

PRINCÍPIO DO ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO: CONCEPÇÃO, FUNDAMENTOS, JUSTIFICATIVAS E CONTROLE.

PRINCIPLE OF THE STATE OF ADMINISTRATIVE NEED: CONCEPTION,
FOUNDATION, JUSTIFICATION AND CONTROL.

Carlos Eduardo Artiaga Paula

Isabel Arice Koboldt de Almeida

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estudar o princípio constitucional implícito da necessidade administrativa que autoriza dispor das regras de direito, sempre que se está diante de situação excepcional, urgente e necessária, em respeito à supremacia do interesse público. A necessidade tem como fundamento os próprios limites e a insuficiência do ordenamento jurídico em prever uma regra específica para cada situação. Esse princípio, embora não possua disposição expressa, tem como fundamento último a necessidade e pode ser observado na própria legislação brasileira, que prevê diversas exceções às regras, além de ser evidenciada em muitos outros atos administrativos. Conceber a necessidade administrativa como um princípio administrativo implícito implica na releitura de inúmeros paradigmas no direito administrativo, como uma nova concepção de legalidade, a noção de uma Administração pública gerencial, a influência dos princípios constitucionais em todos os ramos do direito e a participação do cidadão na Administração, consoante o princípio democrático. Por fim, o princípio da necessidade não deve consistir em um ato de abuso ou arbitrariedade e, portanto, carece de um respaldo fático, de motivação e da participação dos interessados, que somente se dá por intermédio de um processo administrativo carregado das garantias constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Necessidade; Administrativa; Regra; Crise; Princípio.

ABSTRACT

The aim of this article is to study the implied constitutional principle of administrative necessity that authorize the provision against the rules of law, whenever it is faced with exceptional, urgent and necessary circumstances, in deference to the supremacy of public interest. The need has its bases on the limits and shortcomings of the legal system to predict a specific rule for each situation. This principle can also be observed in the brazilian legislation itself, which provides several exceptions to general rules, and it is evidenced in many other administrative acts which, although not having an express provision, is based on the need. Designing the administrative necessity as an implicit administrative principle implies in the rereading of many paradigms in administrative law, such as, a new conception of legality, the notion of a public management, the influence of constitutional principles in all branches of law and the citizen participation in the Administration, according to the democratic principle. Finally, the need should not consist of an act of abuse or arbitrariness, but must be based on a factual support, motivation and participation of stakeholders, which only takes place through an administrative process carried by constitutional guarantees.

KEYWORDS: Need; Administrative; Rule; Crisis; Principle.

Introdução

O presente artigo tem como primordial objetivo formular uma teoria apoiada na excepcionalidade administrativa, notadamente, o estado de necessidade administrativa, evidenciando-se a possibilidade ou não de derrogar o direito ordinário com fulcro em uma situação anômala de crise. Como objetivos específicos, destacam-se: estudar o estado de necessidade para a Administração pública, com especial enfoque em seus poderes e limites. Indicar as implicações, extensão e controle dos poderes de necessidade. Apreender o sentido da construção teórica das excepcionalidades administrativas, buscando no Direito Constitucional o enquadramento teórico-normativo, de modo a dispor sobre seus pressupostos e principais contornos. Contextualizar o estudo da necessidade administrativa nas implicações do Estado de Direito, relativamente à contemporânea relação com o princípio da legalidade. Verificar a existência da afinidade e das peculiaridades entre o estado de necessidade e o princípio da legalidade administrativa.

O principal fundamento justificador do presente trabalho é necessidade de se adequar as regras de direito administrativo à realidade concreta, possibilitando uma aplicação normativa mais adequada em situações de crise, nas quais a aplicação da regra se torna insuficiente ou incompatível com o objetivo o qual se visa assegurar, ou seja:

É a interdependência entre a elaboração do conceito de necessidade, como critério de derrogação da norma – e sua representação como requisito indispensável da própria atividade legislativa – a justificativa para a alteração da ordem jurídica (MIRANDA, 2010, p. 30).

Em uma concepção tradicional, havia a ideia de que a necessidade não tem lei, não reconhece nenhuma lei, pois cria sua própria lei. Essa noção repercutiu em diversos ramos no direito. Na seara penal, o estado de necessidade é uma hipótese de excludente da ilicitude. Já no direito civil a necessidade exclui a antijuridicidade do ato. Contudo, a figura da necessidade carece de uma maior delimitação conceitual, sobretudo quando é analisada juntamente com outros institutos jurídicos no âmbito do direito administrativo.

Contudo, diverso da seara do direito privado que estuda o indivíduo, singularmente considerado, no âmbito público, o estado de necessidade abarca toda a garantia de uma ordem, seja administrativa ou político-constitucional.

A necessidade administrativa advém da maior relevância que se dá à superação de uma ameaça de um dano gravoso ou um perigo iminente e atual do que se observar a regra,

violando-se, em última *ratio*, os anseios da coletividade. Assim, torna-se relevante o estudo do presente objeto por se mostrar não apenas um espaço intermediário de aplicação da legalidade administrativa em detrimento de padrões tradicionais superados, mas também por se tratar de uma discussão recente de uma figura autônoma do Direito Administrativo.

Diante destes esclarecimentos, pode-se delimitar o presente artigo com o seguinte questionamento: de que modo e em que medida é possível derrogar o direito ordinário e a adaptar ou criar um direito administrativo excepcional?

