UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

VITOR GALVÃO FRAGA

DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA:

a urgência como supedâneo da derrotabilidade no Direito Administrativo e no Direito Constitucional

Recife
2021

VITOR GALVÃO FRAGA

DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA:

a urgência como supedâneo da derrotabilidade no Direito Administrativo e no Direito Constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife

2021

Catalogação na fonte
Bibliotecária Karine Vilela, CRB-4/1422

F811Fraga, Vitor Galvão

Direito público de urgência: a urgência como supedâneo da derrotabilidade no Direito Administrativo e no Direito Constitucional / Vitor Galvão Fraga. – Recife, 2021.

308 f.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito Público. 2. Direito Constitucional – Brasil. 3. Direito Administrativo – Necessidade. 4. Poder Público – administração de crises. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-05)

VITOR GALVÃO FRAGA

DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA:

a urgência como supedâneo da derrotabilidade

no Direito Administrativo e no Direito Constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial Para obtenção do título de Mestre em Direito. **Área de concentração**: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 15/10/2021

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Presidente)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

_____

Prof. Dr. Juarez Freitas (Examinador Externo)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

_____

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

_____

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Aos meus pais, Adelaide e Marcone. Antes de advogado, jurista ou acadêmico, eu sou aquilo que vocês me ensinaram a ser.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sustentar-me sempre ao longo dos caminhos que trilho.

Ao Professor Edilson Pereira Nobre Júnior, por suas valiosíssimas orientações que deram solidez à pesquisa realizada e contribuíram enormemente para o amadurecimento deste autor.

Aos Professores Ivo Dantas, Sérgio Torres, Venceslau Tavares, Luciana Grassano, Walber Agra, Francisco Queiroz, Alexandre da Maia, Jayme Benvenuto e Juliana Teixeira, pelas inestimáveis lições e debates que propiciaram nas disciplinas e minicursos que cursei durante o mestrado.

Aos Professores Vicente Álvarez Garcia e António Damasceno Correia, pelo envio de livros que contribuíram grandemente para esta pesquisa.

A Carminha e Clayton, pela constante diligência e educação com as quais responderam todas as minhas dúvidas e solicitações.

Aos colegas e amigos do PPGD, pela convivência e troca de ideias que deram inacreditável calor a um mestrado em tempos de pandemia. Em especial, aos mestrandos de 2020 da Linha 1.2 - Ana, Rafaella, Flávio, Lucas e Ihuru -, nossas conversas me fazem constantemente repensar minhas ideias sobre direito, economia e justiça.

A Fraemam, pelo incentivo de sempre às minhas peripécias acadêmicas e por me lembrar constantemente que *there is no try*.

A Ceci e Tiburtino, amigos de muito tempo, que compartilharam comigo as incertezas e ansiedades do mestrado desde a seleção até o último ponto deste trabalho.

A Ronny, Flávio e Isabela, pelas pertinentes indicações de bibliografia que enriqueceram este modesto estudo.

A Valquíria, pelo olhar de processualista que enxergou no texto aquilo que este administrativista não conseguiu enxergar.

A Ednaldo, pela incrível paciência de ouvir meus devaneios, mandar dezenas de fotos de livros, e ler os dislates que escrevo.

Ao Direito em Foco, por ser, apesar da irônica falta de foco, sempre um lugar de afeto, incentivo e inspiração.

A Liane, por me manter são nesses tempos tão conturbados e difíceis.

Fonte: MALFATTI, Anita. **A Ventania**. 1917. Pintura, óleo sobre tela. 48 x 60 cm.

É a natureza roendo os bens do homem, divertindo-se em assustá-lo no escuro, convocando velhos medos, modelando fantasmas novos. Deitamo-nos tão seguros de nossa estabilidade em um mundo a que presidiam a lei e a técnica, nutríamos tamanha confiança nos materiais de construção e na ordem dos elementos, e bastou que certa massa de ar se deslocasse de maneira abrupta para que nossa calma, nossa segurança e mesmo nossa vida se vissem ameaçadas por um obscuro e implacável inimigo, a que nos submetemos. Porque não há outra coisa a fazer senão esperar que o furacão amaine sua cólera, depois de derrubar, aqui, a igreja evangélica Assembleia de Deus; mais adiante, a lona do circo Apolo, ferindo a uns, matando a outros, assustando todos. Perdemos o sono e o sentimento da nossa orgulhosa integração na cidade, pois toda a cidade curva a espinha sob essa visita errante, que brinca de assombração, de desabamento e de morte, e não podemos pensar em serviços públicos de proteção, já não somos donos da terra, mas apenas seres acuados no fundo do quarto de dormir, sem possibilidade de evasão. E há no vento, mais do que a ameaça que talvez não se cumpra, uma zombaria ruidosa, ávida por desmoralizar-nos.

Mas a risada e o furor se fatigam, e, aos poucos, o vento se contrai e retira-se. A grande frota silenciosa das casas retoma sua navegação, entre os restos de noite, e o sono volta a estender sobre nós, piedosamente, o seu feltro.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Ventania. *In*: ANDRADE, Carlos Drummond de. **Fala, amendoeira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. *E-book*. p. 142-143.

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a urgência no Direito Público, ou seja, sobre as técnicas jurídicas de crise que tomam por pressuposto fático uma necessidade pública no contexto de premência temporal e tem como efeito a alteração temporária de competências e procedimentos a fim de dotar o Poder Público de maior flexibilidade de ação para enfrentar uma crise. Para trabalhar essa temática, partiu-se inicialmente da Teoria Geral do Direito para o estabelecimento de conceitos base para depois percorrer do Direito Constitucional às mais diversas áreas do Direito Administrativo identificando e dissecando os seus mecanismos de juridicização da urgência. Mais especificamente, no Direito Constitucional são abordados os estados constitucionais de exceção como formas mais graves de excepcionalidade jurídica; no Direito Administrativo, estudou-se o estado de necessidade como cláusula geral de derrotabilidade e diversos outros institutos parcelares como manifestações de efeitos mais restritos. O texto é o produto de uma pesquisa exploratória bibliográfica e de abordagem qualitativa, que se vale do método hipotético-dedutivo para estabelecer uma discussão hermenêutica crítica da matéria e tirar conclusões sobre o estado atual de um direito público de urgência.

Palavras-chave: Administração; Derrotabilidade; Direito; Exceção; Legalidade; Urgência.

ABSTRACT

The present dissertation deals with the urgency in Public Law, that is, about the legal crisis techniques that take as a factual assumption a public need in the context of temporary urgency and has the effect of temporarily changing State powers and procedures in order to endow the Administration with greater flexibility of action to face a crisis. To work on this theme, I departed from the Legal Theory field was to establish basic concepts and then went from Constitutional Law to the most diverse areas of Administrative Law, identifying and dissecting its urgency juridicization mechanisms. More specifically, in constitutional law, constitutional states of exception are addressed as the most serious forms of legal exceptionality; in Administrative Law, the state of need was studied as a general defeasibility clause and several other partial institutes as manifestations of more restricted effects. The text is the product of an exploratory bibliographic research with a qualitative approach, which uses the hypothetical-deductive method to establish a critical hermeneutic discussion of the matter and draw conclusions about the current state of an emergency public law.

Keywords: Administration; Defeasibility; Law; Exception; Legality; Urgency.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Ato Institucional
AR	Ação Rescisória
CF	Constituição Federal
CPA	Código do Procedimento Administrativo (Portugal)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DOU	Diário Oficial da União
ICSID	*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MC	Medida Cautelar
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ	Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....14
1.1 OBJETO DE ESTUDO.....14
1.2 CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS.....19
1.3 PLANO DE TRABALHO.....26

2 CRISE E URGÊNCIA NO DIREITO.....28
2.1 O CONCEITO DE CRISE.....28
2.2 O CONCEITO JURÍDICO DE URGÊNCIA.....31
2.3 A NORMATIVIDADE DA EXCEPCIONALIDADE.....38
2.4 DIREITO DE URGÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA.....45

3 CONSTITUIÇÃO E ESTADOS DE EXCEÇÃO.....51
3.1 A CONSTITUIÇÃO COMO JURIDICIZAÇÃO DO PODER.....51
3.2 ANTECEDENTE HISTÓRICO: O LEGADO DA DITADURA ROMANA.....54
3.3 TEORIA GERAL DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DE EXCEÇÃO.....59
3.4 MODELOS MODERNOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO.....79
3.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....91

4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS RELEVANTES.....99
4.1 ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A TENSÃO ENTRE AUTORIDADE E LIBERDADE.....99
4.2 INTERESSE PÚBLICO: SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE.....107
4.3 LEGALIDADE.....115
4.3.1 Aspectos gerais.....115
4.3.2 Reserva de lei.....119
4.3.2.1 Separação de poderes.....119
4.3.2.2 Reserva legal e urgência: a função legislativa atípica.....123
4.3.3 Primado da lei.....133
4.4 O DEVER DE MOTIVAÇÃO COMO PILAR DO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO.....136
4.5 PRINCÍPIO NÃO É PREGUIÇA.....139

5 A TEORIA DO ESTADO DE NECESSIDADE COMO BASE DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO DE URGÊNCIA.....150

5.1 ESTADO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE NECESSIDADE E DIREITO ADMINISTRATIVO....150
5.2 O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO....155
5.3 A TEORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS....171
5.4 CONTROLE E CLÁUSULA GERAL DE URGÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO....175

6 TÉCNICAS DE CRISE E MANIFESTAÇÕES PARCELARES DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO....185
6.1 INTRODUÇÃO....185
6.2 DIREITO ORDENADOR....186
6.3 AGENTES PÚBLICOS....191
6.3.1 A burocracia meritocrática....191
6.3.2 Agentes necessários....196
6.3.3 Contratação temporária por excepcional interesse público....204
6.4 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS....212
6.4.1 Licitações....212
6.4.2 Teoria da imprevisão e execução contratual....222
6.5 PROCESSO ADMINISTRATIVO....227
6.5.1 Processualidade....227
6.5.2 A proteção cautelar....233
6.5.3 Fundamentos jurídicos da cautelaridade administrativa....237
6.5.4 O regime cautelar administrativo....247

7 DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA SOB PARADIGMAS FUNCIONALISTAS DA DOGMÁTICA JURÍDICA....254
7.1 O SUBJETIVISMO JURÍDICO....254
7.2 RELEMBRANDO UMA IDEIA (QUASE) ESQUECIDA....261
7.3 UMA VISÃO FUNCIONALISTA....265

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS....276

REFERÊNCIAS....284

1 INTRODUÇÃO

1.1 OBJETO DE ESTUDO

"Deitamo-nos tão seguros de nossa estabilidade em um mundo a que presidiam a lei e a técnica", diz Carlos Drummond de Andrade no trecho da crônica que epigrafa este trabalho. O escritor fala da ventania, que chegou antes mesmo dele cerrar os olhos, obrigando-o a fechar as janelas e contemplar no escuro os barulhos lá de fora: o silvo do vento, o estalo das portas e janelas e o ribombar das "casas desprevenidas ou indefesas, que ainda não acabaram de ser construídas, e navegam sem equipagem". A ventania saqueia, furta e rói os bens dos homens, assusta-nos, zomba da nossa estabilidade quando, num súbito momento de cólera, invade a vida ameaçando-nos dos maiores terrores e desintegrando o tecido social.

Na pintura de Anita Malfati, também epígrafe desta dissertação, vemos a distorção, como a ventania ondula e contorce as árvores, a terra e o céu, dobrando tudo por onde atravessa. É a ilustração da experiência da pintora, de sua sensação de surpresa e arrebatamento quando chega a tempestade; é o olhar abstrato da artista que capturou com suas pinceladas a distorção da realidade quando o vento se funde com todas as outras coisas num redemoinho de cores, mostrando a implacabilidade da força que subitamente transforma o real.

A prosa e a pintura expressam muito melhor do que qualquer citação jurídica o objeto do estudo que apresento ao leitor. Tal qual a ventania que chega de repente colocando em risco a tudo e a todos, muitas vezes na vida social ocorrem situações que pegam o Estado de sobressalto e impõe-no, comumente, o dever de rapidamente fechar as portas e janelas para que tudo não se perca. Também o Estado pode ser como aquelas casas que foram arrebatadas, indefesas e desprevenidas. A urgência, objeto central desta pesquisa e da qual tanto falarei nas páginas que seguem, é um elemento de contingência sempre presente em toda organização social, é um risco inerente que pode – como a ventania – ser avassalador.

As crises, veremos, têm a mesma força do vento na pintura de Malfati, elas distorcem a realidade, criam incertezas, podem dobrar até mesmo a ordem jurídica, fundindo-a com o poder num turbilhão em que as cores e formas não mais se distinguem. Contudo, o direito[1] também pode ser como a casa protegida, como a árvore que enverga, mas não se

1 A fim de dirimir a flexibilidade terminológica tão comum às ciências sociais em geral e garantir algum grau de coesão vernacular neste trabalho, faz-se relevante a presente nota para explicar o uso das palavras "direito" e "Direito". O vocábulo *direito* denota diferentes conceitos, seu conteúdo semântico é distinto quando se diz que um indivíduo defende seu *direito*, quando se fala que o jurista aplicou o *direito*, e quando o acadêmico alude que estuda *direito*, polissemia esta que infirma a precisão vocabular de uma ciência que procura ao máximo precisar

desprega do solo, esperando a ventania passar, conduzindo-se sensível ao vento, porém firme em suas raízes, reestabelecendo-se em sua posição quando o furor se fatigar. Porque, como no texto de Drummond, "a grande frota silenciosa das casas retoma sua navegação, entre os restos de noite, e o sono volta a estender sobre nós, piedosamente, o seu feltro".

Assim é o objeto desta pesquisa, imprevisível e imperativo, mas não inexpugnável ou intratável, a urgência, como qualquer outro risco na sociedade, pode ser antecipada e prevenida. O direito, sistema de ordenação da vida social, precisa ser sensível a esse risco, adaptando-se às necessidades coletivas, mas sempre institucionalmente hígido. Nesse contexto, a ordem jurídica pode oferecer ao Estado - à Administração - uma série de ferramentas normativas de ação para legitimamente lidar com as crises urgentes.

Tal qual uma ventania, esse foi um tema que meses atrás me arrebatou.

Em 2019 fui aprovado na seleção do mestrado deste Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD com um projeto de investigação sobre os efeitos econômicos e simbólicos do combate à corrupção, pensando especificamente nos resultados da Lava-Jato e da lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), provocado que fui pela leitura de um livro de Walfrido Warde[2] e outro de Héctor Mairal[3]. Mas de agosto de 2019, quando eu elaborei esse projeto, para 16

seus termos. Esse é, aliás, mister natural da ciência, a qual, como ensina Leônidas Hegenberg (Notas sobre questões de metodologia e a ciência econômica. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 207-16, abr./jun. 1985, p. 208 – 209), após determinar seu universo de discurso, sistematizar seus resultados e formular leis, afasta-se metodicamente do real a partir da criação de um "vocabulário teórico" que servirá de base (termos primitivos) para as novas teorias que lhe irá adicionar novos termos a partir de seus axiomas. É esse o sentido da lição de Pontes de Miranda, no prefácio de seu *Tratado de Direito Privado* (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – parte geral – tomo I – pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 26), onde escreveu que (grafia original) "a falta de precisão dos conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos escritores de direito, que não são obrigados a aplica-lo, pois deliberam êles-mesmos escrever. O direito que está à base da civilização ocidental só se revestirá do seu prestígio se restituirmos a antiga pujança, acrescida do que a investigação científica haja revelado. Não pode ser justo, aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sôbre direitos, pretensões, ações e exceções". Claro que o apego ao rigor conceitual não significa descurar da textura abertura da linguagem; não ignoro o risco de, levado ao extremo esse paralóquio jurídico, cair num conceitualismo circular, mas é importante alguma preocupação terminológica quando se trabalha num campo especializado (*Fachwissenschaft*) para ganhar coesão linguística dentro do próprio trabalho e em relação aos demais trabalhos desse campo do conhecimento. Nessa esteira, conforme a lição de Lourival Vilanova (Lógica, ciência do Direito e Direito. **Revista de Informação Legislativa**, out./dez. 1972, p. 335-341), observa-se dois planos distintos da experiência jurídica: o direito positivo (ou direito-objeto) e a Ciência-do-Direito, ambos linguisticamente constituídos e derivados de um mesmo *suppositum material*, sendo o direito positivo o fato cultural surgido no seio da comunidade da linguagem e constituído como sistema proposicional prescritivo e a Ciência-do-Direito (ciência dogmática) o conhecimento que se extrai e sistematiza deste objeto, formalizando-o e atribuindo-lhe significações normativas concretas, vertendo-se em linguagem sobre-proposicional descritiva. Assim, e já concluindo esta alongada nota, opto neste texto por diferenciar esses dois planos da experiência jurídica respectivamente a partir do uso dos vocábulos *direito* – com "d" minúsculo - para denotar o direito positivo e Direito – com "D" maiúsculo - para denotar a ciência dogmática.

2 WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção** – como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

de março de 2020, quando estava marcado o início das aulas do mestrado, muita coisa aconteceu, e a leitora e o leitor já deve saber a que estou me referindo.

Em março de 2020 o Brasil parou pela primeira vez para conter a ameaça da pandemia global do coronavírus. Os dias seguintes foram de muita incerteza e desinformação, as aulas foram suspensas sem data prevista de início, o comércio foi fechado aqui em Pernambuco e eu me tranquei em casa apreensivo e atento a todas as novas informações que eram divulgadas sobre a doença. Nesse tempo, viu-se o começo do embate de narrativas entre o Governo Federal, que priorizava as atividades econômicas em detrimento das medidas sanitárias de isolamento, e os governos estaduais e municipais, os quais tentavam implementar as medidas a despeito de orientação divergente da Presidência da República.

Nesse clima de conflito federativo muitas questões jurídicas vieram à tona, como ainda em março a tentativa da União de requisitar 200 ventiladores pulmonares que haviam sido comprados pela Prefeitura de Recife[4]. Ou, ainda, a decisão do STF em abril confirmando a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal, Municípios e União para ações de combate à pandemia[5].

Não havia como ficar alheio a tudo o que aconteceu, e foi assim que logo me vi envolvido pela temática do direito de urgência e todas as dúvidas que ela suscitava. Então, no começo de maio de 2020, quando o PPGD reorganizou o calendário e decidiu iniciar o

3 MAIRAL, Hector. **As raízes legais da corrupção** – ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combate-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

4 G1 PE. Justiça barra pedido da União para ficar com respiradores comprados pelo Recife para vítimas do coronavírus. **G1**, 23 de março de 2020. Disponível em < https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/03/23/justica-barra-pedido-da-uniao-para-ficar-com-respiradores-comprados-pelo-recife-para-vitimas-do-coronavirus.ghtml >, acesso em 31 de março de 2021

5 A Medida Provisória 926/2020 havia alterado dispositivos da Lei 13.979/20 e do Decreto 10.282/20, determinando, entre outras coisas, que "As medidas previstas (...), quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais" (art. 3º, §8º, da Lei 13.979/20), atividades estas sobre as quais, na nova redação da MP, "o Presidente da República disporá, mediante decreto" (art. 3º, §9º, da Lei 13.979/20). O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 contra essa MP argumentando violação à autonomia dos Estados e Municípios, além de promover uma redução do âmbito da competência comum sobre saúde, monopolizando-a nas mãos da União. O STF, por maioria dos seus membros em inédita sessão realizada inteiramente por videoconferência no dia 15.04.2020, referendou a cautelar deferida pelo relator Min. Marco Aurélio. O tribunal adotou uma argumentação interessante, não declarando a inconstitucionalidade da MP, mas adotando interpretação conforme a Constituição para explicitar que apesar de o referido §9º atribuir ao Presidente da República a competência de dispor sobre os serviços e atividades essenciais, essa atribuição não excluiria a paralela atribuição de prefeitos e governadores que a exercem nos seus âmbitos federativos, até mesmo de forma mais restritiva se assim entenderem. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6341 referendou a validade dos decretos de governadores e prefeitos sobre a matéria, não estando subordinados às disposições normativas do Governo Federal. A consequência dessa decisão foi a de que, levando-se em conta a insistência do Governo Federal em abrir o comércio durante o auge da crise sanitária, pudessem os Governadores e Prefeitos, conforme as peculiaridades locais, ditar o rigor das medidas de isolamento seguindo as orientações da Organização Mundial de Saúde.

semestre à distância, recebi uma ligação do meu recém designado orientador, o Prof. Edilson Nobre, e discuti com ele a possibilidade de adotar esse novo objeto de investigação. Desde essa primeira conversa o Prof. Edilson foi afeito à ideia e me deu indispensável orientação, ajudando-me a melhor delinear os objetivos do estudo, a estrutura da dissertação e dando as primeiras direções de onde buscar minhas fontes. Não posso deixar de reconhecer que muito do que aqui escrevi foi resultado de suas indicações, críticas e observações, pelas quais sou imensamente grato; não por acaso se verá neste trabalho tantas referências aos seus escritos, que muito influenciaram minha formação e maneira de pensar o direito.

Ainda quanto ao objeto, devo mencionar que inicialmente pretendia me ater apenas à urgência no Direito Administrativo, especificamente pensando no estado de necessidade administrativo e outros institutos parcelares. Porém, logo nas primeiras obras que li sobre o tema – com destaque para o livro do Prof. Vicente Alvarez Garcia[6], que me foi por ele gentilmente enviado -, percebi que era indissociável da temática dos estados constitucionais de exceção e suas questões tipicamente de Direito Constitucional. Por isso, já no título delimito o âmbito de análise ao Direito Público, querendo com isso indicar o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, ou seja, as questões relativas à governança de urgência, suas fórmulas jurídicas e limitações. Ainda assim, como é possível antever já a partir dessa explicação, maior ênfase é dada ao Direito Administrativo, ao qual se junta as incursões no Direito Constitucional para complementar a totalidade de compreensão.

Propus-me, então, a realizar um estudo sistemático e global dos vários institutos que normatizam a urgência no direito constitucional e administrativo, agrupando num corpo de doutrina os preceitos soltos, vinculando-os ao todo[7] (e não encontrei, na literatura, trabalho com o mesmo escopo ou abrangência). Procurei, a partir do estudo bibliográfico da doutrina especializada e de análises de direito comparado, delinear as delimitações, os fundamentos e a natureza desses institutos para melhor compreender a ideia de um direito de urgência, identificar suas possíveis antinomias e discutir a viabilidade de uma teoria geral da urgência a balizar a prática dogmática.

Assim, tem-se como objetivo geral deste trabalho oferecer um olhar sistematizador para uma matéria normalmente muito fragmentada na literatura jurídica por

6 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

7 Sobre a sistematização como função precípua da Ciência do Direito: DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 89 e ss.

meio de uma discussão hermenêutica honesta e coerente, estabelecendo um entendimento crítico-reflexivo do ordenamento sem qualquer pretensão de verdade universal.

Já como objetivos específicos, tem-se o estudo individual de alguns institutos para que seja possível uma crítica e sistematização global posterior. Dentre eles, debrucei-me sobre os estados constitucionais de exceção, as medidas provisórias, o estado de necessidade, a teoria das circunstâncias excepcionais, a requisição administrativa, a contratação direta por urgência, a contratação de servidores temporários e o poder cautelar da administração.

Assim, acredito não precisar gastar muitas linhas para demonstrar a relevância desse tema, pois o momento que vivemos é muito mais eloquente sobre isso do que eu poderia ser. No mês em que escrevo estas linhas o Presidente da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade[8] contra decretos estaduais do Distrito Federal, da Bahia, e do Rio Grande do Sul, que estabeleceram medidas de combate à pandemia, como restrição de circulação e fechamento de comércio. A ação foi monocraticamente indeferida em razão do defeito consistente na falta de capacidade postulatória do Presidente, não obstante, há de se considerar que as questões levantadas em seu mérito – como o limite de atuação dos governadores, o respeito à legalidade e se são medidas próprias de estado de sítio – ainda são objeto de polêmica mesmo um ano após a decretação de estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020).

Isso mostra, antes de tudo, como a dicotomia gnosiológica entre sujeito e objeto é muito fluida. O objeto sobre o qual me debrucei - e que agora apresento a quem lê - é produto da relação com o momento que vivenciei e vivencio, da expressão ambígua deste autor como "peixinho dourado" e "samurai", para lembrar da alegoria de Luciano Oliveira[9]. Remonto ainda à lição de James MacLean[10], de que o conhecimento racional requer o *insight* (a habilidade de distinguir entre possíveis entendimentos de um problema) e o julgamento reflexivo (decisão a respeito da correspondência desses entendimentos com os fatos da experiência), no sentido de que é um meio de revelar, refinar e amplificar a relação de um indivíduo com o mundo; o conhecimento jurídico está nos infinitos processos comunicativos,

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.764**. Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão monocrática de indeferimento em 23/03/2021

9 Em resumo, diz ele que "enquanto peixinhos dourados, todos nós estamos submetidos às 'ideias dominantes', somos coagidos pelo 'fato social' e fazemos funcionar as correias de transmissão da 'máquina' de que somos parte. Enquanto samurais, não. Juntar as duas partes, porém – parodiando Foucault –, dá um trabalho danado!" (OLIVEIRA, Luciano. O peixinho dourado e o samurai: sujeito empírico e sujeito epistemológico em Michel Foucault. **Lua Nova**, n. 99, São Paulo, 2016, p. 42 - 43).

10 MACLEAN, James. Transcending the Discovery-Justification Dichotomy**. International Journal for the Semiotics of Law**, Vol. 25, No. 1, 2012.

interpenetrados e interrelacionados, dos juristas em determinado tempo. Dessa maneira, preciso reconhecer que este trabalho – da escolha do tema à publicação - é fruto não apenas do seu autor, mas do seu tempo[11].

1.2 CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

Algumas considerações epistemológicas – especialmente metodológicas – são importantes para entender o caminho trilhado pelo pesquisador, suas premissas teóricas que condicionam seu olhar sobre o objeto, e a metodologia – suas ferramentas e processos – que o possibilitou atingir seus objetivos.

A primeira observação é que – fosse reduzi-la a um *Idealtypen* - esta é majoritariamente uma pesquisa jurídica, no sentido de que tem por objeto um "direito" definido juridicamente e abordado mediante os métodos e técnicas próprias à Dogmática Jurídica. É, assim, um olhar do direito "por dentro", feito por um sujeito que atua com esse objeto, o que não significa que se confunda com um parecer ou uma peça processual, jungido que estou a uma postura metodológica operacionalmente neutra (na medida de objetividade que pode um ser político imprimir em sua relação com o objeto estudado)[12].

A Dogmática, como ensina Rüthers, "deve explicar o direito vigente com força persuasiva racional e com referência a valores fundamentais reconhecidos (convicções de

11 Nesse sentido, com perdão da divagação, penso que não é tão absurdo cogitar também de algum elemento natural do direito e da Dogmática Jurídica, não da forma suprapositiva como defendem autores jusnaturalistas, mas natural no sentido de se condicionar e sofrer influxos da fisiologia do ser humano que o cultiva e da ecologia do mundo em que esse ser humano se insere. Era como parecia intuir Clóvis Bevilaqua (**Juristas philosophos**. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães, Editor, 1987), influenciado por Jhering e em tentativa de síntese entre os pensamentos de Tobias Barreto e Sylvio Romero, quando escreveu (grafia original da época) que, embora seja o direito uma criação cultural e social, "tem uma base natural na physiologia humana onde mergulha suas raízes. E si a sociedade onde exclusivamente se póde manifestar o direito é uma organisação de defeza contra a natureza, não se lhe póde desconhecer um fundamento natural" (p. 121 - 122), concluindo que "o direito, como todas as manifestações sociaes, por isso que se move no mundo, recebe as influencias do meio kosmico; porque apparece atravez do homem, tem raizes biologicas nos seus instinctos fundamentaes; porque limita a liberdade humana, adapta as actividades individuaes aos fins da sociedade, harmonisa e equilibra os interesses collidentes, é uma portentosa operação de cultura, uma admiravel obra d'arte em que a civilisação trabalha desde seculos e trabalhará por seculos sem fim" (p. 141).

12 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-gradução em direito. In: **Sua Excelência, o Comissário**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Em sentido similar ensina Ivo Dantas (**Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 87) que "O cientista do Direito como tal, com referência ao sistema jurídico, encontra-se em uma relação intrassistêmica, istoé, terá ele de analisa-lo enquanto inserido no próprio sistema jurídico, sem que lhe seja possível, à luz dos estudos epistemológicos, sair dos princípios do sistema, para julgá-los. Seu comportamento (enquanto cientista) só lhe permite enxergar pela ótica do sistema, razão pela qual cumpre-lhe apontar inconstitucionalidades, nulidades e ilegalidades de normas e atos, mas sempre – repitamos – em razão do modelo jurídico como um todo, nunca motivado por preferências pessoais".

valor)"[13]. Essas convicções de valor (*Wertüberzeugungen*) a que se refere em nada se contradizem com a postura metodológica neutra, pois não são valores pessoais, mas sim os postulados ideológicos fundamentais do sistema normativo, seu universo de crenças nas quais se apoiam as premissas entimemáticas da argumentação jurídica (dimensão retórica)[14]. A Dogmática tem esse nome porque se trata de um conhecimento vinculado a esses dogmas incrustados em determinada cultura jurídica, os quais se impõem não por força de lógica, mas em razão de sua posição institucional enquanto convenções sociais sobranceiras, servindo de parâmetro e chave interpretativa para a observação de toda a ordem jurídica. São valores como a democracia, o Estado de direito, a liberdade, a dignidade dos seres humanos, a eficiência dos serviços públicos, etc.

Nesse sentido, é relevante apontar como marcos teórico-dogmáticos desse trabalho, no sentido de estabelecerem o conjunto dessas convicções de valor, aquelas duas vertentes do pensamento publicista que Binenbojm[15] identifica a partir de dois giros: o giro democrático-constitucional e o giro pragmático. O primeiro deles se dá com a elevação das bases axiológicas do Direito Administrativo ao nível constitucional, tomando por norte da atividade administrativa os direitos fundamentais[16] e a democracia. O segundo, por sua vez, caracteriza-se por um pensamento pragmatista fundamentalmente preocupado com a produção de melhores resultados e a solução pragmática de problemas concretos, além de marcado pelo antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. Essas duas tendências do pensamento dogmático-publicista funcionam como marcos teóricos e valorativos para o raciocínio que desenvolvo nas páginas seguintes, subjazem-se aos argumentos sem que seja preciso mencioná-los nominalmente a cada tópico escrito.

Não se olvide, contudo, que a Dogmática não se resume apenas às leis. A Dogmática – enquanto *jurisprudentia*[17] - é uma ciência da linguagem, seu papel é o de

13 RÜTHERS, Bernd. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts. **IRP -Rechtspolitisches Forum**, n. 15, Trier, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003, p. 10. Tradução própria do original: "soll das geltende Recht mit rationaler Überzeugungskraft und unter Berufung auf allgemein anerkannte Grundwerte (Wertüberzeugungen) erklären".

14 WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor. p. 88 - 89

15 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]

16 Por direitos fundamentais - expressão sempre referida a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de um determinado ordenamento – compreende-se, "no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas" (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 182).

17 No sentido explicado por Eros Grau (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 41) que escreve: "Quando afirmo ser uma prudência o direito estou a dizer, também, que o saber prático que interpreta é saber prático do sujeito, isto é, do intérprete - quer dizer, daquele

"constantemente fornecer, analisar e avaliar criticamente rascunhos novos e mutuamente concorrentes para modelos de solução e princípios dogmáticos"[18], o que implica ser sensível aos elementos históricos, políticos e econômicos que contextualizam e perpassam a própria linguagem jurídica e as fontes do direito de determinada época; ou, como diz Nelson Saldanha, "a existência de um momento hermenêutico, ou mesmo de uma dimensão hermenêutica, integrando o fenômeno jurídico, vincula ao 'Direito', como realidade dinâmica (não apenas como estrutura) as raízes da 'teoria' que a ele se refere"[19]. Nesse sentido, a ela interessa muito mais esses elementos que estão fora do texto e dão sentido ao "ordenamento"[20] do que uma filologia formalista.

Assim, impõe afirmar que Dogmática não se confunde com o dogmatismo (*Dogmatismus*) de que alerta Hegel[21], ela é um conhecimento historicamente situado, que diz respeito a um conteúdo singular sob os aspectos de sua contingência. Como fenômeno semiótico, seu pressuposto de investigação não é a verdade, mas sim a linguagem tornada estável por contingentes controles públicos[22].

intérprete. Ser uma prudência o direito, isso também explica sua facticidadc e historicidade, razão pela qual sua operacionalização reclama o manejo de noções, e não somente de conceitos."

18 RÜTHERS, Bernd. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts. **IRP -Rechtspolitisches Forum**, n. 15, Trier, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003, p. 13. Tradução própria do original: „ständig neue und untereinander konkurrierende Entwürfe für Lösungsmodelle und dogmatische Grundsätze bereitzustellen, zu analysieren und kritisch zu bewerten"

19 SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106

20 A própria noção de ordenamento jurídico é indicativo de que a Dogmática deve ser um conhecimento necessariamente aberto e não restrito a conceitualismos e abstrações filológicas. Nelson Saldanha (SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 86 - 87) explica que a tradição racionalista europeia, num processo de secularização, concebeu, por meio do metodologismo que lhe era próprio, a categoria do "puramente jurídico" como um dado derivado da norma e inapropriável por outros conhecimentos, num truísmo segundo o qual é jurídico o que faz parte do ordenamento, entendido como conjunto de normas, e está no ordenamento aquilo que é jurídico. Já na obra de Santi Romano (**O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008) tem-se a crítica à tradição jurídica continental formalista, defendendo que entender o direito apenas como norma é insuficiente à compreensão do próprio direito. Para ele, as proposições normativas compõem mais um resultado do ordenamento jurídico do que a sua essência, que é a de um complexo dinâmico de estruturas e relações de autoridade, as quais produzem, modificam, interpretam, e aplicam as normas; é, assim, uma instituição "viva" à qual se ligam sistematicamente um conjunto de preceitos (institucionais) e que se insere no seio da sociedade. Nessa visão, a Dogmática se presta a olhar esse fenômeno enquanto sistema de direito objetivo, com ênfase em seus preceitos, mas sem ignorar que se desenvolve num ambiente no qual é interdependente a outros fenômenos, em que é marcado por forças materiais e nexos de causalidade, conhecimentos acessórios agregados pelas demais ciências que olham para esse objeto. Por tal motivo, nossas análises nunca descuram desses elementos "exógenos" que ajudam a dar sentido ao direito, o que é uma consequência necessária ao considerar a dimensão linguística – cultural - do fenômeno jurídico e ao se aludir "à ordem como um todo e ao seu correlato hermenêutico, vez que de ambas as coisas – ordem e hermenêutica – se compõe o que se chama 'Direito'" (SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92).

21 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito** – parte I. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 42

22 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47 e ss.

Uma segunda consideração importante concerne ao método utilizado. Qivy e Campenhoudt[23], de maneira didática, ilustram a investigação em ciências sociais por meio de uma analogia com o pesquisador de petróleo. Não se acha o hidrocarboneto desejado perfurando aleatoriamente qualquer terreno, o sucesso da empreitada dependerá de um procedimento: estudos geológicos do terreno, cálculos de probabilidade, escolha de processos de perfuração, entre outras etapas que se sucedem nessa tarefa. Do mesmo modo, o sucesso da pesquisa em ciências sociais depende de um procedimento, um método de trabalho em sentido lato, que dê ao pesquisador as condições de "perfurar" o seu objeto de maneira adequada e atingir os seus objetivos.

Karl Popper[24] chega a dizer que a atividade científica, a ciência mesma, é caracterizada e definida por seus métodos, pelas formas como manipulamos seus sistemas de enunciados. Para ele, os critérios de demarcação desse proceder são convenções que se colocam não como verdadeiras ou falsas, mas como adequadas ou inadequadas (regras metodológicas não se confundem com regras lógicas). Fundamental, porém, que se abram à crítica e permitam a falseabilidade em função da qual, conclui, revisa-se a adequabilidade dos enunciados.

Para o alcance dos objetivos que elenquei no tópico anterior, vali-me do método hipotético-dedutivo, ou "método dedutivo de prova"[25]. Por meio desse método, supera-se os perigos do dedutivismo e do indutivismo, respectivamente a tautologia e o apriorismo, mostrando-se adequado à pesquisa aqui proposta, pois salienta o caráter hipotético e provisório de todas as conclusões a que posso chegar, as quais adquirem "qualidade científica" na medida a que se abrem a uma discussão crítica travada em sua fundamentação e pela comparação ponderada das fontes bibliográficas[26].

23 QIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. 4ª ed. Lisboa: Gradiva, 2005. p. 15 - 17

24 POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 51 - 58

25 Trata-se de método desenvolvido por Popper (**A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 27 - 34) quando confrontou o chamado "problema da indução", isto é, a conclusão de Hume de que não se pode extrair enunciados universais de experiências particulares radicando numa regressão ao infinito da lógica probabilística (apriorismo). Para superar esse problema, o autor propõe esse método que consiste em, diante de um problema determinado, formular-se de conjecturas das quais serão tiradas conclusões por meio de dedução e, depois, para serem comparadas entre si a fim de descobrir suas relações e colocá-las à prova. Essa fase comparativa pode se dar pela constatação (ou não) de sua coerência interna, pela investigação de sua forma lógica (identificação de tautologias), pela averiguação de (in)adequação com teorias externas, e pela sua aplicação empírica. O resultado dessa comparação é um juízo de falseabilidade sobre as conclusões, dando-lhes de um grau de "qualidade científica" sujeito ao permanente teste discursivo.

26 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46 - 47

Na perspectiva procedimental - até mesmo por adequação à situação de pandemia e isolamento social que enfrentamos - optou-se por uma investigação bibliográfica[27] que suporte a criação de hipóteses e sua discussão balizada, ressaltando-se que "a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, visto que propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras"[28]. Nesse ponto, tento sempre observar a lição de Ítalo Calvino e considerar ao longo de toda exposição a leitura dos clássicos, os quais persistem "como rumor mesmo onde predomina a atualidade mais incompatível"[29].

Em adequação ao método escolhido, realizou-se uma pesquisa exploratória de abordagem qualitativa, por manter uma relação mais compatível com a singularidade, a complexidade e a dimensão hermenêutica do objeto de estudo[30]. Nessa abordagem, procuro observar, ao lado das estruturas normativas, a dimensão funcional dos institutos estudados, sua *rationale*, os fins que promovem e condutas que incentivam/desincentivam[31]; essa é, como perceberá o leitor, uma preocupação constante deste trabalho.

É certo que ao longo do texto farei muita descrição, mas procurei evitar os truísmos e a circularidade próprias do descritivismo. Porém, é inevitável que eventualmente tenha sido pego por essas inclinações de jurista, então, peço desde já o perdão e a compreensão dos leitores, garantindo que isso acontece mais por condicionamento linguístico do que por convicção epistemológica em uma *veritas una*. Assim, tentei não destrinchar discussões bizantinas e nem cair na transcendentalidade tão sedutora às análises jurídicas, procurando envolver sempre o olhar sobre a dinâmica social e sobre os valores fundamentais da nossa sociedade.

Dessa maneira, espero ter conseguido apresentar uma leitura não encastelada, reflexiva, considerando a história dos institutos estudados e seus desdobramentos e possibilitando eventuais críticas à sua conformação, até porque, a forma mais fecunda de crítica no pensamento jurídico assume sentido histórico "fazendo da revisão dos itinerários e

27 Não se dispensando, contudo, a consulta a outras fontes documentais que possibilitem a compreensão histórica e a construção de contextos para a interpretação da temática.
28 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 200
29 CALVINO, Ítalo. **Por que ler os clássicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 15
30 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105 - 106
31 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 13 - 14

dos contextos (...) a base para a reflexão sobre a experiência jurídica e sobre o saber jurídico"[32]. Ademais, seguindo o alerta de João Maurício Adeodato[33], rejeita-se aqui perspectivas etiológicas e escatológicas da história, marcando-se o caráter sisífico de postura historicista que possa transparecer aos argumentos e descrições realizados.

