud López Ramón, 2014, p. 23) — elemento essencial da dignidade da pessoa (González Ordovás, 2013, p. 77).

Todos estes elementos anteriormente citados permitem aferir que o direito espanhol progressivamente consagra a ideia de que existe um mandato de serviço público para a moradia (Vaquer Caballería, 2015, p. 131). Nesta perspectiva, conforme doutrina capitaneada por Ponce Solé (2017a, p. 152), a Constituição espanhola garante o direito subjetivo à moradia, mas como obrigação de meio — “de fazer e não fazer alguma coisa, com intensidade distinta, para todos os poderes públicos como para os particulares”.<sup>4</sup>

Dentre as possibilidades relacionadas à obrigação de meio destacam-se aquelas que possuem natureza regulatória. A título de exemplo citam-se as moradias que são constituídas a partir das contrapartidas exigidas dos proprietários que exploram o solo urbano.<sup>5</sup> Não há aqui prestações públicas estatais, apenas o estabelecimento de normativas urbanísticas que conformam a destinação da propriedade urbana com o propósito de concretizar o mandato prescrito pelo artigo 47 da Constituição espanhola.

Ressalta-se que em nenhum momento esta obrigação diz respeito à moradia em forma de propriedade, já que a concretização daquele direito fundamental não depende da

constituição de patrimônio, mas como bem de uso, especificamente como residência habitual (Vaquer Caballería, 2015, p. 126; Palomera Zaidel, 2018, p. 14). Por consequência, o fato de não importar qual seja a titularidade do domínio abre um vasto leque de possibilidades de utilização de imóveis privados e públicos para efetivar o direito à moradia adequada.

Outra consequência prática da adoção da moradia como valor de uso é a substancial diminuição do seu custo de operacionalização, permitindo-se ampliar consideravelmente o número de pessoas atendidas por políticas de fomento (Ponce Solé, 2017a, p. 160). Exemplo exitoso desta opção política é a realizada pela Comunidade Autônoma do País Basco, que no final do ano de 2020 tinha o total de 59.792 moradias de uso temporário destinadas a públicos prioritários (Observatório Vasco de la Vivienda, 2021, p. 88).

Ainda na seara orçamentária, parte da literatura espanhola acertadamente questiona a negativa para concretizar direitos sociais — como a moradia —, em virtude dos gastos públicos, já que os direitos civis e políticos igualmente exigem gastos públicos substanciais para a sua concretização, como é o caso da organização das eleições e o financiamento dos partidos políticos fomento (Ponce Solé, 2017a, p. 161).<sup>6</sup>

Por fim, ressalta-se que a configuração da moradia como direito fundamental tem tido progressiva acolhida na legislação estatal espanhola. Sem o propósito de resgatar o percurso histórico das referidas normativas, sublinham-se aqui as mais recentes e relevantes no que concerne à proteção do bem constitucional tutelado, compreendidas como obrigação de meio.

Nesse sentido, a legislação espanhola desde 2002 (artigo 73, item 4, Lei 39/1988, com redação acrescentada pela Lei 51/2002) prevê a incidência de sobretaxa para as os imóveis urbanos vazios sem justificativa. Atualmente este mecanismo está previsto pelo Real Decreto Legislativo 2/2004 (artigo 72, item 4), e tem por finalidade fomentar que imóveis desocupados possam ter uso de moradia.

A Lei de Uso do Solo espanhola (Real Decreto Legislativo 7/2015) traz elementos importantes que reforçam a proteção do direito à moradia: i) a inter-relação entre o planejamento urbano, reabilitação urbana e efetivação do direito à moradia adequada (art. 1º, “b”); ii) todos têm direito a usufruir de moradia digna e adequada (art. 5º, alínea “a”); iii) reserva de solo para moradias sob regime de proteção pública (art. 18, item I, alíneas “a” e “b”).

Por sua vez, o Real Decreto-Lei 7/2019 aprovou medidas visando concretizar o direito à moradia, dentre elas: a prorrogação dos contratos de arrendamento; a suspensão de execução de remoção de pessoas em situação de vulnerabilidade e notificação de equipes de serviço social; criação de um Índice de Referência de Preços de Aluguel de Moradia; e bonificação de imposto para imóveis utilizados para moradia sob regime de proteção pública.

Ademais, o Real Decreto 853/2021 estabeleceu um conjunto de medidas de fomento (ajudas públicas) para atividades de reabilitação urbana, sendo que parte delas se destinando para pessoas em situação de vulnerabilidade (artigo 15, item 2, alínea “b”; e artigo 34, item 3) e para construção de moradias — novas construções ou em prédios reabilitados — em regime de aluguel social (artigo 59 e seguintes).

Destaca-se ainda a significativa ampliação das medidas de fomento para a consecução do direito à moradia adequada a partir do Real Decreto 42/2022 para diversos público-alvo: i) idosos e pessoas com deficiência (artigo 71 e seguintes); ii) alojamentos temporários (artigo 81 e seguintes); cessão de imóveis para entidades realizarem locação social (artigo 92 e seguintes); e fomento às comunidades autônomas e “prefeituras” para promoção de aluguel social (artigo 101 e seguintes).

Além das normativas específicas acima mencionadas, a Espanha passou recentemente a contar também com a sua primeira lei geral de moradia (Espanña, 2023). Esta normativa prevê as condições básicas para que o direito à moradia adequada seja concretizado, trazendo em especial requisitos e conceitos que consolidam iniciativas legislativas já vigentes em algumas comunidades autônomas para as moradias protegidas, tais como: a prioridade pelas formas temporárias; o estabelecimento de preço máximo de aluguel ou venda; os incentivos aos proprietários que utilizem imóveis para moradia protegida; a ampliação das reservas de solo de novas urbanizações para moradia protegida; as medidas especiais para zonas tensionadas por demanda de moradia; mais transparência em relação aos programas de moradia; medidas de proteção à afetados por processos de execução; e a caracterização da moradia como serviço de interesse geral.

Embora este conjunto de políticas estatais ainda estejam em processo de consolidação, não há dúvidas de que as mesmas reafirmam a moradia adequada como direito fundamental e dever do Estado em promover as condições necessárias para assegurá-lo, conforme prescrito pelo artigo 47 da Constituição espanhola.

Certamente as referidas políticas — compreendidas como obrigação de meio —, são insuficientes para concretizar o direito à moradia adequada, como bem demonstram a exposição de motivos da lei geral de moradia e das demais normativas aprovadas nos últimos anos na Espanha. Por isso, torna-se fundamental fazer referência aos avanços normativos de algumas comunidades autônomas, os quais permitem nestes lugares enquadrar a moradia adequada como obrigação de resultado.

### **3. A MORADIA COMO DIREITO SUBJETIVO NA ESPANHA E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO**

A configuração tratada anteriormente acerca do direito subjetivo à moradia adequada como obrigação de meio não exclui que determinadas comunidades autônomas possam estabelecer contornos jurídicos mais protetivos no que concerne ao seu dever de atuação.

Considerando a competência constitucional a elas atribuída sobre o direito à moradia (artigo 148, item 1, 3º, Constituição da Espanha), as legislações das comunidades autônomas da Catalunha e do País Basco são lembradas como exemplos de caracterização da obrigação de resultado em face do direito à moradia adequada sem condicionantes normativos posteriores para a sua concretização (López Ramón, 2014, p. 62-63; Ponce Solé, 2017b, p. 67-68). Cabe acentuar que a obrigação de resultado também pode incidir em relação aos particulares (Ponce Solé, 2017b, p. 68).

No caso da Comunidade Autônoma da Catalunha, a sua Lei Orgânica 6/2006 (artigo 26) determina que as pessoas que não dispõem dos recursos necessários têm direito de acesso a uma moradia digna, para o qual os poderes públicos devem estabelecer por Lei um sistema de medidas que garanta este direito. Em cumprimento a esta prescrição e com clara influência da legislação francesa de solidariedade urbana (Lei 2000-1208, de 13 de dezembro de 2000) (Trilla Bellart; Macías Caparrós, 2018), a Comunidade Autônoma da Catalunha promulgou a sua lei geral de moradia (Lei 18/2007) — havendo vários conteúdos comuns, dentre outros os objetivos e fundo de solidariedade urbana e regras específicas para as zonas tensionadas (com demanda mais acentuada de moradia).

A obrigação de resultado pode ser constada em alguns dos seus dispositivos legais:

Para hacer efectivo el derecho a la vivienda a todo el territorio de Cataluña, los municipios incluidos en áreas declaradas por el Plan territorial sectorial de vivienda como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada deben disponer, en el plazo de veinte años, de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 15% respecto al total de viviendas principales existentes [...] (artigo 73, item 1, Lei 18/2007).

[...]

El departamento competente en materia de vivienda debe establecer un sistema de prestaciones para el pago del alquiler para las personas y las unidades de convivencia residentes en Cataluña con ingresos bajos y moderados a las que el coste de la vivienda puede situar en riesgo de exclusión social residencial o dificultar el proceso de inserción social (artigo 72, item 1, Lei 18/2007).

Esta imposição de resultados se coaduna com a previsão expressa de exigibilidade do direito à moradia ante os órgãos administrativos e à jurisdição contenciosa-administrativa para fazer cumprir os mecanismos normativos existentes (artigo 6º, Lei 18/2007- Catalunha), os quais foram complementados e detalhados por diversas legislações posteriores.

A título de exemplo, a Lei 24/2015 (Catalunha) estabelece, em determinados casos, que o demandante em um procedimento de remoção forçada por não pagamento de aluguel ou execução hipotecária deve oferecer um aluguel com preço regulado pela Lei (Ponce Solé, 2017a, p. 157). Além de obrigações aos particulares, a normativa determina também que incumbe à Administração Pública, em qualquer caso, o adequado reassentamento das pessoas em situações de risco de exclusão residencial que estejam em processo de serem despejadas de sua moradia habitual (artigo 5º, item 6, Lei 24/2015).