A fim de elucidar tal questão, será utilizado preponderantemente o tipo de pesquisa bibliográfico, o método dedutivo e a técnica da análise textual, temática e interpretativa. Não se desprezará, contudo, a pesquisa documental, que, embora em menor monta, será utilizada como diretriz na análise legislativa e de fontes jurisprudenciais.

1. Os fundamentos da necessidade administrativa.

Em algumas hipóteses, o Legislador permite expressamente a preterição da regra quando verificados e testados os pressupostos para a aplicação de uma legalidade excepcional. Citem-se como exemplos os procedimentos expropriatórios ou desapropriatórios, contratações de emergência, contratações de regime especial de direito administrativo, delegação do Executivo e inúmeros outros casos. Essas situações, ditas como excepcionais, são exceções às regras gerais de direito administrativo a fim de adequar a rigidez da regra ao caso concreto. Contudo, tais exceções, determinadas pela lei, são específicas a um rol taxativos de situações, pois não há, em nosso ordenamento jurídico, uma cláusula geral expressa para regulamentar aquelas situações excepcionais em que o uso da regra se mostraria insuficiente ou até inadequado.

Conforme o princípio da legalidade, a Administração somente age ou atua se há disposição legal expressa e específica, regulamentando determinada situação. Contudo, como ordenamento jurídico é insuficiente e incompleto¹, a estrita legalidade torna-se inadequada em situações de anormalidade ou de crise.

Em certas situações, aplicar a regra traria um risco maior à Administração, impedindo-a de tomar medidas necessárias. Em outras palavras, se a Administração resolvesse pela subordinação estrita da lei, causar-se-ia danos intoleráveis à satisfação dos

¹ Segundo CANARIS (2002), as lacunas existentes no ordenamento jurídico constituem a abertura do sistema, pois permitem, por meio do método da heterointegração, utilizar-se de valores alheios ao ordenamento jurídico para suprir os “vazios”, o que permite uma evolução e um aperfeiçoamento do sistema jurídico. Semelhantemente, as lacunas corroboram para o aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

interesses públicos fundamentais. Daí, entre dois males, de valores diversos, cabe à Administração sua legítima opção de preferir a regra jurídica, sacrificando o bem jurídico menor.

Sobrestar as regras de direitos em prol de princípios ou ideais consiste em uma relevante conquista histórica. No período napoleônico do início do século XIX, acreditava-se que todas as respostas para os eventos sociais encontravam-se nos grandes códigos, os quais eram instituídos pelo Parlamento. Este, por sua vez, não estava limitado por disposições de direitos ou pela Constituição e, portanto, poderia instituir ou revogar qualquer norma existente no ordenamento jurídico, mediante o *quórum* de maioria simples. Esse modelo institucional é denominado de “supremacia legislativa ou parlamentar”, pois era o Legislativo quem concentrava as funções de editor, intérprete e até aplicador das normas jurídicas.

O referido modelo, no âmbito do século XX, apresentou severas falhas, quando não forneceu instrumentos suficientes para se evitar o surgimento de regimes de ditatoriais e totalitários, caracterizados por graves violações a direitos fundamentais e que deflagraram na segunda guerra mundial. Em síntese, as regras legais passaram a tornar-se inadequadas em algumas circunstâncias².

Semelhantemente, as regras de direito administrativo não são instrumentos hábeis o suficiente para se adequar a uma situação de crise. Assim, na ausência de medidas dispostas no direito ordinário (e somente com essa condição), urge que a Administração se valha de meios razoáveis e proporcionais a fim de superar essa situação crítica, inclusive, mediante medidas que não encontram previsão na lei.

Cumprido esclarecer que, por situações de anormalidade ou de crise, entende-se uma situação fática de perigo, atual e iminente, que ameace interesses públicos protegidos de natureza imperiosa e cuja superação seria impossível se fossem utilizados os meios ordinários. A crise trata-se de um conceito aberto, móbil, variável, preenchido conforme o caso concreto e que varia conforme a conjuntura histórica e social de cada Estado.

Nessas situações de crise, aplicar a regra traria um risco maior à Administração, impedindo-a de tomar medidas necessárias. Ou seja, se a Administração resolvesse pela

² “O fracasso óbvio e catastrófico do modelo de supremacia legislativa do constitucionalismo em evitar tomadas de poder totalitaristas, bem como a avalanche de violações a direitos humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial, resultaram na adoção dos elementos essenciais do polarmente oposto modelo norte-americano, quase sem exceção, sempre que surgia a oportunidade para um país ter um novo começo e promulgar uma nova Constituição. Para proteger e expressar de forma efetiva seu compromisso para com os direitos e liberdades humanas fundamentais, os países abandonaram, um após outro, a supremacia legislativa, mudando para uma declaração de direitos petrificada com status de lei suprema que fosse judicialmente (ou quase judicialmente aplicada (GARDBAUM, 2010, p. 168).

subordinação estrita da lei, causaria danos intoleráveis à satisfação dos interesses públicos fundamentais. Daí, entre dois males, de valores diversos, cabe à Administração sua legítima opção de preterir a regra jurídica, sacrificando o bem jurídico menor.

2. O estado de necessidade administrativa com um princípio constitucional implícito do ordenamento jurídico brasileiro.

Afastar a aplicação das regras de direito administrativo não implica de plano em uma situação de ilegalidade ou de ilicitude, porém, essa inaplicação é plenamente possível quando, em substituição, há a incidência de um princípio hierarquicamente superior à mencionada regra.