As análises realizadas se dão sobre a literatura especializada na temática dos vários institutos de normatização da urgência, da experiência histórica do seu uso no Brasil e nos sistemas jurídicos ocidentais, além de outros aspectos normativos e fáticos que se mostrarem relevantes ao longo da pesquisa. Procura-se, ao trabalhar com o direito estrangeiro, valer-se de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais, a fim de possibilitar análises comparativas mais amplas e não apenas expor a legislação alienígena[34].

Sem dúvida, um dos aprendizados mais profícuos que tive com meu orientador nesses meses de pesquisa foi, em sequência à tradição da minha *alma mater*[35], o apreço às análises comparadas do direito estrangeiro. Marcelo Neves[36] explica que o observador sempre tem um limite de visão no ponto cego, o qual pode ser suprido pela alternativa de perspectiva de outro observador, de maneira que a observação do outro serve à busca de formas transversais de articulação de soluções, que possibilitam a compreensão dos seus próprios limites e possibilidades. É certo que hoje não há instituto jurídico que possa ser plenamente compreendido de modo isolado, ignorando o que se passa em outras nações que compartilham tradições, histórias, e especialmente problemas comuns à sociedade globalizada, "daí a necessidade de se verificar e, de conseguinte, examinar as soluções que outros ordenamentos

32 SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 105.
33 ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011. p. 48 – 50.
34 DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 272 - 276
35 Mencione-se o importante papel de Clovis Beviláqua, na virada do século retrasado, à frente da disciplina de Legislação Comparada sobre o Direito Privado da Faculdade de Direito do Recife e, mais recentemente, do Prof. Ivo Dantas que ministra a disciplina de Constitucionalização e Direito Comparado no Programa de Pós-Graduação em Direito, a qual tive a oportunidade de cursar durante o mestrado (ver BEVILAQUA, Clovis. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, 1903 e DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Aliás, o apreço comparativo é marcante tanto na perspectiva horizontal (do Direito Comparado) quanto na vertical (da História do Direito), como já defendia Clóvis Bevilaqua (**Juristas philosophos**. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães, Editor, 1897 p. 142), em refutação a Tobias Barreto, ao dizer que (grafia original da época) "observado em seu desenvolvimento, o direito revela-se como um ser de lenta formação historica, cujas phases pódem ser aponctadas tanto em relação ao direito em geral como em relação aos institutos que o compõem".
36 NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, n. 93, São Paulo, 2014. p. 226 - 227

encontraram para o enfrentamento de problemas que não lhes são exclusivos, repetindo-se noutros Estados"[37].

Assim, o Direito Comparado, na certeira lição de Leontin-Jean Constantinesco, é que "mais contribui para ampliar o horizonte das ciências jurídicas nacionais e para conhecer e compreender algo do Direito dos outros povos"[38]. Para tanto, faz-se necessário observar a advertência de Caio Mário da Silva Pereira de que o verdadeiro trabalho de Direito Comparado é aquele que ingressa no ordenamento estrangeiro com propósito e senso crítico, cotejando-o com o nacional, do contrário torna-se mero catálogo de fontes[39]. Assim, as análises do direito estrangeiro (comparações horizontais) não são mero recurso retórico, elas se dão na medida em que oferecem distintos modelos de comparação e construção de hipóteses, sem construções hieráticas ou reverencialismos.

Por isso, deixo claro desde já que optei em alguns capítulos, dentro dos tópicos em que me pareceu interessante à compreensão de determinado instituto, por realizar microcomparações, isto é, restritas ao instituto específico e não aos ordenamentos como um todo, o que se mostra muito mais produtivo a um trabalho como este que não é propriamente sobre sistemas comparados[40], até porque possibilita incursões mais rasas, sem a necessidade do domínio completo e exposição densa dos direitos envolvidos. Portanto, para cumprir o mister de "estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante tal confronto"[41], dou preferência à escolha de países que se aproximam do nosso em sua tradição jurídica romano-germânica (aqueles que Bevilaqua chamava "povos cultos que receberam o direito romano"[42]), democráticos, com jurisdição constitucional e cujo direito público se ergue sobre os pilares do princípio da legalidade e supremacia do interesse público. Nessa esteira, sem prejuízo de eventuais considerações sobre outros países, trabalho com os ordenamentos de Portugal, Espanha, França, Alemanha e Itália, sendo a escolha de um ou

37 Ver NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A escola do Recife e a comparação jurídica. **Consultor Jurídico**, 15 de março de 2021. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2021-mar-15/direito-civil-atual-escola-recife-comparacao-juridica >, acesso em 01 de abril de 2021

38 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 22

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 7, 1955, p. 43

40 DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 113

41 RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17

42 BEVILAQUA, Clovis. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, 1903. p. 223

mais deles realizada tópico a tópico em razão do maior desenvolvimento do tema específico em cada um.

Aproximo-me do fim dessas já longas considerações ressaltando que, apesar de todos esses marcos epistemológicos anunciados, talvez por apreço a uma forma mais fluida de pensar, procuro não ficar preso ao "metodologismo" e seu reducionismo, sabendo que invariavelmente imprimo ao texto o meu ritmo, visão de mundo e linguagem. Ademais, como aponta Nelson Saldanha, o Direito é mesmo afeito ao sincretismo metodológico sob pena de saturação, pois "à medida que o conhecimento jurídico gira em torno de questões de método, ele tende a se afastar das funções do *juízo* e a prender-se ao *entendimento*, acercando-se muito mais do detalhismo e das distinções do que da compreensão totalizante"[43].

Assim, não posso deixar de reconhecer com Feyerabend que "a ciência é um empreendimento essencialmente anárquico"[44], ou pelo menos que o anarquismo teórico paira entimematicamente por trás de todas as escolhas metodológicas como influxo humanista que rompe as barreiras do conhecimento. Nesse sentido, tomo como premissa que o conhecimento, no mundo pós-moderno marcado por um número ilimitado de modelos de ordem, não é verdade, mas sim interpretação, e que o papel do intelectual é – como que de um tradutor - o de possibilitar maior compreensão[45].

1.3 PLANO DE TRABALHO

O *capítulo 1* tem uma função introdutória, nele abordo os conceitos de crise e urgência, estabelecendo analiticamente seu sentido que servirá para compreender todos os institutos estudados. Nesse momento inicial, faço as considerações a partir da Teoria Geral do Direito, explicando como funciona um direito de urgência e qual a relevância de sua edificação.

O *capítulo 2* é dedicado aos estados constitucionais de exceção, os mecanismos mais gravosos de Estado constitucional para lidar com crises que solapem as bases mesmas da sua existência. É preciso começar por esses institutos, pelo direito constitucional, porque,

43 SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 84
44 FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011. p. 31
45 BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 19 - 20

como formas jurídicas de maior excepcionalidade, eles se colocam como limite da atuação emergencial do Estado, insuperáveis e inimitáveis pelas demais técnicas de crise.

O *capítulo 3* é um momento de transição em que se começa a olhar especificamente para o Direito Administrativo. Nele abordo aspectos gerais do regime-jurídico administrativo que são indispensáveis para compreender a percepção que adoto sobre a atividade administrativa e seus parâmetros normativos. Assim, é um capítulo que funciona como premissa para entender os três seguintes.

O *capítulo 4* é dedicado ao estado de necessidade administrativo, entendido como uma cláusula geral de urgência no direito administrativo. Aqui abordo as especificidades desse instituto no direito português, seus pressupostos e conteúdo, além de explorar a noção de derrotabilidade como seu mecanismo básico de funcionamento. Analisa-se, ainda, a teoria francesa das circunstâncias excepcionais como modelo diverso de cláusula geral de urgência administrativa. Ao final, coteja-se essas ideias com o ordenamento brasileiro para identificar aqui algum mecanismo similar, analisando, para tanto, as novas normas gerais de controle.

O *capítulo 5* versa sobre as principais técnicas de crise parcelares do direito administrativo brasileiro, ou seja, aqueles institutos que têm a urgência como suporte fático e a ela atribuem efeitos jurídicos, normalmente derrogativos de alguma sujeição legal. Parte-se do geral para o particular, ou seja, expus primeiro o estado de necessidade administrativo como cláusula geral para, neste capítulo, tratar de mecanismos que são restritos a alguma seara desse ramo do direito: em sequência, trato do direito ordenador, dos agentes públicos, das contratações públicas e do processo administrativo.

O *capítulo 6* fecha o desenvolvimento da dissertação expondo uma visão funcionalista do Direito Público à guisa de revisão crítica de toda matéria abordada.

2 CRISE E URGÊNCIA NO DIREITO

> *Oriunda de um evento excepcional, a crise tornou-se parte do 'novo normal'. Ela prolifera como um conceito popular, mas permanece no pano de fundo não*

> *examinada enquanto um conceito analítico, devido ao seu lugar fundacional no pensamento ocidental.*[46]

2.1 O CONCEITO DE CRISE

O ponto de partida desta dissertação será o conceito de crise. A proposta de investigação sobre as bases de um direito de urgência pressupõe a delineação teórica do que configura uma crise e como o direito opera nesses momentos.

Reinhart Koselleck e Michaela Richter[47], numa análise sobre o conceito de crise na literatura social e econômica especializada do século XIX, explicam que a palavra foi elevada a um "super conceito" (*Oberbegriff*) historiográfico com o qual se analisou os desafios do século. Os autores apontam que o termo se tornou um verdadeiro bordão analítico com pouca utilidade, que hora indica momentos históricos transicionais, hora um estado permanente de mudança, uma categoria estrutural. Dessa forma, o conceito se fez presente nas mais diversas ciências sociais, migrando de uma para a outra, servindo conforme o contexto para os mais diversos usos, sem grande precisão semântica; tornou-se, assim, um verdadeiro *topos* identificador de fases históricas ou estruturas sociais[48].

É de se notar, portanto, que o conceito de crise é dotado de profunda vagueza, sendo preciso delimitar seus contornos antes de prosseguir com qualquer construção analítica.

A palavra "crise" vem do antigo termo grego "*krinô*" (escolher, decidir, julgar), sugerindo a necessidade de uma decisão definitiva, o que normalmente era associado na escola hipocrática de medicina (*Corpus Hippocraticum*) à fase crítica de uma doença em que

46 ELYACHAR, Julia. Regulating crisis. **Valuation Studies**, v. 1, n. 2, 2013, p. 148. Tradução própria do original: „From an exceptional event, crisis became part of the "new normal". It proliferates as a folk concept, but remains in the background unexamined as an analytic concept, due to ist foundational place in Western thought."

47 KOSELLECK, Reinhart; RICHTER, Michaela W. Crisis. **Journal of the History of Ideas**, Vol. 67, No. 2, Apr. 2006, p. 392 e ss.

48 Koselleck e Richter (Crisis. **Journal of the History of Ideas**, Vol. 67, No. 2, Apr. 2006, p. 399.) afirmam, *ipsis litteris*, que "em todas as ciências humanas e sociais, crise aparece como um conceito chave; na história, claro, para caracterizar épocas ou estruturas. A ciência política tenta operacionalizar o termo e distingui-lo de 'conflito'. Da medicina o conceito se espalhou para a psicologia e a antropologia, etnologia, e a sociologia da cultura. Acima de tudo, foi a mídia que inflou o uso do termo. (...) Ao mesmo tempo em que pode ser usado para clarificar, todos os seus usos requerem clarificação. 'Crise' é comumente usado de forma fungível com 'inquietação', 'conflito', 'revolução', e para definir climas ou situações de perturbação vagos. Cada um desses usos é ambivalente.". Tradução do original: "In all the human and social sciences, crisis appearsas a key concept; in history,of course, to characterize epochs or structures. Political Science tries to operationalize the term and distinguishit from "conflict."' From medicine the concept has spread to psychology and anthropology, ethnology, and the sociology of culture. Above all, it is the media which have inflated the use of the term. (…) While it can be used to clarify, all such coinages then require clarification."Crisis" is often used interchangeably with "unrest," "conflict," "revolution," and to describe vaguely disturbing moods or situations. Everyone of such uses is ambivalent."

a vida estava em risco, demandando uma decisão irrevogável. Crise era, portanto, a condição do paciente que impunha ao médico a necessidade de realizar de julgamento decisivo entre alternativas de tratamento[49].

Esse sentido etimológico da palavra crise, por mais que não seja propriamente o sentido dominante utilizado pelas ciências humanas e sociais, nos ajuda a delinear uma característica importante daquilo que enfrenta o Estado – e o direito – diante de uma situação de crítica: a imperatividade da tomada de decisão. É esse sentimento ou circunstância eloquentemente evocado na frase de um dos Pais Fundadores dos EUA, Thomas Paine, ao escrever sobre o momento de final ebulição dos problemas que levaram à revolução francesa: "Aquela crise então chegou, e não restou escolha que não agir com determinado vigor, ou não agir absolutamente"[50].

Tal é sentido por todos os órgãos estatais, que buscam alternativas de ação para atender a demandas sociais emergentes que surgem em tais momentos de crise. Contudo, há de se pontuar que além dos limites físicos e econômicos, a ação do Poder Público em um Estado de direito encontra limites e condicionantes no ordenamento jurídico.

A crise é uma dinâmica complexa de problemas que se somam e demandam um desvio de ação.

Janet Roitman[51] explica que a crise, para a historiografia, funciona como uma distinção que produz significado, isto é, nela certas categorias ganham uma leitura distinta daquela que normalmente a elas seria dada, tornando-se "momentos decisivos" que desafiam paradigmas (econômicos, legais, históricos, ideológicos, entre outros). A autora usa o exemplo da desvalorização abrupta de valores imobiliários nos Estados Unidos em 2007-2008, que resultou em um número massivo de execução de hipotecas, episódio que foi definido de forma inequívoca pelo mercado e pelo governo estadunidense como uma crise (a crise do *subprime*).

Caracterizar a situação como crise implicou dizer que o que antes era considerado normal, agora não é mais; o uso do termo pressupõe uma diferença entre o que deve ser (o que era) e o que é. Mais do que se perguntar sobre a falsidade ou não da caracterização, é importante entender que o termo regula a narrativa (inclusive normativa), no sentido de que

49 ROITMAN, Janet. **Anti-crisis**. Durham: Duke University Press, 2014. p. 15.
50 PAINE, Thomas. **The rights of man**. Digital edition. Enhanced Media, 2016. p. 9. [E-book]. ISBN 1500541605. Tradução própria do original: "That crisis was then arrived, and there remained no choice but to act with determined vigor, or not to act at all"
51 ROITMAN, Janet. **Anti-crisis**. Durham: Duke University Press, 2014. p. 93-94

cria um "ponto cego" na sua criação sob o qual é possível esconder certas perguntas (condicionantes em situações de normalidade), enquanto admite certas "antinomias".

Não ignoro que a autora faz tais considerações em termos de uma história dos conceitos, na análise da criação de uma consciência histórica e como a crise – nessa ideia de diferenciação – funciona como ferramenta desse processo de tomada de consciência. Mas a mesma significação é muito bem observável na ciência jurídica. Não raro nós juristas nos utilizamos de certos conceitos – predicativos de alguma forma de crise – que também causam uma diferenciação a possibilitar o surgimento de pontos cegos para a incidência de um regime jurídico diferenciado.

Estado de necessidade, *periculum in mora*, fato do príncipe, são apenas alguns exemplos de institutos jurídicos que pressupõem a caracterização de uma "crise", no sentido de abrir-se uma possibilidade de ação excepcional. Na prática, esses termos acabam funcionando como *topoi,* os quais muitas vezes encobrem situações corriqueiras com a roupagem da excepcionalidade que carregam. Nesse diapasão, talvez não exista exemplo mais eloquente que o dos famosos conceitos de "relevância e urgência", pressupostos das medidas provisórias, sobre os quais tratarei mais à frente.

No campo jurídico, a crise toma ou o sentido sociológico de movimento transicional, de mudança de paradigmas, marcação de diferença em relação ao anterior[52], ou o sentido de afronta institucional que evoca a ação do Estado com "urgência". Esse segundo sentido, o qual se enfatiza neste estudo, é aquele que indica uma anormalidade desestabilizadora da estrutura sociopolítica e jurídica, padecendo de vício a ser sanado em prol do interesse público e configurando supedâneo habilitador de uma normatividade de exceção.

52 Esse primeiro sentido implica algumas dificuldades metodológicas que interessam mais à História (do direito) do que à dogmática. Taylor Nelms (The zombie bank and the magic of finance or: how to write a history of crisis. **Journal of Cultural Economy**, vol. 5, n. 2, may 2012, p. 232) pontua que "a dificuldade de contextualizar a crise historicamente é que assim que ela é situada num panorama temporal ou colocada em relação a outros eventos, a crise perde sua qualidade de evento ou "divisor de águas" decisivo. Há uma inconsistência que é entre a 'crise' como um evento que surge de fora do tempo para interromper a história corrente e a 'crise' como um episódio situado dentro dessa trajetória temporal". Tradução do original: "The difficulty with contextualizing crisis historically is that as soon as it is situated within a temporal span or put in relation to other events, crisis loses its quality qua event or decisive 'turning point'. There is an inconsistency, that is, between 'crisis' as an event that swoops in from outside time to interrupt a history already underway and 'crisis' as an episode situated within such a temporal trajectory."

2.2 O CONCEITO JURÍDICO DE URGÊNCIA

Crise e urgência costumam andar lado a lado. A urgência tem a cor ou o discurso da crise, predispõe-se a suscitar exceções, ignorar o estabelecido, justificar antinomias e "transgressões" à ordem legal.

O fato é que existem inúmeras situações, algumas previsíveis e outras não, que exigem do Estado uma resposta imediata, uma atuação levada a cabo pelo Poder Público subvertendo o padrão normal de comportamento. A recente pandemia do COVID-19 nos deu vários exemplos de tais situações, vimos requisições administrativas de bens públicos, contratações sem licitação, imposição de penalidades para condutas ordinariamente irrelevantes, e tantos outros.

Contudo, a urgência também faz parte do dia a dia, não existe apenas num momento de pandemia ou qualquer outra crise social generalizada, é em certa medida previsível que será enfrentada pela Administração. Nesse sentido, Jean-François Montgolfier[53] faz referência a duas formas extremadas de urgência, uma urgência absoluta que muda abruptamente o conteúdo da normatividade a fim de que a Administração possa tomar *ex officio* as medidas necessárias para lidar com certo perigo, e uma urgência normal que apenas diminui prazos para a aplicação regular das regras. Entre os dois extremos, há inúmeras nuances de consequências jurídicas que têm na urgência sua hipótese de realização.

Por essa razão, é próprio ao direito público normatizar esse proceder, pois se de um lado uma pandemia global é um fato inesperado, de outro uma ambulância precisar furar o sinal vermelho, ou um bombeiro precisar arrombar uma porta, são urgências esperáveis na circunstância da prestação desses serviços públicos. Portanto, a urgência, embora sempre intrinsecamente extraordinária por demandar a modificação do fluxo ordinário das coisas, nem sempre é completamente inesperada.

A urgência herda da crise as ideias acima explicadas: a ideia de diferença daquilo que é ordinário – no caso, marcar um estado de rapidez extraordinária - e o sentido etimológico de demanda por uma decisão crucial. Para o direito, a urgência é a juridicização da crise, a mais importante forma de sua categorização. Principiarei seu estudo pela análise do vocábulo.

53 MONTGOLFIER, Jean-François. L'urgence et le Conseil constitutionnel. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 54, Jan. 2017.

Não se pode ignorar a lição de Paul Kirchhof sobre o conteúdo dos conceitos jurídicos ao dizer que "a cultura jurídica é parte da cultura linguística, portanto, como instrumento de pensamento, como meio de compreensão e como base para a ação conjunta, está necessariamente vinculada aos hábitos de fala de uma comunidade"[54]. Dessa maneira, o ponto de partida para a compreensão de um termo (constante de determinada língua) deve ser o sentido que adquiriu na linguagem da vida cotidiana, pois, ainda que o Direito se valha de uma linguagem científica, ela constitui espécie de linguagem natural (linguagem empírica ou linguagem-de-objeto)[55] que emprega os mesmos significantes do uso social ordinário na medida em que compartilham uma mesma língua, inspirando-se mais ou menos na significação que exprimem para construir conteúdos semânticos específicos ao seu contexto[56].

Assim, volto-me para o sentido comum de urgência, substantivo advindo do verbo "urgir", o qual significa ser necessário sem demora, não permitir delonga, palavra originária do termo latino *urgeo*, que significa apressar[57]. A partir desse significado ordinário, observa-se que a principal característica daquilo que é urgente é a disputa contra o tempo, a necessidade de que se tome decisões com rapidez.

No Direito, a expressão carrega a mesma carga semântica, é a situação normativa extraordinária, a qual extrapola a execução regular das funções estatais em virtude de uma imperiosidade temporal que demanda um agir especial, destoante da conduta esperada numa situação ordinária. É, dessa maneira, a situação em que a normatividade é premida pelo tempo e pela necessidade, "a urgência conta, portanto, com dois elementos: o primeiro relativo ao

54 KIRCHHOF, Paul. **Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache**. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 6. Tradução própria do original: "Rechtskultur ist Teil der Sprachkultur, deswegen als Instrument des Denkens, als Mittel der Verständigung und Grundlage gemeinsamen Handelns notwendig mit den Sprechgewohnheiten einer Gemeinschaft verbunden".

55 Terminologia usada por Lourival Vilanova (**As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 1-5 e 19-22) que distingue a linguagem natural, variável (exprime sentido empírico), que pode ser tanto a da vida cotidiana quanto a científica, a depender da especificação contextual daquela relação cognoscente, da linguagem formalizada, não variável, a qual expõe de forma mais imediata a forma das proposições e é composta de algoritmos artificialmente constituídos (exprime sentido sintático).

56 Salutar a crítica de João Maurício Adeodato (**Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155) de que a dogmática jurídica aproveita a linguagem cotidiana para, a partir dos sentidos construídos pela linguagem dogmático-jurídica, tornar-se instrumento de dominação política na medida em que se distancia da realidade por suas abstrações sem deixar de, pela escolha das palavras, provocar emoções e ações reais. Esse fenômeno se legitima, entre outros fatores, na medida em que "as diferentes formas lingüisticas utilizadas para controle e manipulação dos conflitos – aproveitando as ambigüidades inerentes à própria estrutura da linguagem -, principalmente no que se refere à ciência, na qual esse controle é exercido de modo sistemático, eliminando suas próprias contradições e apresentando uma coerência interna que a faz parecer mais compatível com a realidade, e inacessível para a maioria das pessoas (...)."

57 PRIBERAN. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2011. (E-pub) ISBN: 978-989-96820-2-3

tempo para a prática legislativa, administrativa ou judicial em questão e o segundo a uma necessidade a ser neste prazo suprida."[58].

Nesse diapasão, o tempo não pode ser pensado de forma isolada no conceito de urgência. Sem dúvida, ele é seu principal condicionante, mas não é suficiente para sua caracterização. O segundo elemento que deve ser conjugado com o tempo é a necessidade, entendida no contexto desta dissertação como necessidade "pública", isto é, a ser satisfeita pela intervenção do Estado.

A necessidade é um imperativo do interesse público que se manifesta no caso concreto, é a demanda extraordinária por uma atividade pública excepcional agravada pela circunstância. Há autores que, ao escrever sobre a teoria das circunstâncias excepcionais francesa, diferenciam urgência e necessidade seja pela maior gravidade desta, ou a partir de uma associação daquela a um caráter eminentemente formal-temporal enquanto esta se revestiria de uma dimensão material de interesse protegido, tendo ambas as figuras existência jurídica autônoma[59] ou, pelo menos, apenas a urgência[60]. Essa parece ser uma noção que confunde a necessidade enquanto conceito analítico com o "estado de necessidade"[61], instituto jurídico específico, ou, igualmente, a urgência com o "estado de urgência", pois identifica urgências corriqueiras da administração que não caracterizariam circunstâncias excepcionais.

Enquanto institutos de um ordenamento específico, é claro que estado de urgência e estado de necessidade acabarão sendo definidos pelas regras próprias desse sistema, mas essas regras não determinam por correspondência os limites da urgência e da necessidade enquanto categorias analíticas da Teoria do Direito – ou pelo menos na sua concepção teórica mais geral que aqui adoto. Dizer que a urgência é conceito de dimensão unicamente formal-temporal parece-me implicar a impossibilidade de sua existência autônoma, pois para fazer

58 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 60, 2018. p. 284

59 Nesse sentido, Jean-Louis Capitolin (*apud* MICHEL, Geoffroy. **La notion d'urgence em droit administratif de l'environnement**. Université de Limoges [tese de doutorado], 2006, p. 10 – 11) que diz: "A essência das características da necessidade relaciona-se com o interesse a ser protegido, enquanto a essência das características de emergência relaciona-se com sua ação no tempo; ação que representa em si mesma um interesse que deve ser salvaguardado.". Tradução do original "L'essentiel des caractères de la nécessité porte sur l'intérêt à protéger, tandis que l'essentiel des caractères de l'uergence porte sur son action dans le temps; action qui par elle-même représente un intérêt en soi qu'il importe de sauvegarder."

60 Nesse sentido Geneviève Camus (apud GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 68) que diz: "não pode haver necessidade sem urgência" e "pode existir urgência sem necessidade se a salvaguarda do Estado não foi posta em causa". Tradução do original: "no puede haber necesidad sin urgencia" e "Puede existir urgencia sin necesidad si la salvaguarda del Estado no há sido puesta em causa".

61 Sobre o estado de necessidade, vide o Capítulo 4 desta dissertação.

sentido juridicamente precisaria ligar-se a algum efeito ou conduta (a premência temporal é a premência temporal de algo).

Quando se adota essa visão e ao mesmo tempo se aponta para situações de urgência autônoma, está-se a enfatizar o elemento temporal em detrimento do objeto por ele qualificado, mas isso não quer dizer que não exista também essa dimensão material (de necessidade). Há, portanto, a desconsideração de certas necessidades como "verdadeiras" necessidades ou a sublimação do imperativo temporal em seu detrimento. O que enxergo – e adotarei aqui - é que há necessidades não urgentes (*v. g.* a construção de uma quadra esportiva ou a limpeza de um muro pichado), mas não há situação urgente que não envolva uma necessidade de ação, de forma que a urgência "é a necessidade qualificada pelo fator tempo"[62], ou, em outras palavras, a urgência é constituída pelos elementos tempo e necessidade.

Disso pode-se depreender que o imperativo temporal e a necessidade são os elementos legitimadores da atuação excepcional do Estado. Na verdade, eles acabam por traduzir o interesse público em cada situação concreta de forma hábil a informar a conduta estatal. Como afirma Schmidt-Aßmann, "a salvaguarda dos interesses individuais sob o Estado de Direito contra o poder assertivo dos interesses públicos é acompanhado pela salvaguarda democrática do bem geral contra o interesse particular (...)"[63], isto é, toda atividade administrativa busca sua razão legitimadora no interesse público democraticamente fundamentado, o qual, nas situações de urgência, toma a forma específica desse binômio: tempo e necessidade.

A urgência, portanto, a partir da verificação dos seus elementos configuradores e em vista a atendê-los, manifesta-se juridicamente por meio da normatização de um procedimento alternativo capaz de, extraordinariamente, melhor corresponder à finalidade pública. Esse procedimento alternativo, seja uma autorização de uso de força, uma supressão de garantia, uma redução de prazo, ou qualquer outra medida que possibilite a aceleração do *iter* ordinário, caracteriza-se como obrigatório para a Administração por força do próprio interesse público ameaçado pela sua não observância. A imposição dessa solução normativa

62 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 256. Tradução própria do original: „la urgencia es la necessidad cualificada por el factor tempo."

63 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 88 – Tradução própria do original: „Der rechtsstaatlichen Sicherung des Individualinteresses gegenüber der Durchsetzungsmacht öffentlicher Interessen tritt die demokratische Sicherung des allgemeinen Wohles gegenüber dem Partikularinteresse (…)"

extraordinária, não se olvide, dá-se legitimamente apenas após a devida aferição do imperativo temporal e da necessidade, caracterizadores do interesse coletivo no caso concreto[64].

Dessa forma, é possível delinear um nexo finalístico que, para o Direito Administrativo, não apenas justifica como também estabelece a direção e os limites da atuação urgente da Administração: o interesse público (vide Capítulo 3). Nesse sentido, mesmo diante de uma situação de excepcionalidade que possibilite a subversão ou a mitigação de certas regras, mantém-se hígida e rigorosa a finalidade enquanto elemento de todo e qualquer ato administrativo, ou seja, aquele aspecto vinculante específico do interesse público que se extrai de prescrição legal expressa ou se infere do ordenamento jurídico em sua inteireza, sendo satisfeito pelos efeitos esperados do ato administrativo. Assim, o interesse público perpassa toda a atividade administrativa e baliza mesmo a sua atuação extraordinária, funcionando como seu necessário nexo teleológico[65].

Na esteira desse raciocínio, importa notar que a urgência jurídica, definida pelos elementos de tempo e de necessidade, é uma categoria objetivamente determinável pelo direito. O imperativo de tempo é aquele qualificado pela incompatibilidade entre os prazos ordinários e a necessidade específica da ação do Estado. Ambos os elementos, tempo e

64 Não é outra a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha (**Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 60, 2018. p. 285) ao escrever que "ao lado da situação regularmente prevista para o que se considera o desenvolvimento ordinário de funções estatais, a urgência impõe uma norma ou um comportamento público que subtrai, extraordinariamente, a aplicação daquela primeira, substituindo-a por outra de maior tensão e força impositiva. Esta substituição somente terá legitimidade quando se manifestar a necessidade que altera a dinâmica temporal para a adoção do comportamento estatal, acelerando-o (...). Onde, pois, a Constituição ou a lei determina "em caso de urgência" deve-se ler: "na hipótese de ocorrer situação de necessidade pública que determine comportamento estatal em prazo mais rápido que o previsto para a situação de normalidade". Num exemplo hipotético, caso um ente político esteja diante da premente necessidade de obter em curto tempo equipamentos de proteção para seus profissionais de saúde, seria ilícito valer-se de requisição administrativa caso possível, em tempo hábil, a realização de contratação direta (falta, no caso, a necessidade da via mais grave); a *contrario sensu*, caso vislumbre-se intempestivo o procedimento da contratação direta, o caminho da requisição tornar-se-ia obrigatório por imperativo do interesse público (reconhecimento da urgência e da necessidade).

65 Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 166) identifica entre os princípios gerais do direito administrativo o princípio da finalidade, cuja observância é fundamental à legitimidade da atividade administrativa. O saudoso autor indica duas hipóteses aplicativas desse princípio, uma imediata e uma mediata. Em suas palavras, "a hipótese de aplicação imediata se dará quando a norma constitucional ou legal esgotar a definição dos pressupostos legitimatórios da ação administrativa a ser desenvolvida para que a Administração atenda a certo interesse público, caso em que esta aplicação se dará incontinenti, procedendo-a diretamente o órgão competente. A hipótese de aplicação mediata se dará quando a norma constitucional ou legal não esgotar a definição dos pressupostos legitimatórios da ação administrativa e, por isso, será necessário delegar à Administração preenchê-los à sua discrição, caso em que esta aplicação será diferida, devendo a execução ser precedida de uma decisão integrativa, com vistas ao atingimento adequado da finalidade nela contida. (...)Isso significa que apenas como aplicação do princípio da finalidade é que o legislador procederá à desigualação de interesses, para o que deverá estabelecer uma diferenciação legal na categorização de interesses – privados, individuais, coletivos, difusos e públicos – para submetê-los legitimamente ao regime público."

necessidade, são determinados objetivamente pela interpretação do direito positivo, afinal, o próprio interesse público se consubstancia nos valores indicados pelo sistema jurídico[66]. E não podia ser outra a conclusão, pois toda categoria jurídica (e especialmente no direito público) se delineia por meio da (auto)referência aos elementos do próprio sistema (autopoiese)[67], onde reside sua legitimidade enquanto produto do Estado de direito (legitimação pelo procedimento)[68], e não uma exigência externa informada por valores e necessidades contrárias ao valor da Constituição.

66 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 51

67 TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 32

68 A legitimação pelo procedimento, segundo o conceito de Niklas Luhmann (**Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 31 - 33) que tomo como premissa desta dissertação, corresponde ao reconhecimento automático de uma autoridade decisória pelo sistema jurídico, de forma que o conteúdo das decisões emanadas se torna previamente legítimo (expectativas normativas) pela higidez do procedimento que culminou na sua emanação, isto é, pela mera autoridade que o emana. Essa autoridade, segundo o autor, advém do próprio sistema jurídico, da conformidade com os seus elementos, da observância das formas que prescreve, etc.. É justamente da generalização desses caminhos e do reconhecimento da autoridade das decisões que circulam dentro e por força do sistema que o direito é capaz de funcionar contrafaticamente: as pessoas internalizam as expectativas prescritas pelo direito e passam a esperar (a selecionar a complexidade) conforme a elas, na medida em que reconhecem a legitimidade de procedimentos intrassistêmicos capazes de promover seleções institucionalizáveis. Segundo Luhmann, é a legitimação pelo procedimento, a capacidade de generalizar a aceitação da autoridade, responsável pela positivação do direito; em suas palavras: "A positivação do direito, ou seja, a tese de que todo direito se torna direito por meio de uma decisão, corresponde ao conceito de legitimidade sobre o reconhecimento de decisões como vinculantes. Esse é o conceito amplo. Inclui também o reconhecimento das premissas de decisão, desde que sobre si (em outro momento e por outros órgãos) se tenha decidido. Leis, atos administrativos, sentenças, etc. são legítimos enquanto decisões quando e na medida em que se reconheça que são vinculantes e devem ser fundamentos do próprio comportamento. Com essa definição as dificuldades mudam para os conceitos de reconhecimento ou aceitação. A visão predominante considera de forma muito restrita esse conceito quando se refere à "convicção" na justiça dos valores, princípios de justificação ou no conteúdo das decisões. (...) essa complexidade das sociedades modernas só pode ser levada em conta através da generalização do reconhecimento das decisões. Isso decorre muito menos de convicções motivadas e muito mais de uma aceitação imotivada, independente das peculiaridades das personalidades individuais (e nisso similares à verdade!), que sem muitas informações concretas é tipicamente previsível. O conceito de aceitação deve ser correspondentemente formalizado. O que se quer dizer é que os afetados, por qualquer fundamento, sempre tomem a decisão como premissa do seu próprio comportamento e reestruturem suas expectativas em conformidade.". Tradução do original: "Der Pösitivierung des Rechts, d. h. der These, daß alles Recht durch Entscheidung gesetzt ist, entspricht es, den Legitimitätsbegriff auf die Anerkennung von Entscheidungen als verbindlich festzulegen. Das ist der weitere Begriff. Er umfaßt auch die Anerkennung der Entscheidungsprämissen, sofern über sie (zu anderer Zeit und durch andere Stellen) ebenfalls entschieden worden ist. Gesetze, Verwaltungsakte, Urteile usw. sind demnach als Entscheidungen legitim, wenn und soweit anerkannt wird, daß sie verbindlich gelten und dem eigenen Verhalten zugrunde gelegt werden müssen. Die Schwierigkeiten verlagern sich mit dieser Definition auf den Begriff des Anerkennens oder Akzeptierens. Die vorherrschende Auffassung nimmt diesen Begriff zu eng, wenn sie auf die »Überzeugung« von der Richtigkeit der Werte, Rechtfertigungsprinzipien oder Inhalte der Entscheidungen abstellt. (…) Dieser Komplexität moderner Gesellschaften kann nur durch Generalisierung des Anerkennens von Entscheidungen Rechnung getragen werden. Es kommt daher weniger auf motivierte Überzeugungen als vielmehr auf ein motivfreies, von den Eigenarten individueller Persönlichkeiten unabhängiges (und insofern wahrheitsähnliches!) Akzeptieren an, das ohne allzuviel konkrete Information typisch voraussehbar ist. Der Begriff des Akzeptierens muß entsprechend formalisiert werden. Gemeint ist, daß Betroffene aus welchen Gründen immer die Entscheidung als Prämisse ihres eigenen Verhaltens übernehmen und ihre Erwartungen entsprechend umstrukturieren."

Em síntese, pode-se dizer que no direito público a urgência é aquela situação em que, no caso concreto, a ação estatal não consegue realizar o interesse público dentro dos prazos legais regulares. Em outras palavras, a urgência se configura quando o respeito ao procedimento ordinário para dada situação resultaria em contrariedade ao interesse coletivo, legitimando assim um agir *incontinenti* do Poder Público. É, repito, uma categoria construída e interpretada a partir dos dados normativo-positivos que o sistema jurídico nos fornece, mesmo que a partir de conceitos indeterminados a demandar integração semântica no contexto dos casos concretos.

Além disso, a urgência implica necessariamente uma situação de precariedade, volatilidade, instabilidade, suscetível a rápidas mudanças de condição e dotada de uma transitoriedade intrínseca. A urgência não pode, por definição, constituir estado definitivo, caráter que acompanha suas soluções normativas, no sentido de que o regime jurídico de exceção que habilita não deve perdurar ou tornar-se permanentemente vinculante quando cessada a emergência. O atendimento ao interesse público é que constitui o elemento condicionante de sua manutenção provisória.

Essa é, sem dúvida, uma perspectiva fundamental para se pensar a urgência no contexto de um Estado constitucional[69]. Com isso quero dizer que a urgência nunca pode servir de justificativa para o desfazimento da própria ordem jurídica (apesar de, historicamente, existirem tantos exemplos disso), pelo contrário, ela deve ser situação inserida no ordenamento, minuciosamente normatizada, prevista e operacionalizada pelo sistema jurídico. É claro que tais situações podem carregar o pernicioso potencial de desarranjo institucional, e é por isso que quanto mais minucioso e balizado o tratamento dado pelo direito às situações de instabilidade social e urgência, maior a sua capacidade sistêmica de autopreservação, na medida em que se presta a atender de forma limitada e legítima à provisória necessidade de flexibilização normativa.

69 A rigor, não há diferença entre falar em Estado de direito ou Estado constitucional, pois a constituição - o direito constitucional – faz parte do direito como um todo, do direito como ordem jurídica. Contudo, em virtude de um corrente preconceito doutrinário, um vício do nosso senso-comum teórico, costuma-se associar o Estado de direito ao momento de suas primeiras formulações doutrinárias no século XIX e à referência histórica das revoluções liberais consagradoras das ideias de legalidade e separação de poderes. Dessa maneira, acaba-se por erroneamente vincular o conceito de Estado de direito – modelo que vincula o poder estatal à juridicidade – à ideologia de governo dominante naquele período. Ou seja, é comum que se confunda Estado de direito e Estado liberal, ou que se o vincule a um positivismo legalista. Portanto, ao falar em Estado constitucional quando poderia mais propriamente falar em Estado de direito, quero apenas evitar possível confusão advinda desse preconceito, enfatizando que me refiro à modelagem que tomou este último após o advento do constitucionalismo do pós-guerra, modificador das noções de legalidade e separação de poderes, as quais, embora ainda suas fundações, sofreram profundas mudanças de conteúdo nas últimas décadas (CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 151 - 159).

Nesse sentido, apesar de intuitivo, não é despiciendo ressaltar que a urgência como categoria jurídica precisa ser atual, "sem a atualidade, a necessidade que embasaria a alegação de urgência perde substância e veracidade sociopolítica"[70]. A urgência que não é contemporânea simplesmente deixou de ser urgente, não há urgência passada que possa justificar um regime jurídico excepcional. A atualidade é atributo essencial da necessidade que constitui a urgência enquanto categoria dogmática.