Ressalta-se que o direito subjetivo à moradia na Catalunha é devido a quem não tem meios suficientes para acessar a moradia, exigindo-se ainda — com exceção das situações de emergência — a prévia inscrição no Registro de Solicitantes de Moradia de Proteção Oficial e o cumprimento dos limites de renda familiar (artigo 92, item 2; e artigo 95, item 3, Lei 18/2007).

A moradia como direito subjetivo igualmente está reconhecida na Comunidade Autônoma do País Basco, onde prescreve que será pública a ação para exigir dos órgãos administrativos a observância da legislação (artigo 6º, Lei 3/2015 – País Basco). Além disso, estabelece de modo detalhado as condições de sua operacionalização:

La satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de

alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso (artigo 9º, ítem 1, Lei 3/2015).

A referida normativa prevê ainda que, em caso de ausência de moradia ou alojamento de modo subsidiário o direito poderá se realizar por meio de um sistema prestações econômicas (artigo 9º, ítem 2, Lei 3/2015). Da mesma forma que na Catalunha, a habilitação a este direito requer o cumprimento de um conjunto de requisitos (artigo 9º, ítem 3, Lei 3/2015). Assinala-se que, instado a julgar a constitucionalidade da Lei 3/2015 do País Basco, o Tribunal Constitucional da Espanha manteve a redação que garante o direito subjetivo à moradia perante os órgãos administrativos (Tribunal Constitucional de España, 2018).

Na Comunidade Autônoma do País Basco o direito subjetivo à moradia foi atribuído a 6.777 famílias (El Departamento, 2022) (até julho de 2022), número inferior ao total de 76.873 moradias protegidas por programas públicos (Rioja Andueza, 2021)<sup>7</sup> — com dados até o final de 2020.

A partir destas normativas das comunidades autônomas a literatura espanhola classifica o direito subjetivo à moradia nas seguintes modalidades: i) direito de acesso à moradia: que pressupõe um dever estatal de proporcionar o direito à moradia a quem não tem recursos para obtê-la no mercado; e ii) direito à permanência na moradia (López Ramón, 2014, p. 70-74 e 77-83; Quintiá Pastrana, 2022, p. 47-53 e 53-55): esta dimensão se relaciona às inúmeras hipóteses de remoções forçadas relacionadas a incapacidade de pagamento de alugueis e hipotecas de aquisição da moradia, decorrentes de atividades de reabilitação, desapropriação ou atividades urbanísticas.

Em relação ao direito à permanência na moradia, torna-se fundamental que a Administração Pública empreenda medidas de mediação social para buscar acordos e ou realizar o encaminhamento e ajudas necessárias para as pessoas em situação de vulnerabilidade. A título de exemplo, cita-se o Serviço de Prevenção, Intervenção e Mediação em Moradias Públicas da Prefeitura de Barcelona, que apenas no ano de 2018 atendeu 1.281 famílias (Ayuntamiento De Barcelona, s.d.).

Como se depreende dos fundamentos acima explanados, hoje é bastante sólido o argumento de que resta configurado o direito à moradia como obrigação de resultado em algumas das comunidades autônomas espanholas. Em sentido minoritário, há quem amplie a obrigação de resultado também para a configuração constitucional, ainda que reconheça as dificuldades para o cumprimento desta tarefa (López Ramón, 2014, p. 61 e 85).

## 4. CONCLUSÃO

A existência de contextos socioculturais e econômicos distintos não permitem simplesmente replicar de modo automático no Brasil os avanços doutrinários e ou normativos existentes no direito espanhol, mas é essencial apreender o que pode servir como referência (jurídica, política ou ideológica).

Um primeiro aspecto que chama a atenção é o fato de que na Espanha a moradia é um problema público/estatal, enquanto no Brasil a atuação do poder público em geral tem o

propósito de reduzir as tensões sociais, não exatamente concretizar um direito. Outro ponto relevante a ser destacado é o escasso desenvolvimento doutrinário brasileiro acerca da moradia como direito subjetivo, ainda que a obrigação de meio possa ser demonstrada em algumas situações específicas. Por outro lado, no direito espanhol enquanto a obrigação de resultado do direito à moradia ainda se circunscreve a algumas comunidades autônomas, a obrigação de meio possui indiscutível consistência normativa e doutrinária.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à inflexão ocorrida recentemente na Espanha ao privilegiar os usos temporários de moradia — em alguns casos de modo exclusivo. Assim, por meio do aluguel social e outras modalidades provisórias, pretende-se despatrimonializar a moradia de proteção pública, evitando-se assim que ela se torne um ativo financeiro transacionável no mercado. Recordar-se que além da histórica construção da ideologia da casa própria — recentemente alterada —, a Espanha já possuiu um substancial parque de moradia de proteção pública, e que posteriormente se esvaiu quando da sua desqualificação.<sup>8</sup> Há outras vantagens na política de usos temporários da moradia: além de ser mais econômica; ela também permite a sua rotatividade a substituição das pessoas que não cumprem mais os requisitos para acessar a moradia de proteção pública.

Em relação à realidade brasileira, com exceção de alguns poucos programas-piloto de locação social, predomina quase que exclusivamente o modelo tradicional moradia como propriedade; seguindo ainda a lógica de sua instrumentalização para alavancar a economia. Entretanto, considerando que há nos círculos acadêmicos uma progressiva defesa dos usos temporários da moradia, espera-se que em breve ganhem escala os programas que contemplem estas características.

Ainda dentro da perspectiva de uso temporário da moradia, consideram-se acertadas as políticas de reabilitação urbana que vinculam a realização de medidas de fomento se o uso do imóvel for para moradia de proteção pública. Dessa feita, esta combinação de políticas permite que o direito à moradia adequada se concretize em zonas mais centrais; ao mesmo tempo o melhor aproveitamento urbanístico dos prédios reabilitados contribui para evitar expansões urbanas desnecessárias; resguarda a paisagem e a identidade cultural dos bairros tradicionais — inclusive evitando processos de gentrificação; além do fato de que este patrimônio pode também ser protegido.

Observa-se que esta transversalidade, mas não só ela, se coaduna com o dever constitucional atribuído ao Poder Público de criar todas as condições necessárias para a concretização do direito à moradia adequada (artigo 47, Constituição espanhola). Aliás, a opção pelos programas temporários de moradia está em sintonia com o referido imperativo, já que permite atender um número maior de pessoas em comparação aos programas baseados na propriedade.

Outro ponto de extrema relevância nas normativas espanholas diz respeito à técnica do preço limitado para moradias de proteção pública — retirando estas propriedades do chamado “mercado livre”, ou seja, possibilitando que não haja a sua desqualificação. Assinala-se que este mecanismo exige um apropriado controle da valoração do solo urbano nos territórios urbanos, com relatórios e índices públicos dos preços e transações

imobiliárias praticadas — algo que ainda está distante da realidade brasileira. Aliás, o mecanismo existente no direito espanhol de depósito público da garantia locatícia tem uma dupla função: possibilitar o controle dos preços praticados, além de financiar os programas públicos de moradia.

Em conclusão, o conjunto das normativas/políticas públicas espanholas permitem caracterizar a moradia como obrigação de meio ao Poder Público, além de constituir o alicerce fundamental para a consecução do estágio subsequente, qual seja, a efetivação do direito subjetivo à moradia como obrigação de resultado — por enquanto restrita a algumas comunidades autônomas.

## 5. NOTAS EXPLICATIVAS

1. Aliás, o Pacto Internacional de Direitos Sociais Econômicos e Culturais foi ratificado pela Espanha em abril de 1977, portanto, anterior à promulgação de sua Constituição. Cf. España, 1977, p. 9343-9347.
2. Em especial, destaca-se a primeira lei geral de moradia da Espanha, recentemente aprovada (Espanha, 2023).
3. Para mais detalhes acerca das estratégias de dispersão social, ver Santos, 1984, p. 01-77; Cf. também Madden; Marcuse, 2018, p. 46.
4. Acompanhando este entendimento: González Ordovás, 2013, p. 76; e Burón, 2011, p. 269.
5. De modo exemplificativo ver o artigo 18, item 1, alínea “b” do Real Decreto Legislativo 7/2015.
6. No Brasil, a título de exemplo, no ano de 2022 apenas de repasse aos partidos políticos serão gastos 4,9 bilhões do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Cf. TSE, 2022.
7. Para outras informações sobre a política de moradia no País Basco, ver Observatório Vasco de la Vivienda, 2021.
8. Conforme exposto do preâmbulo da Lei 12/2023 (Espanha, 2023, p. 06), entre o ano de 1962 e 2020, 31,5% das moradias tiveram alguma modalidade do regime de proteção pública, tendo tal qualificação se perdido posteriormente.

## AGRADECIMENTOS

À CAPES pelo suporte financeiro concedido para o desenvolvimento da pesquisa como professor visitante no exterior (Programa CAPES/PRINT).

## REFERÊNCIAS

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. Balance 2018 – Plan por el Derecho a la Vivienda 2016-2025, (s.d.). Disponível em: [https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/es-web\\_balanc\\_2018\\_-\\_pla\\_pel\\_dret\\_a\\_habitatge\\_2016-2025-es-es.pdf](https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/es-web_balanc_2018_-_pla_pel_dret_a_habitatge_2016-2025-es-es.pdf). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 maio 2020.

BURÓN, Javier. La política de vivienda protegida: la arquitectura autonómica. In: AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (org.). **El modelo de ordenación territorial, urbanismo y vivienda vasco**: aplicación práctica. Oñati: IVAP, 2011, p. 257-344.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. especial, p. 474-500, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. **Ley 18/2007, de 28 de diciembre**, del derecho a la vivienda.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. **Ley 24/2015, de 29 de julio**, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. **Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio**, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO. **Ley 3/2015, de 18 de junio**, de vivienda.

EL DEPARTAMENTO de Vivienda comunica a 2.812 familias que cumplen los requisitos y pueden solicitar el derecho subjetivo de acceso a una vivienda, 06 jul. 2022. Disponível em: [https://www.euskadi.eus/web01-ejeduki/es/contenidos/nota\\_prensa/npetxe20220706\\_com\\_familia\\_dsv/es\\_def/index.shtml](https://www.euskadi.eus/web01-ejeduki/es/contenidos/nota_prensa/npetxe20220706_com_familia_dsv/es_def/index.shtml). Acesso em: 31 jul. 2022.