As regras são “mandamentos de definição”, ou seja, normas que devem ser aplicadas não na medida do possível, mas nos termos exatos de suas prescrições. Assim, usa-se a lógica do “tudo ou nada”, já que não há meio termo - ou a regra é cumprida ou não é. O método predominante para a aplicação da regra é a subsunção, que se utiliza do silogismo jurídico, que compreende o uso de uma premissa maior (norma), outra premissa menor (fato) e a conclusão que consiste no enquadramento (ou não) do fato à norma. ÁVILA (2009) critica esta posição, pois há situações em que a regra, apesar de violada, ainda é aplicada por incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, particularidade esta que, a nosso ver, não desvirtua o referido entendimento geral sobre as regras. Na concepção de Ávila (2009), as regras são normas predominantemente descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e de abrangência. Sua aplicação envolve a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Por outro lado, princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O princípio é uma norma jurídica que não possui uma medida exata do seu cumprimento, ou seja, pode ter o seu âmbito de incidência maior ou menor, conforme as circunstâncias que será aplicado. Logo, o princípio possui um peso ou uma aplicação relativa e não absoluta, por depender de um caso concreto e também da análise de outras normas jurídicas – princípios ou regras – envolvidas na situação concreta. Na óptica de ÁVILA (2009), os princípios são normas que estabelecem, de modo imediato, um fim ou um estado ideal de coisas a ser atingido e têm a intenção de ser complementado pela atuação dos agentes públicos. A aplicação dos princípios relaciona o estado de coisas a ser promovido e os efeitos das condutas necessárias à sua promoção.

Os princípios são preponderantemente aplicados pelo método da ponderação, também chamado de sopesamento ou ponderamento. Ponderar implica em atribuir-se um critério de ordenação dos princípios, em razão de fatores normativos e fáticos para aplica-los, preferencialmente, de forma simultânea.

ÁVILA (2009) afirma que deixar de aplicar ou infringir uma regra é muito mais grave do que se estivesse diante de um princípio, pois aquela é muito mais específica e possui um grau de concretude maior. Porém, é plenamente possível sobrelevar um princípio em detrimento das regras. Contudo, tal ato depende de uma ampla motivação e fundamentação por parte do aplicador que não deve se olvidar de ouvir e considerar a posição de todos os interessados.

Assim, nas situações de crise em que a regra se mostra inadequada, é amplamente possível infringi-la ou deixar de aplicá-la por prevalecer o estado da necessidade administrativa.

O estado de necessidade administrativa é um princípio constitucional implícito que permite a Administração ir além ou até contra a lei a fim de superar uma situação de crise, iminente, real e atual que ameace interesses coletivos e cuja superação seria ineficiente e insuficiente, caso fossem utilizadas as regras de direito ordinário. Em outras palavras,

O estado de necessidade administrativa é uma espécie de cláusula habilitadora, com efeitos derogatórios, suspensivos ou até criativos, de uma atuação da Administração Pública interventiva e ordenadora na sociedade, não prevista em lei ou contrária a esta, integrando o conceito de legalidade alternativa, sem prescindir da constatação de circunstâncias excepcionais que clamam por uma ação urgente e necessária, posto o resguardo do interesse maior sopesado e ponderado (MIRANDA, 2010, p. 116).

Embora não haja previsão expressa deste preceito em nosso ordenamento jurídico, a compreensão da necessidade administrativa advém por analogia do título V da CF/88 que dispõe sobre a “defesa do Estado e das Instituições Democráticas” e prevê o estado de sítio e de defesa que são sistemas de legalidade excepcional instituídos com a finalidade de se superar a crise. Por outro lado, Portugal, atendo a esta limitação das regras de direito administrativo, fez constar, no art. 3º, n.º 2 do código do procedimento administrativo (Decreto-lei 442/91), o princípio da necessidade administrativa, assim descrito:

Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os

resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesionados terão o direito de ser indenizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração (sic.).

Reconheceu-se que, por meio do estado de necessidade administrativa, é possível a realização do interesse público essencial sob a preterição da legalidade ordinária nas situações de crise. Esse interesse público essencial pode ser enaltecido em três grandes grupos: a continuidade da vida do Estado, a manutenção da ordem pública e a continuidade dos serviços públicos.

Logo, o princípio da legalidade tem como limite a própria necessidade da Administração e seu fim supremo, como o atendimento das necessidades públicas, pois é impossível a previsibilidade completa de todos os eventos sociais.

A necessidade pública surge quando a Administração depara-se com um problema inadiável e premente que não pode ser postergado, nem removido, nem procrastinado, para cuja solução é indispensável o sacrifício de interesses particulares ou coletivos, pois é fato que todos os Estados, por mais prósperos que sejam, passam por circunstâncias excepcionais, que exigem uma reestruturação a fim de superar ou suplantar essa situação crítica.