2.3 A NORMATIVIDADE DA EXCEPCIONALIDADE

Tal qual a crise, a urgência desnuda a normatividade e disputa a contingência daquilo que é lícito, serve como um depósito de soluções ostensivas, no sentido de servir - como já nos referimos – de ponto cego para a produção de significado (normativo)[71]. Idealmente, o direito positivo prevê e se prepara para situações urgentes, mas nem sempre sua fórmula de contingência é suprida pelos elementos preexistentes. É por isso que em episódios de crise se observa a intensa produção legislativa – e até de emendas constitucionais – muitas vezes positivando matérias que em condições normais nunca seriam aprovadas (situação propícia para "passar a boiada", na fatídica expressão de um então ministro de Estado), exigindo-se um acurado grau de *self restraint* da parte do Poder Legislativo[72]. Ademais, essas construções legislativas emergenciais tendem a transformar soluções provisórias em permanentes, conduzindo ao "paradoxo de que o normal e ordinário do sistema seja, precisamente, sua anormalidade"[73].

70 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 60, 2018. p. 292

71 ROITMAN, Janet. **Anti-crisis**. Durham: Duke University Press, 2014. p. 18

72 Nesse sentido, Ingo Sarlet e Adriano Pedra (Democracia e "emendismo" constitucional em tempos de pandemia. **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/democracia-emendismo-constitucional-tempos-pandemia > Acesso em 20 de outubro de 2020), em comentário às reformas constitucionais e legislativas realizadas pelo Estado brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19, ressaltam que o período pandêmico criou uma anormalidade social e política "que não configura um estado constitucional de exceção no sentido próprio do termo, mas acaba (...) ensejando medidas similares e, por vezes, ausentes limitações expressas como as que se aplicam ao estado de defesa, ao estado de sítio e à intervenção federal, até mesmo mais rigorosas. (...) Nessa perspectiva, a situação excepcional vivenciada durante o período de pandemia no Brasil permite concluir que se trata de uma circunstância apta a limitar a atuação do poder reformador, porquanto a restrição à liberdade de reunião imposta pelas medidas sanitárias, a dificuldade da livre circulação de pessoas e de ideias para atingir o consenso, e até mesmo as restrições ao funcionamento das Casas de representantes, tornam o ambiente inadequado — para dizer o mínimo — para a discussão e aprovação de emendas à Constituição, ainda mais quando possível resolver o problema mediante edição de lei ordinária."

73 CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo** – tomo II. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 424. Tradução do original: "a la paradoja de que lo normal y ordinario del sistema legislativo sea, precisamente, su anormalidad"

A título de exemplo, na atual crise da COVID-19 o Estado brasileiro publicou a Emenda Constitucional 106/20, a Lei 13.979/20, a Lei 13.995/20, a Lei 13.989/20, dezenas de medidas provisórias e portarias para combater as consequências deletérias da pandemia. Da mesma maneira ocorreu em outros países, como em Portugal com a Lei 1-A/2020, a Lei 6/2020, a Lei 7/2020, entre outras.

Esse fenômeno é agravado na circunstância de uma "ubiquidade constitucional" do constitucionalismo pós-1988 brasileiro. Isso porque, hoje temos encravadas na constituição decisões políticas conjunturais que põem em xeque a estabilidade do sistema quando opostas a alterações sociais significativas[74]. Por outro lado, essa circunstância, mesmo na vigência da normalidade constitucional, justifica uma média de mais de três emendas por ano ao texto da constituição, dificultando a sua internalização na cultura do país. Há, portanto, uma tal banalização do texto constitucional, que me faz questionar se realmente temos uma constituição materialmente rígida. Assim, a ubiquidade constitucional é mais um fator de inflexão do direito a incentivar maiores incursões políticas e a aprofundar a fragilidade do ordenamento responder a demandas sociais dinâmicas.

Esse tipo de atividade legiferante *ad hoc* é uma resposta política para o imobilismo do direito e sua dificuldade de lidar com a contingência de situações críticas, o que apresenta, em minha visão, a própria fragilidade do sistema jurídico. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann[75] pode ajudar a compreender melhor o fenômeno. Na sua ótica, o direito é um sistema que comunica expectativas normativas, contrafáticas, as quais não se amoldam automaticamente aos desenganos fáticos, mas tendem a persistir.

Essa formatação do jurídico ocorre por meio de uma generalização das expectativas (redução de complexidade), isto é, a criação de padrões normais de licitude que serão tão melhores quanto mais capazes de persistir. O sistema se desenha de forma que permaneça o máximo generalizado para abarcar e dirimir todos os conflitos que se lhe apresentem, o que implica, por outro lado, na sua dificuldade de evoluir.

Isso é perceptível quando se pensa na evolução jurisprudencial. Pensemos em um conflito interpretativo que resulte em uma controvérsia judicial, com vários juízes decidindo de forma diferente. Esse tipo de questão passa muito tempo sendo tratada de forma contraditória por diferentes juízos até que atinja o sistema recursal e, decisão pós decisão,

74 SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 2, p. 83-118, 2006

75 LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 506

chegue às cortes superiores para enfim se consolidar (positivar) uma nova expectativa normativa.

A positivação de novas expectativas ocorre por meio de um normalmente longo processo de decisão sobre decisão[76], em que "(...) cada decisão parcial de um participante individual torna-se fato para que outros participantes definam as premissas de sua decisão, estruturando-se assim a situação geral (...)"[77], sendo essa a maneira pela qual o sistema jurídico evolui e se adapta às demandas da sociedade. Isso porque, quando se pensa em autopoiese e fechamento operacional, não se pode descurar para a necessária abertura cognitiva que põe o sistema jurídico em constante comunicação com o seu entorno, o substrato social subjacente. *Poiesis*, do grego, significa criação, mas a criação autônoma do próprio direito por seus elementos não exclui sua recepção de influxos de outros sistemas sociais, apenas quer dizer que os incorpora segundo seus próprios termos (*re-entry*); em termos mais simples, é uma operação interna e não uma determinação externa[78]. Dessa maneira, embora por meio de uma linguagem própria, o sistema jurídico evolui normativamente em direção às demandas de justiça da sociedade[79].

A dificuldade no processo evolutivo do direito enquanto sistema, exige que, para corresponder habilmente à sua fórmula de contingência (a demanda daquilo que é justo)[80],

76 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 236

77 LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 40. Tradução do original: „(…) jede Teilentscheidung einzelner Beteiligter zum Faktum wird, damit den anderen Beteiligten Entscheidungsprämissen setzt und so die gemeinsame Situation strukturiert (…)"

78 Explica Niklas Luhmann (**El Derecho de la Sociedad**. 2ª ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005, p. 232 - 233) que "No caso normal, as formas estão construídas de tal maneira que uma *re-entry* só pode se efetuar de um lado (precisamente: no lado interno da forma), já que o outro lado, como *unmarked state*, só se apresenta com o fim da determinação. Como protótipo, isto é válido para a distinção entre sistema e entorno: distinção que só se realiza no sistema e não no entorno." (tradução própria do original: "En el caso normal, las formas están construídas de tal manera que uma re-entry sólo puede efectuarse en un lado (para precisar: em el lado interno de la forma), ya que el otro lado, como unmarked state, sólo se presenta con el fin de la determinación. Como protótipo, esto es válido para la distinción entre sistema y entorno: distinción que solo se realiza em el sistema y no em el entorno").

79 Noutra perspectiva, que não faz referência à teoria dos sistemas, mas traduz à sua própria maneira uma das facetas dessa dualidade entre auto-referência e hetero-referência do direito, Nelson Saldanha (**Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92), explica que a concepção de que o direito estabelece as regras de sua própria criação (como através das normas de processo legislativo e de decisão dos tribunais), se dá apenas no nível sintático-formal, não exclui dele a semântica própria de uma ordem inserida na sociedade; em suas palavras: "A idéia formalista, segundo a qual o Direito estabelece o modo de sua própria produção (uma afirmação truística no sentido formal e questionável fora dele), teria o que ver com a noção de um realimentar-se, mas só no sentido positivo-normativista, não no sentido real, concernente ao Direito como ordem situada e condicionada". De qualquer maneira, enfatize-se o direito não ser inerte ao contexto social mesmo quando desenvolve linguagem e raciocínio próprios, pois, apesar de seu caráter contrafático, não é possível reduzir a ordem jurídica a meras formas e meras fórmulas solipsistas.

80 Sobre a justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, explica Niklas Luhmann (**El Derecho de la Sociedad**. 2ª ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005. p. 157 - 158): "As fórmulas de contingência referem-se à distinção entre indeterminabilidade e determinabilidade. Sua função é definir esse limite para si próprias e usar

realize processos de generalização que serão tão mais eficazes quanto mais conseguirem absorver situações extraordinárias. Para a teoria dos sistemas, o direito precisa reconhecer e absorver a ideia de contingência, isto é, as diversas possibilidades não necessárias e mutuamente excludentes de realidade. Em outras palavras, tão mais eficiente é o sistema jurídico quanto mais hipóteses de realidade ele consiga prever e normatizar, o que nem sempre é fácil, pois esse processo de juridicização se dá a partir dessa lenta sucessão de decisões que sedimentam expectativas normativas.

Essa é, portanto, a razão para que situações de urgência normalmente demandem uma produção legislativa emergencial, rápida, porque o direito (expectativas normativas) não consegue evoluir na mesma velocidade das demandas sociais (expectativas cognitivas). Outrossim, a ocorrência de tal fenômeno apenas evidencia uma má generalização das expectativas normativas do direito, que deveriam ter se estabilizado de uma maneira tal que pudessem absorver as demandas de decisão dos momentos de crise sem precisar da interferência do sistema político. Nessa toada, Luhmann fala numa necessidade de coesão institucional a partir de procedimentos, de forma que, mesmo de casos distintos, se possa abstrair regras de decisão generalizadas.[81]

fatores plausíveis historicamente dados. O mesmo pode ser expresso por meio do conceito lógico de desdobramento de paradoxos ou tautologias. Ou também pode se expressar através do conceito, derivado da teoria dos sistemas com capacidade de observar, de tornar o não observável observável, substituindo uma unidade por uma diferença que só pode ser descrita como um paradoxo ou como uma tautologia. Com a dimensão indeterminabilidade / determinabilidade não estamos nos referindo a fatos consumados (capturados, designados), mas apenas à possibilidade de tratá-los de outra forma. Por isso, utilizamos o conceito de 'fórmula de contingência'. Um sistema que processa suas operações internas por meio de informações sempre tem outras possibilidades em vista. No caso do sistema jurídico, essa orientação contingencial é reforçada na medida em que o sistema já está imerso em uma maior positivação do direito. Pois com isso se admite que todas as normas jurídicas e todas as decisões, todas as causas e argumentos também poderiam assumir outra forma - sem negar que o que acontece, acontece como acontece." (tradução própria do original: "Las fórmulas de contingencia se refieren a la distinción entre indeterminabilidad y determinabilidad. Su función consiste em embasar ellas mismas este limite y emplear para ello factores plausibles históricamente dados. Esto mismo se puede expresar mediante el concepto lógico de despliegue de las paradojas o de las tautologías. O también se puede expresar mediante el concepto, proveniente de la teoría de los sistemas con capacidad de observar, de hacer observable lo inobservable, al sustituir una diferencia por una una unidad que sólo puede describirse como paradoja o como tautologia. Con la dimensión indeterminabilidad/determinabilidad no nos referimos a hechos consumados (captados, designados), sino tan sólo a la posibilidad de manejarlos de outra manera. Por ello, utilizamos el concepto de "fórmula de contingencia". Un sistema que procesa sus operaciones internas mediante informaciones, siempre tiene a la vista también otras posibilidades. En el caso del sistema jurídico, esta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema se encuentra ya inmerso en una mayor positivización del derecho. Porque con ello queda concedido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra forma – sin negar que lo que sucede, sucede tal como sucede.").

81 A *contrario sensu*, Luhmann (**La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 506.), no livro que funciona como conclusão geral de sua obra, identifica como grande obstáculo para essa abstração generalizada de regras estáveis a multifuncionalidade institucional, isto é, o fenômeno das instituições colaborando de maneiras muito distintas em situações muito diferentes, gerando expectativas contraditórias que dificultam a estabilidade do sistema. Sobre essa dificuldade, escreve o autor da seguinte forma: "Parece que essa dificuldade de construção de normas jurídicas – na forma de regras de decisão estáveis – tem a ver com a utilização multifuncional das instituições existentes. Multifuncionalidade significa: colaboração em situações

A crise é momento propício para adaptação social (segundo uma ideia evolutiva), ela abre possibilidades para o exercício do poder, a expansão do sistema político (por poder de mais). O poder institucionalizado quando não corresponde mais às exigências dos resultados decisórios (por poder de menos) enseja substitutos técnicos para si, como a automistificação de líderes[82]. Vislumbra-se, assim, um problema do risco do poder, que é próprio da força que a contingência exerce sobre a política. A solução para esse risco está na sua diferenciação temporal pela absorção de crises numa espécie de planejamento do poder, por meio daquilo que Luhmann chama de "técnicas de crise" e que nada mais são que os institutos jurídicos que antecipam e normatizam a urgência, pois "em crises antecipadas e calculadas, deste tipo, o risco de um poder maior é compensado com determinadas restrições no processo decisório (...)"[83].

Essa ideia de cálculo de riscos inerente ao direito e às decisões jurídicas desvela a importância de se reconhecer a indissociabilidade das ordens fática e jurídica. É nesse sentido

inteiramente distintas. O que, por sua vez, impede a universalização e a especificação das características que definem essas situações. As características das situações dominam as vivências e a lembrança. Os casos resultam, então, tão diversos que deles não se poderá abstrair regras de decisão generalizadas. Nesse caso, nem sequer aquelas estruturas que dominam a diferenciação da sociedade (v.g. a descendência) podem-se traduzir em determinações estáveis de posições jurídicas. A razão disso não reside de maneira alguma na "insuficiência" dos procedimentos dirigidos principalmente à solução oportunista de conflitos. Do contrário, são precisamente esses procedimentos os adequados para uma sociedade que, em razão das contextualizações multifuncionais, não é capaz de elaborar regras de decisão estruturalmente idôneas" (tradução própria do original: "Parece que esta dificultad de la construcción de normas de derecho —em la forma de reglas de decisión estables— tiene que ver con la utilización multifuncional de las instituciones existentes. Multifuncionalidad significa: colaboración en situaciones enteramente distintas. Lo cual, a su vez, impide la universalización y la especificación de las características que definen estas situaciones. Las características de las situaciones dominan las vivencias y el recuerdo. Los casos resultan entonces tan diversos que no se podrán abstraer reglas de decisión generalizadas. En tal caso ya ni siquiera aquellas estructuras que dominan la diferenciación de la sociedad (i.e., la descendencia) se pueden traducir en determinación estable de posiciones de derecho. La razón de ello de ninguna manera reside en la "insuficiencia" de los procedimientos dirigidos principalmente a la solución oportunista de los conflictos. Más bien, son precisamente estos procedimientos los adecuados para una sociedad que, en razón de las contextualizaciones multifuncionales, no es capaz de elaborar reglas de decisión estructuralmente idóneas."). Sobre o papel do procedimento na positivação do direito, remeto o leitor para nota anterior.

82 Segundo Luhmann (**Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 72), há ainda, em relação ao poder, um risco talvez menos importante para este trabalho, que consiste num mecanismo de inflação/deflação. A ideia inspirada na teoria monetária, com alguma abstração, é a de que o excesso de risco de generalização, com perigo desvalorização dos meios de motivação, geram um efeito inflacionário, é o caso de meios de controle excessivamente rígidos e burocráticos que acabam por se tornar ineficientes, pois generalizam expectativas de corrupção as quais acabam por fomentá-la. É uma forma mais teórica de explicar fenômeno observado por Hector Mairal (**As raízes legais da corrupção** – ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 97) ao dizer que "O desamparo cria temor e o temor dos cidadãos é um bom aliado da impunidade dos poderosos. (...) prática de suspeitar de todo o funcionário que reconhece ou outorga algum direito a um particular também já foi indicada como causa da corrupção, já que seu resultado paradoxal é que os funcionários honestos não querem tomar decisões favoráveis ao particular e somente mediante corrupção o particular consegue finalmente que um funcionário incorreto lhe outorgue o que por direito, ou razoavelmente, lhe corresponderia" .

83 LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 73

que Jacques Derrida[84] escreve que garantias absolutas contra os riscos do transbordamento do inapresentável sobre o determinável não bloqueiam a sempre presente possibilidade de apelo à justiça (incalculável), dessa maneira, a própria relação entre o calculável e o incalculável deverá fazer parte desse cálculo. Apesar de, na sua concepção, essa operação não se dar propriamente no direito, mas num espaço de transbordamento dele e da justiça – distinguindo-se da visão luhmanniana -, a noção da imperatividade do cálculo e da tensão entre determinável e indeterminável conseguem ilustrar o tipo de dilema gerado pela contingência e que se tenta mitigar pelas técnicas de crise como verdadeiras decisões de calcular.

É nesse panorama das técnicas de crise que se insere a ideia de um direito público de urgência, que consiga abstrair as situações de emergência a fim de oferecer ferramentas normativas que possibilitem ao gestor agir lícita e agilmente, normalizando – ou normatizando – as situações de crise. A construção de tais institutos é fundamental para uma generalização adequada de situações que consiga garantir a previsibilidade e a permanência tão necessárias ao sistema jurídico. O ordenamento precisa ter institutos próprios, perenes, regulares, que consigam lidar com as demandas de justiça de uma crise sem precisar recorrer sempre à atividade legislativa de emergência ou – em pior hipótese - à quebra brusca e revolucionária das premissas do Estado de Direito.

Essa visão de um direito estável que abarque e normatize as crises passa preferencialmente (se não necessariamente) pela ideia de um pensamento jurídico do possível (*Möglichkeitdenken*), ou um pensamento de e em alternativas (*Alternativendenken*). Na república, segundo concepção de Peter Häberle, "(...) existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativas, das perguntas sobre possibilidades, que é a visão a cerrar realidade e necessidade, sem se deixar sugestionar por elas" [85]. Em termos teoréticos, essa concepção avança sem fugir de tudo que foi aqui exposto com base na teoria dos sistemas, na medida em que o conceito luhmanniano de contingência – possibilidade não necessária – "(...) é uma clara referência ao pensamento do possível"[86].

84 DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016. p. 55 - 56

85 HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 102, No. 1, pp. 27-68, 1977. p. 30 Tradução do original: "(...) gibt es ein spezifisch juristisches Ethos des Denkes in Alternativen, des Fragens nach Möglichkeiten, das den Blick für die Wirklichkeit und Notwendigkeit einschließt, ohne sich von ihnen suggerieren zu lassen."

86 HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 102, No. 1, pp. 27-68, 1977. p. 31 Tradução do original: "(…)ist eine klare Bezugnahme auf Möglichkeitsdenken"

O pensamento do possível, ou pensamento em alternativas, é o reconhecimento de que o direito não vale para uma realidade específica e determinada, pois o ordenamento jurídico se coloca como válido e imperativo para as diferentes realidades. Essa é uma ideia válida tanto para pensar a efervescência de novos valores que surgem numa sociedade em mudança, os quais o direito incorpora e regula, mas também os abruptos acontecimentos que desencadeiam momentos de crise e de urgência, demandando respostas do direito vigente.

Zigmunt Bauman[87] faz um quadro muito eloquente do papel do tempo na "modernidade líquida". Com essa metáfora da liquefação ele diz que as estruturas que limitam as escolhas individuais não conseguem mais manter a estabilidade de suas formas por muito tempo, dissolvendo-se e reorganizando-se rapidamente. Essa dinamicidade acelerada das instituições sociais ocorre em ritmo muito mais rápido do que as possíveis respostas de controle fornecidas pelo Estado, gerando incontrolável incerteza. A simples legalidade, a conformidade às regras, perde a capacidade de resolver os dilemas gerados por circunstâncias voláteis e constantemente instáveis, dando lugar à "flexibilidade" como valor essencial para o controle dessa contingência.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apontava para a flexibilidade e adaptabilidade programáticas como pressupostos da estabilidade constitucional. Explica que a constituição – mas parece-me valer para o direito enquanto sistema – precisa distinguir entre seus valores permanentes e seus valores instrumentais, aqueles correspondentes aos princípios fundamentais, inflexíveis e transcendentes à organização política, enquanto esses seriam atinentes ao funcionamento dos poderes públicos, passíveis de adaptação para proteger e promover os anteriores. A instabilidade política é mal tanto dos povos que não souberam observar seus princípios fundamentais quanto daqueles sistemas rígidos e inflexíveis de poder público, de maneira que "por paradoxal que pareça ser, uma Constituição será tanto mais permanente quanto mais flexível for na atribuição, na distribuição, no exercício e no controle do poder"[88], pois num sistema jurídico adaptável e preparado para lidar com as contingências, a natural pressão social da crise e da urgência é insuficiente para desestabilizar sua normatividade.

Em suma, esse olhar para a teoria dos sistemas e demais construções teóricas apontadas leva à conclusão de que mesmo nesses momentos de urgência o direito deve

87 BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 7 - 10
88 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, 230, Rio de Janeiro, p. 347-356, out./dez. 2002, p. 352

permanecer operacionalmente fechado, apesar de cognitivamente aberto, isto é, ele responde à nova complexidade da necessidade sem ser determinado por ela. O ordenamento jurídico corretamente generalizado, em que se reconhece o pensamento do possível, é aquele que abarca tanto momentos ordinários como momentos extraordinários, conseguindo prever mecanismos lícitos de resposta à contingência com o necessário balanço entre fluidez e segurança.

2.4 DIREITO DE URGÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

O desafio maior que enfrenta um "Direito Público de Urgência" é o de conseguir atribuir ferramentas hábeis para que o Estado lide com a crise ao tempo em que preserve a segurança jurídica[89] do ordenamento, isto é, manter-se um mínimo de formalismo balizador que proteja contra a arbitrariedade justificada na excepcionalidade[90].

A delimitação dos contornos da excepcionalidade jurídica nos termos do próprio direito significa adotar técnicas de crise compatíveis com o Estado constitucional, o que na prática deve abranger "a indicação dos órgãos de soberania competentes para a adoção das medidas apropriadas ao enfrentamento do estado de emergência e, ainda, os pressupostos, formas, limites e efeitos dos regimes de anormalidade"[91]. Não se olvida que nesses momentos de instabilidade social as ferramentas jurídicas de exceção indefinidas, pouco detalhadas e sem o estabelecimento adequado de balizas para seu exercício podem servir para camuflar tentativas autoritárias de subversão do regime constitucional.

O desafio da segurança jurídica é, nesse sentido, o desafio de conseguir explicitar o interesse público e desnudar sua necessária vinculação a todo e qualquer ato extraordinário do Poder Público. Assim, a segurança jurídica se coloca como um valor perenemente em jogo nas ponderações realizadas diante da urgência, premente a preocupação de se definir não

89 Conforme lição de Lígia Maria Silva de Melo (Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 133-134), há na segurança uma verdadeira necessidade antropológica do homem para que possa organizar seus planos e corretamente informar o seu agir, é uma necessidade que precede a própria organização social e à qual o Estado (de direito) procura atender. Em suas palavras: "A segurança jurídica, portanto, convém às normas jurídicas, tanto quanto à conduta humana. Como um dos fundamentos do Estado de Direito, a segurança jurídica garante a grande aspiração de estabilidade buscada pela sociedade. A justiça, ideal buscado pelo direito, e o bem-estar social, conseqüência do respeito a esse ideal, não se configuram sem a presença de um mínimo de segurança."

90 DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a Crise Contemporânea da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, [s.l.}, v. 54, p.1-20, jan. 2003. DTR\2003/719.

91 SERRANO, Pedro; BONFIM, Anderson; SERRANO, Juliana. Legalidade extraordinária e constituição. *In* Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 165

apenas os limites da atuação urgente, mas também que tipo de expectativa – ou precedente - essa atuação pode deixar para os momentos posteriores de normalidade e de novas crises.

"O direito é por excelência, e acima de tudo, instrumento de segurança"[92], como ensina Geraldo Ataliba, faz parte da própria *raison d'être* do direito – e do Estado de direito - a instituição de normas cujo sentido seja estável e previsível, garantindo-se, na esteira do que já foi aludido, a adequada sedimentação de expectativas normativas generalizáveis. A segurança jurídica é o caráter fundamental de previsibilidade do comportamento dos sujeitos de direito, isto é, "seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado, ou dos demais cidadãos, dele não discreparão"[93]; tão melhor o sistema normativo quanto mais seguro for. Nesse sentido, a preleção de Clóvis Bevilaqua[94] ao escrever que "A certeza, a segurança em suas prescripções é uma das qualidades que se vão aprimorando no direito, a medida que ele se consolida e aperfeiçôa. Para a consciencia juridica, em nossos tempos, essa é uma das qualidades primordiaes do direito."[95]

Ingo Sarlet se refere à segurança jurídica como um direito fundamental que funciona como uma garantia da eficácia dos demais direitos. Para o autor, a natureza da segurança jurídica está intimamente relacionada à dignidade da pessoa humana, pois "a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (...) em simples instrumento da vontade estatal(...)"[96].

Assim, pode-se dizer que a firme garantia das relações jurídicas e previsibilidade das condutas advindas da confiança que inspira o direito é condição indispensável para que os sujeitos tenham na ordem jurídica guarida contra a violação dos seus mais primordiais direitos[97].

92 ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, e. 21, n. 84, Brasília, out./dez. 1984, p. 101

93 ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, e. 21, n. 84, Brasília, out./dez. 1984, p. 101

94 Todas as citações literais de Clóvis Bevilaqua serão feitas da forma como foram escritas no original, isto é, com a grafia da língua portuguesa adotada à época sem correções para a ortografia padrão de hoje.

95 BEVILAQUA, Clóvis. A funcção do interprete. **Revista Acadêmica**, anno XIV, 1906, p. 3

96 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado - REDE**, 32, out./nov./dez. 2012, p. 8

97 A *contrario sensu*, como escreve Hector Mairal (**As raízes legais da corrupção** – ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combate-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 91) "a insegurança jurídica (...) tem como consequência colocar em situação de desamparo tanto o cidadão em geral como o próprio funcionário público. Em ambos os casos, essa situação favorece o desenvolvimento da corrupção, além de trazer graves consequências para a vida cívica do país".

Nesse sentido, um mínimo de segurança em relação aos conteúdos normativos do sistema e na eficácia de sua normatividade é indispensável para o caráter garantidor da ordem jurídica. A segurança jurídica junto à proporcionalidade e à isonomia são os requisitos fundamentais para que o direito responda às necessidades elementares de racionalidade, respeito e orientação[98].

Essa é uma preocupação que perpassa todas as funções do Estado, na medida em que constrange o administrador que tenta atuar nos limites institucionais, o juiz que interpreta e delineia esses limites e o legislador de emergência que procura não criar rotas de fuga da estabilidade constitucional sob os auspícios da emergência[99]. A segurança jurídica é um princípio que se encontra constantemente ameaçado quando o Estado age justificado pela exceção, e é por isso que um direito de urgência precisa guiar-se pelas balizas da fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência, valores que devem ser explicitados e observados quando da fundamentação dos atos de poder[100].

Ganha destaque, nesse panorama, o dever de escorreita motivação capaz de explicitar os elementos caracterizadores da urgência e justificadores de qualquer medida, parametrizando a possibilidade de controle e garantindo a segurança jurídica (vide Capítulo 3). É preciso entender que toda decisão administrativa é resultado de um juízo voltado ao interesse público, o qual precisa ser explicitado a fim de dar-se transparência aos fundamentos legitimadores do ato (seu motivo). A necessidade de motivação é, assim, uma via de parametrização, pois ela torna esse raciocínio visível e objetivamente avaliável segundo os parâmetros normativos legítimos aplicáveis.

Os institutos jurídicos de urgência – aos quais esse trabalho se dedica nas páginas que seguem – não são incompatíveis com a segurança jurídica, pelo contrário, ajudam a concretizar esse princípio. A existência de prévia normatização para situações excepcionais gera confiabilidade no sistema jurídico, desde que o regime jurídico de urgência seja suficientemente calcado na precisão ou determinabilidade que orientam o ordenamento jurídico em geral. Nesse sentido, muito precisa a afirmação de Georghio Alessandro Tomelin ao dizer que "os cidadãos precisam sentir segurança no atuar da Administração Pública. Se

98 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 62

99 PINÉSE, Graciela Gloria. El derecho de emergência o el derecho en emergência. **Sistema Argentino de Información Juridica**. Disponível em: < http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc050009-pinese-derecho_emergencia_derecho_en.htm> Acesso em 12 de maio de 2020

100 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituiçã**o. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257

estão em situação de emergência, é legítima a expectativa de que alguém vá agir em seu socorro com as forças de propriedade da coletividade"[101].

Não é a imutabilidade dos procedimentos ordinários que garante segurança. A adoção de um comportamento ordinário numa situação extraordinária - que demanda condutas rápidas e incisivas do Estado - significa periclitar o interesse público e, portanto, produz insegurança.

A adaptabilidade de uma normatividade calcada no pensamento do possível é, primordialmente, promotora de segurança e estabilidade normativa, porque, nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha, "a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é movível. O que se busca é a segurança do movimento."[102].

As leis e atos normativos em um Estado de Direito precisam ser determináveis, ou seja, precisam ser suficientemente unívocas – claras – e normativamente densas, a fim de fornecer um parâmetro minimamente seguro para a administração e passível de adequado controle. É nesse sentido que Canotilho fala em um princípio da determinalibilidade dos atos normativos, consistente na sua conformação em termos claros, compreensíveis e não contraditórios, de maneira a concretizar as "exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, consequentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito."[103].

A consciência sobre a determinabilidade é fundamental quando, conforme o que já argumentamos até aqui, situamos a atuação emergencial da Administração no panorama maior do Estado de direito. Isso quer dizer que, como qualquer ato administrativo "ordinário", os atos justificados pelos institutos que incorporam e normatizam a urgência são também atos suscetíveis de controle – de legalidade e constitucionalidade –, razão pela qual o estabelecimento de parâmetros jurídicos mais ou menos seguros é uma exigência de sua viabilidade normativa. Sendo assim, pensar a determinabilidade de tais institutos é, essencialmente, pensar a sua perspectiva de controle.

101 TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 62

102 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 3

103 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituiçã**o. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258

O esforço pela determinabilidade é um que cabe não apenas ao legislador, mas a quaisquer dos intérpretes das normas jurídicas, seja o doutrinador[104], o juiz, ou mesmo o administrador (por força da teoria das autolimitações administrativas[105]) na administração ativa ou na administração controladora.

É esse esforço que se empreende nas páginas a seguir, pela busca de uma sistematização dos institutos que compõem um "Direito Público de Urgência" nas suas mais variadas áreas. Termino, assim, este primeiro capítulo, com a lembrança da lição de Bevilaqua transcrita abaixo à guisa não simplesmente de conclusão deste capítulo, mas também de mote para a exposição que empreendo nos seguintes:

> A lei escripta e mesmo a codificação, se restringem, não fazem desapparecer as outras fontes naturaes do direito. Si este tem na lei a sua forma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiencias della, pela jurisprudencia e pela doutrina, ás quaes compete extrahir da lei todas as suas consequencias possíveis e quando, apezar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completal-a, descobrindo o direito que está no equilibrio dos fenômenos sociaes, porém ainda não delles desprendido.[106]

104 Entendo valer aqui o ensinamento de Schmidt-Aßmann (**Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 56) ao dizer que cabe à dogmática, ao Direito como ciência, "(...) reconhecer sobriamente os limites de controle do direito e com base nisso desenvolver uma teoria administrativa da aplicação do direito, que vá além de um esquema legal compreensivo baseado apenas em programas normativos materiais (...). Deve também conter suas próprias tendências de, por meio de cada vez mais refinamentos, privar as pretensões vinculativas do direito pela necessária clareza e não ambiguidade." Tradução do original: "(...) muß die Steuerungsgrenzen des Rechts nüchtern anerkennen und auf dieser Basis eine administrative Rechtsanwendungslehre entwickeln, die über ein allein an materiellen Normprogrammen ausgerichtetes Gesetzesvollzugsschema hinausgeht (…). Sie muß freilich auch ihre eigenen Tendenzen zügeln, durch immer weitere Verfeinerungen die Bindungsansprüche des Rechts um die erforderliche Klarheit und Eindeutigkeit zu bringen."

105 Segundo Alexandre Aragão (Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Doutrina 4ª Região**, v. 35, p. 7, 2010), "a Teoria das Autolimitações Administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais. (...) É, portanto, para dar efetividade a esses imperativos do Estado democrático de Direito que a Teoria das Autolimitações Administrativas foi construída, englobando em seu âmbito instrumentos de proteção dos cidadãos frente ao poder estatal, como as subteorias do respeito aos atos próprios da Administração e dos precedentes administrativos, ambas expressões também dos princípios da igualdade e da boa-fé no Direito da Administração Pública (art. 2º, caput e IV, Lei nº 9.784/99)". Essa tendência é observada pela reforma legislativa que sofreu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2018 por meio da Lei 13.655. Todos os novos dispositivos legais, em alguma medida, expressam essa preocupação com a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas de direito público. Veja, por exemplo, o art. 30, que prevê a necessidade de conferir segurança quando houver mudança de "orientação geral", admitindo implicitamente a força de estabilidade que pode ter o costume administrativo e os entendimentos formados pela repetição de soluções (precedentes) nos processos administrativos (pela falta de um termo melhor: "jurisprudência" administrativa).

106 BEVILAQUA, Clóvis. A funcção do interprete. **Revista Acadêmica**, anno XIV, 1906, p. 18

3 CONSTITUIÇÃO E ESTADOS DE EXCEÇÃO

> (...) as peripécias que vão perturbando a vida da República, são filhas da inexperiência ou incapacidade dos que governam e não das instituições republicanas. Não poderá por certo a Camara, em face de embargos relativamente insignificantes, se deixar arrastar até o falso pressuposto, de que é necessário sustentar que não lhes póde dar remédio a Constituição da República.[107]

107 Trecho em grafia original de discurso proferido pelo deputado Moraes Barros na sessão da Câmara dos Deputados de 18 de maio de 1893 (In Brasil. Câmara dos Deputados. **Estado de sítio** – crise revolucionária no Rio Grande do Sul, Revolta de 6 de setembro de 1893 (1893-1895) – volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1926. p. 486)

3.1 A CONSTITUIÇÃO COMO JURIDICIZAÇÃO DO PODER

Antes de adentrar nos meandros específicos da dogmática administrativista, é importante entender como a urgência aparece no direito constitucional na sua forma mais excepcional, isto porque é a partir da normatividade constitucional que encontramos os casos e autorizações mais extremos de exercício excepcional do Poder. A relação entre direito constitucional e direito administrativo é de hierarquia e generalidade, é a partir das questões fundamentais de direito público plasmadas na constituição que se constrói o direito administrativo numa tentativa de traduzir os princípios por ela consagrados[108].

Não se olvida, portanto, a posição privilegiada que a Constituição ocupa no quadro geral das fontes do direito, sendo hoje inconteste – embora até recentemente não o tenha sido - sua caracterização enquanto norma, "e não uma norma qualquer, mas, especificamente, a norma suprema, aquela que pode exigir contas de todas as demais normas, a que condiciona a validade de todas estas"[109]. Nesse sentido, pode-se falar em um "Estado constitucional" como sendo, no conceito de Pedro de Vega[110], aquele fincado em dois pilares: o princípio político democrático, que atribui ao povo a titularidade da soberania e o exercício do poder constituinte; e o princípio jurídico da supremacia da constituição, que a coloca como *lex superior* a obrigar governantes e governados.

A Constituição é norma básica de um Estado, que organiza e disciplina o exercício da sua autoridade, destinada a estabelecer as relações entre política e direito, pois é ela que fixa os "princípios e diretrizes sob os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas do

108 Essa relação entre direito constitucional e administrativo se dá, especialmente, por meio da ideia de interesse público que é delineado pela constituição e cuja garantia é a principal tarefa da Administração; cumprir a função administrativa é ordenar o poder estatal e sua atividade segundo o interesse geral. Nessa perspectiva, o papel de um Direito Administrativo, enquanto ciência dogmática, não é outro que não o de adequar instituições à realidade constitucional, de forma que "(...) o novo Direito Administrativo está demonstrando que a tarefa a si encomendada de garantir e assegurar os direitos dos cidadãos requer um tipo de presença pública, talvez maior em intensidade que em extensão, que torna feliz a definição de Direito Administrativo como o Direito do poder para a liberdade (...)". (MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Derecho administrativo español** – tomo I – introducción al derecho administrativo constitucional. Oleiros: Netbiblo, S. L., 2008. p. 40. Tradução do original: "el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que em extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad")

109 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de direito administrativo** - I. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 115

110 VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituinte**. 1ª ed. Madrid: 1988. p. 15

Estado"[111]. Ela é, nesse sentido, a fonte da soberania de um Estado e, por conseguinte, o fundamento e limite jurídicos para o exercício de qualquer poder, ao tempo em que possibilita politicamente a construção do direito[112], "devendo não apenas garantir a legalidade, eficácia e planificação da ação do Estado, mas também vincular entre si a autoridade política, as normas sociais e as condições significativas da existência individual"[113].

A positivação do direito, no sentido weberiano, substitui a legitimidade pela ideia de legalidade. Nesse contexto, "a constituição, no seu sentido profundo, pode ser considerada uma tentativa de restaurar a legitimidade no direito, na vizinhança da sua legalidade"[114], funcionando como resgate de legitimação material do exercício legal do poder. Assim, as constituições se apresentam como o *locus* normativo mais adequado para a definição das competências distribuídas entre os Poderes e entre as unidades da federação no caso de Estados federados.

Os ordenamentos constitucionais contemporâneos não se contentam apenas com o ser, mas procuram também estimular "a concretização de um dever-ser, auferindo standards que foram traçados pelo legislador constituinte"[115]. Contudo, há de se observar a existência de uma verdadeira aporia da vinculatividade constitucional, na medida em que a carga programática nela existente (mormente ao referir-se a uma constituição dirigente) requer uma densificação tal que é levada a efeito pelo mesmo sujeito político que almeja vincular[116]. Isso quer dizer que ao mesmo tempo em que a Constituição determina como deve agir os órgãos e

111 BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 142, p. 35-51, 1999. p. 36

112 Em outro escrito (FRAGA, Vitor Galvão. Human rights: a systemic perspective. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 219 - 220), já me manifestei sobre a constituição como acoplamento entre política e direito nos seguintes termos: "(...) o acoplamento estrutural mais importante é "A Constituição", um acoplamento entre os sistemas político e jurídico. Da perspectiva do direito, é a substituição da noção de direito natural, é a positivação de suas fundações; da perspectiva do sistema político ela é a fonte do poder político através da soberania; é tanto um limite jurídico do poder político quanto um limite político para o direito.". Tradução do original: "(...) the most important structural coupling is 'The Constitution', a coupling between the legal and the political systems. From the Law perspective, it is a substitution of the notion of natural law, it is a positivation of its foundations; from the perspective of the political system it is the source of political power trough sovereignty; it is both a legal limit of the political power and a political limit of the Law"

113 BADURA, Peter. **Staatsrecht** – systematsche Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlun, 1986. p. 7. Tradução do original "Sie soll nicht nur die Legalität, Effektivität und Planmäßigkeit staatlichen Handelns sichern, sondern auch die politische Herrschaft mit den sozialen Normen und den Sinnbedingungen des individuellen Daseins verbinden."

114 ZAGREBELSKY, Gustavo. A lei, o direito e a constituição. **Anuário Português de Direito Constitucional**, vol. III, 2003, p. 48

115 AGRA, Walber de Moura. A política econômica como instrumento para a realização da constituição econômica. **R. Fórum Dir. Fin. e Econômico – RFDFE**, ano 8, n. 14, p. 161-184, Belo Horizonte, set. 2018/fev. 2019, p. 163

116 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. A Constituição Dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 195-228, 2005. p. 201

entidades estatais, é apenas a atuação concreta deles que tem capacidade de dar substância aos comandos constitucionais para que tenham eficácia. Esse âmbito de preenchimento de conteúdo delineado na relação entre direito e poder é o que melhor caracteriza a relação jurídica constitucional.

O desenho constitucional das competências estatais é o fundamento maior de qualquer Estado constitucional, e a ele se submete toda atividade estatal. É a esse papel da constituição que Caio Tácito se refere ao chamá-la de "código de poder", isto é, "instrumento superior no qual se discriminam as competências e se definem as atribuições com respeito às diversas funções que incumbem ao Estado."[117]. Essa discriminação se dá não apenas de forma negativa, mas também de forma positiva, pois parte da Constituição as proibições, as permissões e os mandamentos que determinam o agir estatal.