ESPAÑA. **Constitución Española, 1978**.

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *In*: **Boletim Oficial de España**, 30 abr. 1977, p. 9343-9347.

ESPAÑA. **Ley 39/1988, de 28 de diciembre**, reguladora de las Haciendas Locales.

ESPAÑA. **Ley 12/2023, de 24 de mayo**, por el derecho a la vivienda.

ESPAÑA. **Real Decreto 853/2021, de 5 de octubre**, por el que se regulan los programas de ayuda en materia de rehabilitación residencial y vivienda social del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

ESPAÑA. **Real Decreto 42/2022, de 18 de enero**, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025.

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

ESPAÑA. **Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo**, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José. **El derecho a la vivienda**. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo. Madrid: Dykinson, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentales do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. El derecho subjetivo a la vivienda. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 102, p. 49-91, sept-dic. 2014.

MADDEN, David; MARCUSE, Peter. **En defensa de la vivienda**. Tradução de Violeta Arranz. Madrid: Capitán Swing, 2018.

MARICATO, Erminia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MEDINA GUERRERO, Manuel. **La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: MacGraw-Hill, 1996.

OBSERVATÓRIO VASCO DE LA VIVIENDA. **Informe de evaluación de la política de alquiler en Euskadi 2018-2020**. Vitoria: Gobierno Vasco, jul. 2021.

ONU – COMITÉ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Comentário Geral 04, 1991**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaoopronto.html#8>. Acesso em: 11 jun. 2020.

PALOMERA ZAIDEL, Jaime. Prólogo. *In*: MADDEN, David; MARCUSE, Peter (org.). **En defensa de la vivienda**. Tradução de Violeta Arranz. Madrid: Capitán Swing, 2018, p. 10-20.

PONCE SOLÉ, Juli. El derrumbe de un mito: la vivienda es un derecho subjetivo constitucional y legalmente reconocido y exigible judicialmente. **Revista Institucional de la Defensa Pública**, n. 11, p. 122-174, jun. 2017a.

PONCE SOLÉ, Juli. La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional. *In*: MOLTÓ DARNER, Josep Maria; PONCE SOLÉ, Juli (org.). **Derecho a la vivienda y función social de la propiedad**. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento. Navarra: Thomson Reuters, 2017b, p. 43-78.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123-158, p. 175-176.

QUINTIÁ PASTRANA, Andrei. **Derecho a la vivienda y vulnerabilidad**. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

RIOJA ANDUEZA, Iker. **Cinco claves para comprender la política de vivienda en Euskadi, el espejo en el que se mira la futura ley estatal**. El Diálogo, 09 oct. 2021. Disponível em: [https://www.eldiario.es/euskadi/cinco-claves-comprender-politica-vivienda-euskadi-espejo-mira-futura-ley-estatal\\_1\\_8383687.html](https://www.eldiario.es/euskadi/cinco-claves-comprender-politica-vivienda-euskadi-espejo-mira-futura-ley-estatal_1_8383687.html). Acesso em: 15 abr. 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado, o direito e a questão urbana. *In*: ARRUDA, Joaquim de Arruda (org.). **Conflito de direito de propriedade — invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 01-77.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (org.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 261-292.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia 97/2018, de 19 de septiembre de 2018**.

TRILLA BELLART, Carme; MACÍAS CAPARRÓS, Carlos. El parque de vivienda social y el mandato de solidaridad urbana. *In*: OBSERVATORIO DESC; INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN TRANSJUS (org.). **La Ley del Derecho a La Vivienda de Catalunya**: diez años de vigencia, balance y futuro, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 91-124.

TSE divulga nova tabela com a divisão dos recursos do Fundo Eleitoral para 2022, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/tse-divulga-nova-tabela-com-a-divisao-dos-recursos-do-fundo-eleitoral-para-2022>. Acesso em: 28 jul. 2022.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente. **Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid**, n. 32, p. 121-154, 2015.

Recebido em: 10/06/2023

Aceito em: 01/08/2023

# TRANSPARÊNCIA E TERMO DE AJUSTE DE GESTÃO: A INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE DE CONTAS PUNITIVO<sup>1</sup>

*Transparency and management commitment: the insufficiency of punitive account control*

**Maren Guimarães Tabora**

Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal – ESDM, (RS, Brasil). Coordenadora-Geral do Centro de Investigações de Cultura Constitucional. Doutora e Mestre em Sociidade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La Mancha, CM (Espanha). Foi professora de História do Direito e de Direito Constitucional na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1996-2002), na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999-2015) e Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, (Graduação e programa de Mestrado) (2008-2022). Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa). Advogada.

**Carlos Armando Nogueira Dias**

Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Auditor Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (RS, Brasil). Integrante do Grupo de Pesquisa “Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais, até dezembro de 2019.

## Resumo

Trata o presente estudo de verificar a efetiva utilização do *Termo de Ajustamento de Gestão - TAG*, pelas cortes de contas do País, e em que medida esse procedimento é justificado pela a Lei 23.655/2018, que determina o dever de eliminar irregularidades, incerteza jurídica ou situação contenciosa por meio de compromissos entre os interessados. A partir de questionários enviados aos Tribunais de Contas dos Estados, foi feito um inventário de quais cortes preveem a utilização do instrumento em suas legislações, e analisou-se, comparando-se autodescrições feitas pela dogmática jurídica, a relação do instrumento com o dever de transparência, verificando-se, em caso concreto, a insuficiência do controle de contas punitivo, porque a responsabilização dos agentes é individual e não é tratada como falha sistêmica. As conclusões parciais foram sendo fixadas ao longo do texto, para restarem alinhavadas ao final, e a principal delas diz respeito ao fato de que todas as cortes de contas do Brasil podem celebrar tais instrumentos, ainda que não contem com autorização expressa.

**Palavras-chave:** Transparência. termo de ajustamento de gestão. Autocomposição. Solução consensual. Tribunal de contas.

## Abstract

The present study deals with verifying the effective use of the *Management Adjustment Term - TAG*, by the country's accounts courts, and to what extent this procedure is justified by Statute 23.655/2018, which determines the duty to eliminate irregularities, legal uncertainty or contentious situation through compromises between interested parties. From questionnaires sent to the Courts of Accounts of the States, an inventory was made of which courts provide for the use of the instrument in their legislation, and the relationship of the instrument with the duty of transparency, verifying, in a specific case, the insufficiency of punitive control of accounts, because the accountability of agents is individual and is not treated as a systemic failure. The partial conclusions were fixed throughout the text, to remain tacked at the end, and the main one concerns the fact that all Brazilian courts of accounts can enter into such instruments, even if they do not have express authorization.

**Keywords:** Transparency. Management commitment. Self-composition. Consensual solution. Audit courts.

## Sumário

1. Introdução; 2. A utilização do TAG pelos tribunais de contas estaduais; 3. Transparência e prestação de contas; 4. O TAG como instrumento da eficiência e da administração consensual; 5. Equilíbrio e estabilidade na negociação do TAG em controle de contas; 6. Considerações finais; 7. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2018, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul prolatou decisão<sup>2</sup> apontando inúmeras irregularidades e inconformidades no Regime Próprio de Previdência Social de município integrante daquele ente federativo. No caso, restou evidenciado que as inconformidades vinham de longa data (2001), todas apontadas no exame das contas dos exercícios seguintes, até 2013. Cada um desses exercícios gerou procedimento de julgamento das contas, que culminou na referida decisão. Mesmo que o TCE tenha, repetidamente, apontado as inconformidades e determinado ao Executivo Municipal em questão que se adequasse ao cumprimento da legislação, as irregularidades se repetiram nos exercícios posteriores, evidenciando a *falta de efetividade* das decisões proferidas no processo ordinário de julgamento das contas dos respectivos gestores.

Tal caso põe a nu uma série de problemas e questões que dizem respeito ao que se entende por transparência e por prestação de contas, aos diferentes objetivos e estratégias da transparência, e fundamentalmente, ao fato de que o poder da transparência, na prática, depende da capacidade e disposição dos atores civis e sociais interessados, dos meios de comunicação, da competição partidária, e da capacidade e autonomia do poder judicial, isto é, depende, sempre, de condições institucionais (Fox, 2008, p. 185).

Transparência pode ser muitas coisas. Para fins deste estudo, adota-se a perspectiva de Taborda, segundo a qual transparência é o primeiro aspecto do preceito de publicidade – seu sentido mais imediato, que determina a visibilidade do poder e a harmonia entre política e moral (Taborda, 2006; Kant, 2004). É preceito que tende a preservar a coisa pública – o Estado e, nesta perspectiva, é dever instrumental. Publicidade também pode ser “propaganda”, condição de validade e eficácia de atos administrativos e “direito fundamental de acesso à informação pública”. Nesta última acepção, é princípio constitucional impositivo, vincula os poderes públicos e assegura um status jurídico material aos cidadãos. Exige, por igual, a distinção entre prestação de contas institucional e individual, isto é, entre um conflito intrínseco entre dois objetivos diferentes de prestação de contas, quais sejam, estabelecer a responsabilidade de indivíduos ou detectar falhas sistêmicas.