É relevante distinguir a crise advinda de guerra, desordem social e institucional, calamidades públicas, insegurança urbana, terrorismo, tráfico de drogas, as quais podem reclamar a instituição dos sistemas constitucionais de crise, quais sejam, o estado de sítio e de defesa da crise, previstos nos arts. 136 a 141 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88), daquela crise que ensejaria a aplicação do princípio da necessidade administrativa. É que, na ordem administrativa ordinária, pode haver circunstâncias excepcionais que não tenham uma amplitude grande o bastante para se decretar o estado de sítio nem o de defesa. Seria o caso da falta de medicamentos para se combater uma doença ou uma catástrofe natural que cause instabilidade. Essa distinção entre uma crise, que ensejaria a decretação do estado de sítio e de defesa, e a crise, de menor monta, que justificaria a aplicação do estado de necessidade administrativa, é extremamente falha e precária no âmbito teórico. Logo, incumbirá ao aplicador e ao intérprete, diante das circunstâncias do caso concreto, averiguar qual a medida mais adequada.

Contudo, podem ser traçadas algumas diretrizes diferenciadoras entre a aplicação do princípio da necessidade administrativa e a instituição dos sistemas constitucionais de crise. Estes englobam uma crise de maior gravidade; são instituídos por um rol taxativo de legitimados, previstos na Constituição; possuem uma abrangência local, regional ou nacional e, em geral, aplica-se a um número indeterminado de situações. A necessidade administrativa,

por outro lado, envolve uma crise de menor gravidade, quando comparada com o estado de sítio e de defesa; possuem um rol amplo e exemplificativo de legitimados; envolve situações singularmente consideradas e sua aplicação exige uma ampla fundamentação por parte do Administrador.

O estado de necessidade administrativa surge da insuficiência do ordenamento jurídico e com a crise do próprio princípio de legalidade do qual estamos doutrinariamente acostumados de que a Administração somente age ou atua se há uma regra legal expressa. Essa legalidade estrita tem como próprio limite a necessidade da Administração e seu fim supremo, como o atendimento das necessidades públicas, pois é impossível a previsibilidade completa de todos os eventos relevantes.

Outro fundamento de legitimação da necessidade administrativa decorre de se privilegiar a pessoa humana e sua dignidade; de se sobrelevar a fraternidade e a vida humana, ainda que em detrimento de formalidades, procedimentos e da legalidade no uso dos poderes públicos nos casos em que a legalidade ordinária paralisa ou impede a Administração de atuar de forma efetiva e célere para superar a situação de crise.

A necessidade administrativa possibilita a adaptação do Direito à realidade social, muitas vezes de criação ou de produção de um “direito de excepcionalidade” que busca o equilíbrio da situação de fato e do interesse essencial a se preservar. A necessidade administrativa trata-se de um corretivo quase essencial às regras de direito.

Outro fundamento da necessidade administrativa é o princípio da proporcionalidade. Conforme esse preceito, o Estado não deve agir com demasia nem de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. O exagero é uma violação a este princípio. Uma violação da proporcionalidade ocorrerá quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o Administrador der prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado de outro.

Assim, utilizar-se da necessidade administrativa é observar a proporcionalidade, pois, violando-se uma lei (sacrifício mínimo), visa-se preservar o máximo de direitos, atento para a otimização do interesse público, a economicidade do processo e a igualdade.

O princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são vedações de excesso e de inoperância ou de ação insuficiente. Observa-se que a Administração não sofre represálias apenas quando atua de modo contrário à lei, mas também quando age de modo ineficiente ou ineficaz, quando, por exemplo, não fornece à população medicamentos ou serviço de saúde de qualidade e quando não realiza obras e reparos urgentes em vias de trânsito.

Não há para a Administração a faculdade ou a liberdade de fazer ou deixar de fazer, quando se trata de interesses essenciais do Estado.

Atualmente, há a necessidade cada vez mais intensa de atuação da Administração de modo eficiente e eficaz a fim de atender o interesse público em sua correlata vinculação com a dignidade da pessoa humana.

3. Justificativas do estado de necessidade a partir de situações fáticas, legislativas e dos novos paradigmas do direito administrativo.

O princípio da necessidade administrativa, embora não esteja previsto expressamente em nosso ordenamento, encontra-se implícito na legislação, ou seja, as regras gerais administrativas são excepcionadas por hipóteses em que claramente se observa a concretização da necessidade administrativa. Vejamos alguns exemplos. A contratação com dispensa de licitação, nas hipóteses previstas no art. 24, incisos III e IV da Lei 8.666/1993³, observa a possibilidade da Administração excepcionar a regra geral de licitar dada a sua demora incompatível com a urgência na celebração de um contrato ou diante de um interesse público imperioso.

Outra hipótese é a intervenção do Estado na propriedade, notadamente, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Há, ainda, a situação de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Não se pode olvidar, também, da avocação temporária de competências, prevista no art. 15 da Lei 9.784/99⁴ em que se permite, em caráter excepcional e por motivos relevantes, devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Há outros casos, ainda, em que o princípio do estado de necessidade administrativa foi e é aplicado sem previsão legal. Cite-se como exemplo a desapropriação indireta que se trata de uma intervenção estatal na propriedade, realizada sem observância do devido processo legal. Trata-se, na verdade, de uma desapropriação de fato e irregular.

³ Art. 24 da Lei 8.666/1994. É dispensável a licitação: III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

⁴ Art. 15 da Lei 9.784/1999. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Em outras palavras, ocorre que, em certas circunstâncias, o Poder Público olvide dos procedimentos legais, administrativos ou judiciais de desapropriação, ocupando o bem em caráter definitivo, nas hipóteses que legitimam a aplicação do princípio da necessidade administrativa. Por conseqüência, remanesce ao proprietário, se não impedir no momento oportuno, a perquirição de suas perdas e danos, atendendo ao prazo prescricional.