O pensamento do possível, como não poderia deixar de ser, se faz presente no Direito Constitucional, e dele não foge a ideia de se adiantar aos períodos de anormalidade e situações de necessidade e falta de tempo hábil. Como já dito anteriormente, a crise desnuda a normatividade e disputa a contingência daquilo que é lícito, criando um verdadeiro ponto cego normativo.

A primeira grande questão de um direito constitucional de crise é, portanto, em que medida a urgência pode alterar esse desenho de atribuições. Nessa perspectiva, observa-se que essa alteração pode se dar de três diferentes maneiras: a) pela alteração da titularidade de determinada competência (ex.: excepcional poder legiferante do executivo – art. 62 da CRFB); b) pelo surgimento de novas competências ordinariamente inexistentes (ex.: restrição de direitos fundamentais – art. 139 da CRFB); c) ou apenas pela flexibilização procedimental (ex.: diminuição de prazos – art. 64, §2º da CRFB). Neste capítulo, analiso apenas as hipóteses mais extremadas (estados de exceção), mas nos seguintes abordarei hipóteses mais cotidianas.

3.2 ANTECEDENTE HISTÓRICO: O LEGADO DA DITADURA ROMANA

Existe na constituição um núcleo de direitos e procedimentos que visam limitar o poder, mas que em momentos de urgência, em que existe a demanda por ações rápidas e decisivas, podem ser um empecilho para uma resposta governamental eficiente. Os casos de

117 TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, 166, Rio de Janeiro, out./dez. 1986, p. 38

urgência permitem a atribuição constitucional de poderes extraordinários com propósito eminentemente conservativo: debelar o risco e restaurar o *status quo ante*. A função conservativa vincula a finalidade dos atos de emergência e garante que eles não sejam usados para promover mudanças permanentes no sistema constitucional.

Esse modelo de poder constitucional de emergência baseado na ideia de uma função conservativa que o determine e limite tem raízes na figura do ditador romano[118]. A constituição da República romana[119] (509 a 27 a.C.) acaba com a figura do rei para dar lugar a suas mais importantes instituições: as Magistraturas[120]. Os magistrados eram os altos

118 Vale ressaltar a crítica de Giorgio Agamben (AGAMBEN, Giorgio. **State of exception**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005. p. 41 e ss.) a essa referência histórica que se faz à Ditadura romana como arquétipo primevo dos estados constitucionais de exceção, o que, no seu argumento, não permite que autores como Rossiter e Friedrich superem suas aporias no pós-guerra. Para ele, o mais correto seria retroceder ao instituto do *iustitium* uma consulta antecedida por um decreto de emergência (*tumultus*) que se fazia ao Senado para que emitisse um *senatus consultum ultimum*, com as medidas necessárias à preservação do Estado. Não me parece, contudo, que o instituto reflita plenamente o arquétipo de exceção constitucional que se tem hoje, o qual consiste em maior ou menor medida na concentração de poderes e instauração de legalidade extraordinária limitada, como na Ditadura romana. Mas a crítica é válida no sentido de descortinar inclinações autoritárias que algum outro autor possa ter ao referir-se aos ditadores romanos sem o devido cuidado com anacronismos.

119 É comum na literatura especializada falar-se numa "constituição" romana, significando isso não um documento singular e específico como os que caracterizam as constituições modernas, e sim uma estrutura normativa não escrita que delineava a estrutura do Estado e o exercício do poder. É o que explica Eric Posner (The constitution of the Roman Republic: a political economy perspective. **University of Chicago Public Law & LegalTheory Working Paper** No. 327, 2010, p. 1) ao dizer que "a constituição estabelecia uma série de instituições (como o senado) e cargos públicos (como os dois consulados), e definia seus poderes; ela determinava os direitos dos cidadãos e a elegibilidade da cidadania; ela referia ao papel da religião na vida pública; ela especificava os procedimentos legislativos e jurisdicionais. Não havia procedimento formal de emenda, então normas constitucionais mudavam frequentemente e imperceptivelmente (como na Grã-bretanha), e a constituição evoluiu muito no decorrer de quase quinhentos anos. Mas havia um razoável grau de continuidade, e os autores da antiguidade reconheciam a diferença entre normas constitucionais e outras normas legais e políticas, tornando possível a identificação moderna de uma constituição romana." (Tradução do original: "The constitution established a series of institutions (such as the senate) and offices (such as the two consulships), and defined their powers; it determined the rights of citizens and eligibility for citizenship; it addressed the role of religion in public life; it specified proceedings for lawmaking and adjudication. There was no formal amendment procedure, so constitutional norms changed frequently and often imperceptibly (as in Britain), and the constitution evolved a great deal over almost five hundred years. But there was a fair degree of continuity, and ancient authors recognized the difference between constitutional norms and other legal and political norms, making modern identification of a Roman constitution possible").

120 Ensina Luis Arguëllo (**Manual de derecho romano** – história e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. p. 49-55) que a grande distinção constitucional entre República e Monarquia (ou Realeza) romanas está no surgimento das Magistraturas, eleitas pelas Assembleias Populares e controladas pelo Senado. Inicialmente, o último rei foi substituído por dois magistrados patrícios, eleitos por um ano, e que tinham iguais poderes: os cônsules, que acumulavam os poderes civis ao passo que o poder religioso foi atribuído ao *pontifex maximus*. Os cônsules acumulavam todo o *imperium* romano, convocavam e presidiam as Assembleias, comandavam o exército, a polícia interna e o funcionalismo público, além de julgar as causas civis e penais. Com as pressões plebeias e a constante ausência dos cônsules ocupados em campanhas bélicas fora de Roma, seus poderes passaram a ser distribuídos para novas magistraturas que surgiam. Em 367 a.C. surge a pretura recebendo os poderes jurisdicionais que antes cabiam aos cônsules; juntamente com a pretura, surge também a edilidade, responsável pelo cuidado urbanístico, fiscalização dos preços e relações comerciais e controle dos espetáculos públicos; os censores surgiram em seguida com a necessidade de recensear a população, cabendo-lhes registrar suas propriedades e decidir sobre a honra dos cidadãos; os questores são contemporâneos aos cônsules, funcionavam como seus auxiliares por eles livremente eleitos, e geriam as finanças públicas; os tribunos da plebe surgem em 494 a.C. por meio de um pacto entre patrícios e plebeus para terminar com a segregação territorial que os plebeus se autoimpuseram com o nascimento da República,

funcionários do governo, chefes civis e militares do Estado, detentores do *imperium* ou da *potestas*[121]. Eles representavam a antítese do rei, eram eleitos pelas Assembleias Populares, atuavam de forma colegiada (com poder de veto e cassação recíproca de suas decisões[122]) e por mandato de, em regra, um ano[123]. Havia várias classes de magistratura ordinária, que atribuíam diferentes poderes e funções aos seus titulares, era o caso do consulado, da pretura, da censura, da questura e da edilidade.

Além das magistraturas ordinárias, existiu na organização republicana as magistraturas extraordinárias, que não pertenciam à estrutura normal do Estado, mas se criavam de forma *ad hoc* para casos excepcionais pelo tempo necessário para o cumprimento de determinada missão, como a criação de um novo corpo legal (caso do *decenviratus legibus*

cabendo-lhes poderes negativos de cassar decisões dos demais magistrados, fazê-los comparecer perante comícios plebeus e convocar tais comícios. O Senado era o órgão maior de controle político, dotado de grande prestígio e integrado por ex magistrados, cabia-lhe importante função consultiva além de ser responsável por confirmar as leis votadas nos Comícios, aprovar tributos, autorizar a emissão de moedas, etc. Por fim, como terceiro elemento da constituição da República romana, havia o povo, que se organizava nas Assembleias Populares: os Comícios por Cúrias, de organização clânica, com funções político-administrativas formais como a aprovação de testamentos; Comícios Centuriados, que dividiam-se conforme a riqueza dos seus membros e tinham a atribuição de escolher os magistrados maiores, declarar guerra, julgar apelações contra sentença de morte (*provocatio ad populum*) e votar projetos de lei; Comícios da Plebe, que escolhiam os Tribunos da Plebe, julgavam apelações contra multas dadas pelos Tribunos e votavam as leis plebeias; e, por fim, Comício por Tribos, organizados conforme o domicílio dos seus membros (patrícios ou plebeus) e com atribuição de escolher magistrados menores, julgar apelações de multas elevadas e votação das leis em geral.

121 Os romanos não conheciam a forma de divisão de poderes que hoje adotamos, falavam em *imperium* como um poder que as Assembleias Populares atribuíam aos magistrados superiores (cônsules, pretores e ditadores) dando-lhes a autoridade necessária para a garantia do exercício das suas funções. A titularidade desse poder, conforme ensina Aloísio Surgik (Do conceito romano de IMPERIUM e seus desvios jurídico-políticos. **Revista jurídica**, Curitiba, v. 4, p. 17-32, 1985, p. 22 - 23), cabia ao povo organizado, e o seu exercício incumbia por delegação aos magistrados. O *imperium* é o poder próprio do Estado, seu exercício pelos magistrados pode ser entendido como o manifestação soberana da República, sua autoridade máxima sobre a administração civil (*domi*) e o comando militar (*militiae*). A *potestas*, por outro lado, era qualquer forma de autoridade, como o pátria *potestas* dos pais sobre os filhos, que relativamente aos magistrados inferiores significava sua capacidade de emanar ordens e executá-las coercitivamente dentro dos limites de sua função dentro do domínio civil (nesse sentido. Importa ressaltar que há autores, como Fred Drogula (Imperium, Potestas, and the Pomerium in the Roman Republic. **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, Bd. 56, H. 4 (2007), pp. 419-452), que contestam essa interpretação tradicional, e entendem ter os romanistas clássicos realizado uma confusão entre os poderes militares e civis dos magistrados superiores, aqueles fundamentados no *imperium* e estes na *potestas*. Nessa visão, *potestas* é o poder civil atribuído a todos os magistrados, enquanto *imperium* seria o poder de comandar soldados atribuído apenas a alguns.

122 Trata-se da chamada *intercessio*, um instituto que estabelecia uma certa dinâmica de "*checks and balances*" entre as magistraturas. Era um poder de veto recíproco das decisões, um verdadeiro "*pouvoir d'empêcher*" muito anterior à moderna teoria da separação de poderes, que gerava "uma interessante figura de condomínio ou copropriedade do poder político-constitucional, ao forçar sempre um acordo ou colaboração entre eles no comum exercício do poder executivo." (MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da Realeza e da República. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan./dez. 2005, p. 15). Com o surgimento dos Tribunos da Plebe, serviu inclusive como instrumento de controle político dos magistrados patrícios na defesa dos interesses plebeus.

123 ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano** – história e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. p. 50

scribundis) ou a substituição de um cônsul que estivesse ausente numa viagem (caso da *praefectura urbi*)[124].

A ditadura era a magistratura extraordinária por excelência, vigente do século V ao III a.C., sendo plenamente prevista na ordem constitucional republicana para casos excepcionais de emergência, como uma guerra (*dictatura rei gerendae causa*) ou uma crise interna (*dictatura seditionis sedandae et rei gerendae causa*). Nesses momentos de grave perigo para a República, qualquer dos cônsules poderia nomear um ditador (nunca se autonomear) com o consentimento do Senado. Com a nomeação do ditador, ele se sobrepunha aos demais magistrados e o escolhido se tornava titular único do *imperium* romano. Seus poderes eram muito amplos, atuava como supremo comandante militar, seus atos não se submetiam à *intercessio* dos tribunos, seus decretos tinham valor de lei e suas sentenças penais eram irrecorríveis[125].

O ditador deveria permanecer no cargo apenas o tempo que fosse necessário para que se resolvesse o problema causador da urgência, havendo um limite temporal máximo de seis meses para que cumprisse sua tarefa. Foi por meio da ditadura que a República romana conseguiu fazer frente às suas principais guerras, contudo, seu uso foi se tornando cada vez mais frequente enquanto sua eficácia diminuía diante de conflitos mais longos e acirrados, até desaparecer por completo no fim do século III a.C.[126].

Não obstante, perpetuou-se enquanto arquétipo conceitual jurídico-político de concentração extraordinária e provisória de poder autorizada constitucionalmente. Funcionava, portanto, como mecanismo de preservação do Estado, nunca de destruição ou modificação, servia estritamente à solução de um problema específico e emergencial por meio a concentração de determinados poderes[127].

124 ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano** – história e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. p.56

125 STOPPINO, Mario. Ditadura. *In* Norberto Bobbio; Nicola Matteuci; Gianfranco Pasquino. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 368

126 STOPPINO, Mario. Ditadura. *In* Norberto Bobbio; Nicola Matteuci; Gianfranco Pasquino. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 368

127 Sua ideia de remédio eficaz, mas autocontido por uma "missão" específica, foi séculos depois aclamada por Nicolau Maquiavel (**Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Edson Amaro de Souza. 2018. (E-pub). ASIN: B079H26BS8), cujas palavras transcrevo à guisa de síntese: "(...) a ditadura era provisória e não perpétua e era criada somente para remediar o problema para cuja solução fora criada e a autoridade do ditador consistia em poder deliberar por si mesmo a respeito do remédio para aquele perigo iminente, fazendo tudo sem consulta e punindo qualquer um sem apelação, mas não podia fazer nada que prejudicasse o Estado, como tolher a autoridade do Senado ou do povo, desfazer as velhas instituições da cidade e fazer outras novas."

Como se vê, a ditadura era decretada com um propósito específico que lhe servia de limite e escopo. Apesar do grande poder, o ditador era determinado por esse propósito que, essencialmente, consistia em restaurar a normalidade, o que o impedia de provocar mudanças perenes. A atuação do ditador não tinha como destino durar ou inovar, mas sim restaurar e conservar, reestabelecendo-se ao seu fim a ordem anterior. Por essa razão, apesar de amplíssimos, os poderes do ditador não eram ilimitados, "o ditador não podia revogar ou mudar a Constituição, declarar a guerra, impor novos ônus fiscais aos cidadãos romanos, assim como não tinha competência na jurisdição civil"[128].

Esse princípio de conservação, do qual emana a exigência de que "o círculo da individualidade se estreite, a bem do supremo instinto da vida coletiva"[129], permanece hígido na lógica dos regimes emergenciais de exercício do poder das constituições modernas, de maneira que "é para se guardar o sistema constitucional positivo legítimo, eficaz e aplicável que se adotam medidas urgentes, não para destruí-lo"[130]. Os poderes emergenciais e toda e qualquer modificação do esquema ordinário de competências causado pela situação de urgência é, necessariamente, derivação do poder constituinte e não pode, por definição, tender a substituí-lo.

A amplitude desses poderes deve se limitar estritamente às medidas necessárias para lidar com e resolver a crise, submetendo-se a eventual controle da adequação dos meios aos fins. Valer-se do momento de crise para provocar mudanças perenes e substanciais no ordenamento constitucional não é exercício de poder emergencial, e sim manifestação dissimulada de poder de reforma (também constitucionalmente limitado).

É nesse sentido que muitas constituições de hoje preveem limites ao poder de reforma durante estados de excepcionalidade, impedindo que as demandas específicas de um momento extraordinário e o clima generalizado de crise possam condicionar mudanças constitucionais azafamadas, é o que a doutrina[131] costuma nominar limites circunstanciais (explícitos ou mesmo implícitos).

Como exemplo, temos a Constituição portuguesa, que veda a revisão constitucional durante estados de sítio ou de emergência (art. 289), e a Constituição

128 STOPPINO, Mario. Ditadura. *In* Norberto Bobbio; Nicola Matteuci; Gianfranco Pasquino. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 368

129 BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2004. p. 162

130 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 60, 2018. p. 296

131 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 24

espanhola, que proíbe a reforma constitucional em tempos de guerra ou na vigência de estado de alarme, estado de exceção ou estado de sítio (art. 169). A Constituição da República de 1988 também prevê o limite constitucional de reforma, impedindo a edição de emenda "na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio" (art. 60, §1º). Essa é uma tradição constitucional que, no Brasil, remonta ao constituinte de 1934 (art. 178, §4º)[132], reconhecendo que a limitação do debate e as pressões e necessidades específicas de uma crise ou momento de instabilidade institucional podem levar à aprovação de "reformas (ainda mais quando de grande repercussão e interesse geral) que em situação de normalidade possivelmente não seriam aprovadas, ou então, caso fossem chanceladas, o seriam de modo diverso, mediante intenso e aberto debate na esfera pública" [133].

Diferentemente do modelo da ditadura romana, as constituições atuais não investem poderes emergenciais absolutos em pessoa externa à Administração. Hodiernamente, as constituições preveem regimes de emergência em que as atribuições são ampliadas e redistribuídas entre os órgãos do Estado de maneira a dotá-los de maior agilidade, restringindo-se direitos e flexibilizando-se procedimentos nos limites e parâmetros propriamente constitucionais[134]. Essa importante distinção indica que nos regimes atuais não é certo falar-se na dicotomia governo regular vs. governo de exceção, pois não se trata da fundação de um novo regime, mas do mesmo governo exercendo poderes excepcionais sob o princípio do Estado de direito.

Não é de qualquer maneira compatível com um Estado constitucional a concentração quase total de poderes, como acontecia na Roma antiga. Mesmo durante a deflagração de estados emergenciais, haverá preservação de um esquema mínimo de separação de poderes e dos mecanismos de *checks and balances*. Enfatizo, portanto, que poder emergencial não é poder constituinte, a conduta estatal justificada na urgência não derroga a ordem constitucional, mas submete-se às suas regras e princípios que permanecem hígidos. A atuação emergencial ocorre mediante parâmetros que baseiam seu controle pelos demais poderes.

132 Art. 178. (...) § 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio. (disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >, acesso em 17 de janeiro de 2021)

133 SARLET, Ingo Wolfgang; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia e "emendismo" constitucional em tempos de pandemia. **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/democracia-emendismo-constitucional-tempos-pandemia > Acesso em 24 de maio de 2020

134 FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 2, 2004. p. 213 e ss.

Nessa esteira, é de se notar que muitas vezes a urgência convive com o funcionamento regular do Estado, sem a necessidade de quebras bruscas de normalidade. Tomemos como exemplo a intervenção federal em determinada unidade da federação para debelar comprometimento à ordem pública, como a massiva migração de refugiados para determinada unidade federativa. As medidas excepcionais de intervenção se dão em uma localidade determinada, com objetivos pré-determinados, sem que isso impeça o normal funcionamento das instituições no resto do país de forma ordinária. Os casos de emergência constitucional hoje não demandam mais uma ruptura institucional completa e a atribuição de poderes absolutos; as diversas constituições preveem poderes emergenciais e limitações específicas de direitos para lidar com as mais diversas situações, preservando-se na maioria dos casos o funcionamento ordinário da maioria dos órgãos e entidades do Estado, ao menos daqueles não diretamente envolvidos com a situação emergencial.

3.3 TEORIA GERAL DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DE EXCEÇÃO

Os estados constitucionais de exceção, ou de emergência, são os herdeiros da Ditadura romana, frutos de um processo de cumulatividade do saber jurídico; na sua essência, é deles que escrevi até aqui ao tratar desse exemplo histórico e seu legado. O que chamamos aqui de estado constitucional de exceção é um gênero que compreende qualquer instituto destinado a proteger e conservar o Estado em seus três elementos (*salus populis*) e sua inteireza institucional através de uma atribuição extraordinária e provisória de poderes a determinados órgãos quando verificados certos requisitos de fato[135]. Por meio de suas mais diversas fórmulas, consubstancia em cada ordenamento constitucional um peculiar sistema constitucional de crises[136].

135 Para além desse conceito dogmático aqui utilizado, a expressão "estado de exceção" comporta acentuada polissemia, a qual, segundo Rafael Valim (**Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 19 - 22), pode ser percebida ao observar-se este conceito nos campos da Teoria Geral do Direito, no qual se liga à ideia de derrotabilidade normativa; da dogmática jurídica, comportanto diversas acepções, como as que analisamos neste trabalho; da sociologia, revelando a ambiguidade dos Estados de Direito nos quais se instalam regimes de Terror; na teoria política, que vê o estado de exceção "permanente" como paradigma de governo; e na filosofia, no qual se encontra as observações de Carl Schmitt que analisaremos a seguir.

136 Nas palavras de Ivo Dantas (**Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989. p. 24 - 25), "as Constituições, com o objetivo maior de defender-se frente a momentos que as põem em perigo em razão de situações excepcionais, ou de emergência, admitem, no próprio conteúdo, regulamentação jurídica que poderá ser utilizada temporariamente, não a mercê da vontade dos governantes, mas dentro de parâmetros previamente estabelecidos, o que significa afirmar-se, que mesmo em tais circunstâncias, não fica desprezada a legalidade constitucional, embora revestida de características próprias, que só haverão de justificar-se quando preenchidas certas condições."

São, assim, elementos extraordinários de estabilização constitucional[137], garantias da constituição, que visam "a conservação dessa ordem constitucional, ainda que a modifique, mais ou menos fortemente, durante um certo tempo"[138], fundamento ao qual estão teleologicamente vinculados e com o qual se pondera bens constitucionais. Comum a todos esses institutos, portanto, é o duplo caráter declaratório – da emergência – e constitutivo – das competências, decorrentes de um ato formal (princípio da formalidade), assim como sua peculiar finalidade de superar as mesmas situações que os autorizam e ameaçam o próprio Estado.

Para se referir a esse fenômeno, Clinton Rossiter – inspirado pela tradição da Roma Antiga - cunhou a expressão "ditadura constitucional", termo descritivo de todos os poderes e procedimentos de emergência – voltados a lidar com os três tipos fundamentais de crise: guerra, rebelião e depressão econômica - previstos nos Estados constitucionais, cujo princípio - muito similar à ideia subjacente à Ditadura romana - funda-se em três fatos[139]: a) "(...) o complexo sistema de governo de um Estado constitucional democrático é essencialmente desenhado para funcionar sob condições normais pacíficas, e é comumente desigual às exigências de uma grande crise nacional"; b) "(...) em tempos de crise, um governo constitucional e democrático deve ser temporariamente alterado em qualquer grau que seja necessário para superar o perigo e restaurar as condições normais"; e c) "(...) esse governo forte (...) não pode ter outros propósitos que não sejam a preservação da independência do Estado, a manutenção da ordem constitucional existente, e a defesa das liberdades políticas e sociais das pessoas". Nos mais diversos ordenamentos jurídicos encontram-se institutos fincados nessas mesmas bases, apesar de ganharem formas, dimensões e nomenclaturas distintas. Há, aqui no Brasil, o estado de defesa e o estado de sítio, mas outras ordens jurídicas preveem fórmulas diferenciadas, como os poderes excepcionais da França, ou a *martial law* estadunidense.

137 Na classificação de José Afonso da Silva (**Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45), os elementos de estabilização constitucional são aqueles "consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência (...)".

138 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book]

139 ROSSITER, Clinton. **Constitutional dictatorship** – crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 2013 [E-Book].Tradução do original (respectivamente): "(...) the complex system of government of the democratic, constitutional state is essentially designed to function under normal, peaceful conditions, and is often unequal to the exigencies of a great national crisis", "(...) in times of crisis a democratic, constitutional government must be temporarily altered to whatever degree is necessary to overcome the peril and restore normal conditions", "(...) this strong government (...) can have no other purposes than the preservation of the independence of the state, the maintenance of the existing constitutional order, and the defense of the political and social liberties of the people".

Opto aqui por usar o termo estado (constitucional) de exceção, tradução literal do termo alemão *Ausnahmezustand*, como um termo genérico para abarcar todos esses institutos, porque a expressão enfatiza seu caráter fundamental de excepcionalidade independentemente de qualquer causa ou consequência específica, sendo essencial caracterizá-lo ainda como constitucional para indicar sua juridicidade, afastando-o dos momentos "das medidas de exceção clássicas baseadas na ação arbitrária de persecução de inimigos, da suspensão de direitos por motivos políticos e de disputa de poder"[140].

Dessa forma, é salutar dizer que só faz sentido falar em estado constitucional de exceção, ou em direito de exceção, no panorama do constitucionalismo democrático, pois em Estados absolutistas ou totalitários a concentração de poder é a regra, "e as possíveis regulações que existam na constituição dos regimes absolutistas ou ditatoriais constitui mero disfarce, ou um instrumento de poder nas mãos do ditador ou do tirano para acumular mais poder"[141]. Assim, essa categoria pressupõe o quadro referencial do Estado de Direito, embora seu uso sistemático e irrestrito possa levá-lo à ruína[142].

140 SERRANO, Pedro; BONFIM, Anderson; SERRANO, Juliana. Legalidade extraordinária e constituição. *In* Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 158

141 MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (I). **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009, p. 267. Tradução própria do original: "y las posibles regulaciones que existan en la Constitución de los regímenes absolutistas o dictatoriales constituye um mero disfraz, o un instrumento puesto en manos del dictador o del tirano para acumular más poder". Sobre esse ponto, interessante a análise que faz António Damasceno Correia (**Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989 p. 36 - 40) dos três argumentos de Benjamin Constant a favor da proibição de uma normatividade de exceção na constituição. Para Constant, isso se justifica pois 1) a suspensão da constituição tende não a conservá-la, mas a conservar governos; 2) ela também não garante a segurança desse governo, pois se ele não consegue se prolongar com medidas legais, cairá invariavelmente depois; 3) se as revoluções têm raízes profundas, a suspensão de garantias constitucionais não as exterminará, mas se não as tiver, não será necessário apelar a uma normatividade excepcional. Damasceno Correia rebate essas críticas dizendo que 1) as normas de suspensão temporária de garantias conseguem sim preservar a constituição, e a preservação de um governo legitimamente empossado que esteja ameaçado por uma força ilegítima é, também, preservar a ordem constitucional que o garante, o que não vale num regime antidemocrático pois as instituições em si que se pretende preservar são ilegítimas; 2) o mesmo vale para o segundo argumento, não importa que esse governo caia legitimamente num momento de ordinariedade institucional, o estado de exceção serve justamente para garantir essa possibilidade; 3) o terceiro argumento não consegue refutar a experiência histórica a mostrar que, em certas crises, a rapidez extraconstitucional e extrajudiciária, tem evitado revoluções e mantido a paz pública, como no caso dos Gracos, de Catalina e dos Guise no reinado de Henrique III. Ao fim, conclui queos argumentos de Benjamin Constant não florescem num regime democrático, mas seu espírito e mensagem se aproveitam plenamente para o estudo dos regimes não democráticos, onde a declaração de estado de exceção serve à perpetuação da iniquidade, radicando numa dupla ilegitimidade do poder constituído. Em suas palavras conclusivas (p. 40): "Em democracia, onde existe uma separação real e não artificial dos poderes, onde o equilíbrio e susceptibilidade de fiscalização das medidas excepcionais pertence normalmente a plúrimos órgãos de soberania, a suspensão parcial da Constituição representa <<ab initio>>, uma medida meritória e legítima, uma vez que se destina a salvaguardar o valor maior que é a democracia. Em contrapartida, nos Estados autoritários a suspensão do exercício das garantias mínimas representa uma perfeita aberração, porquanto não existe qualquer legitimidade para defender a ordem instituída".

142 VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 22

Sobre esta última distinção, há de se pontuar que, conquanto este é um trabalho essencialmente dogmático, parto do pressuposto dos estados de exceção como categorias jurídicas. Não se olvida, porém, que a literatura sobre esses momentos jurídicos excepcionais diverge sobre sua natureza jurídica ou extrajurídica[143]. Desde o início desse trabalho sustento, inclusive a partir de uma perspectiva do direito como subsistema social funcionalmente diferenciado, que os ordenamentos jurídicos têm a capacidade de, por meio de generalizações de expectativas, normatizar mesmo as situações ditas excepcionais. Dessa forma, as manifestações extraordinárias de poder performadas dentro de procedimentos previamente estabelecidos se dão em termos estritamente jurídicos, condicionados à linguagem própria do sistema, ou seja, sempre podem ser avaliadas como lícitas ou ilícitas pelos parâmetros do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, até os mais radicais estados de exceção previstos constitucionalmente são, por definição, instituições jurídicas – "nascem, vivem e morrem juridicamente"[144] -, mesmo que a causa a lhes ensejar seja um imperativo fático (e sempre é). É verdade, por exemplo, que uma invasão externa demanda do Poder Público ações extraordinárias para a preservação do Estado, mas não é essa necessidade que cria o estado constitucional de exceção, e sim uma previsão normativa prévia que qualifica a situação fática e comina-lhe determinado procedimento. A forma que toma essas hipóteses normativas, contudo, varia de ordenamento para ordenamento, refletindo um difícil equilíbrio entre abstração e concretude, diante da contingência que enfrenta o constituinte ao tentar antever o futuro.

O problema da contingência a que esses institutos se propõem a antever é dos mais sensíveis dentro de um Estado de direito, manifestando-se não apenas em relação às suas

143 Sobre o tema, esclarece Giorgio Agamben (**State of exception**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005. p. 22 – 23) ao dizer que "as diferenças nas tradições jurídicas correspondem na academia com a divisão entre aqueles que procuram incluir o estado de exceção dentro da esfera da ordem jurídica e aqueles que o consideram algo externo, isto é, um fenômeno essencialmente político, ou em qualquer caso extrajurídico. Dentre os primeiros, alguns (Como Santi Romano, Hauriou e Mortati) entendem o estado de exceção como sendo uma parte integral do direito positivo, porque a necessidade que o embasa funciona como uma fonte autônoma do direito, enquanto outros (como Hoerni, Ranelletti e Rossiter) concebem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria preservação". (Tradução própria do original: "The diferences in the legal traditions correspond in scolarship to the Division between those who seek to include the state of exception within the sphere of the juridical order and those who consider it something external, that is, an essentially political, or in any case extrajuridical, phenomenon. Among the former, some (such as Santi Romano, Hauriou and Mortati) understand the state of exception to be an integral part of positive law because the necessity that grounds it acts as na autonomous source of law, while others (such as Hoerni, Ranelletti, and Rossiter) conceive of it as the state's subjective (natural or constitutional) right to its own preservation.")

144 HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação** – ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 20

hipóteses de incidência, mas também em relação à extensão dos seus efeitos; em suma, é um problema de criar institutos capazes de lidar com as situações emergenciais na exata medida de sua necessidade.

Alexander Hamilton, nos artigos federalistas, argumentava que a ameaça do indefinido era tão grande que a constituição deveria abrir a possibilidade de atribuir poderes ilimitados ao governo (Executivo e Legislativo) em situações de emergência, pois também são ilimitados os perigos que o Estado pode enfrentar[145]. Hamilton admitia a atribuição de poderes ilimitados por entender que a necessidade fática se impõe à normatividade, de forma que um regime de urgência muito restrito será invariavelmente violado e dobrado, o que – mesmo que de forma bem fundamentada – findaria por enfraquecer a ordem legal como um todo e estabelecer um precedente para violações em tempos de normalidade[146].

Por outro lado, a falta de limites no exercício de poderes emergenciais também cria o perigo de subversão da ordem jurídica, pois o exercício absoluto desses poderes pode ser dar sobre aspectos constituintes da normalidade institucional, alterando permanentemente a ordem constitucional a fim de promover os grupos e pessoas detentoras do poder[147]. Trata-

145 Por sua eloquência, transcrevo literalmente parte do argumento de Alexander Hamilton constante do artigo federalista n. 23 (*In* Alexander Hamilton; James Madison; John Jay. **The Federalist**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005. p. 124): "Esses poderes devem existir sem limitações: porque é impossível antever ou definir a extensão e a variedade das exigências nacionais, e a correspondente extensão e variedade dos meios que possam ser necessários para as satisfazer. As circunstâncias que periclitam a segurança das nações são infinitas; por essa razão, nenhuma amarra constitucional pode ser sabiamente imposta aos poderes aos quais se atribui o seu cuidado." (tradução própria do original: "These powers ought to exist without limitation: Because it is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them. The circumstances that endanger the safety of nations are infinite; and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed."). No artigo federalista n. 25 (*In* Alexander Hamilton; James Madison; John Jay. **The Federalist**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005. p. 136) Alexander Hamilton complementa seu argumento inicial ao tratar dos poderes em tempo de paz, através do exemplo da Pensilvânia, que à época tinha uma bula de direitos proibitiva da constituição de exército permanente, cuja existência em tempos de paz seria perigosa à liberdade dos indivíduos. Contudo, apesar da referida bula de direitos, a Pensilvânia havia constituído uma tropa militar para lidar com desordens parciais que enfrentara e que permanecia constituída em tempos de paz, o que demonstraria, segundo Hamilton, "(...) quão tendentemente pouco respeitados são os direitos estabelecidos por um governo fraco, até mesmo pelos seus eleitores" e "(...) como prescrições legais irrazoáveis conflitam com a necessidade pública." (tradução própria do original: "(...) how little the rights of a feeble government are likely to be respected, even by its own constituents" e "(...) how unequal parchment provisions are to a struggle with public necessity").

146 HAMILTON, Alexander. Federalist twenty-five. In Alexander Hamilton; James Madison; John Jay. **The Federalist**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005. p. 137

147 Essa preocupação foi sentida pelo deputado Ribeiro de Almeida quando da histórica sessão da Câmara dos Deputados do dia 30 de outubro de 1894, reunida para deliberar sobre a responsabilidade do Presidente Floriano Peixoto em relação aos atos praticados pelo Executivo para lidar com a revolta de 6 de setembro de 1893, sob fundamento de estado de sítio. Por sua relevância e por ilustrar debate jurídico dos primórdios da nossa república, transcrevo literalmente trecho do seu discurso (grafia original): "A decretação dessas medidas importa ou traduz sómente um excesso de vaidade do Poder Executivo, para mostrar á nação que ella podia lançar mão de todos os meios os mais reprovados e arbitrarios, os mais contrarios á lei, para que não restasse a menor duvida sobre seu poder absoluto, e que ele era realmente o centro de todo o movimento, a cabeça e o braço de toda a nação, o único poder existente, nessa luta em que era sustentada mais a sua pessoa, mais o seu poder individual

se, valendo-me da terminologia de Jacques Derrida[148], de um constante risco "autoimune". A reação imune protege a integridade do corpo por meio da produção de anticorpos contra antígenos, porém, às vezes desdobra-se num processo de autoimunização em que o corpo precisa se proteger da sua própria auto-proteção e destruir o seu sistema imunológico (desconstrução de si). A interação desse fenômeno – e do seu tratamento - com outras patologias é, na medicina, muito crítica e complexa, mas existe nele uma lógica geral própria que Derrida transpõe para as ciências sociais e, até como metáfora, serve muito bem a o que estamos comentando aqui. Há espaços em que o corpo social precisa se proteger contra sua própria proteção, sua polícia, seu poder de rejeição, sua imunidade[149].

Esse processo de autoimunização, que, segundo o pai do desconstrucionismo, é cultivado em todas as sociedades, é uma aporia contingente que põe em xeque as certezas sobre o próprio princípio da autopreservação em vista a uma sobrevida institucional e mantêm-na aberta a uma realidade que vai além de si; nessa aporia, tem-se "ao mesmo tempo oportunidade ou chance e ameaça, ameaça como chance"[150]. O movimento gerado pelas justificativas de exceção tem um efeito concreto de projeção racionalizante sobre os limites da soberania e o estado de terror, de maneira que os estados de exceção funcionam como *phármakon*[151], uma droga que pode ser ao mesmo tempo remédio e veneno, de uma inflexível autoimunidade que não se limita apenas a formas representativas e anda sempre muito perto de sua própria destruição[152].

do que a independência, do que o princípio da autoridade, do que a nossa Constituição." (In Brasil. Câmara dos Deputados. **Estado de sítio** – crise revolucionária no Rio Grande do Sul, Revolta de 6 de setembro de 1893 (1893-1895) – volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1926. p. 486)

148 DERRIDA, Jacques. **Acts of religion**. Nova York/Londres: Routledge, 2002. p. 79 - 87

149 Um bom exemplo que Derrida (**Rogues**: two essays on reason. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 33 – 35) dá desse fenômeno é a de uma eleição na Argélia, seu país natal, em que se queria eleger um político defensor da abolição de futuras eleições; seria o caminho democrático de acabar com a democracia. Para ele, colonização e descolonização foram ambas experiências autoimunes em que a imposição violenta de uma cultura e linguagem política associadas ao ideal greco-europeu terminou por produzir o exato oposto de uma democracia (a Argélia Francesa), o que gerou uma "guerra-civil" de independência em nome dos mesmos ideais políticos propagandeados pela metrópole. No contexto da referida eleição, foi preciso que o governo argelino de então, ciente desse risco e contrariamente ao desejo da maioria da população, interrompesse um processo eleitoral que estava em curso para garantir a democracia ameaçada por agressores não só externos, mas também internos. A (auto)imunização da democracia se deu por autodestruição de suas partes. Para além desse exemplo, é importante dizer que, no pensamento do filósofo argelino, toda democracia encerra um processo autoimune na medida em que por seus mecanismos de autoconservação acaba (antidemocraticamente) excluindo populações; há nela, inerentemente, uma aporia.

150 DERRIDA, Jacques. **Rogues**: two essays on reason. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 57. Tradução própria do original "at the same time opportunity or chance and threat, threat as chance".

151 DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005. p. 14. Na sua definição, "o phármakon seria uma substância, com tudo o que esta palavra possa conotar, no que diz respeito a sua matéria, de virtudes ocultas, de profundidade críptica recusando sua ambivalência à análise, preparando, desde então, o espaço da alquimia, caso não devamos seguir mais longe reconhecendo-a como a própria anti-substância".

152 DERRIDA, Jacques. **Rogues**: two essays on reason. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 157

Giorgio Agamben[153] alerta para o fato de que na história dos Estados modernos o uso da exceção como prática salvífica do governo acaba por instituir uma práxis gerencial permanente, como técnica desvinculada de um sistema normativo ou de uma ciência, que mede forças com as situações concretas sem precisar observar parametrizações; é saber que o ordenamento tem sempre essa porta de saída para o poder, instrumentalizando-se a exceção de forma tópica[154]. Ainda mais grave, vale dizer, quando essa permanência se dá silenciosamente, sem golpes e decretações, por meio de uma paulatina inserção de elementos emergenciais nas rotinas democráticas ordinárias, radicando num "autoritarismo líquido"[155]. Na teoria política, isso é controlado por meio de uma ética institucional, o que significa estabelecer uma dependência entre o poder e certas estruturas (técnicas de crise) que diferenciam temporalmente o risco do poder, pois "o Estado de direito se caracteriza pela necessidade de prever a própria exceção e de regulá-la de forma jurídica"[156].

Assim, o desafio do direito é conseguir estabelecer hipóteses suficientemente generalizadas (princípio da taxatividade das circunstâncias extraordinárias[157]), mas sem o

153 AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória**: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer, II, 2. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 37

154 É interessante, aqui, mencionar a crítica que Hannah Arendt (**Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 92 - 157) faz ao governo revolucionário de Robespierre, por ele caracterizado como despotismo da liberdade contra a tirania, guiado por uma lógica permanente de guerra, e cuja força moral é a virtude e o terror, ambos indispensáveis à liberdade coletiva, sempre ameaçada por inimigos. Para Arendt, a piedade, tomada como fonte da virtude, possui uma capacidade para a crueldade maior do que a própria crueldade, e o governo revolucionário seria grande prova disso, seu mal maior foi, ao inspirar-se na virtude, não reconhecer quaisquer limites a ela, não dar freios à necessidade popular e à violência usada para atendê-la. Nesse sentido, a autora afirma que ao desconsiderar os interesses (e direitos) individuais dando à questão social um caráter absoluto, a revolução radicou no fracasso, o amor pelo que vinha a ser destruiu o que era. Noutras palavras, sua crítica aponta para o perigo do discurso revolucionário, que é um discurso de exceção, de dar extremo poder a uma força social por mais bem intencionada que seja (como a necessidade do povo); assim, a legitimidade de um poder excepcional deve repousar na sua limitabilidade, na sua deferência aos interesses sensíveis dos indivíduos e a balizas normativas, daí, em sua obra, opor as ideias de Robespierre às de Montesquieu. Nas suas palavras: "Na grande percepção e Montesquieu, de que mesmo a virtude deve ter seus limites, ele veria apenas a máxima de um coração empedernido. Graças à duvidosa sabedoria da visão retrospectiva, estamos cientes de que Montesquieu tinha vistas mais largas e que a virtude de Robespierre, inspirada na piedade, desde o começo de seu governo pisoteou a justiça e atropelou as leis. (...) O rumo da Revolução Francesa, quase desde o início, foi desviado desse curso de fundação pela imediaticidade do sofrimento; ele foi determinado pelas exigências de libertação não da tirania, e sim da necessidade, e foi movido pela ilimitada imensidão tanto da miséria do povo quanto da piedade inspirada por essa miséria. A ausência de legalidade do "tudo é permitido" aqui brotava dos sentimentos do coração, cujo próprio caráter ilimitado contribuiu para desencadear um turbilhão de violência igualmente ilimitada." (129 - 131).