Com efeito, no Brasil, o procedimento de julgamento das contas dos administradores públicos sujeitos ao controle externo exercido pelos tribunais de contas, por se tratar de um processo administrativo, deve observância ao princípio do adequado processo jurídico, elencado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República e às demais garantias processuais expressas, tais como duração razoável do processo, contraditório e ampla defesa, juiz natural etc. Dentre os consectários do preceito do *due process of law*, que constitui uma cláusula geral da qual decorrem outras garantias, figura o princípio de acesso à Justiça, compreendido não somente como o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas de acesso a todos os meios admitidos em direito, tanto os judiciais, quanto os extrajudiciais, a fim de

se protegerem e efetivarem os direitos individuais e coletivos. Nesse contexto, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram “três ondas de acesso à Justiça” (Cappelletti; Garth, 1988). A primeira onda de acesso à Justiça consiste na prestação de assistência judiciária gratuita aos mais pobres, seguida da segunda onda, que garantiu a representação dos interesses difusos, coletivos ou grupais, tais como os direitos do consumidor e ao meio ambiente equilibrado. Na terceira onda de acesso à Justiça, surgiram os métodos e os instrumentos de solução consensual de conflitos, controvérsias e problemas, tais como a mediação, a conciliação e a negociação (métodos) e os *Termos de Ajustamento de Conduta* e de *Gestão* (instrumentos).

Nestas condições, é objetivo do presente ensaio verificar se o *Termo de Ajustamento de Gestão - TAG*, instrumento de solução consensual de inconformidades utilizado pelos Tribunais de Contas, constitui, de fato, um meio capaz de propor soluções eficazes aos conflitos verificados no exercício do controle externo pelas cortes de contas do país. O *motivo* para tal indagação veio da experiência, na medida em que, nos casos concretos, no mais das vezes, o tratamento é feito na perspectiva da responsabilização individual dos agentes e não como falha sistêmica. Para a consecução do objetivo, considerou-se que, mesmo antes do advento da Lei n. 23.655/2018 (que modificou o art. 20 da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro - LINDB), a utilização geral do instrumento já estava autorizada pela Constituições e leis do País, com fundamento nos preceitos da publicidade (entendida como transparência) e da eficiência, de modo que todos os tribunais de contas do País podem celebrar tais instrumentos, ainda que não contem com autorização expressa.

De fato, o TAG, em que pese ser o instrumento adequado para a solução consensual de conflitos é ainda subutilizado. Os primeiros tribunais de contas a preverem a utilização do TAG em suas leis orgânicas e a regulamentarem o procedimento em resoluções normativas, foram os tribunais de contas dos estados de Goiás, Minas Gerais e Sergipe. Posteriormente, outros tribunais de contas aderiram a essa prática. Em tal contexto, conselheiros e servidores dos tribunais de contas passaram a estudar a matéria e a realizar trabalhos científicos na forma de artigos e dissertações de mestrado. Por se tratar de uma prática não muito difundida, o TAG representa um segmento de pesquisa a ser explorado por estudiosos e operadores do controle externo.

O presente trabalho, assim, visa a dar uma contribuição a essa matéria ainda em construção e, para atingir tal objetivo, trata-se do tema em quatro partes. A primeira seção descreve, a partir das respostas aos questionários, a utilização (ou não) do TAG pelas Cortes de Contas estaduais. A segunda, sucintamente, analisa a relação entre transparência, Estado de Direito e prestação de contas; a terceira parte, especificamente, trata do significado e alcance do *Termo de Ajuste de Gestão* no âmbito do controle de contas, no contexto da autorização geral contida na lei de interpretação para a Administração, que determina o dever de orientar-se pela observação da fonte material do direito - a realidade empírica da atividade - e o de fazer juízos sobre as consequências práticas da decisão (juízos sobre o risco - a incerteza). A quarta e última seção, finalmente, trata de como se pode estruturar o TAG em controle de contas, com vistas a assegurar-se equilíbrio e estabilidade nas negocia-

ções. O caminho utilizado foi o indutivo, e o procedimento, comparativo de autodescrições feitas pela dogmática jurídica e descrições normativas. As conclusões parciais foram sendo fixadas ao longo do texto, para restarem alinhavadas ao final

## 2. A UTILIZAÇÃO DO TAG PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS

Para os fins desta pesquisa, com fundamento na Lei de Acesso à Informação, procedeu-se ao envio de questionário a 14 (catorze) tribunais de contas dos Estados-membros da federação brasileira, para saber se os referidos órgãos preveem a utilização do TAG em suas respectivas legislações. Os questionários foram enviados entre os dias 26 e 27 de junho de 2019, e respondidos entre 27 de junho de 2019 e 04 de novembro de 2019. Não responderam à pesquisa os Tribunais de Contas dos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia. O *Tribunal de Contas do Estado do Ceará* foi o primeiro a enviar a resposta, e sua Ouvidoria informou que, em razão de ter instituído o TAG a apenas 06 (seis) meses, com a publicação da Lei n. 16.819/2019 no Diário Oficial Eletrônico, em 09 de janeiro de 2019, não foi firmado nenhum TAG até a data em que a resposta foi enviada. Informaram que a efetivação do TAG é um desejo do órgão como um todo e comunica que, à medida que o Tribunal incorporar a celebração do TAG na sua rotina de trabalho, as informações desejadas poderão ser fornecidas. Já o *Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*, informou que a inclusão do TAG nos seus procedimentos ocorreu em virtude da constatação de que muitas falhas de gestão decorriam da falta de conhecimento dos gestores em relação às normas que regem a Administração Pública. Nesse sentido, ciente de que os gestores agiam de boa-fé, em que pese a existência de erros de gestão, e visando a melhoria da efetividade da gestão pública, o TCE-PE concedeu-lhes a oportunidade de corrigirem os desvios em relação à legislação pátria sem aplicação das penalidades pecuniárias. Até a data da resposta (02/08/2019), foram formalizados 68 (sessenta e oito) Termos de Ajustamento de Gestão, os quais continham, no somatório, 554 (quinhentas e cinquenta e quatro) obrigações, das quais 185 (cento e oitenta e cinco) foram cumpridas (33,40%), 168 (cento e sessenta e oito) foram cumpridas parcialmente (30,32%) e 201 (duzentas e uma) não foram cumpridas (36,28%). De uma maneira geral, o TCE-PE tem uma avaliação positiva em relação aos acordos firmados, tendo em vista que mais de 2/3 (dois terços) dos compromissos ajustados foram cumpridos total ou parcialmente, implicando relevantes melhorias para a população em diversas áreas de atuação da gestão pública.

Merece destaque o fato de que a Diretoria de Planejamento do *Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCM-PA)* recebeu a presente pesquisa de forma positiva, parabenizando o exercício da cidadania e do controle social, que entende servir de estímulo e fortalecimento para a atuação da Corte de Contas. Em seguida, respondeu que o firmamento do TAG pode ocorrer por iniciativa do Conselheiro-Relator ou a requerimento dos responsáveis pelos Poderes, órgãos ou entidades controladas pelo TCM/PA, por meio de encaminhamento da proposta de ajuste ao Conselheiro-Relator. A celebração do TAG originou-se do Projeto: "*Portais da Transparência nos Municípios Paraenses: Cenário Atual*", do Núcleo de Contabilidade da Universidade Federal do Estado do Pará-UFPA/PA, Contro-

ladoria Geral da União e Observatório Social, que averiguou, nos anos de 2014 e 2015, o cumprimento de 06 (seis) itens exigidos na Lei de Acesso à Informação – LAI – pelos 144 (cento e quarenta e quatro) municípios paraenses.

Considerando o baixo atendimento demonstrado na pesquisa realizada, o TCM/PA, em conjunto com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Faculdade de Ciências Contábeis – FACICON, da Universidade Federal do Pará, elaborou a *Matriz Única de Análise dos Portais da Transparência*, para conferir o atendimento dos preceitos contidos na Lei de Acesso à Informação. Nos exercícios de 2016 e 2017, todos os 144 chefes dos Poderes Executivo e os 144 chefes dos Poderes Legislativo dos municípios paraenses aderiram de forma voluntária aos TAG'S, em 2016 e 2017-2018.

Os gestores que não atenderam a totalidade das exigências dos TAG'S firmados, foram notificados para apresentar defesa. Houve aplicação de multa em relação aos ajustes não cumpridos e encaminhamento como ponto de controle na análise das prestações de contas do gestor, nos exercícios correspondentes, além de cópia ao Ministério Público do Estado do Pará, para as providências cabíveis. Em suma, no caso de obrigações constantes dos respectivos TAG'S que não foram cumpridas, as irregularidades foram examinadas em processo ordinário de auditoria com a imputação das penalidades cabíveis. Segundo informação da Diretoria de Planejamento, observou-se evidente melhora na publicação de dados nos sites/portais da transparência dos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios Paraenses, tendo sido inclusive citado como modelo de “Boas Práticas” pelo *Tribunal de Contas da União e pela Associação Nacional dos Tribunais de Contas do Brasil-ATRICOM*. Além destes, outros Termos de Ajustamento de Gestão foram firmados no âmbito do TCM-PA. Entretanto, não foram acompanhados e monitorados pela Diretoria de Planejamento.

A Secretaria de Controle Externo do *Tribunal de Contas do Estado do Amazonas* (Secex/TCE-AM), em sua resposta, informou que a celebração de 153 (cento e cinquenta e três) *Termos de Ajustamento de Gestão*, os quais, atualmente, estão arquivados. No entanto não há informação se as obrigações pactuadas foram cumpridas ou não. Atualmente existem 20 (vinte) TAG's em aberto, que são monitorados pela Assessoria da Presidência, nos assuntos de repercussão geral; pela Assessoria do Relator de processo em tramitação no Tribunal; e pelo Ministério Público de Contas. Por último, o TCE-AM entende que o TAG exerce influência positiva na atuação estatal por se tratar de um instrumento de controle consensual utilizado no intuito de dar mais efetividade à atuação do controle externo e à consecução de seu objetivo maior que é a tutela do interesse público e a correta aplicação dos recursos públicos.

A *Coordenadoria de Monitoramento e Execuções do Tribunal de Contas do Estado do Paraná* respondeu que de 2017 a 2019 foram firmados dez Termos de Ajustamento de Gestão, 01 (um) em 2017, 07 (sete) em 2018 e 02 (dois) em 2019. Destes, 02 (dois) foram integralmente cumpridos e os demais estão em fase de acompanhamento. Dentre os que estão nesta fase, 07 (sete) contêm cláusulas com prazo para cumprimento e apenas um (TAG n. 10/2019) apresenta todos os prazos vencidos, sendo que este último está em posse da Diretoria de Protocolo aguardando resposta de comunicações realizadas.