A desapropriação indireta trata-se da “normalização” da excepcionalidade administrativa, pois transita entre uma ilegalidade pura para uma excepcionalidade legítima e juridicizada. Observa-se, também, que o instituto da desapropriação direta não foi tão complexo nem adequado às realidades fáticas de modo suficiente para evitar o surgimento da desapropriação indireta.

É relevante destacar que não se está defendendo a desapropriação indireta que, na verdade, trata-se de um esbulho possessório, como uma prática habitual a ser adotada pela Administração. Pelo contrário, por ser um consectário do princípio da necessidade administrativa, a desapropriação indireta é carregada de formalidades, aplicada apenas em situações de crise. Não se pode olvidar, ainda, que a necessidade administrativa tem um caráter subsidiário, pois somente é aplicada nas hipóteses em que não é cabível outra disposição de direito administrativo legalmente prevista. Em várias hipóteses de crise, sobretudo quando se trata da intervenção do estado na propriedade, verifica-se a possibilidade de se aplicar a figura da requisição administrativa, prevista no art. 5º, inc. XXV da CF/88⁵.

Outra situação em que se observa a aplicação do princípio da necessidade administrativa, sem previsão legal, é na hipótese de funcionário público de fato que não possui um vínculo de direito, legalmente legitimado, com a Administração. Apesar de não haver este vínculo, o funcionário público de fato e a validação de seus atos também podem ser citados como a evolução da excepcionalidade no direito administrativo. Os atos destes funcionários públicos passam a ser válidos, pois em ponderação do princípio da legalidade com valores como segurança jurídica, boa-fé de terceiros e confiança, estes preponderam. A Administração, inclusive, admite a contratação de particulares para, em situações emergenciais, atuarem como se funcionários públicos fossem, dando-lhes as prerrogativas inerentes ao servidor.

As hipóteses supramencionadas possibilitam sustentar o estado de necessidade administrativa como um relevante princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de contornar as limitações que a concepção de legalidade administrativa estrita

⁵ Art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

apresenta, ainda que em detrimento das regras jurídicas. Essa assertiva também é corroborada a partir da releitura dos paradigmas do direito administrativo.

3. 1 – Nova concepção de legalidade para o direito administrativo.

O direito administrativo, como ramo autônomo do direito, não se submete apenas às leis infraconstitucionais e às regras, mas sim aos princípios constitucionais que permeiam todo o ordenamento jurídico.

A visão tradicional esposada por MEIRELLES (1989, p. 78) de que “a eficácia da atividade administrativa está condicionada à vontade da lei”, não havendo “liberdade ou vontade pessoal”, ou seja, a noção de que toda atuação administrativa, qualquer que seja sua função, deve estar conformada com a vontade da regra, parece-nos estar superada, sobretudo, pela grande influência principiológica constitucional no direito administrativo.

O princípio de legalidade administrativa, nesse diapasão, passou por uma modificação em sua concepção inicial. Tradicionalmente, a legalidade poderia ser concebida por duas vertentes: a atuação administrativa não pode contrariar a norma e o fundamento da atividade administrativa deve ser uma regra jurídica. Esse segundo fundamento subdivide-se em dois, quais sejam, a precedência da lei, que deve ser anterior ao ato administrativo e a reserva densificada normativa, pois a espécie normativa em questão deve ser uma regra, que traga um grau de concretude suficiente para fundamentar a atuação administrativa. Essa segunda característica demonstra a regra infraconstitucional como o tradicional vetor do comportamento administrativo.

Essa concepção estrita da legalidade administrativa brasileira leva-nos ao entendimento de que a Administração não pode fazer senão o que a regra determina. Diferentemente dos particulares, a ação administrativa depende antecipadamente de autorização. Administrar implica em prover o interesse público descrito na regra.

Essa concepção estrita de legalidade do direito administrativo é uma herança do estado liberal em que a lei, notadamente a regra, foi implementada em oposição à atuação do Monarca como detentor de poder absoluto. Via-se a Administração como inimiga, ou seja, havia um direito contra a Administração e não da Administração. Daí, restringir a atuação administrativa implicava em conferir aos cidadãos direitos e, sobretudo, segurança, uma vez que se havia a previsibilidade de que o Estado não violaria as regras.

Essa tradicional visão do princípio da legalidade perde parte da razão de ser no Estado Social em que se passou a exigir da Administração não mais uma omissão, um

afastamento ou uma abstenção e, sim, uma atuação. A Administração passou a ter o dever de interferir no sistema jurídico a fim de garantir o interesse público.

Isso não implica que a Administração deixou o princípio da legalidade, mas, por outro lado, que ela passou a abarcar e a atuar conforme os princípios constitucionais. Considerável parte da doutrina vem compreendendo que a legalidade administrativa não é limitada à regra jurídica, mas a todo um *bloco de legalidade*. Isso implica que a Administração deve atuar não apenas conforme à regra ou ao direito formal, mas a princípios expressos ou não no ordenamento, como a prossecução do interesses público, a proporcionalidade, a tutela administrativa efetiva, os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana e também a necessidade administrativa.