155 Sobre uma leitura mais aprofundada desse fenômeno: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. **Themis – Revista da ESMEC**, v. 18, n. 1, 2020.

156 MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (II) Um estúdio de derecho constitucional comparado. **Revista de Derecho UNED**, n. 5, 2009, p. 213. Tradução própria do original: "el Estado de Derecho se caracteriza por la necesidad de prever la propia excepción y de regularla de forma jurídica."

157 Segundo Goig Martinez (La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (I). **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009, p. 277), "as alterações da normalidade que constituem o regime de

perigo de serem banalizadas (inflacionadas), e atribuir-lhes efeitos adequados para uma atuação eficaz do Poder Público, mas sem o risco de criar disfuncionalidades permanentes na ordem constitucional. "Poder de mais" ou "poder de menos" degradam igualmente a normatividade de um Estado constitucional[158], ou, nas palavras de Jorge Bacelar Gouveia, "a eficiência não pode ser excessiva ao ponto de conduzir à ditadura, mas a normatividade não pode ser hipertrofiada sob pena de inutilizar mesmo as mais musculadas defesas da ordem constitucional democrática"[159]. É certo que, nesse contexto, o estado de exceção pressupõe força estatal organizada (poder de coação) e flexibilidade de decisão política, mas é a permanência de um núcleo axiológico constitucional garantido por um procedimento que, a despeito do poder coativo, o afasta da mera revolução[160].

Esse referido núcleo axiológico fundamental é certamente de difícil precisão e variará conforme a cultura jurídica dominante em cada Estado. A despeito disso, tendo em vista a noção de Estado constitucional e os valores jurídicos que informam o constitucionalismo ocidental contemporâneo, pode-se elencar, na esteira da lição de Torres del Moral[161], o seguinte conteúdo da juridicidade estatal a ser preservada em estados de exceção: a) a primazia da liberdade sobre os valores instrumentais, como a ordem e a segurança, traduzido especialmente na provisoriedade das medidas tomadas e no ônus argumentativo que recai sobre o poder público em favor de quem tem seu direito restringido; b) vigência e permanente defesa da segurança jurídica (princípio da máxima certeza), o que requer a correição procedimental das medidas adotadas e seus resultados, assim como a intervenção judicial para sua adoção e controle (político e judicial) posterior; c) manutenção do funcionamento das instituições até onde seja possível e compatível com a erradicação do

exceção são unicamente as previstas na constituição, ou nas leis, e, na medida do possível, devem ser o mais concreta possíveis.". Tradução própria do original: "Las alteraciones de la normalidade que constituyen el régimen de excepción, son únicamente las previstas en la Constitución, o en las leyes, y, en la medida de lo posible, deben de ser lo más concretas posibles."

158 LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 69 - 73

159 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book]

160 A relação do poder coativo de exceção com a violência revolucionária é de alguma maneira similar à relação que Hans Kelsen (**Teoria pura do direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 74 e ss.) faz entre o cobrador de impostos e o bando de salteadores. De um ponto de vista subjetivo são duas violências que se assemelham, mas a distinção entre ambas reside no sentido objetivo em que esses atos de violência são executados, pois "o sentido da ordem jurídica é que certos males devem, sob certos pressupostos, ser aplicados (...)". Do ponto de vista de sua autoridade, os atos coativos do estado de emergência realizam a própria constituição (seu dever-ser) e seus procedimentos, partem dela, enquanto a violência revolucionária funda-se em ordem externa à ordem constitucional, com potencialidade de suprimi-la; de seu ponto de vista, é mero ilícito.

161 TORRES DEL MORAL, Antonio. Terrorismo y principio democrático. **Revista de Derecho Político**, n. 78, UNED: mai./dez. 2010, P. 157 - 158

problema (em especial o Poder Legislativo), observando-se a presunção de legitimidade dos atos do Poder Público e o princípio da responsabilidade sobre eles[162].

Além disso, não se pode olvidar os mandamentos normativos e limitações advindos da ordem internacional e eventualmente da ordem comunitária. Hoje é indiscutível o caráter supranacional dos direitos humanos, qualificando-se muitas de suas normas como *jus cogens* (normas peremptórias que obrigam a todos os Estados). Apesar de este ser um conceito com âmbito não perfeitamente determinado, a Corte Internacional de Justiça já identificou o conteúdo de algumas dessas normas em seus julgados, como a proibição de genocídio, escravidão, discriminação racial e tortura[163].

De forma mais expressa, os sistemas regionais de direitos humanos costumam trazer em suas convenções diretrizes e limites aos estados de exceção, cuja violação pode ensejar a responsabilidade internacional dentro de cada específico modelo adjudicatório. Bom exemplo disso é o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950[164], que reconhece a possibilidade de derrogação de suas normas em casos de estado de exceção, ressalvando alguns direitos inderrogáveis: o direito à vida, a proibição de tortura, a proibição de escravidão, trabalho forçado e servidão, e o princípio da legalidade para imposição de penas e delitos. Pontue-se que, em razão da prescrição deste dispositivo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assume um importante papel de órgão controlador da licitude dos estados de exceção, podendo avaliar suas motivações e a necessidade das medidas adotadas[165].

162 Em sentido similar: MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (I). **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009, p. 277 – 280. Digna de nota, sobre o tema, a lição de Rui Barbosa (**Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2004. p. 167 - 168) quando adverte sobre a consequência de se reconhecer a natureza política da função do Chefe de Estado num estado de sítio, assim como de sua autoridade propriamente discricionária nesse particular. Para o autor, ao conferir uma autoridade política e discricionária ao Presidente da República, a Constituição incumbe ao congresso o papel exclusivo de controlar tais decisões em seu mérito. Porém, dizer isso não exclui a dos tribunais a competência de controlar a atuação que transborda as hipóteses constitucionalmente admitidas. Diz ele que "o arbítrio repressivo transpõe a esfera política, e invade a esfera civil", pois "deixou de ser recurso de polícia, ou de política, ou de polícia política: transformou-se em espoliação. E, para espoliação, os tribunais".

163 SHAW, Malcom N. **International law**. 17ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 88

164 Artigo 15.º - (Derrogação em caso de estado de necessidade) - 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional. 2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º 3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação. (Disponível em < http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4 > acesso em 09 de dezembro de 2020

165 Esse controle foi exercido já em vários casos, destacando-se por seu pioneirismo o caso *Lawless v. Ireland* de 1960. Trata-se de ação movida por Gerard Lawless, que fora membro do movimento conhecido como Exército Republicano Irlandês – IRA, contra a Irlanda pedindo o reconhecimento da ilicitude de sua prisão em

Com o mesmo escopo, temos também o exemplo do artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos[166], cujo núcleo inviolável de direitos listados é ainda mais extenso que aquele da Convenção Europeia, incluindo o direito à integridade pessoal, a liberdade de consciência e religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

Ainda, não se pode ignorar que algumas constituições - como a brasileira - preveem limites substanciais à reforma da constituição, conhecidos como cláusulas pétreas. Por harmonia interpretativa, exceto em caso de autorização expressa, tais matérias não poderiam sofrer modificação com base na decretação de um estado constitucional de exceção, pois constituem o núcleo mesmo da normatividade constitucional, imodificável e perenemente protegido enquanto vigente e eficaz a Constituição.

Nessa esteira, no tocante aos direitos fundamentais, há de se observar a noção de seu "núcleo de conteúdo" - o "*Wesengehalt*" do art. 19 (2) da Lei Fundamental de Bonn[167] -, a

1957 pelo governo irlandês e reparação pecuniária. A prisão fora justificada numa lei emergencial promulgada em 1939 e emendada em 1940 conferindo poderes especiais de prisão aos Ministros de Estado para combater os atos de violência perpetrados em território irlandês pelo IRA, considerado organização ilícita; a lei autorizava a criação de cortes criminais especiais para julgar essas prisões de membros de organizações ilícitas supostamente envolvidos com as atividades ilegais. A partir de 1956 os atos de violência do IRA se intensificaram com ataques a delegacias de polícia por todo o país, um dos quais resultou na morte de um policial, o que levou a uma reação enérgica da República da Irlanda com respaldo na legislação mencionada, contexto no qual Gerard Lawless foi preso por possuir manuscritos sobre táticas de guerrilha, mapas e planos de realizar ataques a um posto de fronteira. Sua prisão, realizada com base na lei emergencial, foi imediata e o julgamento que a confirmou foi realizado a posteriori. A Irlanda justificou a licitude de suas ações no artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, alegando a existência de um estado de exceção. O tribunal concluiu por unanimidade pela licitude das prisões e, mais ainda, da própria lei emergencial, que seria compatível com o conceito de emergência pública do artigo 15 definida pela corte como "uma situação excepcional de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui uma ameaça à vida organizada da comunidade que compõe o Estado". Tradução do original "an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed;" (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Lawless v. Ireland (No. 3)**. App. 332/57. Judgment. Strasbourg, 01 de julho de 1961. p. 28)

166 Artigo 27. Suspensão de garantias - 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. 3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspendido, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão. (Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acesso em 09 de dezembro de 2020

167 "(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência" (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020).

esfera dinâmica de eficácia mínima de um direito para que tenha uma existência prática, que reflete a ideia de um limite dos limites ("*Schranken-schranke*") a impedir sua flexibilização mesmo diante de exceções[168]. Esses limites, "que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas"[169]. A delimitação desse *Kern*, quando não explicitamente delineada pelo texto constitucional, envolve, na temática dos estados de exceção, a salutar noção de temporalidade das medidas, de maneira a tornar inaceitável qualquer restrição que tenda a causar danos permanentes à efetividade daquela garantia; é considerar a lógica própria da eficácia habilitadora do direito fundamental, no sentido de que sua flexibilização se dá para viabilizar sua permanência e ulterior máxima eficácia.

Do ponto de vista hermenêutico, todo esse núcleo valorativo nos conduz a algumas diretrizes de interpretação das provisões normativas sobre os estados de exceção. Primeiro, há de se observar o princípio hermenêutico da correção funcional[170], de maneira que essa atividade interpretativa não pode modificar o modelo de distribuição constitucional das funções para além daquilo que for expressamente permitido pelo texto constitucional, isto é, o intérprete deve procurar, nos limites da literalidade, a manutenção do funcionamento dos Poderes, a fim de não se subverter ordem institucional que se visa conservar. Nesse mesmo sentido de conservação, está o critério da eficácia integradora[171], de maneira a dar-se preferência a soluções e medidas – estritamente constitucionais - que mantenham a unidade política, evitando-se quebras de regime e descontinuidade institucional. Por fim, é essencial que se mantenha um esforço interpretativo de "reforço democrático", entendido aqui não como autocontenção judicial no controle de constitucionalidade (como faz John Hart Ely[172]), mas como como preferência por interpretações que favoreçam a manutenção das estruturas de participação e controle social, inclusive pela oportuna integração do poder legislativo nos processos decisórios de urgência.

168 LEIJTEN, Ingrid. **Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights**. Cambridge / New York: Cambridge University Press, 2018. p. 123 e ss.
169 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241
170 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 68
171 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 69
172 ELY, John Hart. **Democracy and distrust** – a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

Assim, percebe-se que o enfrentamento desse desafio de dar a medida da atribuição de poderes excepcionais pelas constituições modernas, com o estabelecimento de regimes de emergência limitados e coexistentes com o funcionamento ordinário das instituições por eles não atingidas, foi um avanço do constitucionalismo. Por meio dele, supera-se a dicotomia entre a simples inexistência de poderes emergenciais (todos os poderes do governo são aqueles ordinariamente atribuídos pela Constituição) e o relativismo hamiltoniano de que no silêncio da constituição o governo pode assumir poderes ilimitados e suprimir quaisquer regras quando entender necessário[173].

É salutar, portanto, compreender o estado de exceção como Jano bifronte, é um instituto que de um lado atribui poderes excepcionais, mas de outro também estabelece os seus limites, que podem ser de natureza quantitativa (relativas a que medidas adotar), temporais (prazos de vigência para essas medidas), e formais (relativas a como aplicar as medidas)[174]. A autoridade do poder não reside no governo, mas sim na constituição; ao autorizá-lo, a constituição se coloca como seu limite e fundamento jurídico. Presta-se, então, o estado constitucional de exceção, a uma dupla garantia: a de atribuição de poderes capazes de lidar com a crise que o enseja, mas também a de que esses poderes não se voltem contra a própria normalidade institucional e o núcleo base dos direitos fundamentais[175].

Inclusive, entendo ser correto afirmar que mesmo na ausência de regulação constitucional específica, ou na deficiência desta regulação, os estados de exceção se fundam invariavelmente no direito e na legalidade constitucional. Damasceno Correia[176], em análise das soluções dadas ao silêncio da Constituição Italiana de 1947, demonstra que a doutrina não

173 Sobre esse debate no constitucionalismo estadunidense, Jules Lobel (Emergency Power and the Decline of Liberalism. **The Yale Law Journal**, vol. 98, 1989, p. 1385 - 1392) distingue três correntes de pensamento: absolutistas, relativistas e liberais. A perspectiva absolutista é a de que o governo detém apenas os poderes expressamente atribuídos pela constituição, e os governantes devem saber lidar com as emergências dentro desse limite, comportando-se, para tanto, interpretações ampliativas, mas sempre dentro daquilo que for textualmente permitido. A posição relativista é aquela de Hamilton comentada acima, de que os documentos normativos se dobram à necessidade, sendo um princípio de preservação que o governo tenha a autoridade de fazer tudo aquilo que estiver em suas mãos para lidar com ameaças à sua existência, independentemente de qualquer previsão normativa limitativa e mesmo do silêncio da constituição. A solução liberal, porém, é a de separar o regime normal de um regime de urgência - cuja existência não dissolve a do primeiro – constitucionalmente delineado que pode até mesmo atribuir poderes gigantescos ao governo, mas não é dele a autoridade dessa atribuição, isto é, a autoridade vem da própria constituição que estabelece a forma e os limites do seu exercício e sujeitando seus agentes a responsabilização.

174 MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (II) Um estúdio de derecho constitucional comparado. **Revista de Derecho UNED**, n. 5, 2009, p. 214

175 ARÈVALO, Manuel Francisco Clavero. Ensayo de uma teoria de la urgência em el derecho administrativo. **Revista de Administración Publica**, n. 10, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 28

176 CORREIA, Antônio Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 41 - 58

apenas admite o estado de sítio, como oferece diferentes razões e limitações para ele, seja por recurso ao costume, à necessidade ou às técnicas interpretativas; estas últimas, sem dúvida, afiguram caminho mais adequado para uma construção normativa com maior esteio positivo-constitucional diante do silêncio textual, perspectiva esta que autoriza a adoção analógica das condicionantes do decreto-lei (vide capítulo 3) com as adaptações devidas à finalidade conservativa própria dos estados de exceção.

É certo que, enquanto medidas mais extremas de um regime constitucional, os estados emergenciais se situam em paralelo ao desenho constitucional dos direitos fundamentais. Esses direitos se colocam como limitações ao poder do Estado, são legítimas amarras de sua atividade, mas sua plena eficácia pressupõe a normalidade social, pois nos momentos de crise seriam embaraços à ação do governo[177]. Falar de estado constitucional de exceção, é falar em estabelecer novos desenhos à eficácia dessas normas garantidoras, há entre os dois uma conaturalidade. Isso quer dizer que a mesma constituição que outorga direitos e garantias é que deve estabelecer as hipóteses e os limites de sua mitigação, o que implica concluir que a ideia de um estado excepcional de crise é a de legitimar a limitação de direitos fundamentais a fim de, a longo prazo, ser possível continuar a garanti-los; em outras palavras, os próprios direitos fundamentais compreendem uma eficácia habilitadora dos estados constitucionais de exceção.

Ocorre que, mesmo na ausência de qualquer regra específica, a normatividade constitucional e, especialmente, seu regime de direitos fundamentais impõe-se sobre toda e qualquer ação do Estado, de maneira que, a partir do postulado normativo da proporcionalidade, é possível traçar padrões autorizativos de poderes excepcionais e limites normativos a esses poderes.

É jargão da hermenêutica constitucional que direitos fundamentais não são absolutos, e é exatamente nessa perspectiva que se vislumbra os sopesamentos necessários a identificar a extensão do interesse público. Isso quer dizer, em outras palavras, que o estado constitucional de exceção é essencialmente uma grande ponderação de interesses jurídicos de status constitucional, de forma que remanesce como uma categoria – ou fenômeno - jurídica mesmo no pleno silêncio da constituição escrita.

Portanto, do ponto de vista estritamente normativo – que aqui nos interessa – os estados constitucionais de exceção são categorias jurídicas como tantas outras, pois na medida

177 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 289

em que suspendem procedimentos ordinários e autorizam restrições das mais graves a direitos individuais, também afirmam o próprio ordenamento por meio da observância às fórmulas jurídicas que as justificam[178]; são, portanto, intrinsecamente "lícitos". Em outras palavras, o estado de exceção não é um imperativo fático que autoriza atos ilícitos, ele é, por força do ordenamento, uma categoria lícita cujos efeitos (não custa enfatizar: lícitos) conotam uma juridicidade de exceção[179]; é o que ensina Eros Grau ao explicar que "não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção"[180].

Apesar disso, é certo que a causa fática (que recebe do direito seu colorido jurídico) desses institutos tem enorme relevância na determinação de seus limites e na sua atribuição de legitimidade. Conforme tratado no tópico anterior, todos esses estados constitucionais de exceção são limitados e vinculados pela sua própria finalidade, isto é, a superação da situação fática que põe em perigo o Estado, suas instituições e seu povo. A noção de "princípio da preservação", portanto, é de sua essência, e define-se sempre em relação ao suporte fático da normatividade excepcional invocada. Do mesmo modo, repise-se que sua decretação não significa o desfazimento total da normalidade constitucional, convivendo as competências de urgência com as competências ordinárias mantidas nas áreas que não afetem a solução da crise.

178 Giorgio Agamben (**State of exception**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005. p. 1.) enfatiza fortemente essa dicotomia entre o estado de exceção visto como fenômeno político e visto como fenômeno jurídico, o que, na sua visão constitui-se na forma de um paradoxo. Em suas palavras: "(...) se medidas excepcionais são o resultado de um período de crise política e, como tal, devem ser entendidas sob bases políticas e não jurídico-constitucionais (...), então elas se encontram na posição paradoxal de serem medidas jurídicas que não podem ser entendidas em termos legais, e o estado de exceção aparece como a forma legal daquilo que não tem forma legal. De outro lado, se o direito emprega a exceção – que é a suspensão do próprio direito – como um meio original de se referir a uma realidade abrangente, então a teoria do estado de exceção é a condição preliminar para qualquer definição da relação que vincula e, ao mesmo tempo, abandona o ser vivo ao direito.". Tradução do original: "(...) if exceptional measures are the result of periods of political crisis and, as such, must be understood on political and not jurídico-constitutional grounds (...), then they find themselves in the paradoxical position of being juridical measures that cannot be understood in legal terms, and the state of exception appears as the legal form of what cannot have legal form. On the other hand, if the law employs the exception – that ist he suspension of law itself – as its original means of referring to an encompassing life, then a theory of the state of exception is the preliminar condition for any definition of the relation that binds and, at the same time, abandons the living being to law."

179 Nesse sentido a lição de Gomes Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituiçã**o. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1085 - 1086) que escreve: "a incorporação constitucional de uma disciplina extraordinária para situações de emergência significa que se pretende não apenas uma causa de justificação eventualmente excludente de culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional (o que pressupõe a sua <<ilicitude constitucional>>) mas uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos ou medidas (o que implica, desde logo, o reconhecimento do direito e dever das autoridades constitucionalmente competentes para recorrer a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionados para afastar perigos graves ou situações de crise que ameaçam a ordem constitucional democrática)."

180 GRAU, Eros. O futuro do direito. *In* António José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). **O direito e o futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 601

Carl Schmitt[181] talvez tenha sido o autor mais lembrado quando se trata sobre estado de exceção. Inspirado pela ditadura romana, em 1921 ele escreveu o livro *Die Diktatur* sobre como a exceção se manifestava no direito constitucional. Apesar de sua clara tendência autoritária, da lição de Schmitt remanesce a identificação de uma característica fundamental desses institutos, que se infere da distinção que ele realiza entre ditadura comissária e ditadura soberana. Para o autor, "(...) a ditadura comissária suspende a constituição para protegê-la – a mesma – na sua forma concreta"[182], enquanto a ditadura soberana "(...) não apela para uma constituição existente, mas para uma que ainda virá"[183], à qual se vincula e relaciona; em suma, a ditadura soberana é poder constituinte. Assim, podemos compreender que tal qual a chamada ditadura comissária, os estados de exceção, por definição, não são manifestação de poder constituinte, e sim de poder constituído. Contudo, não parece certo falar aqui em uma suspensão da constituição, pois os estados de exceção configuram a efetivação mesma da constituição pela incidência de suas normas de garantia e autopreservação traduzidas em princípio de defesa da ordem constitucional[184].

No *Politische Theologie*, livro posterior, Schmitt aprofundou sua crítica ao Estado de direito e à democracia liberal, afirmando que seus paradigmas eram insuficientes e frágeis para lidar com as emergências sociais. O autor ligava a ideia de exceção à de ditadura como um estado de total suspensão da ordem jurídica ordinária, e, ao dissertar sobre a ideia de soberania, vinculava-a à de exceção, pois soberano é aquele com o poder de decisão sobre o excepcional, não a rotina.

181 Schmitt foi um jurista alemão de extrema direita que escreveu inúmeros trabalhos sobre direito constitucional, teoria do Estado e teoria do direito. Sua obra concentrou-se em fazer uma crítica ao liberalismo e serviu para dar suporte doutrinário às doutrinas nazistas por ele abertamente apoiadas a partir de 1933 (Vide MCCORMICK, John P. **Carl Schmitt's critique of liberalism**: against politics as technology. Cambridge: Cambridge University Press, 1997). Seu envolvimento com o nazismo e suas concepções teóricas explicitamente autoritárias não são mero detalhe biográfico, e sim elemento contextual a ser considerado na leitura de sua obra. Esse fato, que certamente mancha irremediavelmente sua biografia, não infirma por completo as contribuições teóricas de seus escritos e pesquisas, desde que lidos com verve crítica e comedida, fazendo-se sempre a ressalva daquilo que seja incompatível às conquistas democráticas e valores informativos do Estado de direito. Esse é, sem dúvida, um fato que não pode ser simplesmente ignorado e deve ser considerado crítica e cuidadosamente pelo intérprete.

182 SCHMITT, Carl. **Dictatorship** – from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 118. Tradução do original: „the commissary dictatorship suspends the constitution in order to protect it – the very same one – in its concrete form."

183 SCHMITT, Carl. **Dictatorship** – from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 119. Tradução do original: "does not appeal to an existing constitution, but to one that is still to come."

184 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book].

Para ele, a ordem jurídica de exceção substitui a ordem jurídica ordinária por força da superioridade do Estado (e do soberano) sobre o direito[185]. É o que explica ao dizer que "o que caracteriza uma exceção é principalmente autoridade ilimitada, o que significa suspensão integral da ordem existente. É claro em tal situação que o Estado remanesce onde o direito recua"[186]. Nesse sentido, a previsão de fórmulas jurídicas e condições de aplicabilidade seria mera ilusão, porque o direito não é capaz de regular sua própria suspensão, a decisão sobre a exceção seria sempre política, até mesmo quando opta por seguir certa diretriz; a única baliza que a Constituição conseguiria indicar é a de quem age nesses casos (o verdadeiro soberano)[187].

A crítica feita à fragilidade do Estado de direito que seria incapaz de prever o imprevisível, acaba jogando a urgência num cenário ainda mais incerto, o de um poder político ilimitado. Levando-se ao extremo, como enfatiza Gross[188], a teoria de Schmitt leva a um niilismo jurídico, a uma insegurança ainda maior do que aquela que ele procurou combater, porque ele acaba esgotando a distinção entre normalidade e exceção, reduzindo aquela a esta, já que através do poder ilimitado o soberano determina até mesmo o ordinário. A constituição não tem, nesse modelo, qualquer significado, resta apenas o decisionismo e uma noção muito personalista de soberania: o que o soberano decide é legítimo.

Como dito acima, não podemos nos desviar dos paradigmas de um Estado constitucional, com os quais essa concepção totalitária dos estados de exceção não se

185 Vale destacar o contexto mais abrangente de sua teoria do Estado no sentido de sempre enfatizar a autonomia e precedência da política em sua dialética com o direito, tensão que se observa em outras construções teóricas como a distinção que faz entre Constituição e leis constitucionais (ver SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1996. p. 45 - 57).

186 SCHMITT, Carl. **Political theology** – four chapters on the concept of sovereignty. Cambridge/London: The MIT Press, 1985. p. 12. Tradução propria do original: "What caracterizes an exception is principally unlimited authority, which means the suspension of the entire existing order. In such a situation it is clear that the state remains, whereas law recedes".

187 Posso resumir sua concepção nesse elucidativo trecho do *Teologia Política* (SCHMITT, Carl. **Political theology** – four chapters on the concept of sovereignty. Cambridge/London: The MIT Press, 1985. p. 6-7): "É precisamente a exceção que torna relevante o sujeito da soberania, isto é, toda questão da soberania. Os detalhes precisos de uma emergência não podem ser antecipados, nem pode alguém dizer o que deve acontecer nesse caso, especialmente quando é verdadeiramente uma matéria de extrema emergência e como ela deve ser eliminada. A pré-condição assim como o conteúdo da competência jurisdicional nesses casos devem ser necessariamente ilimitadas. Do ponto de vista constitucional liberal, não haveria competência jurisdicional alguma. A maior orientação que a constituição pode prover é a indicação de quem pode agir nesses casos" (Tradução propria do original "It is precisely the exception that makes relevant the subject of sovereignty, that is, the whole question of sovereignty. The precise details of an emergency cannot be anticipated, nor can one spell out what may take place in such a case, especially when it is truly a matter of an extreme emergency and of how it is to be eliminated. The precondition as well as the content of jurisdictional competence in such a case must necessarily be unlimited. From the liberal constitutional point of view, there would be no jurisdictional competence at all. The most guidance the constitution can provide is to indicate who can act in such a case").

188 GROSS, Oren. The normless and exceptionless exception: Carl Schmitt's theory of emergency powers and the "norm-exception" dichotomy. **Cardozo Law Review**, v. 21, 2000, p. 1840 - 1841

coaduna. Se é certo, como diz o autor, que todo direito é situacional, no sentido de que a validade imanente das normas pressupõe a existência de uma situação normal[189], é falso presumir que o exercício de poderes excepcionais em situações extraordinárias constitui mera decisão política que apenas parte da norma legal para sobrepô-la. O imprevisível não pode ser regulado por normas *ex ante* quando essas normas são extremamente específicas, porém as medidas de urgência conseguem ser eficazmente parametrizadas quando as normas contêm um grau ideal de vagueza e generalidade necessário a um agir flexível, mas não ilimitado[190].

Na verdade, quando o direito antecipa e corretamente generaliza a normatividade de exceção, essa distinção parece perder o sentido, e a titularidade da decisão[191] (que se dá por meio de procedimentos generalizados) recai sobre as instituições regulares do Estado, sem suspender a inteireza da regularidade. Nesse sentido, reforça-se a estabilidade do próprio poder instituído. Isso porque, o Estado de direito se constrói sobre a separação de poderes, e num modelo de estado constitucional de exceção cada um deles participa da sua declaração, da extensão dos seus efeitos ou do seu controle, de forma a excluir a arbitrariedade desses momentos ou, ao menos, diluir o ato político entre diferentes autoridades condicionadas a parâmetros normativos[192]. Assim, enquanto concepção organizatória, é errado pensar o estado de exceção como simples concentração de poderes no Executivo, pois seus efeitos concernem a cada um dos Poderes do Estado com seus diversos órgãos.

Além disso, é preciso reconhecer que existem institutos similares, também com fundamento constitucional e finalidade vinculada à superação de uma situação emergencial, que não se caracteriza propriamente como um estado de exceção neste trabalho. Por exemplo, na nossa Constituição temos a autorização do art. 5º, XXV, de no caso de iminente perigo público a autoridade administrativa fazer uso da propriedade particular (requisição), o que sem dúvidas configura uma atribuição de poder diante de situação fática excepcional.

189 SCHMITT, Carl. **Political theology** – four chapters on the concept of sovereignty. Cambridge/London: The MIT Press, 1985. p. 13 e ss.

190 VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009, p. 1101

191 Para Schmitt (**Political theology** – four chapters on the concept of sovereignty. Cambridge/London: The MIT Press, 1985. p. 5), „soberano é aquele que decide sobre a exceção" (Tradução do original "Sovereign is he who decides on the exception").

192 Esse é o sentido da lição de Ana Aba Catoira (El estado de alarma em España. **Teoria y Realidad Constitucional**, n. 28, UNED: 2011, P. 319) quando escreve que "a existência de um direito de exceção suporá que há um conjunto de normas que regulam o exercício do poder durante a vigência dessas circunstâncias que condicionam sua aplicação, de maneira a fazer supor que o governo não poderá atuar com arbitrariedade, pois quando faz uso dos poderes discricionários seguirá o estabelecido no direito (...)". Tradução do original: "la existencia de un Derecho de excepción supondrá que hay un conjunto de normas que regulan el ejercicio del Poder durante la vigencia de esas circunstancias que condicionan su aplicación, por lo que esto supone que el Gobierno no podrá actuar con arbitrariedad, pues cuando hace uso de los poderes discrecionales seguirá lo establecido en Derecho (...)"

O mais importante caráter distintivo entre esses institutos é que os estados constitucionais de exceção se reportam sempre a situações extraordinárias que em alguma medida ameaçam sistematicamente o Estado (situações teratológicas); não são garantias parcelares, e sim uma garantia essencial para a manutenção da própria ordem constitucional (*salus populis*), sendo por definição subsidiária - *ultima ratio*. Enquanto a requisição administrativa, para continuar no exemplo dado, depende de um perigo pontual, que pode ameaçar uma pessoa específica ou determinada propriedade pública, os estados emergenciais são as medidas mais graves que um ordenamento jurídico prevê para lidar com cominações muito intensas e generalizadas ao interesse público e à higidez institucional.

Numa formulação sintética, diz Walber Agra[193] que a decretação de um estado de excepcionalidade depende de "uma anomalia de tal monta que acarrete um acinte ao ordenamento jurídico e à estabilidade da sociedade", sendo seu objetivo "a manutenção do *establishment* jurídico, garantindo a normalidade social e impedindo o surgimento de revoluções". Em suma, um paradoxo em que se concentram poderes e retiram-se direitos para a manutenção da normalidade da ordem constitucional.

Numa formulação conceitual analítica, Jorge Bacelar Gouveia[194] identifica três elementos constitutivos do conceito de estado de exceção que ajudam a distingui-lo de outros institutos: a) um elemento funcional, consistente primeiro no reconhecimento de que existe uma anormalidade constitucional e uma normalidade, cuja restauração é sua finalidade precípua, e depois na criação de um nexo funcional entre os seus efeitos excepcionais e as causas que lhe originam, evidenciando-se assim que surgem vinculados ao propósito que subjaz ao respectivo emprego e possibilitando juízos de proporcionalidade entre eles; b) um elemento material, cujo teor compreende o reforço do poder público por meio de transformações constitucionais de cariz máximo (e por isso de uso restritivo), qualificando-se como o fenômeno mais radical e conhecido – contudo necessário - para debelar a situação de crise subjacente (que coloca em causa princípios fundamentais); c) e um elemento temporal, que significa não apenas que as medidas impostas são provisórias, mas especialmente, a despeito de eventual dimensão meramente preventiva, que a ordem constitucional existente antes da crise é vocacionada a ser restaurada, não fazendo sentido o estado de exceção caso essa retornabilidade se mostre impossível.

193 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 763
194 GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book].

Nesse sentido, ganha relevância a lição de Bruce Ackerman quando se refere a uma "*rationale* existencial" que fundamenta os estados emergenciais, é a ideia de que há uma "luta pela sobrevivência"[195] (*struggle for survival*) do próprio Estado, cuja ordem constitucional pode deixar de existir como é. Esse fundamento máximo se diferencia da mera "*rationale* assecuratória" justificadora de quaisquer faculdades excepcionais atribuídas pela constituição ao Executivo em situações emergenciais mais específicas e menos abrangentes, isto é, medidas mais rápidas e menos graves que não tenham o condão de gerar danos de longo prazo às instituições pelo seu exercício[196].

Nessa linha de raciocínio, põe-se em evidência a unidade política e da ordem jurídica - objetivos fundamentais de qualquer constituição que possibilitam a convivência institucional e democrática da pluralidade de interesses de um Estado - e a efetividade do direito[197], como valores concretamente periclitados ensejadores de gravíssimo mecanismo de exceção que os preserve. Dessa forma, a previsão de estados constitucionais de exceção é *quid* da estabilidade do Estado de direito, podendo receber a qualificação de democráticos, na lição de Goig Martinéz[198], quando: a) a situação que o determine seja de tal gravidade a ponto

195 Similarmente, Carl Schmitt (**Dictatorship** – from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 118) entende se tratar de uma verdadeira "legitima defesa" do Estado, "deve-se reter a atualidade da situação que precisa ser resolvida – no sentido de que a resolução surge como uma tarefa legal, que legalmente justifica o poder de acordo com a situação concreta e para o objetivo de sua resolução" (Tradução própria do original "one must retain the immediate actuality of a situation that needs to be resolved – in the sense that the resolution appears as a legal task, which legally justifies a power according to the concrete situation and to the goal of its resolution").

196 Bruce Ackerman, em artigo publicado após os atentados terroristas de 11/09/2001 **(**The emergency constitution. **The Yale Law Journal**, vol. 113, 2003-2004, p. 137 e ss.), sustenta que os atos de terrorismo contra os EUA não justificariam a adoção de um estado de emergência que suprimisse de forma mais generalizada direitos fundamentais. O seu argumento está justamente na ideia desse *rationale* existencial, que na sua ótica não estaria configurado nos casos de atos terroristas. Na esteira do que expliquei acima, o autor argumenta que a mera ameaça física, mesmo que extremamente grave, colocando em risco a vida de milhares de pessoas, não periclita a existência do próprio Estado, de maneira que "Mesmo que Washington ou Nova York sejam dizimadas, Al Qaeda não substituiria a autoridade política remanescente pelo seu próprio governo e força policial rivais. Os terroristas permaneceriam escondidos, ameaçando um novo ataque, enquanto o resto de nós dolorosamente reconstruímos nossos tradicionais esquemas de governo (...)" (Tradução do original: "Even if Washington or New York were decimated, Al Qaeda would not displace the surviving remnants of political authority with its own rival government and police force. The terrorists would remain underground, threatning a second strike, while the rest of us painfully reconstructed our traditional scheme of government (...)"). Portanto, a *rationale* existente nessas situações é mais propriamente uma *rationale* assecuratória, sendo inapropriados para lidar com essas situações os estados constitucionais de exceção, cuja decretação nesses casos, diante de uma população atemorizada, apenas em bases de sustentação regimes autoritários e repressão burocrática. É sabido, contudo, que no contexto da "Guerra ao Terror" ao redor do mundo, como explica Rafael Valim (**Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 15), a noção de estado de exceção "(...) foi amplamente disseminada para explicar a adoção, a título de combater o terrorismo, de medidas de emergência francamente atentatórias aos direitos fundamentais e áreas de 'não-direito', de que é exemplo eloquente Guantánamo".

197 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 7 e ss.

198 MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (II) Um estúdio de derecho constitucional comparado. **Revista de Derecho UNED**, n. 5, 2009, p.

de não poder ser resolvida pelos meios ordinários; b) sejam precisas as limitações materiais e temporais de suas medidas; c) não interrompam o normal funcionamento dos poderes estabelecidos; d) sejam garantidos pela responsabilidade da Administração e controle dos seus atos.

Na linha do que foi explicado até aqui, é possível sumarizar algumas conclusões básicas sobre os estados de exceção, conforme enumeração de Jorge Miranda[199]: a) suas providências decorrem diretamente da constituição - na sua medida como meio de sua garantia – escrita ou não; b) são providências solidárias à ideia de direito adotada pelo constituinte, isto é, coadunam-se com a estrutura do poder político existente e destina-se a preservá-lo; c) a mencionada *rationale* existencial permite atos mais extremos, porém, sua legitimidade decorre sempre da observação de formas jurídicas estabelecidas e da perseguição do escopo maior de reestabelecer e preservar a normalidade; d) o estado de exceção não é poder constituinte, não cria ordem jurídica paralela, submete-se aos princípios e valores constitucionais que não deixam de valer sistematicamente em momentos excepcionais; e) a suspensão de normas e direitos constitucionais sempre é parcial e na medida do que for suficiente para a eficácia das medidas, ensejando aplicação de normas diversas a situações diversas; f) a intensidade da normatividade num Estado constitucional é proporcional à intensidade de suas regras (em rigor e amplitude) sobre situações excepcionais; g) uma constituição normativa (socialmente eficaz) intensifica a excepcionalidade do uso dessas medidas, ao tempo que domina-os completamente a partir de eficientes mecanismos de controle; h) no paradigma da máxima eficácia dos direitos fundamentais, a instituição de um estado de exceção que os suspenda (quando estritamente necessário), se faz na salvaguarda desses direitos que estão a longo prazo ameaçados, devendo para este fim observar garantias e formalismos.

3.4 MODELOS MODERNOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO

Há três grupos de constituições no que tange aos estados de exceção. Há aquelas que vedam expressamente qualquer solução excepcional que suspenda direitos nela previstos, há as que silenciam completamente sobre o assunto, e há as que preveem de modo explícito o

214

199 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo IV – direitos fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 388 - 389

conteúdo dos estados de exceção. Neste tópico, irei me deter apenas sobre o terceiro grupo, cujos exemplos melhor informam a Dogmática brasileira.

Exemplo do primeiro grupo é a constituição Belga, que no seu artigo 187[200] veda qualquer forma de suspensão até mesmo parcial de sua normatividade[201]. A ideia é que não se pode conservar o que se suspende, não há segurança na suspensão, sendo melhor optar pela sabedoria cristalizada do que pelo arbítrio[202].

No segundo grupo inclui-se a constituição inglesa, não-escrita, e a norte-americana, casos que deixam nas mãos do legislativo e do judiciário a tarefa de examinar as providências tomadas pelo executivo invocando a *martial law* ("um regime de regras firmes e estritamente executáveis que são impostas por conta de uma percepção dos governantes de um país de que o governo civil falhou ou deve falhar" [203]), ou seja, é um sistema flexível, limitado pelo direito internacional, que se resolve no controle posterior entre os poderes[204].