Já o *Tribunal de Contas do Estado de Sergipe* procedeu ao firmamento de 87 (oitenta e sete) Termos de Ajustamento de Gestão com o objetivo de ajustar com os administradores públicos alternativas e metas para melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas de forma mais célere que no processo administrativo tradicional, obtendo um excelente percentual de êxito: 70,97%. Em relação ao êxito obtido na celebração do TAG, a Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe informa que o fato de um TAG ter sido celebrado não garante que o problema será resolvido, pois existem variáveis independentes específicas incidentes em cada caso que interferem na solução do problema ou do conflito. Pelo fato de haver múltiplas variáveis independentes, ao final da aplicação de um TAG, algumas cláusulas do ajuste são resolvidas totalmente, outras não. Entretanto, não se considera que o acordo tenha fracassado pelo fato de não ter obtido resolução total. Considera-se exitosa a resolução parcial. No âmbito do TCE-SE, assim, o TAG é entendido como um instrumento mediador democrático, consensual, dialógico e normativo de controle externo, com cuja celebração se procura elidir problemas pontuais de uma política pública de gestão específica, mesmo que não tenha sido levado a termo em sua integralidade, pois o que importa é que a sociedade esteja sendo mais bem atendida pelo Estado.

Entretanto, a Diretora Técnica adverte que, em que pese o TAG ser um instrumento eficaz, a solução do problema ou do conflito não depende somente dele. Existem outros fatores que contribuem para a solução: a disposição e o interesse do gestor, a comunicação e o diálogo entre o administrador responsável e o Tribunal de Contas, a inspeção e o acompanhamento da solução do problema pelo órgão fiscalizador. Por último, a Diretora Técnica demonstra ter boa perspectiva em relação ao TAG, pois entende que o instrumento possibilita aos Tribunais de Contas se modernizarem e se aproximarem da sociedade, darem celeridade às suas decisões, exercer o controle externo através do consenso, possibilitando a tutela de direitos sociais e fundamentais.

Em que pese haja previsão de celebração do TAG nas respectivas leis orgânicas do *Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás* e do *Tribunal de Contas do Estado do Acre*, ainda não houve celebração de ajuste nestas respectivas Cortes de Contas. A previsão de celebração do TAG na lei orgânica do TCM-GO se deu por meio da Lei n. 19.990, de 22 de janeiro de 2018. Entretanto, a possibilidade de celebração do TAG pelo TCE-AC é mais antiga, data de 29 de janeiro de 2013, tendo sido transcorrido 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses até a data do envio da pesquisa. Nesse caso, pode-se afirmar que a celebração do TAG não foi acolhida na cultura institucional do TCE-AC, o que é evidenciado pela ausência de norma regulamentadora da previsão legal no Art. 106-A da LC n. 38/93.

O TCE-MG informou que o canal de acesso à informação não é o meio adequado para se fazerem esses questionamentos e recomendou que se enviasse ofício endereçado à Presidência do tribunal. Os Tribunais de Contas dos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Rondônia não responderam à pesquisa. A chefia do Gabinete do *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte* respondeu à pesquisa em 08/10/2019 e informou que no ano de 2019 foi firmado somente 01 (um) Termo de Ajustamento de Gestão com a Controladoria Geral do Estado. No tocante ao objetivo de se buscar soluções para as irregularidades por meio do TAG, afirma que o percentual de êxito

tem sido alto. Porém não é informado qual o percentual de êxito, tampouco o número total de Termos de Ajustamento de Gestão firmados. A referida servidora destaca a importância de se realizar o acompanhamento das diretrizes estipuladas no TAG e, quando necessário, de se proceder a ajustes a fim de se alcançar o objetivo final. Entende o TAG como um instrumento que visa ao melhor atendimento do interesse público, bem como à celeridade na reparação dos danos causados ao erário.

De tais respostas, foi possível constatar que o TAG, no âmbito da atuação dos tribunais de contas, em 2020/2021 ainda não é uma realidade; a segunda verificação (e não menos relevante), é a de que o TAG foi introduzido na legislação de 14 (catorze) tribunais de contas sem que houvesse uma *política institucional* que disseminasse e consolidasse a adoção do instrumento como um meio eficaz de acesso à Justiça, capaz de aumentar a eficiência e a efetividade da solução das inconformidades evidenciadas nos procedimentos de auditoria realizados nas respectivas cortes de contas. Chegou-se a essa conclusão em razão do reduzido número de termos firmados e pela ausência de um controle efetivo dos seus resultados pela maior parte dos tribunais de contas que introduziram o TAG em suas legislações. A exceção fica por conta dos Tribunais de Contas dos Estados do Pernambuco, do Amazonas, de Sergipe e do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará.

O TCE-PE introduziu o TAG em sua Lei Orgânica (Lei n. 12.600, de 14 de junho de 2004), por meio da Lei n. 14.725, de 02 de julho de 2012. Entretanto, essa alteração na Lei Orgânica do Tribunal limitou-se a prever a possibilidade de se celebrar o TAG no seu art. 21, inciso XVIII; a legitimar o Conselheiro Relator a propor o ajuste, no seu art. 48-A, *caput*. Entretanto, a regulamentação prevista no parágrafo único do art. 48-A da mesma norma só veio a ocorrer em 07 de janeiro de 2015, com a edição da Resolução TC nº 02.

Embora seja digna de nota a iniciativa dos 14 (catorze) tribunais de contas em introduzir o *Termo de Ajustamento de Gestão* em suas respectivas legislações, as respostas ao questionário evidenciam que o instituto ainda não foi incorporado na cultura institucional dos respectivos órgãos. Percebe-se que o TAG ainda não é entendido como um importante instrumento de solução consensual de conflitos, controvérsias ou problemas, capaz de contribuir para uma solução mais célere e efetiva das inconformidades apontadas na gestão dos órgãos e entidades fiscalizados, com exceção dos quatro tribunais de contas anteriormente citados.

Uma das prováveis causas é a ausência de uma política nacional de tratamento adequado de conflitos e interesses ou de incentivo à autocomposição, a exemplo do que ocorreu com a edição da Resolução CNJ n. 125/2010 e da Resolução CNMP n. 118/2014, respectivamente. Um dos fatores que contribui para que não haja uma política nacional é a ausência de previsão constitucional de um órgão administrativo centralizador dos tribunais de contas em âmbito nacional, a exemplo do que ocorre com o Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário; e o Conselho Nacional do Ministério Público, no âmbito do Ministério Público.

Pesquisando-se processo de inspeção extraordinária, no Rio Grande do Sul, (estado que ainda não introduziu o TAG em sua legislação), verificou-se, em caso concreto (Pro-

cesso TCE/RS 6952-0200/14-1), que todas as condições para a celebração de um TAG estavam dadas: primeiro, porque que a inconformidade apontada no relatório de inspeção extraordinária vinha de longa data, desde o exercício de 2001, quando foi constatado o atraso no repasse de contribuição patronal e o conseqüente parcelamento do débito para com o FAPS (Fundo de Aposentadoria e Pensão do Servidor). As inconformidades seguiram sendo apontadas no exame das contas dos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2007, 2009, 2011 e 2013, conforme consta do relatório de Inspeção Extraordinária. O relatório de cada um desses exercícios gerou procedimento de julgamento das contas que culminou em uma decisão proferida. Em que pese as inconformidades tenham sido apontadas e o TCE-RS tenha determinado que o Executivo Municipal se adeque ao cumprimento da legislação, as irregularidades tornavam a ser repetir nos exercícios posteriores. Esse fato evidencia a falta de efetividade das decisões proferidas no processo ordinário de julgamento das contas dos respectivos gestores.

No caso em questão, o Administrador, dentre os pedidos finais, após a prestação de esclarecimentos, propôs que se procedesse à negociação visando à solução consensual do problema, ou seja, um TAG por meio da fixação de prazo para que, durante o período de suspensão do processo, os Poderes Executivo e Legislativo, com mediação dos servidores do TCE-RS, formassem grupo de trabalho visando à aprovação das medidas necessárias ao restabelecimento das finanças públicas municipais, como autorizado pela norma contida no artigo 26, *caput*, e artigo 24, ambos da LINDB. O referido TAG ainda não foi celebrado, sob o argumento de que “não tem lei”, mas há fundamentos jurídicos de sobra para que seja celebrado.

Nesse sentido, convém destacar que a solução consensual significa a superação do modelo de controle punitivo, que se limita a condenar o Administrador a ressarcir os danos causados pelas inconformidades, porque esse modelo não protege a sociedade contra as más práticas de gestão, pois o controle ocorre após a prática do ato e nem sempre é possível o saneamento do dano causado. Em contrapartida, o TAG possibilita uma atuação mais efetiva do controle externo, priorizando as medidas preventivas, a fim de combater a má gestão.

O “déficit de efetividade” do modelo tradicional de controle externo, frente ao acúmulo de um volume expressivo de processos, foi observado por Cunda, ao ressaltar que, muitas vezes, se impõem “sanções estéreis (como grande parte das multas)” que não se coadunam com o interesse público e princípios constitucionais (com destaque aos princípios de eficiência e eficácia) (Cunda, 2019, p. 238). Análise da situação fática, respaldada no entendimento doutrinário, evidencia a insuficiência do controle repressivo tradicional para solucionar a inconformidade e indica a possibilidade de se buscar uma solução consensual do problema por meio do firmamento de um TAG. Isso é assim, porque o TAG pode ser entendido como um veículo da *transparência clara*, porque diz respeito à adoção de procedimento relacionado aos programas que dão a conhecer informações confiáveis e acessíveis sobre o desempenho institucional dos entes federativos e fixa, com precisão, as responsabilidades dos funcionários e, principalmente, o destino dos recursos públicos. Cabe, pois, verificar como a dogmática jurídica descreve essa relação.