Frise-se que o próprio art. 37, caput, da Constituição⁶, prevê princípios da Administração pública, notadamente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Na mesma esteira da Constituição, a Lei 9.784/99⁷ acrescenta ao rol de princípios administrativos o da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

A regra, na concepção tradicional, não deixou de ser injusta e apresentar diversos inconvenientes. Ela não deixou de legitimar práticas nazifacistas ou totalitárias, ou seja, não deixou de veicular injustiças. A regra também não se adequou de modo eficaz às mudanças sociais de modo a fornecer uma adequada prestação administrativa.

Urge, portanto, uma remodelação da legalidade. A vinculação administrativa não se circunscreve apenas à regra, embora esta não possa ser olvidada. Tal situação é o marco de um novo paradigma que supera o positivismo legalista tradicional e mostra o caminho para um modelo jurídico aberto, apoiado em princípios e regras, orientados pela Constituição.

O direito administrativo não deixa de se apoiar no princípio da legalidade, porém, não apoiado apenas na regra, mas nos princípios, na Constituição e no Direito como um todo.

Os princípios exercem um papel de extrema relevância no sistema de direito administrativo, o qual não está organizado em um Código, pois servem como elementos de integração, interpretação, coesão, unidade e ordem desse ramo do direito. Ademais, eles são as normas jurídicas que melhor se adéquam às situações concretas por serem relativos e não absolutos, ou seja, os princípios não têm a pretensão de exclusividade e podem ser aplicados

⁶ Art. 37, caput da CF/88: “A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

⁷ Art. 2º da Lei 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

simultaneamente, ainda que, aparentemente estejam em contradição. CANARIS (2002) estabeleceu os princípios como os elementos que conferem ordem e unidade ao sistema jurídico somente por sua peculiar característica de serem relativos. Além disso, os princípios permitem uma atuação administrativa além da lei ou contrária à lei, sempre com a finalidade de prossecução do interesse público essencial, ponderado e garantido.

Assim, em caso de conflito entre a regra legal e o interesse superior de um Estado, encontrando-se a Autoridade obstaculizada pela legalidade estrita, posta pela regra, cabe à Administração assegurar o fim essencial do Direito sobre as disposições formais: adotar medidas necessárias, apesar de não se encontrarem cobertas legalmente, normalizadas, mas constitucionalmente consubstanciadas, considerando-se sempre o momento e suas circunstâncias fáticas⁸.

Portanto, há um remodelamento da noção de legalidade administrativa. A Administração Pública passa a ter não obediência estrita apenas à regra, mas também ao Direito e há previsão legal nesse sentido. A lei do processo administrativo federal (Lei 9.784/99) em seu art. 2º, parágrafo único, inc. I, assim determina: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, critérios de atuação, conforme a lei e **o direito**” (grifos nossos).

Nosso ordenamento jurídico, também em outras situações, admite-se soluções além do direito. O art. 4º da lei de introdução às normas do Direito brasileiro⁹ admite que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

3.2 – Influxos do direito constitucional no direito administrativo.

O direito administrativo, assim como os demais ramos do direito, é influenciado diretamente pela Constituição, de modo que se pode afirmar em um direito administrativo constitucional.

A Constituição é um norte que permeia todo o direito administrativo. Dessa forma, a influência dos princípios constitucionais sobre esse ramo do direito afasta a tradicional concepção de que a lei (infraconstitucional) seria o único e o último fundamento do direito administrativo.

⁸ Esse entendimento é sintetizado pelo brocardo posto por Eduardo Couture de que “teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.

⁹ Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

Com essa influência, a Constituição passa a ser o mais relevante fundamento da atividade administrativa, fornecendo ao direito administrativo um sistema aberto de princípio e regras.

3.3 – Concepção aberta e móbil de sistema jurídico.

O direito administrativo se insere em nosso ordenamento jurídico que é aberto e móbil, ou seja, possível de aprimoramento e evolução diante das alterações no mundo fático e que também permite soluções alternativas, fora e contra a lei, diante de situações concretas. A regra gere a Administração. Contudo, quando ineficiente, os princípios passam a ser aplicados.

A função essencial da noção de necessidade é construir um instrumento de adaptação das regras jurídicas constantemente a uma realidade social móbil, em permanente transformação. Um sistema de legalidade dinâmico e aberto possibilita a captação de mudanças da realidade e uma normatização adequada aos ideais de verdade e de justiça.

3.4 – Mudança da concepção de Administração pública burocrática para gerencial.

A Administração pública atrelada de forma direta a inúmeras regras, leis e procedimentos perderam, ao longo da história, seu grande e principal foco que é atender ao interesse público de modo eficiente e eficaz. Apegou-se em demasia a regramentos de modo a perder a noção dos fins último da Administração. Os meios passaram a ser o fim. Com a concepção de Administração pública gerencial, volta-se a buscar a eficiência e eficácia mediante a flexibilização de normas, outrora tidas como intransponíveis e absolutas.

3.5 – Outras alterações substanciais no direito administrativo.

Não se pode esquecer, também, que o direito administrativo vem passando por uma grande remodelagem histórica. Primeiro, o direito administrativo passa a extrapolar as barreiras dos estados nacionais, sobretudo quando se observa o surgimento de grandes blocos econômicos como a União Européia.