Aqui, por tudo que foi sustentado neste capítulo, interessa explorar o terceiro grupo, das constituições que preveem explicitamente a hipótese de estado de exceção. Nesse grupo, há ao menos dois modelos paradigmáticos: o primeiro é o de uma cláusula geral de atribuição de poderes, sem limitações materiais literais, caso da constituição da França; o

200 "Art. 187. A Constituição não pode ser suspensa no todo ou em parte" Tradução do original "Art. 187. La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie.". Disponível em < https://www.senate.be/doc/const_fr.html> acesso em 10 de dezembro de 2020

201 Contudo, a literalidade do artigo não impediu a configuração jurídica de um estado de exceção reconhecido pela Corte de Cassação da Bélgica. Isso se deu durante a Primeira Guerra Mundial, quando a Bélgica estava ocupada por tropas alemãs e havia uma impossibilidade fática de reunir as Câmaras para legislar, razão pela qual o Rei exerceu excepcionalmente a função legislativa por meio de decretos-lei, em clara violação aos então artigos 25 (hoje art. 33, o qual estatui que todos os poderes emanam da nação e são exercidos na maneira estabelecida pela Constituição), 26 (hoje art. 36, o qual diz que o poder legislativo é exercido em conjunto pelo Rei, pela Câmara e pelo Senado), e do art. 130 (cujo conteúdo hoje está no referido art. 187). A Corte de Cassação afirmou que, na verdade, o Rei não violou a Constituição, ele promoveu seus princípios fundamentais (a soberania da Bélgica e a manutenção do seu governo que pressupõe a continuidade da produção legislativa) ao garantir a edição das normas necessárias à defesa do território e dos interesses vitais da nação, o que era autorizado a fazer por ter sido no momento o único dos três órgãos que participam do processo legislativo a remanescer com liberdade de ação. A Corte reconheceu verdadeira lacuna constitucional ao restringir a aplicação dos dispositivos mencionados às situações de normalidade (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 105 - 107).

202 CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 37

203 GARNER, Bryan. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 988 – 989. Tradução propria do original "A body of firm, strictly enforced rules that are imposed because of a perception by the country's rulers that civil government has failed, or might fail, to function."

204 Segundo Humberto Alves de Campos (Mecanismos de defesa da ordem democrática e do Estado: uma análise comparada do estado de sítio e da constituição de emergência. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011, p. 88), "a principal característica da lei marcial, portanto, é a ausência ou mínima previsão antecipada de legalidade formal a respeito da decretação, o que permite uma ampla discricionariedade governamental para a definição das medidas a serem adotadas no caso concreto. A tradição estabelece a rule of law como critério consuetudinário de controle dos atos restritivos e afasta a apreciação judicial comum sobre medidas adotadas"

segundo é o de decretação de um estado emergencial típico, com procedimentos e limites bem delineados, como na constituição da Alemanha.

A seguir, exponho esses dois modelos nas mencionadas ordens constitucionais. A escolha dos países se deve à sua peculiaridade de representar mais claramente cada modelo, maior desenvolvimento doutrinário do tema, e proximidade de seu ordenamento e suas estruturas de fontes com o direito brasileiro, que abordo ao final.

A Constituição Francesa é uma das que atribui mais poderes de emergência ao Chefe de Estado, poderes que não sofrem limitações materiais explicitas, ou seja, as restrições do texto têm predominantemente natureza formal e pouco atenuam a discricionariedade dessas prerrogativas[205]. Nesse modelo, há uma verdadeira cláusula discricionária, cujo espaço de estatuição normativa tem conteúdo semântico praticamente indeterminado. Seu sentido não é de instauração de um regime organizacional próprio e redistribuição de atribuições, mas sim de uma autorização direta ao Presidente da República para que aja com amplíssimos poderes a fim de afastar situação de perigo. Muito similar à ideia da ditadura romana, há uma verdadeira atribuição de uma missão a um agente público que atuará com a autoridade estatal que lhe for necessária. Por tudo isso, Goig Martínez chama esse modelo de "ditadura constitucional"[206].

Na França, a ideia de estado de exceção se consubstancia naquilo que é conhecido como "os poderes excepcionais" (*les pouvoirs exceptionnels*), previstos no art. 16 da Constituição Francesa de 1958 (Constituição da Quinta República)[207], o qual autoriza ao Presidente da República valer-se de medidas que "devem ser inspiradas pelo desejo de garantir às autoridades públicas constitucionais, prontamente, os meios para cumprir sua missão"[208].

205 CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 70

206 MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (II) Um estúdio de derecho constitucional comparado. **Revista de Derecho UNED**, n. 5, 2009, p. 217

207 É importante pontuar que a Constituição Francesa de 1958 surge num período de grande instabilidade política em virtude da crise do seu império colonial, mormente a ameaça de um golpe militar na Argélia. Em junho de 1958 Charles de Gaulle é chamado de seu autoinfligido exílio para assumir o cargo de Primeiro Ministro e reestabelecer com mão forte a ordem. Foi nesse contexto que De Gaulle apontou as fraquezas do sistema constitucional de 1946 e propôs um novo texto constitucional bastante flexível e que criaria um Poder Executivo poderoso o suficiente para manter uma França forte e estável dentro das balizas de um Estado democrático. Em 4 de outubro o texto foi promulgado fundando a Quinta República. (LESSA, Antônio Carlos. A Quinta República em 2008: o que se comemora no marco da Constituição Francesa de 1958. **Meridiano 47**, n. 99, out. 2008, p. 8)

208 ARTIGO 16º / Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais são ameaçados de forma séria e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consulta formal ao Primeiro-Ministro, os presidentes das

A origem desse instituto está ligada aos acontecimentos de junho de 1940, quando, no contexto da Segunda Guerra Mundial, o território francês foi invadido pelos Alemães. Nesse momento, o Presidente da República Albert Lebrun e o Presidente do Conselho[209] Paul Reynaud pretenderam continuar a resistência a partir de Londres ou de Argel, mas não o fizeram, segundo seu próprio relato, porque a Constituição da Terceira República não lhes dava poderes para tanto. Quando o General de Gaulle criou em Londres um governo da "França livre", o fez sem qualquer autorização constitucional, o que minava sua legitimidade perante os governos estrangeiros e o povo francês. Foi por isso que o General passou a defender a ideia que inspirou o art. 16, para que posteriormente, em situações tão dramáticas quanto aquela, o Presidente da República tivesse poderes amplos para garantir a independência e integridade nacionais sem ser acusado de ir além da normatividade constitucional[210].

Tomou-se como parâmetro a já madura teoria das circunstâncias excepcionais (vide Capítulo 4) a fim de se criar um instituto amplo o suficiente para servir a qualquer perigo inesperado, possibilitando ao Presidente a melhor adaptação às circunstâncias. Desde sua criação, esse instituto só foi utilizado uma vez pelo próprio Charles de Gaulle (então 18º Presidente da França e o primeiro da Quinta República) durante a tentativa de golpe de Estado de quatro generais argelinos (*Putsch des généraux*) que ocorreu entre abril e setembro de 1961. Desde 15 de abril de 1960 o país estava sob a vigência de "estado de urgência"[211]

assembleias e do Conselho Constitucional. / Ele informa à Nação através de uma mensagem. / Essas medidas devem ser inspiradas pelo desejo de garantir às autoridades públicas constitucionais, prontamente, os meios para cumprir sua missão. O Conselho Constitucional será consultado a seu respeito. / O Parlamento se reúne de pleno direito. / A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais. / Após 30 dias de exercício dos poderes excepcionais, o Conselho Constitucional pode ser convocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores para examinar se as condições enunciadas no primeiro parágrafo continuam em vigor, e após o resultado é pronunciado no menor prazo possível por edital. Ele procede de pleno direito a este exame nos mesmos termos ao final de 60 dias de exercício dos poderes excepcionais e a qualquer momento além desse período. (Disponível em < http://www.professorregisprado.com/resources/constitui%C3%A7%C3%A3o%20francesa.pdf> acesso em 10 de dezembro de 2020)

209 Chefe do Executivo, preside o Conselho de Ministros no regime parlamentarista.

210 HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 35ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014. p. 543 - 544

211 Enquanto os poderes excepcionais caracterizam verdadeira expressão de estado constitucional de exceção, a França ainda conta com um elenco de "estados de necessidade tipificados", que são na verdade formulações positivadas da teoria das circunstâncias excepcionais criada pelo Conselho de Estado. São exemplos disso o estado de sítio (*Code de la défense*, article L2121-1. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071307/2021-01-17/ >, acesso em 17 de janeiro de 2021), que é um regime de transferência das competências ordenadoras das autoridades civis para as autoridades militares para que possam lidar com o perigo iminente de guerra externa ou insurreição armada, sendo decretado pelo Conselho de Ministros por até 12 dias, podendo durar mais tempo caso o Parlamento autorize. Outro exemplo é o estado de urgência (*Loi n° 55-385 du 3 avril 1955*. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350/2021-01-17/ >, acesso em 17 de janeiro de 2021), circunscrito a casos de perigo resultante de calamidades e violações à ordem pública, podendo ser

decretado pelo Conselho de Ministros e que precisaria ser confirmado pela Assembleia Nacional, mas acabou por força do artigo 16 sendo prorrogado por decreto do próprio Presidente. Além disso, os poderes excepcionais possibilitaram também a De Gaulle aumentar a duração da custódia policial para 15 dias e estender a prática de internamento administrativo a apoiadores da Argélia Francesa[212].

Há duas condições materiais necessárias concomitantemente para a aplicação do artigo 16. A primeira é a existência de uma ameaça grave e imediata às instituições da república, independência da nação, integridade do território ou (alternatividade) respeito aos acordos internacionais. A segunda condição é a interrupção do funcionamento regular dos poderes constitucionais, o que não é o mesmo que poderes administrativos ou poderes locais. Com fulcro nessa situação, o Presidente se submete a duas condições formais: primeiro deve realizar consulta ao Primeiro Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Presidente do Senado e ao Conselho Constitucional, dos quais ele receberá "avisos" não vinculantes em resposta. Depois, há a exigência de que o Presidente informe oficialmente à nação[213] que se valerá dos poderes excepcionais, e a partir dali pode tomar as medidas que entender necessárias sem qualquer preocupação com a distribuição normal de competências constitucionais.

declarado da mesma forma que o estado de cerco, a autorizar a aglutinação de competências da Administração Pública conforme previsto em lei. Sobre o tema, vide: PLATON, Sébastein. From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France. **Verfassungsblog**, abr. 2020. Disponível em < https://verfassungsblog.de/from-one-state-of-emergency-to-another-emergency-powers-in-france/ >, acesso em 12 de dezembro de 2020.

212 THÉNAULT, Sylvie. L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. **Le Mouvement Social**, n. 218, 2007, p. 24 - 27

213 Assim declarou De Gaulle em comunicado à nação publicado no Diário Oficial da República Francesa nº 0097 de 24 de abril de 1961 (Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=ryLk7NkELYZcr5qG4gSb >, acesso em 12 de dezembro de 2020): "Perante a desgraça que paira sobre a Pátria e a ameaça que pesa sobre a República, tomando o aviso oficial do Conselho Constitucional, do Primeiro Ministro, do Presidente do Senado, do Presidente da Assembleia Nacional, resolvi implementar o artigo 16 de nossa Constituição. A partir de hoje tomarei, se necessário diretamente, as medidas que considero exigidas pelas circunstâncias. Da mesma forma, afirmo-me, para hoje e para amanhã, na legitimidade francesa e republicana que a nação me conferiu, que irei manter, aconteça o que acontecer até o fim do meu mandato ou até que eu perca, seja as forças, seja a vida, e que utilizarei os meios de assegurar que se mantenha depois de mim. Francesa, Francês! Veja o risco que corre a França em comparação com o que está prestes a se tornar novamente. Francesa, Francês! Ajude-me!" (Tradução própria do original: "Devant le malheur qui plane sur la Patrie et la menace qui pèse sur la République, ayant pris l'avis officiel du Conseil constitutionnel, du Premier ministre, du Président du Sénat, du Président de l'Assemblée nationale, j'ai décidé de mettre en œuvre l'article 16 de notre Constitution. A partir d'aujourd'hui, je prendrai, au besoin directement, les mesures qui me paraîtront exigées par les circonstances. Par là même, je m'affirme, pour aujourd'hui et pour demain, en la légitimité française et républicaine que la nation m'a conférée, que je maintiendrai, quoi qu'il arrive jusqu'au terme de mon mandat ou jusqu'à ce que me manquent, soit les forces, soit la vie, et dont je prendrai les moyens d'assurer qu'elle demeure après moi. Françaises, Français! Voyez où risque d'aller la France par rapport à ce qu'elle était en train de redevenir. Françaises, Français! Aidez-moi!").

Com a configuração do artigo 16, dá-se uma verdadeira "agitação de competências" em que o Presidente pode substituir o governo, o Parlamento e a autoridade judiciária caso estime ser exigido pelas circunstâncias, podendo, por exemplo, instituir um regime de censura, medidas de internamento administrativo e suspender garantias funcionais. Essas medidas adotadas devem ser teleologicamente vinculadas ao objetivo de reestabelecer o regular funcionamento dos poderes públicos constitucionais, *o status quo ante*, que fará cessar a competência extraordinária. Contudo, essa avaliação fica a critério do próprio Presidente[214]. Dá-se a essas medidas a denominação de "decisões", e elas não se subsomem às regras ordinárias de competência, devendo apenas ser anunciadas ao Conselho Constitucional para fins de consulta (que pode ser secreta e não é vinculante) e publicidade.

Durante a aplicação desse artigo o Parlamento permanece funcional, sendo vedada sua dissolução a fim de manter acesa a chama da democracia mesmo em momentos de crise: caso esteja em sessão ordinária, legisla plenamente sobre qualquer matéria que não tenha ligação com as que tocam a aplicação dos poderes extraordinários, não podendo, contudo, conforme criação jurisprudencial do Conselho Constitucional (*Décis. no 92-312 DC, 2 sept. 1992, Maastricht II*) reformar o texto da constituição; fora da sessão ordinária apenas delibera, sem aprovar leis. Enquanto vigentes os poderes excepcionais, fica excluída a possibilidade de moção de censura contra o governo, conforme interpretação dada pelo próprio De Gaulle[215].

O controle da atuação presidencial é bastante limitado, ocorrendo apenas de duas formas. Se o Presidente abusar dos seus poderes, o Parlamento pode constituir-se em Corte Suprema para destitui-lo conforme funcionamento normal da diretriz constitucional encontrada no artigo 68º[216]; daí a importância da vedação de sua dissolução. Além dessa

214 HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 35ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014. p. 546 - 548. Diz os autores que "o Presidente da República é, portanto, a única autoridade capaz de interpretar os termos do artigo 16 para decidir não só que as circunstâncias merecem ser qualificadas de excepcionais e que ele pode apoderar-se dos poderes de crise, mas também quais são as medidas que irão restabelecer o funcionamento regular dos poderes públicos.". Tradução do original "Le Président de la République est donc la seule autorité capable d'interpréter les termes de l'article 16 pour décider non seulement que les circonstances méritent d'être qualifiées d'exceptionnelles et qu'il peut se saisir des pouvoirs de crise, mais aussi quelles sont les mesures qui permettront de rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics."

215 FAVOREU, Lois; et ali. **Droit constitutionnel**. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2018. p. 734

216 ARTIGO 68º / O Presidente da República pode ser destituído apenas no caso de não cumprimento de seus deveres, o que é manifestamente incompatível com o exercício do seu mandato. A destituição é pronunciada pelo Parlamento constituído na Corte Suprema. / A proposta de reunião da Corte Suprema aprovada por uma das assembleias do Parlamento imediatamente é transmitida à outra, que se pronuncia no prazo de quinze dias. / A Corte Suprema é presidida pelo Presidente da Assembleia Nacional. Delibera em um prazo de um mês, por voto secreto sobre a destituição. A sua decisão entra em vigor imediatamente. / As decisões tomadas nos termos do presente artigo são por maioria de dois terços dos membros que compõe a Assembleia interessada ou a Corte Suprema. Qualquer delegação de voto é proibida. Apenas são contados os votos a favor da proposta de uma

hipótese, a partir de reforma constitucional de 2008, que mudou a redação do artigo 16, o Conselho Constitucional pode examinar se a situação ainda reúne as condições necessárias para sua aplicação. Esse julgamento pode se dar ou por força do próprio Conselho após 60 dias de aplicação dos poderes excepcionais, ou por provocação do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, de sessenta deputados ou de sessenta senadores, passados 30 dias de vigência desses poderes.

O sistema francês é estritamente focado na sua eficiência. O contexto histórico do surgimento do artigo 16 aponta para essa inspiração quase autoritária, que não se preocupa em estabelecer qualquer limite à suspensão dos direitos fundamentais, da dignidade humana, ou mesmo de qualquer outro valor constitucional fundamental, com a possível exceção de um mínimo democrático. Essa ressalva é importante, porque a única limitação estabelecida é a proibição de dissolução do Parlamento em preservação desse mínimo democrático, sendo exatamente essa garantia do legislativo que vai possibilitar alguma forma institucional de controle, seja por meio da destituição do presidente, única hipótese sem limite temporal, seja por provocação ao Conselho Constitucional após o prazo estabelecido.

A margem de discricionariedade do Presidente, contudo, é de uma amplitude imensurável, o que parece confrontar com a salvaguarda mínima de direitos fundamentais. Por tudo que foi explicado no tópico anterior, entendo ser desaconselhável um modelo de estado de exceção sem qualquer limitação material concernente à dignidade do ser humano. Para além de uma difusa confiança institucional, o núcleo desses direitos acaba por ficar resguardado apenas por força dos regimes internacionais de direitos humanos aos quais se vincula a França, em especial o da Convenção Europeia acima mencionada, cujo artigo 15 traça limites para suspensão de direitos e podem ser adjudicados concretamente pelo Tribunal de Estrasburgo.

Muito diferente é o sistema alemão, exemplo aqui do modelo de estado de exceção típico, com procedimento e limites minuciosamente estabelecidos pela Constituição.

É importante pontuar, contudo, que a redação originária da Lei Fundamental de Bonn de 1949 não trazia qualquer hipótese de estado de exceção. A razão disso é muito intuitiva, em 1949 refundava-se um Estado que acabara de sair em frangalhos não apenas de uma Guerra Mundial, mas de um regime totalitário desumano que governou por meio de um

reunião da Corte Suprema ou da destituição. / Uma lei orgânica estabelece as condições de aplicação do presente artigo. (Disponível em < http://www.professorregisprado.com/resources/constitui%C3%A7%C3%A3o%20francesa.pdf> acesso em 10 de dezembro de 2020)

mecanismo de estado de exceção presente na Constituição de Weimar de 1919 então vigente. O art. 48 desse diploma autorizava o Presidente do Reich (*Reichspräsident*) a tomar, em caso de ameaça à segurança e à ordem pública, as medidas que forem necessárias, inclusive com o uso das forças armadas e a suspensão parcial ou integral de alguns direitos fundamentais enumerados[217]. O trauma da prática constitucional do *Dritte Reich* leva a uma inicial desconfiança desses mecanismos de defesa da constituição que consubstanciam estados de exceção.

Na década de 60 a questão voltou a ser discutida no espaço público. Em 1966 formou-se a primeira "Grande Coalisão" (*Große Koalition*) alemã entre a União Democrática Cristã (*Christlich-Demokratische Union - CDU*) e o Partido Social-Democrata Alemão (*Sozialdemokratische Partei - SPD*), que nomeou Chanceler Kurt Georg Kiesinger. A grande missão a que se dedicou a coalizão foi realizar uma grande reforma na Lei Fundamental para inserir um mecanismo de urgência constitucional compatível com suas bases democráticas, plano este que era recebido com muita desconfiança por importantes opositores temerosos de uma nova distopia schmittiana. Esse discurso oposicionista ecoou na voz de importantes publicistas, líderes sindicais, juventude universitária e imprensa, mas não conseguiu impedir a aprovação pelo *Bundestag* em maio de 1968 da 17ª Lei para o Complemento da Lei Fundamental, instituidora do atual sistema de emergência do direito constitucional alemão. Não é preciso dizer que, até o momento, a referida reforma não implicou em qualquer abalo à estabilidade democrática do Estado alemão[218].

A reforma introduziu e modificou vários dispositivos constitucionais. Houve a introdução de uma seção específica (X.a) destinada ao estado de defesa, mas as mudanças não se resumiram a essa adição. A Lei Fundamental distingue duas espécies de emergência cujos nomes são autoexplicativos - emergência externa e emergência interna – e às quais se atribui soluções diversas.

217 É a partir da análise desse dispositivo que Carl Schmitt (**Dictatorship** – from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 181), edifica e exemplifica sua teoria da exceção mencionada no tópico anterior. Para ele, a enumeração dos direitos passíveis de suspensão era uma contradição em termos com a ideia de exceção, e na prática significava que não teriam qualquer poder normativo de limitação, pois todo artigo da Constituição seria um obstáculo às ações do Presidente do Reich, de maneira que o art. 48 quando implementado possibilitaria legitimamente a suspensão de qualquer outro direito e com aprovação geral. Como já aduzido, essa foi uma construção doutrinária da década de 20, que antecedeu mesmo à ascensão do nacional-socialismo, de forma que mesmo na vigência da República de Weimar havia a percepção de que a Constituição entabulava no art. 48 "um sistema de defesa da vontade popular, contra os demais órgãos, protagonizado, oficialmente e de maneira legítima, pelo Chefe de Estado." (TAVARES, André Ramos. A defesa da Constituição de Weimar. *In* Gilberto Bercovici (org.). **Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 84)

218 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975. p. 519 - 520

A emergência externa pode ensejar caso de defesa (artigo 115a e ss.)[219] ou caso de tensão (artigo 80a)[220]. É possível ainda distinguir uma situação prévia ou preparatória da defesa ou da tensão em dois dispositivos. O primeiro é o artigo 12ª, que trata do serviço militar obrigatório e do serviço civil alternativo para quem alegar escusa de consciência; nesse caso, há verdadeira suspensão do direito de liberdade de escolha de profissão (não por acaso, o direito previsto no artigo 12, diretamente anterior), com a possibilidade de se impor aos convocados a obrigação de frequentar cursos profissionalizantes e a proibição de abandono de determinado ofício. Uma segunda referência a uma fase prévia à defesa está no artigo 115c, (4), que autoriza a assunção de uma competência legislativas extraordinária da Federação sobre matérias de competência privativa dos Estados antes do início do estado de defesa e em preparação a ele.

O caso de defesa ocorre quando o território federal é atacado com força armada ou quando existe uma ameaça desse tipo de ataque. A declaração jurídica dessa situação depende de comprovação do Parlamento por maioria de dois terços dos votos, aprovação pelo Conselho Federal e promulgação pelo Presidente Federal. Se a situação é de grave urgência e o Parlamento não consiga se reunir a tempo, pode-se formar uma "Comissão Conjunta" composta por dois terços de deputados do Parlamento na relação de forças dos partidos, e um

219 Artigo 115a [Constatação do estado de defesa] (1) A constatação de que o território federal está sendo objeto de um ataque armado ou que tal ataque é iminente (estado de defesa) é feita pelo Parlamento Federal, com a aprovação do Conselho Federal. A constatação é feita por solicitação do Governo Federal e requer uma maioria de dois terços dos votos dados, de pelo menos a maioria dos membros do Parlamento Federal. (2) Se a situação exigir inequivocamente uma ação imediata e havendo impedimentos insuperáveis para a reunião do Parlamento Federal em tempo hábil ou não havendo quorum, esta constatação será feita pela Comissão Conjunta, com uma maioria de dois terços dos votos dados, de pelo menos a maioria dos seus membros. (3) A constatação é proclamada no Diário Oficial da Federação, segundo o artigo 82, pelo Presidente Federal. Se isto não for possível em tempo hábil, a promulgação deve ser feita de outra forma; deverá ser publicada posteriormente no Diário Oficial da Federação, logo que as circunstâncias o permitirem. (4) Se o território federal for objeto de ataque armado e os órgãos federais competentes não estiverem em condições de fazer imediatamente a constatação segundo o §1, primeira frase, então esta constatação é considerada como feita e promulgada no momento em que tiver sido iniciado o ataque. O Presidente Federal dará a conhecer esse momento, tão logo as circunstâncias o permitam. (5) Promulgada a constatação do estado de defesa e sendo o território federal atacado com armas, o Presidente Federal poderá fazer, com a aprovação do Parlamento Federal, declarações de direito internacional sobre a vigência do estado de defesa. Nas circunstâncias previstas no §2, a Comissão Conjunta substitui o Parlamento Federal. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

220 Artigo 80a [Estado de tensão] (1) Se nesta Lei Fundamental ou numa lei federal sobre a defesa, inclusive sobre a proteção da população civil, for determinado que disposições legais só podem ser aplicadas nos termos deste artigo, a aplicação só é lícita com exceção do estado de defesa, se o Parlamento Federal tiver constatado o estado de tensão, ou se tiver aprovado expressamente a sua aplicação. A verificação da existência do estado de tensão e a aprovação especial nos casos previstos no artigo 12 a §5, primeira frase, e §6, segunda frase, necessitam uma maioria de dois terços dos votos dados. (2) As medidas baseadas nas prescrições legais do §1 têm de ser revogadas, se o Parlamento Federal o exigir. (3) Não obstante o disposto no §1, a aplicação de tais disposições legais é lícita também com base e em conformidade com uma resolução tomada por órgão internacional, com a aprovação do Governo Federal, no âmbito de um tratado de aliança. As medidas baseadas neste parágrafo devem ser revogadas, se o Parlamento Federal o exigir através da maioria dos seus membros. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

terço dos representantes dos Estados no Conselho Federal. Essa comissão resume as competências do Parlamento e do Conselho para aprovar por quórum de dois terços o estado de defesa, cabendo-lhe ainda a votação de leis provisórias que perdem eficácia no máximo seis meses após o fim do estado de defesa - sendo-lhe vedado reformar a Constituição - além de eleger novo chanceler e exercer voto de desconfiança. Se a comissão não tiver tempo hábil de ação, a comprovação se considera promulgada na data em que iniciado o ataque.

Com a promulgação do estado de defesa o Chanceler Federal assume o comando do exército e pode promover algumas medidas listadas pela Lei Fundamental. Dentre as medidas, estão a faculdade de atribuir ao exército a proteção de objetos civis e o controle de tráfego e de empregar a polícia federal de fronteiras em todo território federal (art. 87a)[221]. Também a ordem federativa sofre uma modificação, concentrando poderes no governo federal, que terá competência legislativa concorrente para fins de defesa, podendo legislar, inclusive, sobre o sistema financeiro dos Estados, enquanto o executivo pode exarar atos administrativos gerais que vinculam as autoridades estaduais.

Vários direitos fundamentais podem ser restringidos, como o referido direito de escolha da profissão, o direito de propriedade (processo sumário de desapropriação), os direitos processuais penais, incluindo os prazos de privação de liberdade e possibilidades de recurso, entre outros direitos. Para defesa desses direitos contra abusos, o Parlamento e o Conselho Federal exercem importante função de controle, podendo, desde que em concordância, revogar qualquer lei promulgada pela Comissão Conjunta ou qualquer ato do Executivo; podem, inclusive, a qualquer momento, encerrar o estado de defesa desde que com aprovação do Presidente Federal. Ao lado desse controle político, conserva-se inalterado o controle jurídico do Tribunal Constitucional Federal, expressamente garantido pelo artigo

221 Artigo 87a [Forças Armadas] (1) A Federação organiza as Forças Armadas para a defesa. A sua força numérica e as diretrizes da sua organização dependem do plano orçamentário. (2) Fora das funções da defesa, as Forças Armadas só podem intervir nos casos em que a Lei Fundamental o permita expressamente. (3) Na vigência dos estados de defesa ou de tensão, cabe às Forças Armadas proteger objetos civis e executar tarefas de regulamentação do tráfego, desde que isso seja indispensável para o cumprimento da sua missão de defesa. Além disso, na vigência do estado de defesa ou de tensão, também pode ser atribuída às Forças Armadas a proteção de objetos civis em apoio a medidas policiais; nestes casos, as Forças Armadas atuam em cooperação com as autoridades competentes. (4) Para proteger contra um perigo iminente que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado, desde que se verifiquem as condições previstas no artigo 91 §2 e não sendo suficientes as forças policiais e a Polícia Federal de Proteção das Fronteiras, o Governo Federal pode recorrer à Forças Armadas para o apoio da polícia e da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras para proteger objetos civis e combater rebeldes organizados e armados militarmente. A atuação das Forças Armadas deve ser suspensa, se o Parlamento Federal ou o Conselho Federal o exigirem. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

115g[222] da Lei Fundamental, cuja atuação - sempre provocada - deve se restringir a infrações graves e evidentes[223].

O outro mecanismo de resposta a ameaças externas é o estado de tensão. Trata-se de conceito um pouco nebuloso, mas que indica uma "situação de tensões internacionais elevadas, que torna necessária a produção de disposição de defesa elevada"[224], não pressupondo um ataque armado iminente como no estado de defesa. Sua aprovação depende apenas do Parlamento que decidirá por dois terços, maioria exigida também para determinar as medidas preparatórias de convocação militar obrigatória e restrição do direito de liberdade de profissão. Além das medidas preparatórias, é autorizada a mobilização das forças armadas para controle do tráfego e da Polícia Federal de Fronteiras em todo território, na forma do mencionado artigo 87a.

Os meios de controle político são um pouco restritos, sendo unicamente a possibilidade de o Parlamento abolir as medidas e encerrar o estado de tensão, sem qualquer determinação de prazo. Da mesma maneira que no estado de defesa, o controle judicial é assegurado.

A grande crítica a esse instituto reside, contudo, na menção a uma "aprovação especial" ao se referir ao quórum de dois terços, sem maiores explicações sobre essa "especialidade", possivelmente a indicar "o assentamento de uma outra maioria que não a qualificada, atendendo à urgência de adopção das medidas previstas nessa especial aprovação"[225].

Para as situações de emergência internas, a lei Fundamental distingue duas situações ensejadoras de diferentes soluções: o auxílio em catástrofes naturais e acidentes

222 Artigo 115g [Tribunal Constitucional Federal] A posição constitucional e o cumprimento das tarefas constitucionais do Tribunal Constitucional Federal e dos seus juízes não podem ser prejudicados. A lei que rege o Tribunal Constitucional Federal só pode ser alterada por uma lei da Comissão Conjunta, desde que o Tribunal Constitucional Federal também esteja de acordo que tal lei seja necessária para a continuidade do exercício das suas funções. Até a promulgação de tal lei, o Tribunal Constitucional Federal poderá tomar as providências necessárias para manter a sua capacidade de funcionamento. As resoluções concernentes às segunda e terceira frases deverão ser tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal com a maioria dos votos dos juízes presentes. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

223 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 537 - 540

224 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 540

225 CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 66

especialmente graves (artigo 35)[226], e o rechaço de perigos iminentes para a ordem fundamental liberal democrática (artigo 91)[227].

Os casos de catástrofes e acidentes estão intimamente ligados à ideia de auxílio jurídico e administrativo, ou seja, de cooperação interfederativa. Nesse sentido, os Estados podem pedir a ajuda de outros entes federados, e em situações que ultrapassem a fronteira de um Estado, a Federação assume a coordenação das operações, dando ordens para que os Estados empreguem sua polícia e podendo empregar unidades da Polícia Federal de Fronteiras e do Exército para dar apoio à polícia dos Estados.

Para o caso de perigo iminente à ordem democrática também há a autorização de que o Estado peça auxílio policial a outras unidades federadas, e de emprego das Forças Armadas e da Polícia Federal de Fronteiras pelo governo federal. Subsidiariamente, caso o Estado seja incapaz de lidar com a situação, o governo federal assume a coordenação das forças policiais envolvidas na proporção do necessário para o combate eficaz, podendo invocar as medidas do mencionado artigo 87a. Além disso, importa mencionar que essas

226 Artigo 35 [Auxílio judiciário, administrativo e de emergência] (1) Todas as autoridades da Federação e dos Estados devem prestar auxílio jurídico e administrativo mútuo. (2) Para a manutenção ou recuperação da segurança ou da ordem pública, um Estado pode, em casos de importância especial, requerer forças e equipamento da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras, para auxiliar a sua polícia, desde que, sem este auxílio, não esteja em condições de cumprir suas funções ou esteja sob consideráveis dificuldades. Para auxiliar em catástrofes naturais ou em acidentes especialmente graves, um Estado pode solicitar forças policiais de outros Estados, forças e equipamento de outros serviços administrativos, bem como da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas. (3) Se o acidente ou a catástrofe natural abrangerem o território de mais de um Estado, o Governo Federal pode, desde que isto seja indispensável para um combate eficiente, dar instruções aos governos estaduais no sentido de por forças policiais à disposição de outros Estados, bem como destacar unidades da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras e das Forças Armadas para apoio às forças policiais. As medidas do Governo Federal tomadas no âmbito da primeira frase terão de ser suspensas a qualquer momento por solicitação do Conselho Federal e, no mais, imediatamente depois de suprimido o perigo. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

227 Artigo 91 [Estado interno de emergência] (1) Para a defesa contra um perigo que ameace a existência ou a ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado, pode este Estado requerer a cooperação das forças policiais de outros Estados, bem como de pessoal e instalações de outras administrações e da Polícia Federal de Proteção das Fronteiras. (2) Se o próprio Estado ameaçado pelo perigo não estiver disposto ou em condições de combater o perigo, o Governo Federal pode assumir o comando da polícia daquele Estado e das forças policiais de outros Estados, bem como recorrer à Polícia Federal de Proteção das Fronteiras. Esta disposição deve ser revogada tão logo cessado o perigo e, além disto, a qualquer momento, quando reivindicado pelo Conselho Federal. Se o perigo atingir o território de mais de um Estado, o Governo Federal pode dar instruções aos governos estaduais, na medida em que isso se revele necessário para uma repressão eficaz do citado perigo; isto não afeta as disposições da primeira e segunda frases. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

medidas podem restringir a liberdade de circulação e de domicílio (artigo 11, 2)[228], mas não podem se dirigir contra conflitos coletivos de trabalho (artigo 9, 3)[229].

Esse foi um rápido panorama dos principais dispositivos constitucionais alemães sobre o combate a ameaças ao próprio Estado. A Lei Fundamental prevê ainda outros institutos de urgência adequados a perigos mais localizados e bens pontuais, os quais não interessam ao presente estudo. O que se pode apontar como uma observação geral do modelo alemão é a preocupação com a tipificação, mesmo que em conceitos amplos, de situações ensejadoras da exceção. Também é benfazeja a determinação de limites materiais a partir da enunciação das medidas autorizadas.

Mas o que mais chama atenção no sistema alemão é a dispersão do poder entre os órgãos do Estado, contando com atuação não apenas do Executivo, mas de um Legislativo reconfigurado (Comissão Conjunta) para lidar agilmente com as demandas de necessidade. Isso mostra uma sofisticação democrática muito maior do modelo alemão em relação ao francês, pois preocupa-se em integrar o Legislativo no processo decisório mesmo que a partir de um modelo representativo simplificado e reforçado por alterações na dinâmica federativa. Não há, como no caso francês, um olhar exclusivo e personalista sobre o Chefe do Executivo, não é ele o único protagonista, afastando-se ainda mais da noção schmittiana de que soberano é quem decide sobre a exceção, porque o processo decisório político é complexo e repartido entre vários órgãos, cada um com sua atribuição juridicamente delimitada na composição das medidas urgentes. Sem falar da igualmente relevante manutenção do controle judicial de toda essa atividade, mesmo que iluminado por uma adequada ideia de *self-restraint*.

228 Artigo 11 [Liberdade de locomoção e de domicílio] (1) Todos os alemães gozam de liberdade de locomoção e de domicílio em todo o território federal. (2) Este direito só pode ser restringido por lei, ou em virtude de lei, e só nos casos em que a insuficiência de meios de subsistência possa acarretar encargos especiais para a coletividade, ou se a restrição for necessária para a defesa contra um perigo iminente para a existência ou ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado federado, para combater o perigo de epidemias, em catástrofes naturais e acidentes muito graves, para a proteção da juventude contra abandono ou para a prevenção de delitos. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

229 Artigo 9 [Liberdade de associação e coalizão] (...) (3) É garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a restringir ou a impedir esse direito, bem como ilegais as medidas com esse fim. Medidas segundo os artigos 12 a, 35 §2, 35 §3, 87 a §4 e artigo 91 não podem ser orientadas contra conflitos de trabalho, levados a cabo por associações no sentido da primeira frase, para a defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho. (disponível em < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020)

3.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Aproximando-me do fim deste já bastante longo capítulo, passo a fazer algumas breves observações sobre o sistema brasileiro à guisa de conclusão. Não procuro aqui fazer descrição minuciosa do texto constitucional, que se supõe de conhecimento do leitor, o que pode ser encontrado em qualquer manual de Direito Constitucional. O propósito deste capítulo é sim de observar em termos gerais como funciona nosso estado de exceção à luz dos modelos expostos anteriormente.

A topografia do texto constitucional brasileiro é digna de um comentário. As formas de estado de exceção brasileiras estão dispostas sob o Título V da Constituição, referente à "defesa do Estado e das instituições democráticas", o qual denota pela menção às instituições democráticas que não se presta à defesa da segurança de um "sistema político", mas sim daquelas estruturas que representam a própria democracia[230]. Nesse Título encontram-se capítulos distintos para os dois mecanismos de exceção do nosso ordenamento: o estado de defesa e o estado de sítio[231]. Mas também, e essa é a parte digna de nota, é onde se encontra os capítulos sobre as Forças Armadas e a segurança pública, responsáveis pela instrumentalização das eventuais medidas de exceção e pela prevenção de crises[232]. Vê-se,

230 DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989. p. 27 - 28

231 É importante mencionar, para efeitos do corte epistemológico deste trabalho, que há outros institutos de menor âmbito na constituição, fora desses artigos do Título V, mas que serão inseridos na mesma circunstância fática e apresentam forma de técnica de crise, como, por exemplo, os créditos extraordinários (art. 167, § 3º) e importo extraordinário de guerra (art. 154, II). Da mesma maneira, optei por não incluir na análise as hipóteses de intervenção (art. 34), pois, a despeito de serem instrumentos constitucionais para solução de crises, tais crises referem-se apenas a problemas na federação, têm âmbito menor do que aquele dos estados constitucionais de exceção. ademais, as intervenções não necessariamente envolvem a noção de urgência como elemento da sua hipótese fática, sendo certo, porém, que representam mecanismos graves e excepcionais para lidar com desequilíbrios na ordem federativa; a lógica delas é similar, porém restrita, pois se relativiza a autonomia federativa a fim de se garantir a estrutura federativa como um todo e a normalidade dessa autonomia.

232 É sabido que nos tempos correntes, quando iniciei esta pesquisa e mesmo enquanto escrevo esta dissertação, formou-se com alguma visibilidade na esfera pública uma interpretação em torno do art. 142 da Constituição da República, referente às Forças Armadas, de como haveria nesse dispositivo uma certa cláusula salvífica autorizadora de um estado de exceção dirigido pelas Forças Armadas tal qual um "Poder Moderador". A ideia central dessa interpretação é a de que, estando algum dos Poderes a sentir suas competências usurpadas por outro, pode solicitar às Forças Armadas que intervenha – diga-se, a seu juízo – no Poder usurpador para reestabelecer "a lei e a ordem". Essa é a notória posição de Ives Gandra Martins, que, em artigo publicado em maio de 2020 (Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira >, acesso em 03 de janeiro de 2021), exemplifica essa suposta atribuição com o exemplo de uma decisão manipulativa aditiva do STF em sede de controle de omissão inconstitucional que o Congresso entendesse invadir sua função legiferante, legitimando-o a solicitar uma intervenção das Forças Armadas no Supremo para impedir a eficácia daquela decisão, de maneira que, segundo o autor, "aos Comandantes das Forças Armadas caberia o exercício do Poder Moderador". Pela repercussão dessa interpretação, apesar de não querer estender-me muito, é imperioso fazer alguma ressalva a fim de apontar sua completa incorreção. O art. 2º da Constituição de 1988 prevê apenas três Poderes do Estado brasileiro, independentes e harmônicos, cujas

assim, que o Título V regula um verdadeiro sistema constitucional de crises, e aproxima topograficamente matérias que se complementam, algo que se olvidou, por exemplo, na Lei Fundamental de Bonn – até porque seu sistema de defesa foi fruto do constituinte derivado -, que exige para a compreensão do seu modelo de estado de exceção a integração de dispositivos dispersos, como aquele referente às Forças Armadas do artigo 87a.