### 3. TRANSPARÊNCIA E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Nos últimos 50 anos, a doutrina jurídica europeia e latino-americana tem discutido sobre ser a transparência (ou publicidade) uma das condições do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se questiona a respeito de sua operatividade. A questão aqui, de fato, envolve saber se, para além dos conceitos de *Rule of Law*, *État du Droit*, *Rechtsstaat* e *estado econômico*, é necessário incorporar (ou não) os chamados “novos fenômenos” ou “fenômenos contemporâneos” mediante uma reelaboração conceitual sobre o conceito de publicidade como transparência (Cossio, 2008, p. 106). Se a transparência exige o pleno acesso dos cidadãos às determinações e processos dos órgãos estatais, acaba por ser uma tendência absorvente, incorporada no próprio conceito do que seja o Estado de Direito: uma ideia rectora, capaz de compreender diversas modalidades institucionais de controle do poder público e de proteção aos direitos, sempre sob a constante aplicação do direito a partir de sua própria racionalidade.

A publicidade (transparência) como direito de acesso à informação é mais ampla, porque permite ao membro da comunidade (enquanto tal) ter acesso a informações que são públicas. Assim, atualmente, se o direito de petição e o acesso à informação permitem aos cidadãos obter informações dos órgãos estatais que a produzem, a transparência é uma condição geral do funcionamento do Estado, que se atualiza ainda que não exista especificamente um indivíduo interessado. A mudança significativa diz com o fato de que, pela publicidade-transparência, as informações do governo são cada vez mais disponibilizadas em rede de fácil e constante acesso e isso é entendido como um dever da Administração. Como assegura Cossio, “a transparência ‘socializa’ uma situação de abertura ao não fazer-se dependente de motivações individuais” (Cossio, 2008, p.111).

A publicidade como transparência então, e de modo geral, ao ser incorporada ao conceito de Estado Democrático de Direito, aumenta a disponibilidade das informações, a qualidade da informação da cidadania e as possibilidades de exercer-se um controle dos atos do poder público (condição da democracia). Para além disso, facilita o conhecimento do modo como atuam tais poderes e tende a impedir que, por conta da corrupção, se tomem decisões que passam ao largo dos parâmetros democráticos.

Bem tradicional e arraigada é a ideia de que o poder, por definição, é secreto, isto é, de que a sinceridade não é uma virtude política, pois, se ação política diz respeito a meios e fins, a mentira acaba por ser inofensiva, mas só aparentemente, porque nenhuma “perseverança da existência pode ser concebida sem homens decididos a testemunhar aquilo que é e o que lhe aparece porque é” (Arendt, 2002, p. 285). Os fatos e os eventos são a verdadeira textura do domínio político. Quando o poder ataca a verdade fatural, exorbita o seu domínio, mas está em seu terreno quando falsifica ou nega fatos mentirosamente. A verdade fatural não sobrevive aos assédios do poder e todos os governos, de um modo ou de outro, se assentam na opinião, o que revela ser o conflito entre a verdade e a política um confronto entre a verdade nas ciências, cujo contrário é a ignorância ou erro (verdade das coisas), e a verdade na filosofia, cujo contrário é a ilusão ou opinião, que é flexível (Arendt, 2002, p. 287). Se o método para encontrar a verdade filosófica é a dialética (o diálogo), o caminho que leva à opinião é a retórica (a persuasão). Daí que, na tradição que

deita raízes em Aristóteles, a razão é “tímida e cautelosa” no indivíduo; firme e confiante na multidão (Aristóteles, 1998, p. 225).

Por isso, se a transparência não se assume como política pública deliberada, a ausência destas políticas bem definidas e adotadas de modo explícito, pode voltar-se contra o direito fundamental de acesso à informação, uma vez que, enquanto aquela for só a entrega de documentos públicos a quem requeira, os órgãos obrigados por lei para a matéria não se verão compelidos a modificar suas rotinas para antecipar-se e favorecer a transparência como valor organizacional próprio (Merino, 2008, p. 240). Nem tampouco reconhecerão que a informação que produzem, utilizam e distribuem na construção de suas decisões são recursos públicos estratégicos. Portanto, a transparência decorre de uma dupla necessidade: construir uma base constitucional comum capaz de garantir que o acesso à informação se cumpra em condições de igualdade jurídica para todos os cidadãos.

A política pública de transparência se refere às decisões e processos assumidos pelos poderes que dependerão os órgãos de Estado para dar conteúdo substantivo aos princípios democráticos da responsabilidade, da publicidade e da inclusão. Exige processo de adaptação diferenciada a partir de estruturas, com o propósito deliberado de atuar e decidir sobre a base de informações públicas, e daí, a importância da verdade factual em política. Por conseguinte, a política de transparência não pode se limitar a cumprir as normas que regulam o acesso à informação e sim compreender a forma com que se produz, distribui e utiliza a informação dentro da própria organização, além de servir para aperfeiçoar os processos e decisões internas.

O que a política de transparência deve almejar é a construção de processos de decisão que formam parte do espaço público (que, em consequência, não são excludentes), assinalam responsabilidades com clareza, podem verificar-se e devem conhecer-se publicamente. Os valores explícitos que não só devem servir como guias para a implementação como justificação racional de tal política, são, em última análise, a ideia de que todo o poder secreto é injusto (Kant, 2004, p. 165); que o espaço público há de ser de todos, inclusive e conhecido; que a informação aberta, pública e acessível incrementa a eficiência social e, finalmente, que deve valer a ética da responsabilidade tanto na definição formal de relações e papéis, quanto na clareza das decisões ou na implementação dos fins que a organização pública percebe, assim como o seu papel na produção, utilização e distribuição da informação que têm ao seu alcance.

Nestas condições, uma política que se limite a regular a entrega de informação não incrementa a utilidade social, nem produz qualquer valor agregado aos fins públicos: é a transparência “cosmética”, que busca tão somente a maior visibilidade pública sem modificar a forma como que produz e utiliza a informação. Frívola é, portanto, uma política de transparência que não busca modificar as rotinas burocráticas e que não assume o valor estratégico da informação e da verdade fatural no âmbito político. Isto posto, publicidade como transparência é instrumental, é meio para que se atinjam os fins previstos no ordenamento jurídico, como a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a tutela impessoal dos interesses públicos. À publicidade (transparência) como dever da Administração, corresponde o direito fundamental do cidadão de acesso às informações públicas (Taborda, 2015).

No Brasil, um dos primeiros campos em que a publicidade como transparência foi positivada é o das contas públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal), o que põe a questão de fixar que, se os objetivos da transparência são diferentes, diversas são as estratégias implicadas. Orientada para controlar a corrupção, interessa fiscalizar o gasto público; orientada para melhorar o desempenho governamental em geral, diz respeito à adoção de procedimentos, seleção e elaboração da informação. No primeiro caso, a eficácia da transparência está ligada à eficácia dos sistemas de controle de contas, por auditorias ou mesmo pelo Judiciário. No caso, o objetivo da transparência é saber se, na prática, o executivo está gastando os recursos públicos de acordo com as decisões legislativas, porque uma boa parte do uso indevido dos gastos públicos não é formalmente ilegal: o que ocorre normalmente é que decisões sobre tais gastos favorecem certos setores ou atores e são ineficientes.

Em uma análise superficial dos sítios da *internet* nos quais os governos da União, dos Estados e dos municípios brasileiros disponibilizam informações desse tipo, constata-se que estas dizem mais respeito aos insumos (contratos) do que a resultados, e quase não há nenhuma avaliação de “oportunidades”. Tal ênfase nos insumos indica a priorização na luta contra a corrupção e a pouca importância que se dá à disponibilização que permita conhecer e controlar o *desempenho das instituições*. Pode-se dizer, então, no que tange à prestação de contas (controle), a publicidade como transparência tanto pode estabelecer responsabilidades de indivíduos quanto detectar falhas sistêmicas e isso é particularmente relevante se considerar-se que ação institucional é sempre o resultado de decisões e ações de muitos indivíduos.

No particular, há o dilema entre a chamada transparência *opaca* e transparência *clara*, pois, se a transparência (publicidade) domina cada vez mais o discurso político, muitas forças institucionais que a ela se opõem tendem a ocultar-se e a se expressar de modo indireto, por meio de medidas que criam a ilusão (impressão) de transparência. A transparência é opaca, difusa, quando as informações oficiais não revelam o desempenho institucional na prática, seja na tomada de decisões, seja na avaliação dos resultados das ações: é a informação que só se divulga nominalmente, sem que o seu objeto seja confiável. A denominada transparência *clara*, por sua vez, está relacionada aos programas que dão a conhecer informações confiáveis e acessíveis sobre todo o desempenho institucional, tornando precisas as responsabilidades dos funcionários e o destino real dos recursos.

Se uma das finalidades do TAG é estabelecer responsabilidades, solucionar problemas consensualmente e detectar falhas sistêmicas a partir de informações, é necessária ação institucional no sentido de que essas revelem, de fato, o desempenho institucional, sob pena de ser inócuo o instrumento. Como se verá, a ampliação do rol de legitimados para o TAG, operada pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, (artigo 26, LINDB) o afirma como vetor da eficiência e da administração consensual.<sup>3</sup>

#### **4. O TAG COMO INSTRUMENTO DA EFICIÊNCIA E DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL**

O art. 26 da LINDB determina para a Administração o dever de eliminar irregularidades, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, por

meio de *compromisso* entre os interessados, precedidas de audiência pública, desde que presentes razões de relevante interesse geral. Não há dúvida de que o diploma legal sinaliza uma mudança de paradigma no que tange ao lugar do direito na vida brasileira: não mais a compreensão empírico-idealista da realidade jurídica, e sim aquela chamada empírico-realista, porque o direito e o Estado são visualizados como *instituição* (Bobbio, 1994, p. 20 e ss.; Kelsen, 1979, p. 292 e ss.; Schmitt, 1995, p. 66 e ss.). Nos termos da norma, se exige uma mudança de perspectiva, pois o aplicador do direito terá que deixar o idealismo de lado para produzir juízos empiristas e realistas, o que parte da doutrina chama de “consequencialismo”.