Em segundo lugar, a Administração ou o Estado deixam de ser o centro do sistema jurídico e passam a ser vistos como um meio e não um fim em si mesmo. O Estado e a Administração são instrumentos para que os indivíduos atinjam seus interesses. Esses

interesses estão dispostos em normas declaratórias, chamadas de direitos fundamentais. Daí, a concepção de que os cidadãos e seus interesses são a finalidade primordial do direito administrativo. Esse entendimento é ratificado pela própria Carta Constitucional que se volta fundamentalmente para a proteção dos interesses dos indivíduos emaranhados do princípio democrático vigente, enaltecendo o fim desta República Federativa como a proteção da pessoa humana, portanto, a sua dignidade. Veja que a Constituição de 1988, diverso das Cartas anteriores, prevê os direitos individuais e coletivos nos arts. 5º a 17 à frente da própria organização do Estado, regulamentada a partir do art. 18. Essa posição dos direitos individuais à frente na Constituição é um símbolo da noção de que o Estado é um instrumento que visa atender aos interesses dos cidadãos.

Essa referida concepção vai de encontro à concepção tradicional do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois não há dois interesses distintos em oposição e sim direitos convergentes, que caminham lado a lado na busca de uma realização eficiente dos bens jurídicos.

Em terceiro lugar, o cidadão passa não mais a ser colocado em uma posição de inferioridade e subordinação face à Administração, mas sim de cooperação e contribuição perante a Administração. Ao particular, garante-se o acesso à informação e à atuação administrativa e, principalmente, aos mecanismos de defesa e proteção¹⁰. Nesse ponto, confere-se ao cidadão direitos subjetivos individuais oponíveis perante as autoridades públicas.

O último fator de extrema relevância que merece ser destacado é a presença e influência do Poder Judiciário no Direito Administrativo, permitindo-lhe controlar os atos administrativos, inclusive aqueles outrora considerados discricionários. O atual entendimento predominante é de que o ato administrativo discricionário não é efetivado de acordo com o arbítrio absoluto do Administrador, mas é permeado por critérios de legalidade. Tais critérios permitem o controle pelo Judiciário que passou a apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos. Em outras palavras, irrompeu-se um novo entendimento de que apreciar a razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo implica no controle de legalidade, passível de ser realizado pelo Poder Judiciário, o qual, por conseguinte, deixa de ser afastado da Administração e passa a ser altamente influente.

4. Controle no uso do princípio geral implícito da necessidade administrativa.

¹⁰ Uma conquista em direção à efetivação do direito de informação e publicidade por parte dos órgãos públicos foi a edição da lei de acesso à informação n.º 12.527/2011.

Aplicar o princípio do estado de necessidade administrativa não implica em conferir ao Administrador uma cláusula geral de arbitrariedade ou uma escusa genérica para preterir regras, pois o uso dessa cláusula está cerceado de limites.

Primeiramente, para ser aplicado o preceito da necessidade, é necessário um elemento fático – que é o perigo atual e iminente que ameaça interesses públicos protegidos de natureza imperiosa e a urgência das medidas preventivas ou reparadoras do possível sofrimento danoso. Portanto, não basta que a autoridade competente, ao seu bel arbítrio, entenda ou declare que determinada situação é crítica a ponto de embasar a utilização da necessidade administrativa. É imprescindível que essa crise seja amparada por uma situação fática concreta que, caso não seja constatada, ensejará na revogação do ato e na responsabilização do aplicador.

Também é indispensável, para a aplicação do princípio do estado de necessidade administrativa, que não haja, no ordenamento jurídico ordinário, regras que determinem o modo pelo qual possa ser superada a crise. Logo, a necessidade administrativa tem um caráter subsidiário a ser utilizado somente na ausência ou insuficiência das medidas dispostas no direito ordinário.

Deflagrada uma hipótese de aplicação do princípio da necessidade administrativa, urge que o Administrador motive de modo exaustivo sua escolha por esse preceito em detrimento de uma regra.

Frise-se que todo o ato administrativo depende de motivação, que, em regra, é o dispositivo legal que ampara o referido ato. A motivação e a publicidade das decisões são comportamentos indispensáveis para que a Administração Pública evite o arbítrio, ratificando o Estado Democrático de Direito. Não motivar os atos administrativos, sobretudo, aqueles excepcionais, acarreta na invalidade do ato, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

Consoante jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade (BRASIL, 2005).

Contudo, exige-se uma maior motivação do Administrador na aplicação de um princípio quando comparada a uma regra. Conforme doutrina ÁVILA (2009), aplicar um princípio, por ser uma norma ampla, genérica, que indica um estado ideal de coisas a ser alcançado, exige-se um esforço argumentativo extremamente superior às regras, sobretudo

quando estes (princípios) vão de encontro às disposições contidas na regra. Assim, a motivação na aplicação da cláusula de necessidade deve ser adequada e abordar com detalhes e medida que está sendo imposta.

Nesse sentido, o primeiro controle da aplicação do princípio da necessidade administrativa será feito pela própria Administração que, além de fundamentar o ato, deve conferir a possibilidade de participação das pessoas (físicas ou jurídicas) diretamente interessadas e isso se dá mediante o processo administrativo.

Verifica-se, portanto, que o processo administrativo torna-se o principal instrumento pelo qual se legitima a aplicação do estado de necessidade administrativa. Primeiro, porque o processo administrativo é concebido como o meio pelo qual a Administração legitima seus atos, convertendo as normas gerais e abstratas, previstas em nosso ordenamento jurídico, em normas individuais e concretas.

Por meio do processo administrativo, permite-se um diálogo entre as pessoas e a Administração, superando a noção de direito administrativo contra os indivíduos para a Administração em conformidade ou a favor dos interesses particulares.