Como mencionei, são dois os mecanismos de exceção: o estado de sítio e o estado de defesa, sendo este criação da Constituição de 1988[233] – novidade em nossa história constitucional - destinada a anormalidades limitadas ou de gravidade menor. Nos dois casos há a participação dos três Poderes do Estado. O Congresso (cujos membros, diga-se, mantém

funções enumera ao longo do seu texto. Não existe no texto constitucional qualquer referência a Poder Moderador, e os mecanismos de *checks and balances* são estabelecidos no âmbito das funções atípicas exercidas por cada órgão, como o poder de veto, o impeachment, a suspensão de eficácia de decreto, e outros. Nesse sentido, o exemplo dado de uma decisão aditiva que o Congresso entendesse por ilegítima seria tranquilamente resolvida pelo próprio exercício da função legiferante do Poder Legislativo, naquilo que se costuma chamar "efeito *backlash*", resultado da legítima dinâmica de interação entre os Poderes. Não há, nesse panorama de freios e contrapesos, previsão de um "Super-Poder" que mediasse essa dinâmica, sob pena de tornar inócua a tal "independência" à qual se refere o art. 2º da Carta Magna. Ainda mais, atribuir essa função moderadora às Forças Armadas não faz o menor sentido no contexto da Constituinte que tinha como espírito a superação de 21 anos de um regime militar iniciado na década de 1960 sob o pretexto de um semelhante exercício de uma função salvífica das Forças Aramadas. O sentido da previsão constitucional é unicamente de colocar as Forças Armadas em posição instrumental em relação ao exercício das funções dos três Poderes do Estado naquilo que concerne à garantia da lei e da ordem, estando, portanto, submetidas a eles, e não acima deles numa posição de moderação. As Forças Armadas instrumentalizam as decisões políticas que vêm da interação dos Poderes, quando, por exemplo, autorizado um estado de sítio pelo Congresso e decretado pelo Presidente, são empregadas em missão de defesa do nosso território. Inclusive, mesmo a eventual divergência entre os Poderes quanto a essa "instrumentalização" se resolve no âmbito dos próprios Poderes e das atribuições que lhes confere a Constituição, e não por decisão moderadora *sponte propria* das Forças Armadas, que nada decidem sobre a harmonia das funções estatais; é o que explica Ivo Dantas em obra seminal (**Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989. p. 128 - 129) escrita no puerpério da Assembleia Constituinte ao dizer: "(...) pelo texto ora em exame, a lei e a ordem serão mantidas pelas Forças Armadas por iniciativa de qualquer dos 'poderes constitucionais', ou seja, provocar a atuação daquelas poderá ser motivada tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo e/ou Judiciário. Até aí tudo bem. Mas, e se a ordem for quebrada por desavenças inter-poderes constitucionais, a quem terão as Forças Armadas de obedecer? Apesar de o Presidente da República, na Forma de Governo Presidencialista ser o '*commander-in-chief of the armed forces'*, aspecto, aliás, constante do art. 142 e já analisado, a 'guarda da Constituição' compete, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, caput), pelo que, em nosso modo de ver, a palavra final, no caso concreto, terá que ser dada por este.".

233 Desde a Carta de 1824 a matéria da defesa do Estado é consagrada na previsão de algum modelo de estado de exceção, que nesse diploma normativo era previsto no seu último dispositivo, o art. 179, XXXV, sem um nome específico, apenas como um "direito de necessidade" a possibilitar a dispensa de garantias constitucionais por ato legislativo ou, havendo urgência, medidas diretas do Executivo chamadas "medidas provisórias. José Antonio Pimenta Bueno (**Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve e C., 1857. p. 442) comenta que tais medidas excepcionalíssimas pressupunham necessariamente um perigo iminente à pátria e a impossibilidade de reunião do Congresso, ao dizer que (grafia original) "Prevendo finalmente o caso de não estar este poder reunido, e de correr a pátria perigo imminente, só então autorisa o governo a decretar essa providencia, como medida provisória, que deve ser cassada immediatamente que cesse a necessidade urgente que a motivou". A Constituição de 1891 foi a primeira a usar a expressão "estado de sítio" no art. 80, expressão que vem repetida na Constituição de 1934. A Carta de 1937, por sua vez, falava em "estado de emergência" e "estado de guerra" no art. 166 e seguintes. A Constituição de 1946 volta a falar em "estado de sítio", expressão mantida pelo texto de 1967-69 até a mudança promovida pela Emenda Constitucional n. 11 de 1978, que introduziu as "medidas de emergência" e o "estado de emergência" paralelamente ao estado de sítio.

suas imunidades na vigência do período de juridicidade excepcional) deve aprovar (estado de defesa) ou autorizar (estado de sítio) a decretação de qualquer dos institutos pelo Presidente da República, e a Constituição ainda prevê expressamente o controle das medidas pelo Judiciário. Para ambos, sua vigência é temporária (30 dias prorrogáveis por mais 30 no caso de defesa e 30 dias improrrogáveis no caso de sítio) ou provisória (enquanto durar guerra ou ameaça armada no caso de sítio).

Até o momento, nenhum dos institutos foi posto em prática na vigência da Constituição Cidadã. Todas as crises pelas quais passamos não resultaram ameaça tal à ordem constitucional[234], tendo sido resolvidas por mecanismos parcelares e menos gravosos[235], a despeito da persistência de valores autoritários e hostilidade aos direitos humanos no seio da sociedade brasileira[236].

Isso não se pode dizer das demais Constituições que tivemos em nossa história republicana, marcada por transformar o estado de sítio (previsto desde o decreto provisório n. 1 de 1889) numa práxis gerencial estatal desde os primórdios da República[237].

A primeira decretação se deu logo em novembro de 1891, em pleno encilhamento, quando nosso primeiro Presidente da República resolve dissolver o Congresso. No ano seguinte, seu sucessor, Floriano Peixoto, valeu-se do instituto novamente para suprimir revoltas e combater inimigos políticos, situação sobre a qual o STF fora provocado - por meio de Habeas Corpus assinado por Rui Barbosa em defesa de cidadãos que foram presos – e, por

234 É nesse sentido que leciona Jorge Bacelar Gouveia (**Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book]) ao dizer: "A recente Constituição Brasileira de 1988 significou, por seu lado, um marco importantíssimo na evolução constitucional do Brasil, assinalando em definitivo, a transição para uma democracia representativa e sem tutela militar. O regime que nela se estabeleceu, quanto ao estado de exceção, conseguiu rasgar com a tradição nefasta e larga na América Latina, que era a da utilização dos mecanismos de emergência, não para a superação de conflitos internos, mas para a repressão das oposições democráticas."

235 Como por meio do reconhecimento de situação de emergência ou de estado de calamidade pública, nos termos do Decreto 7.257/10, que possibilitam transferências especiais de recursos para os entes federados em necessidade.

236 VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 40

237 Rafael Vieira (A Constituição de 1891 e o laboratório jurídico-político brasileiro do estado de sítio. **Historia Constitucional**, n. 12, 2011, p. 347), ensina que isso é algo "característico de todo o conservadorismo da burguesia brasileira, que abandona quaisquer ideais democráticos e revolucionários que eventualmente pudesse ter, fazendo da revolução burguesa no Brasil um processo de contra-revolução permanente que requer 'objetiva e idealmente, um Estado de emergência neo-absolutista, de espírito aristocrático ou elitista e de essência oligárquica, que possa unir 'a vontade revolucionária autolegitimadora' da burguesia com um legalismo republicano pragmático e um despotismo de classe de cunho militar e tecnocrático. Esse é o preço da pseudo-'conciliação'"".

decisão da maioria (10x1)[238], pronunciou-se incompetente para decidir sobre a legitimidade das medidas tomadas[239].

Em 1898 foi novamente decretado por Prudente de Moraes para combater grupo de republicanos radicais que havia atentado contra sua vida. Em seguida Rodrigues Alves, no contexto da revolta da vacina, decretou-o em 1904. Contra a revolta da Chibata há novo sítio, dessa vez no governo de Hermes da Fonseca, chancelado pelo Congresso. Decreta-se novamente sítio em 1917 por Wenceslau Braz, tendo sido momentaneamente suspenso durante a guerra em fevereiro de 1918 para que o povo pudesse recuperar os direitos políticos e votar. Contra a revolta do Forte de Copacabana, em 1922, houve nova decretação preventiva de sítio por Epitácio Pessoa. Artur Bernardes, que já assume enquanto vigente esse estado de sítio, governa quase inteiramente sob a égide de estado de exceção, pois decreta um novo em 1924 para se prevenir contra o tenentismo, tomando-o de justificativa para perseguir, prender e torturar adversários, os quais eram mandados aos montes para o campo de concentração de Clevelândia-AP, criado para este fim, onde morreram 500 dos cerca de 900 presos enviados ao local[240].

Inclusive, foi Artur Bernardes que empreendeu, com apoio do Congresso por ele controlado, a reforma constitucional de 1926 – a qual restringiu o habeas corpus e ampliou os poderes do Presidente, por exemplo, ao autorizar veto parcial de dispositivo em projeto de lei – que recebeu posteriormente de Guimarães Natal[241], então ministro do STF, o seguinte comentário: "De não exercer o Congresso a sua função constitucional, não tomando contas ao Executivo, não promovendo a responsabilidade dos Presidentes pelos excessos e abusos que

238 Vencido o Ministro Pisa e Almeida, que, com recurso ao Direito Comparado, votou pela inconstitucionalidade da manutenção das prisões.

239 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 300**. Relator Min. Costa Barradas, julgado em 27/04/1892. Lê-se no acórdão: "Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso; (...) Negam, por esses fundamentos, a pedida ordem de *habeas corpus*. Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1892.". Mesmo no tocante à responsabilidade do Estado por danos resultantes da medida o Supremo se abstinha de condenar o Estado, como explica Amaro Cavalcanti (**Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Do Instituto dos Advogados Brazileiros, 1905. p. 567), valendo-se dos argumentos segundo os quais "o individuo (autor do pedido de indemnisação) fora preso durante o estado de sitio, e o Governo, usando da attribuição que lhe competia, não ficara obrigado a indemnizar os prejuízos resultantes da prisão referida-, que, finalmente, o Congresso Nacional, único competente para conhecer das medidas decretadas pelo poder executivo dentro de suas attribuições constitucionaes durante o estado de sitio, havia approvado todos os actos praticados por este ultimo poder; e que, por taes fundamentos, a acção era improcedente" (grafia da época).

240 VIZEU, Rodrigo. **Os presidentes**: a história dos que mandaram e desmandaram no Brasil, de Deodoro a Bolsonaro. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2019. p. 86

241 *Apud* Aliomar Baleeiro. **1891**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 50

praticam – e não são poucos – resulta esse regime de ditadura, em que degenerou o presidencialismo, entre nós".

Enfim, no crepúsculo da República Velha e da Constituição de 1891, Washington Luís também se valeu do estado de sítio após a deflagração da revolução de 1930.

Na vigência da Constituição de 1934 tem-se uma das decretações de sítio mais famosas, de que se valeu Getúlio Vargas para se opor à Revolta Comunista de 1935[242]. Este era o prenúncio do que viria a ser o Estado Novo e seu novo regime constitucional[243], o qual se justificava, conforme preâmbulo da Lei Constitucional de 37[244], pelo "estado de apreensão

242 Segundo Marco Antonio Villa (**A história das constituições brasileiras** – 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011. [E-book]), "a insurreição comunista de novembro de 1935 acabou facilitando a ação governamental de asfixiar as liberdades democráticas e impor uma ditadura. Getúlio Vargas não queria 'apenas' se manter no poder. Queria mais. Desejava ter as mãos livres. Almejava deter poderes discricionários. Espalhou (e teve a ajuda de inúmeros acólitos) que a Constituição era 'liberal demais' e que impedia o efetivo exercício do governo (...)".

243 Em carta a Oswaldo Aranha (Rio, 11 de novembro de 1937, 3 folhas. Disponível em < https://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=CorrespGV2&pagfis=9633 >, acesso em 13 de fevereiro de 2021), após ter fechado o Congresso com apoio das Forças Armadas, Getúlio Vargas anuncia seu desiderato de realizar uma reforma na ordem constitucional, expondo suas razões, donde se nota a típica retórica salvífica de que não há outro caminho e que justifica os estados de exceção permanentes; notável o tom objetivo que adota, nunca se referindo à sua vontade, mas à necessidade da nação e ao "Governo" como ente distinto de si. Na carta (p. 2 - 3), diz (grafia da época): "Diante de tão penoso estado de coisas havia de surgir, a qualquer momento, uma reação. As forças armadas, melhor organizadas e com mais profundo instinto de defesa, aperceberam-se do avanço alarmante do surto comunista e com justificada razão pediram o reestabelecimento do estado de guerra. Não havia realmente outra providência a tomar. A Constituição em vigor não é instrumento que se possa utilizar para defesa da sociedade brasileira contra a infiltração comunista. Enfraqueceu e anemizou o poder central. Conhece os seus defeitos e muitas vezes protestaste deante dos rumos errados da elaboração constitucional, prevendo o predomínio da advocacia administrativa aconteceu. A reforma da constituição passou, assim, a ser necessidade urgente, por muitos apontada desde as primeiras experiências do regime legal. Mas, como confiar essa tarefa novamente á inconsistência e flutuação de opiniões de outra assembleia politica semelhante á de 1934? Seria rescindir none erro e protelar a crise. Daí surgiu a ideia do próprio Governo rever a constituição, corrigindo-a e aditando-a, para submete-la depois a um plebiscito popular".

244 O regime de 37 foi, possivelmente, o mais autoritário da história da nossa República. Portanto, não cabe chamar seu documento fundante de constituição, e sim, mais propriamente, de "lei constitucional", pois trata-se de um claro exemplo de mera "constituição semântica", um instrumento normativo que não procede do povo e não se propõe a limitar o poder do autocrata, mas sim possibilitar a "formalização da existente situação do poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder fático, que dispões do aparato coativo do Estado" (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p. 218. Tradução própria do original "la formalización de la existente situación del poder político em beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado"). A despeito de noções formalistas do termo "constituição" surgidas com as escolas juspositivistas (importantes para fins de parametrização e segurança na jurisdição constitucional), no olhar histórico volto-me à concepção material do constitucionalismo como processo dinâmico de limitação do poder e habilitação do livre jogo de forças sociais da comunidade, o que implica não validar como verdadeira constituição instrumentos semânticos cuja normatividade, quando muito, organiza formalmente estruturas orgânicas do Estado. Portanto, inspirado na doutrina constitucional espanhola, valho-me da expressão "lei constitucional" para designá-la, no intuito de "recuperar, articulando com a primitiva concepção racionalista e ilustrada da Constituição, a carga axiológica do termo, de inequívocas ressonâncias democráticas" (TOMÁS, Francisco et al. La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español. **Anuario de historia del Derecho español**, n. 50, p. 721-752, 1980, p. 728. Tradução própria do original: "recuperar, enlazando con la primitiva concepcion racionalista e ilustrada de la Constitucidn, la carga axiológica del termino, de inequivocas resonancias democraticas").

criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente (...)"[245].

A Lei Constitucional de 37 – produto da pena solitária de Francisco Campos - foi, em si, um estado de exceção, foi como "uma declaração de direitos às avessas, um grande salto para trás na defesa das liberdades e da democracia"[246]: o plebiscito de sua confirmação nunca ocorreu, não se marcou a data de novas eleições como ditava, previa inúmeras condicionantes aos direitos individuais (a liberdade de expressão, por exemplo, tinha sete condições), e praticamente apenas sua parte transitória foi aplicada, legitimando a dissolução do Poder Legislativo e a avocação dessa função pelo Presidente Getúlio Vargas.

Na vigência da Constituição de 1946, a morte de Vargas (dessa vez democraticamente eleito Presidente da República) gerou grande instabilidade política, o que ensejou o conhecido "contragolpe preventivo" do General Lott, o qual depôs o Presidente em exercício para colocar em seu lugar o seguinte na linha de sucessão, Nereu Ramos, quem se valeu do estado de sítio aprovado pelo Congresso em novembro de 1955 a findar-se apenas em fevereiro de 1956 com Juscelino Kubitschek.

No regime militar das Leis Constitucionais de 1967-69 não houve decretação formal de sítio, mas vigia um regime autoritário cuja própria normalidade constitucional era marcada por suspensão de direitos e garantias tal qual num estado de exceção. Os corriqueiros Atos Institucionais – impassíveis de controle pelos tribunais – dispensavam ao governo a invocação de estado de sítio para justificar suas arbitrariedades.

Na atual ordem constitucional, o estado de sítio atende aos pressupostos fáticos de declaração de estado de guerra, agressão armada estrangeira, ou comoção grave de repercussão nacional. Há também uma hipótese de aplicação subsidiária, quando ocorrerem fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa. Doutra banda, o estado de defesa funda-se na existência de ameaças graves à ordem pública ou à paz social, que configurem iminente instabilidade institucional, inclusive causadas por calamidades naturais de grandes proporções.

É disposição comum a ambos a nomeação pela mesa do Congresso de 5 membros (entre deputados e senadores) para fiscalizarem sua execução (art. 140 da CRFB). Vale

245 disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >, acesso em 13 de dezembro de 2020

246 VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras** – 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011. [E-book]

igualmente para os dois a provisoriedade de efeitos das medidas, com exceção da ultratividade dos efeitos penais para os atos ilícitos (art. 141, *caput*, da CRFB), assim como o dever de relatório detalhado e específico das medidas ao Congresso Nacional, com relação nominal dos atingidos e dos direitos restringidos (art. 141, parágrafo único, da CRFB).

O que ressalto dessa tipologia e do modelo de garantia adotado pelo constituinte é que ele segue aquele arquétipo de estado de exceção típico e minucioso, que exemplifiquei acima com o sistema alemão. Aliás, tal qual o modelo alemão para emergências externas, há também a ideia de prever-se um instituto mais grave e um mais moderado e com hipótese de configuração mais aberta para lidar com crises menos graves.

A forma prescritiva do nosso texto constitucional compreende natureza predominantemente permissiva, com a listagem das medidas autorizadas em cada uma das fórmulas previstas e os procedimentos para sua utilização (art. 139, para o estado de sítio, e art. 136 para o estado de defesa). Em comparação com a Constituição portuguesa, Juliana Gomes Miranda[247] observa que essa configuração permissiva (dimensão positiva) dos regimes de exceção previstos em nossa constituição é menos direta na delineação do que constituiria o núcleo duro e inabalável dos direitos fundamentais. Penso, contudo, que isso não é de grande prejuízo, pois esse limite pode ser encontrado num raciocínio a *contrario sensu*; o formato permissivo me parece ter até um enfoque mais garantidor, pois diz exatamente quais medidas podem ser utilizadas, subtendendo-se que quaisquer outras que não sejam válidas em períodos de normalidade estão vedadas.

Assim, caminhou bem a experiência constitucional brasileira no tocante aos estados constitucionais de exceção, afastando-se de modelos flexíveis e da previsão de cláusula geral de atribuição de poder, procurando balancear a efetividade com a garantia de institucionalidade, fragmentação do poder decisório e constância democrática. É possível cogitar que a adoção de uma formatação permissiva, rígida e detalhista tenha relação com o reconhecimento da história anterior de abusos, sabendo-se que a Constituição de 1988 nasceu num contexto de reconquista das instituições democráticas e (re)consolidação dos ideais republicanos. Então, compreende-se tais institutos como verdadeiras salvaguardas dessas conquistas, de uma Constituição que - nas palavras de Ulysses Guimarães - pretende-se voz e letra da sociedade, e cuja persistência "é a sobrevivência da democracia"[248].

247 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 51

248 Palavras enunciadas pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte no discurso de promulgação da Constituição da República de 1988 proferido em 5 de outubro de 1988 no plenário da Câmara dos Deputados.

4 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS RELEVANTES

> (...) O Direito Administrativo (...) tem que organizar muitos fatores em um difícil equilíbrio e, portanto, tem a aparência de um prédio inclinado. Ele aspira à democracia e dela assimilou algumas instituições, mesmo quando a democracia administrativa é um oxímoro: se é uma, não é a outra, e vice-versa. Está subordinado à política, mas tenta se tornar independente dela (...). É um corpo estável de regras e funcionários, embora permita a gestão de funcionários eleitos. Baseia-se em decisões, mas precedidas de procedimento. É unilateral, mas atua buscando um acordo. É imposto pela força, mas está sujeito ao controle do juiz. Obedece à política, mas também às normas técnicas e aos critérios legais. É legitimado pelo consenso, mas sobretudo pelo direito.[249]

(*In* Marco Antonio Villa. **A história em discursos**: 50 discursos que mudaram o Brasil e o mundo. São Paulo: Planeta, 2018. p. 295)

249 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 383. Tradução propria do original: "(...) el Derecho Administrativo (...) há de organizar muchos factores em um difícil equilíbrio y, por ello, tiene el aspecto de um edifício inclinado. Aspira a la democracia y há assimilado de ella algunas instituciones, aun cuando la democracia administrativa sea um oxímoron: si es lo uno, no es lo outro, y vice-versa. Está subordinada a la política, pero trata de independizarse de ella (...). Es um cuerpo estable de reglas y de funcionários, aunque permite la gestión de funcionários elegidos. Se basa em decisiones, pero precedidas del procedimento. Es unilateral, pero actúa buscando el acuerdo. Se impone mediante la fuerza, pero se somete al control del juez. Obedece a la política, pero también a reglas técnicas y critérios jurídicos. Está legitimado por el consenso, pero sobre todo por el Derecho."

4.1 ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A TENSÃO ENTRE AUTORIDADE E LIBERDADE

Os estados constitucionais de exceção são os mecanismos mais gravosos de resolução de crises que nos dota a ordem constitucional. Sua compreensão é primordial para entender os limites institucionais do Estado e, num raciocínio reverso das medidas que autoriza, saber que campo de atuação resta para o direito administrativo. O capítulo anterior foi dedicado à exploração desse instituto, o próximo faz uma incursão no estado de necessidade administrativo, a feição geral da técnica de crise nesse ramo do direito, havendo um paralelo entre os dois temas em função de sua atinência respectivamente ao direito constitucional e ao direito administrativo. O presente capítulo funciona como uma ponte entre esses dois campos, tem como propósito oferecer uma visão das premissas de um direito administrativo[250] no qual se insere os temas a serem vistos adiante, tarefa que parte necessariamente da constituição e do direito constitucional.

Sabino Cassese[251] aponta quatro características distintivas do direito administrativo: primeiro, sua ambígua relação com o direito constitucional, este contemplando as grandes decisões políticas do Estado e delineando não só os contornos subjetivos da Administração, mas também suas missões e poderes, enquanto aquele, que muitas vezes se pensa concernir apenas a questões técnicas, revela-se direito constitucional concretizado ao lidar com o tênue balanço entre a liberdade e os interesses coletivos; segundo, tem profundo nexo com as tradições nacionais e como o povo de cada país lidou, em sua história, com a autoridade pública; terceiro, é um direito que surge apenas na maturidade do Estado, depois que o direito privado e o direito constitucional se estabilizam e ganham complexidade, quando (marcadamente no século XIX) ele requer uma estrutura executiva e regulatória eficiente; quarto, suas noções e regras, apesar da crescente internacionalização, ainda são muito territorializadas e ligadas – como já aludido – à tradição de cada país (especialmente ao considerar-se as tradições inglesa e continental).

Já a primeira característica apontada desnuda essa ligação íntima do direito administrativo com o direito constitucional. É intuitivo pensar que, se o direito constitucional é propriamente aquele que lida com a juridicização do poder do Estado e o direito

250 É de se notar que essa dissertação como um todo se insere no contexto da amplo do tema deste capítulo. Isso demonstra a pertinência temática global com a Linha de Pesquisa "1.2 – Estado e Regulação" deste Programa de Pós-Graduação em Direito e, principalmente, com sua sub-linha temática "1. Regime Jurídico-administrativo e os princípios da Administração Pública. O interesse público. O controle da Administração Pública".

251 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 24 - 27

administrativo é aquele dedicado à consecução dos fins estatais (constitucionais) por meio da atividade administrativa, há entre eles ao menos uma interseção no tocante ao exercício da autoridade sobre os administrados na busca desses fins[252].

Essa ideia de um "direito constitucional concretizado" é muito reveladora da tarefa do direito administrativo, porque a Constituição não basta para fazer agir o Estado, ela precisa de instrumentos de ação que consubstanciam as fórmulas de direito administrativo[253], direito comum das Administrações Públicas, microcosmo de todas as áreas em que se movimentam[254]. Indo mais além, é possível falar em um "constitucionalismo administrativo" como uma via de mão dupla, uma interdependência entre esses dois ramos, que reconhece para além da mera concretização subordinada do direito constitucional pelo direito administrativo, também a construção de novos entendimentos sobre a ordem constitucional pelos atores administrativos que a interpretam[255]; um bom exemplo disso no Brasil é o papel que vem tomando o Tribunal de Contas da União na determinação de sua própria competência de base constitucional, avançando consideravelmente sua atuação de matiz não apenas controlador, mas também com efeitos regulatórios[256].

Essa noção, apesar de correta, é muito aberta, podendo levar às mais diversas interpretações sobre em que medida deve agir a Administração na busca de seus objetivos. Trata-se, na verdade, da mais sensível questão do direito administrativo, o conflito entre liberdade e autoridade, que ao longo da história vivenciou momentos seja de despotismo, seja de exacerbação do indivíduo, sendo que a preocupação substancial do Direito Administrativo é o equilíbrio racional dessa tensão a partir das demandas de justiça[257].

252 Salutar a observação de Jean Rivero (**Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 36) de que há uma má relação do Direito Administrativo (puramente descritivo) com o Direito Constitucional, valendo-se a tradição pedagógica de cortes artificiais para atribuir cada matéria a este ou aquele ramo dogmático, de forma que constantemente aparecem mal delimitados. Temas como os poderes do Executivo, o poder regulamentar e as liberdades públicas são campos de interseção entre esses ramos frequentemente a suscitar certas dificuldades metodológicas de compartimentalização epistêmica.

253 MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 17 - 18

254 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de direito administrativo** - I. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60

255 METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, vol. 91, June 2013, p. 5.

256 Sobre o tema: DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação**: o TCU e a infraestrutura. São Paulo: Editora Singular, 2020. [E-Book]

257 GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 50. No mesmo sentido, Gastón Jèze (**Principios generales del derecho administrativo** – I – la técnica jurídica del derecho público francês. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. p. XXX), expoente da Escola do Serviço Público, didaticamente escreve que "o direito administrativo tem por objeto determinar exactamente os poderes do governo e da administração, a fim de permitir lograr eficiência, e, ao mesmo tempo, dar aos particulares a garantia de que não se sacrificarão seus direitos e interesses." (Tradução própria do original: "el derecho administrativo tiene por objeto determinar exatamente los poderes del gobierno y de la administración, a fin de

Esse é o contexto que orienta não apenas o momento de nascimento do direito administrativo, mas também sua evolução, dando conteúdo às balizas dogmáticas que hoje concebemos como um "regime jurídico-administrativo", isto é, as "ideias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade"[258]. A partir da tomada de força do constitucionalismo no fluxo de um giro democrático-constitucional, esse regime passa a ter um conteúdo constitucionalmente definido.

A tese majoritária do nascimento do direito administrativo é a que o liga à Revolução Francesa (por consequência, ao constitucionalismo moderno liberal) e ao Império Napoleônico, sublinhando seu caráter de descontinuidade em relação às instituições do "Antigo Regime". Há, ainda, quem identifique esse momento na Revolução Gloriosa, como sendo o primeiro grande marco de implantação do império do direito. Ponto comum é a aproximação genética do direito administrativo com as fundações do Estado de direito[259].

Não se olvide, contudo, que formas, mesmo que menos sistematizadas, de regulação de serviços públicos, funcionalismo estatal, ordenação e outros temas concernentes à administração pública já existiam antes das revoluções liberais, o que se leva a dizer que "a história desse ramo jurídico se confunde com o surgimento do próprio Estado"[260]. Não é meu intuito ir tão longe nessa breve introdução, então trilhemos o caminho da doutrina tradicional.

permitir lograr eficácia, y, al mismo tempo, dar a los particulares la garantia de que no se sacrificarán sus derechos e interesses").

258 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, 1968, p. 9

259 CASTAÑO, Félix Fernández; VELÁSTEGUI, Francisco de Assis. La huida del derecho administrativo em la administración pública española. **Derecho y Cambio Social**, n. 47, Lima, 2017, p. 5. A expressão Estado de Direito (*Rechtstaat*) é possivelmente utilizada pela primeira vez, como aponta Juan Carlos Cassagne (**Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 151 - 152), por Johann W. Placidus em livro de 1798 para designar um modelo de Estado fundado na liberdade e na igualdade com o escopo magno de implementar todos os preceitos do direito natural. Vale observar, contudo, que o conceito só veio a se consolidar pela doutrina positivista alemã do século XIX, numa tentativa de reconciliar a "liberdade do Estado" com a do cidadão, uma maneira de superar o Estado de Polícia por meio da compatibilização entre a primazia da administração e o respeito a garantias individuais, refletindo a ideia de que poder e liberdade têm origem simbiótica: a lei. O Estado de direito inaugura novos métodos de limitação da autoridade ao reconhecer que todo direito e todo poder decorrem da ação legislativa, e em torno dessa ideia de "legalidade" como garantia essencial da liberdade e legitimadora da autoridade desenvolve-se toda doutrina do novel *Verwaltungsrecht* (SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe. In Susan Rose-Ackerman; Peter L. Lindseth. **Comparative administrative law**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010. p. 28 – 31).

260 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista Trimestral de Direito Público**, 46, Malheiros Editores, 2004, p. 114

Enfatiza-se na narrativa tradicional que a Revolução Francesa de 1789, ao dar cabo aos privilégios nobiliárquicos, deu origem às duas forças que em interação constituem o direito administrativo: ao tempo que outorgou direitos e garantias aos particulares, fez prevalecer uma ideia de interesse público frente ao qual esses direitos deveriam ceder sem prejuízo de um regime indenizatório mais ou menos adequado[261].

Como explica Garcia de Enterría[262], três foram os elementos substanciais dessa vigorosa reação contra o Estado absoluto: o princípio da legalidade, articulado pelos rousseauístas como manifestação da *volonté générale*[263], no sentido de fundação de um governo por e sob as leis; a ideia de liberdade ou constituição de uma ordem social concorrencial, que é a concepção das leis como garantias de liberdade, sublinhando-se o ideal lockeano de que a função da sociedade (e do Estado) é a mútua preservação das vidas, liberdades e propriedades, o que se traduz num ideal jurídico de perfecção de uma ordem coletiva de convivialidade[264]; por fim, a concepção concreta da estrutura e da função do Estado, que o autor resume no simples esquema de tripartição de poderes, isto é, a edição de leis gerais a serviço da liberdade, organização de um sistema de tribunais que aplique essas leis, e uma ordem pública garantida pela organização de um aparelho coativo que sustente e efetive os dois últimos.

Na prática, contudo, a Administração – e o direito administrativo – surgida desse movimento foi uma de notável inadequação a esse fundo ideológico que culmina no esquema "lei, tribunais e ordem pública". Isso porque, em vez de conformar um direito que se refere imediatamente à liberdade dos sujeitos entendida como uma *norma agendi* substancialmente generalizável, acabou por originar um direito que é, por seus fundamentos, disposições e finalidade, exorbitante do direito dos indivíduos e insuscetível de generalização. No lugar de um direito instrumental à liberdade, como pressupunha suas premissas ideológicas, surge um

261 ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo** – volumen I. Buenos Aires, Depalma, 1989. p. 20

262 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Revolution francaise et administration contemporaine**. Paris: Economica, 1996. p. 9 - 22

263 Cuja essência, diz Diego Trevisan (*Volonté générale* e a autonomia da vontade. A presença de Rousseau na origem político-jurídica da filosofia moral de Kant. **Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade**, 22(3), p. 136), é a "universalidade e a reciprocidade das relações políticas obtidas a partir do despojamento de particularidades que impossibilitariam o acordo entre os cidadãos".

264 Concepção que está eloquentemente visível na dicção do art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produto da Revolução Francesa, *in litteris*: "Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei." (disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021)

direito habilitador da supremacia geral sobre a liberdade em virtude de seus fins substanciais. Nesse sentido, diz o mestre espanhol, o direito administrativo é mais propriamente um subproduto da revolução, um efeito colateral do hiato existente entre a ideologia e as vicissitudes que enfrentou o poder de fato na construção da unidade de um Estado forte e centralizador[265].

O direito administrativo napoleônico, que dá as bases para sua evolução em grande parte dos países de tradição continental, apresenta-se como um paradoxo de descontinuidade-continuidade em relação ao Antigo Regime e aos ideais revolucionários; ou mesmo uma totalidade da suprassunção (*Alfhebung*) no sentido hegeliano, pois a sua verdade, que consiste na negação, conforma intimamente uma afirmação elevada, "é ao mesmo tempo um negar e um conservar"[266].

É certo que se manteve a continuidade de um elemento autoritativo – com tons de onipotência - e relativamente arbitrário[267], mas não se pode ignorar a profunda mudança entabulada, como acentua Cassese[268], que foi a quebra de instâncias territoriais-coorporativas

265 É o que explica Garcia de Enterria (**Revolution francaise et administration contemporaine**. Paris: Economica, 1996. p. 25) ao dizer, *ipsis litteris*: "os revolucionários, no momento de dar sua configuração ao novo Estado, seguem uma interpretação claramente divergente da ortodoxia doutrinária que representavam; esta interpretação, combinada com as circunstâncias históricas da Revolução e dos tempos posteriores, permitiu e determinou o fortalecimento de uma Administração tal qual o próprio *Ancien Régime* não conhecera, mas os dogmas jurídico-políticos da Revolução atuaram, então, não para impedir esse fato, mas para submetê-lo a uma certa disciplina; e essa disciplina é precisamente a do direito administrativo. O direito administrativo, afinal, parece-nos o preço de uma dissidência, o tributo pago pela Revolução para compensar a distância que os próprios poderes revolucionários tomaram de sua própria doutrina. É, nesse sentido, mais um subproduto do que um produto direto." (tradução própria do original "les révolutionnaires, au moment de donner sa configuration à l'Etat neuveau, suivent une interprétation clairement dissidente de l'orthodoxie doctrinale qu'ils représentaient; cette interprétation, combinée avec les circonstances historiques de la Révolution et des temps ultérieurs, a permis et déterminé le renforcement d'une Administration telle que l'Ancien régime lui-même n'en avait pas connu, mais les dogmes juridico-politiques de la Révolution ont joué alors non pour empêcher ce fait mais pour le soumettre à une certaine discipline; et cette discipline a été précisément celle du Droit administratif. Le Droit administratif, en définitive, nous parait être le prix d'une dissidence, le tribut payé par la Révolution pour compenser la distance que les pouvoirs révolutionnaires eux-mêmes prirent avec leur propre doctrine. C'est davantage, en ce sens, un sous-produit, qu'un produit direct.")

266 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito** – parte I. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 84

267 Essa crítica à origem autoritária do direito administrativo, muito associada a autores já influenciados pela corrente do neo-constitucionalismo e pelo esforço de máxima efetividade dos direitos fundamentais, tem, na verdade, como um de seus primeiros – e mais relevantes – enunciadores Alexis de Tocqueville, que por meio de diversos escritos ao longo do século XIX denunciou o caráter anti-liberal e perigoso do *droit administratif* de seu tempo. O principal alvo de sua crítica era a justiça administrativa, a imunidade que os funcionários públicos tinham de não poder o Judiciário tutelar seus atos, o que, apesar de ser tratado como uma garantia de independência dos poderes, para Tocqueville (**The Ancien Régime and the French Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 58) era uma herança maliciosamente aprimorada do Antigo Regime, pois, "antes da Revolução o governo podia proteger seus agentes apenas recorrendo a medidas injustas e arbitrárias, enquanto desde então tem tido o poder legal de permitir que eles violem a lei." (tradução própria do original "before the Revolution, the government could protect its agents only by recourse to inequitable and arbitrary measures, whereas since then it has had the legal power to allow them to violate the law.").

268 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 33 - 35

de poder, típicas de um até então sobrevivente direito feudal, possibilitando assim o surgimento de regras estáveis a habilitar que sejam organizadas cientificamente enquanto sistema. Nessa feição originária, identifica o autor os seguintes traços do direito administrativo: fundamenta-se no reforço do poder público frente aos cidadãos; submete o poder público a regras derrogatórias do direito comum, atribuindo-lhe prerrogativas derivadas da própria soberania; serve à centralização e uniformidade administrativa; tem amplo poder regulamentar tanto de sua organização interna quanto de sua relação com os cidadãos; em separação definitiva do Poder Judiciário, cria a ideia de que não cabe aos juízes interferir no mérito da atividade administrativa, garantindo aos funcionários que seus atos só serão controlados por um corpo administrativo próprio; por fim, esse corpo administrativo tem no seu vértice o Conselho de Estado[269], composto de funcionários da própria Administração

269 Como explica Edilson Pereira Nobre Júnior (Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista Trimestral de Direito Público**, 46, Malheiros Editores, 2004, p. 124), o Conselho de Estado se origina do *Conseil du Roi* implantado por Felipe, o Belo, no século XIV, e dividido a partir de 1497 em duas seções, *Grand Conseil* e *Conseil d'État*, competindo-lhe funções administrativas. Com a extinção do Conselho do Rei, remanesceu o Conselho de Estado, na nova configuração que Napoleão lhe atribuiu em 1806, como órgão recursal da justiça administrativa. Com a reforma de 1953 teve suas competências ampliadas, mantendo a função primordial de órgão máximo do contencioso administrativo francês, além de acumular funções administrativas hierárquicas de controle dos tribunais das justiças administrativas especializadas (algo similar ao que faz o CNJ e o CNMP aqui) e funções consultivas, respondendo perguntas do governo e opinando sobre os aspectos jurídicos dos seus projetos de lei (função que no Brasil é normalmente executada pela Advocacia da União e Procuradorias de Estados e Municípios) (vide RICCI, Jean-Claude. **Droit administratif**. 4ª ed. Paris: Hachette, 2004. p. 112 – 114). Vale lembrar que a França é o país paradigma daquilo que a doutrina administrativa chama de "dualidade de jurisdição", isto é, há uma separação entre uma jurisdição comum exercida pelo Poder Judiciário, e outra "especializada" para as lides de direito público exercida por órgãos do Poder Executivo (vide MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 47-48). Diferentemente, em países de jurisdição uma, como o Brasil, o acesso ao judiciário é amplo e a decisão final da Administração não é dotada de definitividade, isto é, não produz coisa julgada. Em nosso direito, a "chamada coisa julgada administrativa", na verdade, consiste na adoção da preclusão no âmbito do procedimento administrativo. Apesar do nome dado pela doutrina, não se trata de verdadeira coisa julgada, consoante a matéria ainda ser sujeita a controle jurisdicional (Art. 5º, XXXV, da CRFB). A verdadeira coisa julgada só existe com a função jurisdicional do Estado, exercida nestas plagas por juízes devidamente investidos nessa função e árbitros escolhidos pelas partes da demanda. A coisa julgada administrativa é tão somente a preclusão interna (*innerprozessualische Bindungswirkung*) do que foi decidido no processo administrativo, a impossibilidade de revisão na mesma via administrativa. Na lição de Alberto Xavier (**Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 138-148), isso se dá, no nosso sistema, por algumas razões: a) a decisão que cria "coisa julgada administrativa" não é externa à Administração, é proferida por seus próprios órgãos e implica manifestação definitiva, una e indeclinável da sua vontade; propor demanda judicial nesses casos seria verdadeiro *venire contra factum proprium*, faltar-lhe-ia interesse de agir; b) A inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) é uma garantia individual, não um direito dos entes públicos, a Administração não se equipara ao cidadão em direitos e garantias constitucionais, até porque a maioria deles existe com o escopo de proteger o indivíduo das arbitrariedades estatais; ademais, se o objeto dessa garantia é a lesão ou ameaça de lesão a direito e a própria administração reconheceu por decisão sua um não-direito seu, faltaria, novamente, interesse de agir; c) o processo administrativo tem natureza de garantia individual que assegura o contraditório e a ampla defesa ao cidadão nas tomadas de decisão da Administração que interfiram na sua esfera jurídica, é uma garantia de controle de juridicidade dos atos estatais, se suas decisões finais favoráveis ao administrado não fossem definitivas, sua utilidade enquanto garantia do cidadão restaria esgotada.

nomeados pelo Executivo, responsável pela criação pretoriana desse direito afastado das leis do direito comum[270].