As disposições introduzidas na LINDB foram regulamentadas pelo Decreto Presidencial n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que no seu Capítulo III apresenta regras para a celebração de compromisso quando a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público (art. 10) e para o firmamento de TAG entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral (art. 11).

Conclui-se, no particular, então, que as alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, não representam um obstáculo à forma de atuação dos tribunais de contas, mas sim uma oportunidade de melhoria com a possibilidade de adoção do TAG como um instrumento alternativo de solução consensual de conflitos, controvérsias e problemas. Se a concretização do princípio constitucional da *eficiência* é uma exigência para a Administração Pública, dúvidas não podem existir que os tribunais de contas devem adotar o modelo de administração gerencial, preconizado pela Constituição.

Dentre as mudanças introduzidas pelo modelo de administração gerencial, Barroso Filho destaca que a Administração Pública caminha a passos largos em direção a uma administração consensual, de modo que “faz-se necessário lançar mão de outros instrumentos que tornem possível a negociação de metas entre controlador e controlado, como substitutivo da aplicação de penalidades” (Barroso Filho, 2014, p. 392). O controle exercido sobre a Administração Pública não deve limitar-se ao exame da conformação dos atos de gestão à norma, ou seja, não deve ficar restrito ao exame da legalidade, devendo haver um consenso entre o órgão de controle e o controlado, visando à consecução de metas, o que está fortemente ligado a uma avaliação sob a ótica do princípio da eficiência, e às ideias de “administração concertada”, “administração consensual” ou soft administration (Couto e Silva, 2015, p. 262).

Cunda e Reis, a seu turno, observam o TAG como uma “nova tendência de adoção de instrumentos de solução de controvérsias baseados na consensualidade no âmbito da administração pública brasileira com vistas ao aumento da eficiência do Estado” e destacam sua importância não só na correção de irregularidades, como também para o aumento da eficiência das políticas públicas (Cunda; Reis, 2017, p. 95). Não só a Administração Pública deve ser eficiente, como também o controle externo, exercido pelos tribunais de contas deve ser eficaz “diante da essencialidade das políticas públicas para o cumprimento dos objeti-

vos e deveres fundamentais estabelecidos em nossa Constituição Federal” (Cunda; Reis, 2017, p. 95). Na medida em que os meios tradicionais utilizados para a consecução das finalidades públicas são unilaterais e marcados predominantemente pela imperatividade, os novos instrumentos de solução consensual de conflitos oferecem alternativa ao administrador capaz de romper entraves burocráticos que culminam na falta de agilidade na resolução dos processos e na ineficácia das medidas aplicadas. No TAG, implementa-se um acordo de vontade entre o controlador e o controlado, por meio do qual “o último se compromete a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento do processo que lhe poderia resultar em penalidade” (Barroso Filho, 2014, p. 392).

Por outro lado, a falta de efetividade do modelo de controle de caráter punitivo, que se limita a impor sanções ao gestor público após a prática de ato que gere prejuízo ao erário, é que não há certeza da sua reparação. Em contrapartida, destacam-se os benefícios advindos da celebração do TAG, que constitui um instrumento de controle preventivo mais efetivo, em oposição ao tradicional controle punitivo, que muitas vezes se mostra pouco efetivo, em razão da não reparação do dano causado ao erário. Nesse contexto, a solução consensual ganha espaço também no âmbito do controle externo. Por tais razões, alguns tribunais de contas do País introduziram dispositivos em suas respectivas leis orgânicas prevendo a possibilidade de se firmar o TAG e regulamentaram o procedimento por meio de resoluções administrativas ou no regimento interno.

Nos termos da experiência dos *Termos de Ajuste de Conduta* celebrados no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais e federais, e que pode ser adequado ao TAG, “o fundamento da negociação não é a obtenção do sim, mas a implementação do que foi ajustado”, assevera Moraes (Moraes, 2014, p. 231), ou seja, a negociação visa ao firmamento de um acordo cujo objetivo principal é a solução da inconformidade. Em relação às obrigações assumidas no acordo, o autor menciona que “as metas devem ser, igualmente, realistas, razoáveis e não meros desejos” (Moraes, 2014, p. 187). Nesse sentido, será totalmente ineficaz firmar um termo que o interlocutor não terá condições de cumprir. Em virtude disso, Moraes recomenda que: “é sempre adequado utilizar a técnica do uso de perguntas para verificar a capacidade do interlocutor, seja física, técnica ou econômica, a fim de diminuir a possibilidade de inadimplemento” (Moraes, 2014, p. 234). Diante do exposto, não basta simplesmente que se assine um prazo para que o gestor se adeque às exigências legais em razão das inconformidades encontradas em sua administração, no âmbito do controle de contas. É necessário que as obrigações contidas em um acordo sejam compatíveis com a restrição orçamentária do órgão ou ente público, que estes tenham recursos humanos e técnicos capazes de planejar e implementar o projeto visando ao saneamento das inconformidades, dentre outros fatores que evoluem a solução da inconformidade.

No processo de auditoria ordinário adotado pelos tribunais de contas, a inconformidade é evidenciada, *in loco*, pelas equipes de auditorias quando do exame das contas e da gestão do ente ou do órgão. Assim que verificada a inconformidade, é elaborado um relatório de auditoria que é submetido a procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, a fim de que a inconformidade seja julgada pelos Conselheiros das cortes de contas. A determinação para a correção da inconformidade se dá após o trânsito em julgado

do processo administrativo, por meio de decisão exarada pelos Conselheiros dos tribunais de contas. Esse interstício tem, no mínimo, dois anos. São dois anos em que a inconformidade e os prejuízos que lhes são inerentes persistem e continuam a produzir os seus efeitos nocivos à Administração Pública.

O TAG, a seu turno, quando a situação fática possibilitar a sua celebração, representa uma solução mais efetiva para as inconformidades. Primeiro porque possibilita a solução do problema assim que constatado; e segundo, mas não menos importante, porque as pessoas tendem a ter mais boa vontade para implementar uma solução consensual construída através do diálogo do que uma decisão administrativa impositiva.

Partindo-se do pressuposto de que quanto mais cedo ocorrer a solução da inconformidade, maior a efetividade da medida adotada e menores os prejuízos à Administração Pública, entende-se que é salutar à boa gestão pública que as soluções consensuais sejam uma prática costumeira, deixando-se às decisões administrativas apenas aqueles casos mais complexos que não podem ser resolvidos por meio de um TAG. A utilização desse, portanto, como instrumento de solução consensual de irregularidades apontadas em relatório de auditoria, denunciadas pelo cidadão ou até mesmo quando o próprio administrador público reconhece a falha, introduz uma verdadeira mudança de paradigma na atuação dos tribunais de contas.

## **5. EQUILÍBRIO E ESTABILIDADE NA NEGOCIAÇÃO DO TAG EM CONTROLE DE CONTAS**

Moraes e Moraes advertem que o princípio do equilíbrio é fundamental para que ocorra uma boa negociação, pois o equilíbrio gera a estabilidade e um dos requisitos para que se chegue ao equilíbrio é a “prática da empatia”, ou seja, a arte de saber se colocar no lugar do outro. Segundo os autores, um segundo critério para se atingir o equilíbrio é observar o princípio da razoabilidade enquanto equidade, ou seja, a harmonização da norma com o caso individual, presumindo-se o que normalmente acontece (Moraes; Moraes, 2012).

De plano, deve-se ressaltar que o Administrador, no caso concreto do Rio Grande do Sul, solicita a formação de um grupo de trabalho visando à aprovação das medidas necessárias ao restabelecimento das finanças públicas municipais. Esse pedido chama atenção para uma questão que é crucial para a solução do problema: evidência que se trata de um problema extremamente complexo, cuja solução envolve múltiplas ações e demanda conhecimentos técnicos sobre diversas áreas. É preciso dimensionar o tamanho do ente e sua economia, para saber se seu Executivo possui servidores em seu quadro de pessoal com qualificação suficiente para propor solução efetiva a problema complexo em curto espaço de tempo, pois essa informação é fundamental para a formulação das metas a serem atingidas com o firmamento de um TAG. Segundo Moraes, “as metas devem ser, igualmente, realistas, razoáveis e não meros desejos, evidenciando a seriedade e maturidade da proposta, a qual deverá estar inspirada em padrões aceitos pelo senso comum da realidade, ou seja, razoáveis” (Moraes, 2014, p. 186). Nesse sentido, é importante que se faça o enquadramento, que consiste em uma visão geral da negociação, focando o problema “de cima”, possibilitando que os negociadores enxerguem com mais amplitude o assunto e tenham o discernimento necessário para a definição de estratégias.

Se os próprios entes não têm condições de exequibilidade do TAG, os tribunais de contas dos estados, que contam com servidores qualificados em diversas áreas, poderão utilizar o conhecimento técnico especializado de seu quadro de servidores na construção, em conjunto com os demais agentes afetados pela irregularidade, de um plano de ação que vise ao saneamento das inconformidades evidenciadas no controle de contas.

Na fase de planejamento do TAG, devem ser analisadas as circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao problema ou ao conflito, pois tal necessidade decorre também de expressa determinação legal, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB). Somente através de uma visão sistêmica, global da situação financeira municipal poder-se-á planejar e executar um plano de recuperação financeira do ente. Caso contrário, toda decisão não terá efetividade.