Também por meio do processo administrativo concretiza-se o princípio democrático, permitindo-se ao cidadão uma participação efetiva na Administração Pública. A democracia não se limita a votar e a ser votado, mas, além disso, espoca na participação individual e coletiva dos interessados, mediante instrumentos processuais administrativos. Há, portanto, uma ampliação da noção do princípio democrático, o qual deve ser considerado não apenas na criação da norma jurídica, mas também em sua interpretação e aplicação¹¹.

Deve-se frisar, novamente, que o processo administrativo também é indispensável para que a Administração indique e registre os motivos da aplicação do princípio da necessidade administrativa, que poderão ser um referencial inicial para a revisão pelo Poder Judiciário, caso seja necessário.

Os meios empregados, com fundamento no estado de necessidade administrativa, devem ser proporcionais, razoáveis e necessários para superar a medida de crise. Devem, ainda, ser provisórios para não transformar uma medida excepcional em uma prescrição habitual. Deve-se, sobretudo, observar o fim maior que justificou a aplicação do princípio da necessidade, qual seja, a supremacia do interesse público, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Esses requisitos possuem como fundamento o fato de que a necessidade administrativa se insere em um Estado de Direito, vinculado e limitado,

¹¹ Esse entendimento tem como precursor Peter Häerle em sua obra “sociedade aberta de intérpretes”.

juridicamente condicionado à proteção, à garantia e à confirmação dos direitos fundamentais, os quais são um núcleo intransponível à atuação dos Poderes Públicos.

Não se pode olvidar, por fim, que, como não poderia deixar de ser, o controle pelo poder Judiciário e demais órgãos de fiscalização, como o Tribunal de Contas, pode ser realizado anterior, concomitante ou posteriormente à implantação da medida excepcional a fim de averiguar a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas empregadas, além de prevenir ou reparar eventuais danos sofridos por interessados.

Conclusão

No primeiro capítulo, verificou-se que nem sempre as regras ordinárias de direito administrativo são suficientes e adequadas para se superar uma situação de crise, compreendida como uma situação anormal de perigo, atual e iminente, que ameace interesses públicos. Nem sempre é possível se ter uma regra que regule especificamente determinada situação, sobretudo quando as circunstâncias não são ordinárias e sim excepcionais. Assim, dispor contra as regras é possível quando se está diante de um princípio jurídico hierarquicamente superior, como o da necessidade administrativa.

No segundo capítulo, concluiu-se que a necessidade administrativa se apresenta, assim, como um princípio constitucional implícito que permite dispor contra as regras de direito, sempre que se está diante de situação excepcional, urgente e necessária, em respeito à supremacia do interesse público. A necessidade tem como fundamento os próprios limites e a insuficiência do ordenamento jurídico em prever uma regra específica para cada situação. Verifica-se que a necessidade administrativa é um consectário do preceito da proporcionalidade em que se visa sacrificar um bem maior (regra de direito) em observância aos valores basilares do ordenamento jurídico, como o interesse público, a dignidade da pessoa humana e os valores fundamentais.

Há várias hipóteses em que se observa a aplicação do princípio da necessidade administrativa – algumas situações previstas na legislação e outras não previstas, o que torna possível a defesa de uma cláusula geral de necessidade na Administração pública. Essa assertiva também é corroborada com a releitura de novos paradigmas no direito administrativo, notadamente uma nova visão de legalidade, não adstrita apenas às regras, mas que também abranja os princípios jurídicos. Ademais, a Constituição irradiou seus preceitos na seara administrativa com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com a evolução e a complexidade das relações sociais, o sistema jurídico

passa a ser visto não como completo e suficiente, mas como aberto, móvel e incompleto, o que demanda cada vez mais cláusulas gerais para adequar as disposições normativas à realidade. Por fim, houve alterações substanciais nas bases do direito administrativo, mormente a mudança da noção de Administração pública burocrática para a gerencial e o foco nos cidadãos como o cerne do ordenamento e cuja participação é imprescindível na Administração pública, em conformidade com o princípio democrático.

Finalmente, observou-se que, embora consolidada a necessidade administrativa como um princípio constitucional implícito do ordenamento jurídico brasileiro, este não pode ser utilizado de modo arbitrário e desarrazoado, mas somente é aplicável de modo fundamentado, diante de uma situação concreta de crise, em que a aplicação da regra seria ineficiente e inadequada. Constatou-se ser imprescindível o controle na aplicação do preceito de necessidade, seja por parte da Administração, pelos cidadãos ou pelos demais órgãos públicos, como o Judiciário. Isso implica que a necessidade administrativa deve ser aplicada mediante um processo administrativo, permeado de todas as garantias institucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, sem o qual a necessidade passa a ser apenas um ato de arbitrariedade e de abuso.

Referências.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso ordinário em mandado de segurança n.º 15.459** de Minas Gerais, Brasília, DF, 19 de abril de 2005, Rel. Min. Paulo Medina. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=15459&b=ACOR>. Acesso em: 24 junho 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa / Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. **Estudos em Homenagem Ao Professor Doutor Freitas do Amaral**, Lisboa, p.1-40, abr. 2010. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ServuloEN.pdf>. Acesso em: 23 junho 2012.

GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo na comunidade britânica**. Tradução de Adauto Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Legitimidade da jurisdição constitucional).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MIRANDA, Juliana Gomes. **A teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.