O Poder Executivo tem obrigação legal e constitucional de prestar outros serviços à população que ensejam a realização de despesas, algumas de natureza obrigatória, que devem ser custeadas com as receitas arrecadadas. Nesse sentido, impõem-se ao Administrador uma restrição orçamentária que condiciona a execução das despesas públicas. Para se resolver um problema de natureza orçamentária, não há outra maneira a não ser contingenciar os gastos e elevar a arrecadação de receitas. Portanto, qualquer tentativa de solução efetiva do problema deve passar pelo estudo da natureza de todas as despesas que o Executivo Municipal tem no seu orçamento, de curto e de longo prazo, compulsórias ou contratuais, para posteriormente, verificar quais destas despesas podem ser cortadas ou contingenciadas. Nesse sentido, uma das obrigações contidas em eventual TAG deve ser a realização deste estudo. Por se tratar de um problema complexo, é recomendável que ele seja abordado em partes a fim de se obterem conclusões parciais, conforme orienta Moraes, seja por meio de Termos de Ajustamento de Gestão parciais ou pelo desmembramento das cláusulas de um único TAG em obrigações parciais e sucessivas no tempo (Moraes, 2014, *passim*)

Conforme já mencionado anteriormente, o TAG é um instrumento de solução consensual que utiliza a negociação como principal método autocompositivo. Entretanto, podem surgir situações em que a mediação ou a conciliação obtenham uma solução mais eficiente que a negociação entre as partes envolvidas. É o caso relatado pelo Administrador, em que os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem negociar a solução do problema e uma das partes solicita a mediação de um terceiro. *Mutatis mutandi*, essa é a situação de quase todos os municípios brasileiros.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto publicidade como transparência seja dever da Administração, ao qual corresponde o direito fundamental do cidadão de acesso às informações públicas, e que a lei nº 23.655/2018 implica uma mudança paradigmática no método de conhecimento da realidade constitucional, é possível afirmar que um dos primeiros campos de sua concretização é o relativo às contas públicas. Com efeito, orientada para o controle da corrupção, à *transparência fiscal* interessa fiscalizar o gasto público, melhorar o desempenho governamental em geral e adotar procedimentos para a seleção e elaboração das informações públicas. A

eficácia da transparência ligada à eficácia dos sistemas de controle de contas tem por objetivo saber se, na prática, o executivo está gastando os recursos públicos de acordo com as decisões legislativas. Daí que, no que tange à prestação de contas (controle), a publicidade como transparência tanto pode estabelecer responsabilidades de indivíduos quanto detectar falhas sistêmicas e isso é particularmente relevante se considerar-se que ação institucional é sempre o resultado de decisões e ações de muitos indivíduos.

Se isso é assim, o *Termo de Ajustamento de Gestão* é um instrumento poderoso, eficiente e efetivo posto à disposição dos tribunais de contas do país para o exercício do controle externo. De forma alguma pretende-se renunciar ao controle ordinário repressivo de caráter punitivo, mas apenas demonstrar que em algumas situações a solução consensual dos problemas, conflitos e controvérsias mostra-se mais eficaz, eficiente e efetiva que o procedimento tradicional. No que tange à consecução da eficácia, da eficiência e da efetividade na gestão pública, é necessário que as inconformidades encontradas sejam ajustadas o quanto antes, de preferência imediatamente, a fim de evitar danos maiores à gestão e, conseqüentemente, ao erário público. É irracional implementar ações necessárias à correção de inconformidades somente após a decisão de processo administrativo que pode se arrastar por anos a fio.

Nos termos das respostas dadas pelos tribunais de contas questionados na pesquisa, restou incontroverso que o TAG é instrumento capaz de oferecer solução mais satisfatória aos problemas. No âmbito do TCE-PE, por exemplo, 63,72% das obrigações assumidas foram cumpridas total ou parcialmente, enquanto no TCE-SE o percentual de êxito foi de 70,97%, conforme avaliação do órgão. Importante frisar que estes dois órgãos além de terem introduzido a possibilidade de firmamento de TAG em suas respectivas legislações, também implementaram política institucional a fim de consolidar a adoção deste instrumento. Sem a realização desta segunda ação, de nada adianta instituir o TAG, pois é necessário que se crie uma cultura institucional em torno da celebração deste instrumento, a exemplo do que ocorreu com o Ministério Público, que instituiu uma Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, por meio edição da Resolução CNMP n. 118/2014.

O mesmo caminho seguiu o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCM-PA), que adotou o TAG de forma planejada ao verificar inconformidades nos portais da transparência de 144 municípios. A utilização do TAG foi precedida de estudo técnico (planejamento) e houve acompanhamento concomitante do cumprimento das metas e renovação do ajuste no exercício seguinte nos casos em que as obrigações não foram integralmente cumpridas. Ao final, o TCM-PA demonstrou-se satisfeito com os resultados obtidos, observando-se evidente melhoria na publicação de dados nos sites/portais da transparência dos Poderes Executivo e Legislativo dos municípios paraenses.

Em que pese o TAG não tenha sido adotado de forma massiva pelos tribunais de contas que participaram da pesquisa, os resultados informados pelos órgãos que adotaram o instrumento de forma mais planejada e sistemática permitem afirmar que o TAG contribui para o aumento da efetividade na resolução das inconformidades encontradas na gestão dos órgãos e entidades submetidos ao controle externo exercido pelos tribunais de contas.

No que se refere ao caso específico do Regime Próprio de Previdência Social do Município de Pinheiro Machado (o caso concreto que foi o ponto de partida da pesquisa), a análise das informações contidas nos processos disponibilizados pelo TCE-RS permite concluir que o Termo de Ajustamento de Gestão tem possibilidade de dar uma resposta mais adequada ao problema do que o controle punitivo, que tem se mostrado insuficiente. Primeiro, porque se trata de um problema extremamente complexo, que vem de longa data e demanda um elevado aporte de recursos financeiros. Segundo porque, conforme informações fornecidas pelo Administrador e pelo que indicam as circunstâncias fáticas, o Poder Executivo Municipal não tem condições implementar todas as ações necessárias à solução da inconformidade unicamente com os recursos humanos do quadro de servidores municipais, tanto que solicitou a formação de um grupo de trabalho, com a participação dos membros do Poder Legislativo Municipal e dos servidores do Tribunal de Contas do Estado, a fim de discutir a solução do impasse.

Por último e não menos importante, é preciso destacar que tanto o TAG, quanto o processo ordinário de julgamento das contas dos gestores públicos, são procedimentos constituídos por um conjunto de atos jurídicos relacionados entre si e destinados à produção de um ato final. Nesse sentido, o TAG é um processo classificado com uma espécie de *ato complexo*. Esse fato faz com que o TAG seja orientado pelo mesmo princípio da colaboração que orienta o procedimento comum descrito no art. 6º do Código de Processo Civil. Uma decisão em tempo razoável, justa e efetiva é uma decisão que satisfaz a consecução do direito de acesso à Justiça, sendo, portanto, uma decisão desejável e que deve ser perseguida.

Demonstrado, pois, que o TAG se aplica a todas as inconformidades que envolvam problemas de gestão e que necessitem uma solução eficaz, eficiente e efetiva. Instrumento jurídico potente, contribui – e muito – para o aperfeiçoamento institucional do País e, por conseguinte, seu desenvolvimento social, promovendo uma mudança desejável de paradigma de atuação. A imparcialidade também joga um papel aqui, porque, muitas vezes, as partes diretamente envolvidas em um conflito são incapazes de visualizar certas circunstâncias que um terceiro imparcial vislumbra com mais facilidade. Nesses casos, a conciliação ou a mediação são a solução mais apropriada.

Em síntese, soluções consensuais no âmbito do controle de contas, por meio do firmamento de um TAG, elaborado utilizando-se os métodos autocompositivos da negociação e da mediação, têm maior probabilidade de atingir efetividade, uma vez que o método punitivo tradicional não tem surtido efeito e a gravidade do problema é tão alta que demanda o esforço conjunto de todos os agentes envolvidos, isto é, exige um esforço institucional e uma mudança radical na cultura administrativista do Brasil.

## 7. NOTAS

1. O trabalho é produção de pesquisa realizada na FMP, nos anos de 2018 a 2021, no Grupo de Pesquisa "Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública", da FMP-RS.
2. Decisão de 11 de abril de 2018. TP 0183/2018, referente ao Processo TCE/RS 6952-0200/14-1, de Inspeção Extraordinária dos exercícios 2001 a 2014, do Município de Pinheiro Machado.

3. Neste trabalho, se está utilizando, para fins de simplificação e padronização, a expressão “*Termo de Ajustamento de Gestão*” referindo-se às tanto ao instrumento quanto ao compromisso em si.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. Verdade e Política. In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998. Edição Bilingue. (1. ed. em português feita a partir do grego).

BARROSO FILHO, Angerico Alves. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como Instrumento do Controle Consensual da Administração Pública. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 6., n. 11, p. 391-415, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1988.

COSSIO, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (coord.). **Más allá de laccesso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Termo de Ajustamento de Gestão, um instrumento essencial em processos de controle externo não adversariais. In: LIMA, Luiz Henrique; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. **Processos de controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos do Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019, p. 237-262.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; REIS, Fernando Simões dos. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual. **Fiscalização a serviço da sociedade: Revista do TCU**, Brasília, set./dez. 2017. Disponível em: [https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/83\\_](https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/83_). Acesso em: 25 jun. 2021.

FOX, Jonathan. Transparencia y rendición de cuentas. In: ACKERMAN, John M (coord.). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERINO, Mauricio. La Transparencia como política pública. *In*: ACKERMAN, John M (coord.). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Noções Preliminares. *In*: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (org.). **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível In: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/MANUAL\\_DE\\_NEGOCIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_PARA\\_MEMBROS\\_DO\\_MP\\_ISBN\\_2\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/MANUAL_DE_NEGOCIACAO_E_MEDIACAO_PARA_MEMBROS_DO_MP_ISBN_2_1.pdf). Acesso em 19 set. 2021

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MOARES, Márcia Amaral Corrêa de. **A negociação ética para agentes públicos e advogados**: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **Les trois types de pensée juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

TABORDA, Maren Guimarães. **O Princípio da Publicidade e a Participação na Administração Pública**. 2006. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD/UFRGS), Porto Alegre, 2006. Orientador: Almiro Régis Matos do Couto e Silva.

TABORDA, Maren Guimarães. Publicidade no processo administrativo fiscal: estudo de caso. *In*: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires (org.) **Bens jurídicos indisponíveis e direito transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Porto Alegre: FMP, 2015, v. 1, p. 381-418.

Recebido em: 09/08/2023

Aceito em: 10/08/2023

# REVISTA DA ESDM