Albert Venn Dicey, num curioso olhar de um britânico sobre o direito administrativo fruto da Revolução, escreve em 1915 afirmando que Napoleão foi uma força ambígua de restauração do Antigo Regime e preservação da Revolução, de maneira que toda tradição emprestada do regime anterior ele remodelava às condições da nova França, fusionando as tradições despóticas da monarquia com o igualmente despótico credo do jacobinismo.

É assim que, explica, o Direito Administrativo francês repousa em duas grandes ideias alienígenas ao *englishman* de seu tempo. A primeira, de que o governo e seus agentes, por representarem a nação, são dotados de prerrogativas contra os cidadãos privados e a eles inextensíveis. E a segunda, de que é preciso manter uma rigorosa separação de poderes, mas não no sentido de ‘‘independência das cortes”, como se pensaria na Inglaterra, mas de que a independência dos juízes em relação aos funcionários públicos implica a via dupla de independência dos funcionários públicos em relação aos juízes, resultado daquilo que chama de um duplo engano (*double misconception*): primeiro um erro de compreensão de Montesquieu dos princípios e práticas da Constituição Inglesa; segundo, a recepção pelos publicistas franceses dessa doutrina que, além de errada na origem, foi, “se não incompreendida, exagerada e erroneamente aplicada pelos estadistas franceses da Revolução”[271].

Isso não significa, porém, que a história do Direito Administrativo francês tenha sido a de mera legitimação da arbitrariedade. Pelo contrário, mesmo a partir de uma criação pretoriana interna à Administração, as ideias de institucionalidade, determinabilidade e sistematização do direito inspiraram a criação das mais importantes categorias administrativistas, como as noções quase universalmente aceitas de desvio e excesso de poder[272].

270 Explica Gustavo Binenbojm (**Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.) que essa é a razão para que o direito administrativo tenha passado ao largo da era das grandes codificações, embora tenha nascido e se desenvolvido no auge desse período.

271 DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982. p. 211 (tradução própria do original “if not misunderstood, exaggerated, and misapplied by the French statesmen of the Revolution”)

272 TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 117, jul./set., 1974, p. 4 e 5

O "« milagre » de um direito administrativo equilibrado e liberal ocorreu e o Conselho de Estado desenvolveu gradualmente uma jurisprudência protegendo os cidadãos sob a influência de um discurso performativo eficaz", tornando-se, como diz Jean-Marc Sauvé[273], na transição da doutrina do século XIX para o século XX, sinônimo de "garantia constitucional contra os abusos da administração". Mesmo a ideia de *puissance publique* - a vontade própria do Estado, pela qual ele fala "em nome do povo", derivada da soberania nacional e superior às vontades individuais -, sobre a qual girou o *Droit Administratif* por décadas, foi desenvolvida não apenas como justificação das derrogações "a mais" do regime jurídico dos particulares, mas também das derrogações "a menos", isto é, das prerrogativas e das sujeições[274].

O objetivo dessa já longa digressão histórica para a totalidade desse trabalho é mostrar como desde o princípio o direito administrativo é marcado e conduzido por uma "fórmula de contingência", qual seja a tensão constante entre autoridade e liberdade, pois suas relações jurídicas são "vínculos entre um sujeito que exerce o poder político, mas não o titulariza (o agente público), e um sujeito que titulariza o poder (em conjunto com os demais indivíduos), mas não o exerce; ao contrário, suporta"[275]. Isso se reflete – naturalmente – também nos seus institutos que incorporam o conceito de urgência.

Ao longo de seu desenvolvimento, o direito administrativo sofreu um descolamento do direito constitucional em favor da continuidade da burocracia, mas isso se deu num movimento de idas e vindas relacionado à maior prevalência de um desses dois valores subjacentes. Na segunda metade do século XX, com a ocorrência do que Binenbojm chama de "giro democrático-constitucional", observa-se por um lado – como já mencionado – a assunção do regime jurídico-administrativo ao plano da supremacia constitucional e, por outro, a impregnação da dogmática administrativa pela normatividade dos direitos fundamentais e do sistema democrático; esse movimento conduziu a um sistema de juridicidade administrativa. Essa mudança de paradigma, contudo, não derroga a fórmula de contingência do direito administrativo, apenas lhe dá uma releitura, agora traduzida em

273 SAUVÉ, Jean-Marc. **Le Conseil d'Etat et la protection des droits fondamentaux**. Disponível em < https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-protection-des-droits-fondamentaux >, acesso em 07 de janeiro de 2021. (Tradução própria do original, respectivamente: "le « miracle » d'un droit administratif équilibré et libéral s'est produit et le Conseil d'Etat a progressivement développé une jurisprudence protectrice des administrés sous l'influence d'un discours performatif efficace." e "une garantie constitutionnelle contre les abus de l'administration".)

274 VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1961. p. 27

275 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 110

termos constitucionais como a dualidade entre direitos fundamentais e democracia, isto é, autodeterminação individual e autodeterminação coletiva[276].

Este trabalho parte de uma concepção de direito administrativo marcada por esse giro democrático-constitucional – ao lado do "giro pragmático" - e, como já se observou nos capítulos anteriores, todas as análises de institutos dogmáticos se dão sob a égide dos paradigmas do Estado constitucional, sempre inspiradas por esses valores muitas vezes conflitantes da democracia e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Esse conflito, porém, não é inviabilizador, ele faz parte em essência do direito contemporâneo, marcado pela pluralidade de interesses e por sua convivência institucional regrada, viabilizando-se o chamado "ecletismo constitucional". Essa dicotomia é especialmente pronunciada na construção do sentido de interesse público, objeto do tópico a seguir.

4.2 INTERESSE PÚBLICO: SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE

Fritz Fleiner ensina que a atividade administrativa é aquela "que o Estado desenvolve para a realização dos seus fins essenciais."[277]. Sendo o direito administrativo o microcosmo jurídico que a regula, ganha ele um sentido finalístico muito próprio que induz sua legitimidade, adquirindo até mesmo uma feição instrumental diante dessa finalidade, lembrando assim aquela ideia de "direito constitucional concretizado".

Não é a mera aplicação de regras e limites ao poder que o justifica[278], embora seja parte importante de seu escopo, mas sim a "indispensabilidade de atingir a satisfação do interesse geral da coletividade, o qual é fator capaz de legitimar a função a que se destina o Estado e, por conseguinte, a movimentação de uma estrutura de gestão para tanto"[279].

276 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017 [E-book]
277 FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo.** Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933. p. 3 (tradução própria do original: "que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales.")
278 A garantia de aplicação das regras é, sem dúvida, pressuposto fundamental do direito administrativo e de uma atividade administrativa juridicizada, é a existência mesmo de um Estado de direito. Por óbvio, não se está aqui a diminuir sua importância, mas sim para indicar que ele concerne muito mais à efetividade dos meios do que ao fundamento dos fins. É nesse sentido que aduz Stahl (*apud* Miguel Sánchez Morón. El principio de participación en la Constitución española. **Revista de administración pública**, n. 89, p. 171-206, 1979, p. 177) ao dizer que "a concepção de Estado de direito indica principalmente não os fins do Estado, sim melhor o método segundo o qual se realizam" (tradução própria do original "La concepción del Estado de Derecho indica principalmente no los fines del Estado, sino más bien el método según el cual se realizan").
279 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 47

Apesar de não haver uma previsão constitucional explicita de um "princípio do interesse público", como o faz a Constituição Portuguesa[280], sua normatividade em nosso ordenamento decorre da lógica interna do próprio direito administrativo e da previsão de alguns princípios que lhe são corolários, como a legalidade e a impessoalidade.

O interesse público evoca, diz Leonardo Carneiro da Cunha, "imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado 'escolheu' como os mais relevantes, expressados em normas jurídicas, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade"[281]. Há, assim, um elemento normativo na base desse conceito[282], que faz ressaltar não apenas sua natureza jurídica, mas também seu inafastável fundamento democrático.

Essa evocação imediata do Estado deve ser, portanto, entendida sob os termos da legitimação democrática, devendo-se lembrar que democracia não é apenas poder votar e ser votado, é um valor que envolve um contraditório substancial e uma participação cidadã nos diversos canais de manifestação do poder estatal. É certo que a Administração Pública é sua portadora fundamental, "no entanto, ela não tem monopólio de representação e fiscalização do interesse público"[283].

Isso revela, a partir da recondução da interpretação ao processo democrático[284], que - apesar da posição de intérprete institucional que tem o tribunal constitucional[285] - se

280 TÍTULO IX Administração Pública Artigo 266.º Princípios fundamentais 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. (disponível em < https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> acesso em 09 de janeiro de 2021)

281 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juíza**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 27

282 Essa normatividade pode ser mais ou menos explícita, de maneira de que se pode falar em um interesse público em sentido amplo e um interesse público em sentido estrito. Em sentido amplo é todo aquele interesse protegido pelo ordenamento jurídico, que se infere das normas em sua generalidade. Em sentido estrito é aquele interesse previsto por uma norma específica como condição para o exercício de determinada prerrogativa (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 67). Ambos servem de parâmetro para identificação de desvio de finalidade: tome-se o exemplo do chefe da repartição que remove servidor subordinado com finalidade de lhe prejudicar por ser seu inimigo (interesse em sentido amplo: finalidade contrária à impessoalidade) ou com a finalidade de punir algum desvio funcional por ele cometido (interesse específico: remoção não é espécie de sanção) (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 410 - 411).

283 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 151 (tradução própria do original "Sie besitzt aber kein Monopol der Darstellung und Durchsetzung öffentlicher Interessen"

284 HÄBERLE, Peter. Prolegômenos de um entendimento da constituição "adequada ao tempo". **DPU**, n. 56, mar./abr./2014, p. 37 - 39

285 Cumpre esclarecer que, apesar da amplitude que se dá a essa dimensão democrática do processo de hermenêutica constitucional, não se perde de vista a posição institucional da Corte Constitucional e seu papel legado pela *Lex Legum*, como explica Peter Häberle (**Hermenêutica constitucional** – sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14) ao dizer que "Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força

deslinda, por um lado, a prevalência do Poder Legislativo na sua definição e, por outro, que os mais diversos grupos sociais não estatais são intérpretes legítimos do seu conteúdo. Imprescindível, portanto, o reconhecimento das coletividades interessadas e sua legitimidade de autodefesa, autogestão, participação e controle da definição desses interesses a fim de romper o monopólio interpretativo estatal, pois "o interesse público (e os mecanismos montados para sua realização) está a serviço dos cidadãos, e não o inverso"[286].

Assim, apesar de um evidente protagonismo que tem o Estado no manejo do interesse público, não mais o faz com exclusividade (monopólio) numa sociedade cada vez mais conhecedora do fenômeno da autorregulação, que "prestigia a expertise e confia nas virtudes democráticas oriundas da cooperação contínua entre Estado, atores privados e organizações não estatais, tanto no plano interno como no âmbito global"[287].

Historicamente, como ensina Diogo de Figueiredo, "o Estado vai abandonando a histórica pretensão de ser dirigente e mentor da sociedade para afincar-se na missão de ser dela instrumento e parceiro"[288]. Num direito com pluralismo de fontes e permeabilidade entre as ordens internas e internacionais, com o triunfo da *lex mercatoria*, da arbitragem e das organizações econômicas, além da emergência de novos atores como multinacionais, comitês de normatização e lobistas, não parece adequado falar na Administração como intérprete máxima e exclusiva do interesse público[289].

Dessa forma, apesar das diversas maneiras de conceituar interesse público que oferece a doutrina, por vezes diferenciando-o de interesse coletivo, outras de interesse social, o importante – para os efeitos deste trabalho – é entender que: ele funciona como fundamento e finalidade para a atividade administrativa; ele deriva normativamente da soberania popular e

normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas".

286 NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo. **Revista de administración pública**, n. 76, p. 9-30, 1975, p. 28. Tradução própria do original "el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos, y no a la inversa".

287 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017 [E-book]

288 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

289 COHEN-TANUGI, Laurent. Le droit sans les États?. **Arch. phil. droit**, p. 285, 2003. Ressalte-se, nesse ponto, a existência daquilo que é chamado de "interesse público global", um conjunto de interesses coletivos e individuais que ganham relevância normativa para legitimar políticas públicas e obtemperar normas internacionais protetivas de empresas transnacionais investidoras (KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 152 - 154).

do princípio democrático; e seu conteúdo se identifica com a noção de bem comum[290] (*Gemeinwohl*), "uma percepção geral das exigências da comunidade".

O conceito de bem comum"[291], na lição de Escola[292], traduz não apenas o bem estar geral, estendido a toda comunidade objetivamente considerada, mas abrange igualmente de forma mais individualizada as pessoas que a compõem, de modo que, numa vida digna, tenham a oportunidade de concretizar sua completa realização espiritual.

Nesse sentido, é possível afirmar que o interesse público nada mais é que a qualificação em concreto de interesses privados – do indivíduo ou da Administração - em função da sua relação em comunidade; o bem comum, portanto, é resultado da integração de um conjunto de pessoas que se manifestam pluralmente em sociedade.

Nessa perspectiva, podemos pensar, como Bobbio, numa ideia de função precípua do direito público, qual seja a de "direcionar interesses divergentes no sentido de um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas"[293]. Trata-se, como se vê, de noção ampla, dinâmica[294] e indeterminável aprioristicamente, mas que é indispensável para a

290 A doutrina há muito costuma diferenciar um interesse público primário de um interesse público secundário, sendo este o interesse subjetivo do Estado enquanto aparato organizativo (pessoa jurídica), enquanto aquele se reservaria para indicar os interesses concernentes ao bem comum propriamente dito (nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 709). Parece-me, contudo, que por meio dessa distinção se coloca num mesmo gênero espécies que pertencem a um gênero maior, isto é, interesses em geral. Em outras palavras, não há dois tipos de interesse público, um do Estado e outro da sociedade, mas sim interesses subjetivos dos entes federativos e interesses privados dos particulares que, enquanto categorias do gênero "interesse", podem ambos apresentar ou não uma dimensão pública. Apesar de reconhecer uma certa importância didática nessa tipologia por mostrar que nem todo interesse que Estado – a "Fazenda" mais propriamente – efetivamente persegue é interesse público propriamente dito, há o desvalor de reunir num só gênero duas categorias como se estivessem – juntas – em oposição ao interesse privado, quando, na verdade, tanto os interesses privados dos indivíduos quanto os interesses privados da Administração podem, no caso concreto, assumir essa feição de interesse público. Portanto, neste trabalho eu utilizo a expressão "interesse público" para designar aquele identificado com o bem comum.

291 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 232

292 ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo** – volumen I. Buenos Aires, Depalma, 1989. p. 3

293 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 110

294 Não se pode ignorar que a formatação desse bem comum naquilo que interfere nas normas de direito público assume distintos conteúdos na medida em que muda o paradigma de Estado, de liberal para social e então gerencial. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n.231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 139 - 142) sistematiza brevemente essa evolução, apontando que no ancien régime o interesse público se confundia com o interesse do rei. Com a Revolução Francesa esse conceito ganha autonomia e se identifica com os comandos exarados pelo legislador, a partir da evolução do constitucionalismo se agrega a esse conteúdo os interesses elencados pelas constituições, por vezes hierarquizados. Com o advento do constitucionalismo de resultado, introduz-se a noção de efetividade como parâmetro de legitimidade para a verificação finalística dos atos administrativos perante o interesse público.

ordem jurídica – por compor o próprio fim social do Estado, sua ideia teleológica de justiça - e plenamente operacionalizável por ela.

Essa operacionalização é bem descrita por Schmidt-Aßmann, e consiste na procedimentalização das funções estatais – em especial da função administrativa. Por meio da procedimentalização é possível incorporar à construção do conceito um espaço de cooperação e contraditório entre Administração e sociedade, o que se dá concretamente por meio de procedimentos de participação pública[295], controle externo, administração concertada, entre outros, garantindo-se sempre a proteção substancial dos direitos fundamentais.

Isso enfatiza, a nível argumentativo, segundo o autor, uma ideia regulatória do interesse público, concatenando objetivos, procedimentos e níveis de concretização, mantendo viva a consciência de que sempre o Poder Público atua sobre a comunidade não como uma soma de indivíduos, mas como uma comunidade integral. A partir do princípio democrático – sua fonte -, só é possível entender o bem comum dentro de uma estrutura estatal procedimentalizada e guiada cooperativamente a uma concretização plural[296].

Nos casos de urgência, quando se procede à identificação do interesse público em jogo, permanece um imperativo essa procedimentalização, que, se não de forma prévia ao ato por incompatibilidade com a premência temporal, estará presente de forma concomitante e posterior por meio de um sistema de controle que a incorpore. A atuação emergencial impõe a determinação unilateral do interesse pela Administração, porém sempre informada pelas necessidades concretas que identifica na comunidade, a cujo controle se submete e à qual deve apresentar fundamentação adequada. Nesse sentido, ela ganha legitimidade quando magnetiza a razão que exprime essa dimensão transindividual do interesse público em completo respeito ao Estado democrático.

O interesse público é "ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas"[297], e a partir dele sagram-se dois princípios em função dos quais delineia-se

295 Sánchez Morón (El principio de participación en la Constitución española. **Revista de administración pública**, n. 89, p. 171-206, 1979) fala em um verdadeiro "princípio da participação", de patamar constitucional, a compor o regime jurídico-administrativo na Espanha. Segundo o autor, há uma vinculação entre a liberdade e a igualdade reais, efetivas e plenas e a participação, de maneira que cabe ao poder público, na promoção de liberdade e igualdade não meramente formais, facilitar a participação de todos, removendo as travas que dificultam a plasmação efetiva de uma e outra e atribuindo-lhes sentido não meramente negativo de direito abstencionista. Além disso, é um meio de dar conteúdo à muita esvaziada soberania popular, reconhecendo subjetividade ao povo como comunidade soberana plural apartado da pessoa jurídica do Estado, garantindo aos grupos sociais a legitimidade e os meios idôneos de promoverem seus interesses.

296 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 151 - 153

297 CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p.48

todo o regime jurídico-administrativo[298]: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos. Vejamos brevemente essas duas noções.

A supremacia do interesse público sobre o privado é noção que justifica os atos de império do Poder Público sobre a esfera de liberdades dos particulares. Todo o campo do direito administrativo ordenador – e o poder de polícia da Administração – é baseado nessa noção singular. É a finalidade de tutela do interesse público que atribui ao Estado uma posição jurídica privilegiada de "supremacia geral" em relação aos particulares[299].

Há autores que fazem duras críticas a essa ideia de supremacia, por entenderem que ela serve para maquiar um ideal autoritário e legitimar qualquer ação do Estado. É nesse sentido que Binenbojm diz ser incompatível com o Estado democrático a ideia de supremacia do interesse público, sendo que a questão da prevalência de interesses públicos ou privados se resolve concretamente por meio de ponderação proporcional, reconhecidos limites irredutíveis dos direitos fundamentais[300].

Essa é uma afirmação que, parece-me, incorre em certo erro conceitual, pois só faz sentido quando ignorado o significado plural de interesse público que venho defendendo até aqui. Como já aludido no capítulo 1, não há interesse público contrário aos direitos fundamentais, o interesse público é noção que decorre do próprio ordenamento e, nesses termos, nunca pode ser violador da Constituição. Nesse diapasão, a atuação da Administração deve ser consentânea a essa premissa, pois, como ensinam Baptista e Capecchi, "não é possível excluir o papel da burocracia estatal como promotora de direitos fundamentais, no âmbito de Estados democráticos"[301]; uma verdadeira democracia constitucional não prescinde da observância plural dos direitos fundamentais que se sobrelevam em sua dignidade independentemente de sua utilidade[302].

Essa ideia de democracia constitucional foi muito bem desenvolvida por Robert Alexy, de acordo com quem há um modelo ingênuo de pensamento constitucional que acredita não existir qualquer conflito entre direitos fundamentais e democracia, outro idealista

298 Nesse sentido BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, 1968, p. 9

299 ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970 p. 186 - 187

300 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017 [E-book]

301 BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1948

302 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. p. 85

que identifica o conflito mas trabalha com a ideia de uma harmonização ideal teórica a ser oposta à realidade, e um terceiro modelo realista – que adota – a entender que os direitos fundamentais apresentam dimensão democrática (por assegurar a existência de pessoas que sem eles seriam afastadas do processo deliberativo) e ademocrática (por subtraírem matérias da deliberação legislativa). Esse caráter duplo, contudo, faz surgir uma verdadeira noção de democracia constitucional diferente da mera prevalência voluntarista de maiorias, e a chave para tal compreensão é a de que existe um âmbito de representação política na deliberação legislativa, mas também um âmbito de representação argumentativa no judiciário que estabelece uma nova instância de reflexão política. Assim, conclui o autor, "Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático."[303].

Nesse panorama, reconhece-se ainda aos direitos fundamentais a fundamentação objetiva de suas normas instituidoras, isto é, "quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária"[304]. Assim, mesmo os direitos individuais exprimem um valor geral que informa o conteúdo próprio do interesse público, nele se amalgamando, na forma como os institucionaliza a constituição.

De tudo isso, temos que mesmo quando limitador de liberdades em prol de objetivos transindividuais, o interesse público pressupõe que essa limitação se dá em conformidade com as diretrizes constitucionais. Do contrário, não seria interesse público, no máximo interesse privado da Administração a ser controlado pelos órgãos competentes. Dessa maneira, como já elucidado, não há qualquer impossibilidade de se identificar no conteúdo do interesse público certos interesses particulares, inclusive para reconhecer-lhes supremacia diante de outros interesses privados da própria Administração, basta pensar no caso dos direitos dos usuários de serviços públicos *vis a vis* o interesse patrimonial do Estado ou do concessionário.

Então, não há qualquer incompatibilidade da supremacia em abstrato do interesse público com o Estado constitucional, desde que se entenda – como faço aqui – que sua compreensão (do interesse público, não da supremacia) nunca é dado apriorístico, só pode ser

303 ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999, p. 212 - 214

304 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1256

plenamente enxergado, como ensina Edilson Nobre Jr.[305], "sob um ponto de vista real, consistente no cotejo entre ordenamento jurídico frente às peculiaridades da situação fática com a qual se debate a Administração", havendo de ser aferido "conforme singularidades de tempo e espaço". Essa é visão que se coaduna à vocação do direito administrativo moderno consistente em "assegurar a realização dos interesses coletivos, sem ceder por ele um passo na defesa até agora montada dos interesses individuais"[306].

Por fim, a indisponibilidade do interesse público também é noção que decorre dessa compreensão de que seu conteúdo não é monopólio do Estado, ele é inapropriável por quem quer que seja, a atividade finalística da Administração coloca-lhe como dele curadora e a ele se submete; seu fundamento precípuo é a ideia de república e a titularidade popular do poder constituinte.

Disso infere-se que o conteúdo do interesse público não apenas legitima a atuação imperativa da Administração, mas especialmente impõe limites e condições à atividade administrativa. Essa atividade, como visto, manifesta-se em função da proteção de uma finalidade cogente, a qual impõe a ela, segundo Alessi[307], três grandes limites: a) a necessidade de que encontre fundamento explícito ou implícito, específico ou genérico, na lei; b) respeito às prescrições formais de seu desenvolvimento; c) promover, na medida da lei, um certo grau de interesse público que legitime o exercício de determinada prerrogativa. Dessa lição, temos que da indisponibilidade do interesse público exsurgem limites especialmente ligados à ideia de legalidade[308], abordada no tópico seguinte.

305 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A LINDB e a influência da realidade na função administrativa. O texto versus o contexto. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, set./out. 2020.

306 NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo. **Revista de administración pública**, n. 76, p. 9-30, 1975, p. 27 (tradução própria do original "asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un passo en la defensa hasta ahora montada de los interesses individuales"). No mesmo sentido, as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n.231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 142): "A passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca, assim, o atual estádio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volte a invocar supremacias táticas ou raisons d'État para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais".

307 ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970 p. 190

308 Outros princípios condicionantes da atividade administrativa decorrem da indisponibilidade do interesse público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, 1968, p. 16) quando escreve (grafia original da época): "Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração, assim como ao: pessoas administrativas (autarquias), não têm disponibilidade sôbre os interêsses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos têrmos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública; c) do contrôle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da administração; e) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interêsses públicos."

4.3 LEGALIDADE

4.3.1 Aspectos gerais

O princípio da legalidade é fundamento específico do Estado de direito[309], é o balanço ideal da supremacia do interesse público, traduzido, em seu sentido estrito e próprio, como o princípio "que especificamente exige a submissão do agir à lei, como produto formal dos órgãos legiferantes do Estado"[310].

O Estado de Direito eleva o princípio da legalidade (formal e materialmente) a critério de ação dos governantes do Estado[311], seguindo a ideia da sempre atual máxima de William Douglas: "Onde a discricionariedade é absoluta, o homem tem sofrido sempre. (...) Discricionariedade absoluta é uma mestra impiedosa. É mais destrutiva à liberdade que qualquer invenção humana."[312]. Sua lógica inerente, como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é a de que "declarando o Direito ao positivá-lo, o Estado exerce sua autocontenção, assegurando à sociedade – que o criou e o mantém, para organizá-la e dirigi-la – a preciosa dádiva da certeza jurídica"[313].

A legalidade foi a solução que o iluminismo encontrou para acabar com a arbitrariedade do absolutismo, sendo sua própria antítese. Ele criou para si uma ética racionalista, que equivalia a uma ruptura moral, uma necessidade de justificação racional para suas exigências humanitárias[314]. A lei cumpriu esse novo papel na sociedade pós-revolucionária com base na crença racionalista que a colocara em oposição ao mero voluntarismo monárquico absolutista[315]. Há subjacente a essa concepção o mito do legislador

309 Pode-se tentar resumir as bases da noção de Estado de direito, conforme Juan Carlos Cassagne (**Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 154), nas seguintes observações: a) separação de poderes em diferentes órgãos estatais reciprocamente limitados; b) reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais oponíveis ao Estado; c) vinculação positiva da Administração ao princípio da legalidade; e d) funcionamento efetivo de um sistema de controle judicial justo, independente e imparcial.

310 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150

311 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32

312 DOUGLAS, William. In United States Supreme Court. United States v. Wunderlich, 342 U.S. 98 (1951). Disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/98/ >, acesso em 30 de janeiro de 2021. Tradução própria do original: "Where discretion is absolute, man has always suffered. (…) Absolute discretion is a ruthless master. It is more destructive of freedom than any of man's other inventions."

313 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150

314 WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 354

315 PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de VerginiaPopi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21

racional, que traduz em texto claro e inconfundível a razão prática advinda da vontade geral.[316]

Essa perspectiva filosófica degradou-se ao longo da história num processo que Binenbojm[317] chama de "crise da lei"[318], decorrente de vários fatores. O primeiro deles é a inflação legislativa que, em virtude do crescente aumento das funções do Estado, levou a uma banalização da lei e erodiu o mito da completude do ordenamento. Um segundo fator foi o autoritarismo que marcou a primeira metade do séc. XX, evidenciando o distanciamento possível entre validade e justiça. Uma terceira razão é a vitória do constitucionalismo do pós-guerra e sua expressão axiológica que se espraia pelo ordenamento, modificando sensivelmente o sistema de fontes e a importância da lei nesse esquema hierárquico. Ainda sobre o esquema de fontes, um quarto fator seria a relevância que tomou outros atos normativos na regulação da atividade administrativa, a emergência de noções como

316 GARCÍA, Manoel Calvo. **Teoria del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 79. É o que se lê no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1897 (disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021), *in litteris*: "Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos."

317 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. p. 125 - 137

318 Em larga medida, essa crise da lei é apenas uma feição de uma "crise do Estado", ou crise dos paradigmas teóricos sobre os quais se fundava a Teoria do Estado à qual o Direito Administrativo era tributário em suas origens, o que significa uma progressiva desvinculação do direito administrativo ao Estado. Ernst Forsthoff (**El Estado de la sociedade industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 20) identificava as origens dessa crise com o pós-guerra da década de 20, quando a estatalidade era ameaçada por ataques ideológicos e de interesses econômicos organizados – hoje não tão diferente -, manifestando-se na crescente autonomia de numerosas entidades semiindependentes, a cujo conjunto ele chama - valendo-se do conceito de Johannes Popitz – de "policracia". Demonstrando o aprofundamento desse fenômeno, Sabino Cassese (**Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 351 - 355) aponta que o aparecimento dos organismos multilaterais e internacionais que controlam setores de atividade antes sujeitos apenas ao Estado, inclusive exercendo poder de polícia, retirou parte do protagonismo estatal e enfraqueceu suas bases teóricas. Esse fenômeno se aprofunda com a formação de organismos supranacionais, em especial a União Europeia, que modificam a própria noção de soberania e faz o Estado compartilhar (e, em alguns casos, perder) parcela significativa de seu poder decisório. Com isso, os Estados – e a lei, sua principal manifestação normativa – perdem a unidade de sua estrutura originária de um ordenamento hierarquicamente organizado, tornando-se "porosos". Assim, essa crise maior do Estado ecoa em particular também como crise da lei, compreendendo três aspectos: a crise da compreensão rousseauniana de Parlamento, no sentido de que a Administração, legitimada numa Constituição que está acima de qualquer Poder, pode agir fora e, em alguns casos, de encontro às regras que ele emana; os princípios constitucionais dão às ideias de licitude e legitimidade um substrato que as afasta da mera legalidade; e, por fim, a lei perde o monopólio sobre a criação do direito, que flui das mais diversas fontes internacionais, supranacionais e neo-espontâneas. Essa é a feição que destaca Peter Häberle (**Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007) ao falar num "princípio de abertura estatal" – interna e externa – que culmina no que denomina o atual modelo de "Estado Constitucional Cooperativo", aquele que "trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos 'estrangeiros' : sua 'abertura ao meio' é uma 'abertura ao mundo' (...). A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ela é, sobretudo, um momento de configuração" (p. 6).

deslegalização e poder regulamentar autônomo. Por fim, uma quinta razão é o maior controle que tomou o Executivo sobre o processo legislativo (especialmente na ótica do presidencialismo de coalizão), passando também a ter cada vez mais funções legislativas atípicas, o que mitiga o sentido da lei como ato geral exterior à Administração

Desse fenômeno desenrola-se, segundo Paulo Otero[319], um movimento contraditório no direito administrativo: a legalidade expande seu âmbito de vinculação, abrange cada vez mais matérias e campos antes alheios a ela, em contrapartida, o conteúdo de sua dimensão jurídico-positiva se encontra debilitado, ocasionando um maior ativismo dos órgãos administrativos na construção do direito. É a virada do "Estado legislativo-parlamentar" para o "Estado administrador", marcado por uma Administração que cada vez mais se autovincula a partir da ampliação do seu próprio poder normativo, de natureza executiva ou autônoma[320].

Isso provoca uma relevante mudança conceitual na ideia de legalidade.

Comumente, o princípio da legalidade é traduzido no direito administrativo como vinculação positiva à lei, ou "reserva total", no sentido de que "cada acto da Administração tivesse de encontrar sua prefiguração numa lei existente"[321]. Desvela-se, portanto, um duplo papel: um negativo de garantia do indivíduo contra a Administração, e um positivo como efeito de extensão do sufrágio a reger estritamente o governo[322]. Seguindo essa noção, Otto Mayer chega a dizer que, num Estado de direito, é o rodeamento da Administração por vínculos jurídicos encadeados – da lei ao ato administrativo - que caracteriza a justiça[323].

Contudo, a partir desse processo de crise da lei, a visão formalista desses dois papeis transmudou-se na ideia ampla de uma conformidade ao direito como motor da Administração, ou seja, o desempenho da função administrativa com base em outras fontes[324].

319 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 292

320 Alexandre Santos do Aragão (Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito Processual Geral**, n. 54, Rio de Janeiro, 2001, p. 27 - 29) fala em uma "Administração Pública pluricêntrica" como esse fenômeno fragmentário de descentralização material do direito administrativo por meio da atuação cada vez mais autônoma de entidades independentes, resultante de uma complexificação da sociedade a demandar subsistemas administrativos, os quais – idealmente – constituem interpenetração entre sociedade e Estado por meio de tecnicização, diferenciação e autonomização, conjugando público e privado na "despolitização" das funções estatais.

321 EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume 57, 1981, p. 179

322 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 350 - 351

323 MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 84

324 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 21

Odete Medauar[325], fazendo referência à doutrina de Charles Eisenmann, menciona quatro possíveis sentidos para o princípio da legalidade: a) a Administração pode realizar todos os atos que nãos sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar medidas autorizadas por uma norma legislativa; c) são permitidos apenas os atos cujo conteúdo seja abstratamente fixado por uma lei; d) a Administração só pode agir quando a norma legislativa o ordenar.

Segundo ela, o último significado paralisaria a Administração, seria funcionalmente inviável. Também o terceiro sentido traduziria uma rigidez anacrônica, embora ainda seja possível encontrá-lo em campos muito vinculados do Direito Administrativo. Assim, conclui que o primeiro e o segundo sentidos são aqueles que vão prevalecer hoje (com predomínio tradicional do segundo), admitindo-se entre os dois uma gradação a depender da matéria do ato administrativo (vide tópico abaixo sobre reserva de lei).

O que se pode afirmar, é que a questão da vinculação positiva ou negativa ganha dimensão constitucional, pois a maior ou menor rigidez da ação do administrador e os campos de reserva de lei são delineados pela própria constituição, sendo certo que, nesse paradigma, a Administração "para atender à enorme soma de interesses confiados, não pode ser uma máquina simplesmente executora. Se deve ser responsável não só ante à lei, mas também dos resultados de sua ação ante os cidadãos, deve dispor de espaços livres"[326].

Reconhecer a prevalência constitucional não é sepultar a legalidade, pelo contrário, é fortalecê-la através do reconhecimento de um parâmetro normativo superior que legitima a lei e, indiretamente, fundamenta a validade dos atos administrativos. Com o advento do mencionado giro democrático-constitucional essa noção sofre uma sensível mudança de parâmetros, permanecendo, contudo, a cumprir a mesma função que legitimou sua ascensão a paradigma do direito moderno, qual seja, a de ser "vinculação jurídico-constitucional do poder"[327], o que faz a partir de dois sentidos básicos: o de reserva de lei e o de primado da lei.

325 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 117 - 118
326 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 355. Tradução própria do original "para atender la enorme suma de intereses confiados, no puede ser una máquina simplemente ejecutora. Si debe ser responsable no sólo ante a la ley, sino también de los resultados de su acción ante los ciudadanos, debe disponer de espacios libres".
327 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

4.3.2 Reserva de lei

4.3.2.1 Separação de poderes

Falar em reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) é falar em separação de poderes (art. 2º da CRFB). Há uma íntima ligação entre a teoria da tripartição de funções e a ideia de matérias ou ações "reservadas" a cada uma delas, sobre as quais as demais não podem licitamente – constitucionalmente - se imiscuir. Assim, por reserva de lei se entende que a regulação jurídica de certos temas tem tamanha importância que apenas deve caber à decisão deliberada dos representantes do povo, incabível qualquer outra espécie de ato normativo.

Trata-se, assim, de procurar garantir uma maior legitimidade democrática ao comando, isso porque "a publicidade que rodeia a sua discussão, o acompanhamento dos debates pela opinião pública e a sua difusão pela *mass media*, a possibilidade de intervenção de todos os partidos representados (...), justificarão que a constituição reserve à lei formal a disciplina de certas matérias"[328]. Essa reserva pode ser simples, quando a Constituição a atribui sem restrições diretas, ou qualificada, quando expressamente condiciona-a a fins ou meios específicos[329].

Há, nessa ideia, uma dimensão de garantia contra o Poder Executivo, garantia de que restrições a direitos fundamentais só podem ser realizadas mediante autorização legal (art. 5º, II, da CRFB), pois o legislador teria a responsabilidade de garantir "o equilíbrio do interesse geral com a proteção fundamental da liberdade individual e a ordem jurídica do exercício conflitante dos direitos fundamentais por diferentes titulares"[330]. Observa-se, assim, uma subjacente desconfiança com o Poder Executivo a privá-lo de ingerência sobre as matérias mais importantes do ordenamento jurídico; o problema é, por inverso, o de até onde pode ir a Administração em seu poder regulamentar, ou seja, até onde pode criar direito,

328 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 725. O autor português (p. 726 – 728), observando a polissemia da expressão "reserva de lei" e tendo como parâmetro a Constituição portuguesa de 1976, identifica cinco sentidos possíveis que pode expressar: a) de reserva de parlamento, ou reserva de lei formal, sentido aqui utilizado e que exprime âmbito material que deve ser objeto de regulação por ato legislativo emanado pelo parlamento; b) reserva de ato legislativo, quando é indiferente à constituição se trate de lei formal ou de decreto-lei do Governo; c) reserva de decreto-lei, quando a disciplina de determinado assunto cabe ao decreto-lei com exclusão de qualquer outro ato normativo; d) reserva de norma jurídica, quando se exige disciplina normativa geral possível de delineação por ato infralegal; e) reserva de lei reforçada, quando se exige a forma jurídica de lei reforçada do art. 112º/3 e 68º da Constituição de Portugal.

329 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 236

330 BADURA, Peter. **Staatsrecht** – systematsche Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlun, 1986. p. 75. Tradução propria do original: "Der Ausgleich des Allgemeininteresses mit dem grundrechtlichen Schutz der individuellen Freiheit und die rechtliche Ordnung aufeinandertreffender Ausübung von Grundrechten durch verschiedene Berechtigte (…)".

resposta que é dada tradicionalmente com referência à interferência nas "esferas jurídicas dos particulares"[331], como, por exemplo, a competência estatal sancionatória (art. 5º, XXXIX, da CRFB)[332].

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a chamada "Teoria da Materialidade" (*Wesentlichkeitstheorie*), por meio da qual a delimitação do âmbito exato da reserva de lei se dá "pela intensidade com que os direitos fundamentais dos destinatários são afetados"[333], sendo suficiente para este fim que legislador decida sobre os pontos fundamentais, deixando o detalhamento orientado da matéria para o âmbito regulamentar; "é, portanto, decisivo como exatamente o legislador deve especificar o programa regulamentar do Administrador para satisfazer a reserva da lei para questões essenciais."[334].

331 EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume 57, 1981, p. 173

332 Como explica Edilson Nobre Júnior (**Medidas provisórias**: controles legislativos e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 43), trata-se de ideia fundada no ideal lockeano de propriedade, segundo o qual "a lei civil, ao contrário de limitar o âmbito de atuação humano, seria a fonte do estabelecimento de sua liberdade. Por isso, qualquer restrição capaz de afetar a liberdade ou propriedade individual necessitava, para sua imposição, buscar apoio expresso no consentimento daqueles que celebraram o pacto de viver em coletividade.".

333 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Ersten Senats. **BVerfGE 58, 257** – Schulentlassung. 1 BvR 640/80. 20. Oktober 1981. §85. Disponível em < https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058257.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021. Tradução própria do original: „(…) nach der Intensität, mit welcher die Grundrechte der Regelungsadressaten betroffen werden". Nesse sentido, ensina Ehrhardt Soares (Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume 57, 1981, p. 184): „O que está em causa não é uma aplicação duma fórmula de rigor geométrico: é fundamentalmente uma questão de medida. E uma medida que não se preocupa apenas com a repartição de sectores ou campos de actividade, estabelecendo uma gradação de vinculações legais (...). O que se pede é a apreciação da gravidade de cada uma das ofensas potenciais a valores mais ou menos vivamente sentidos pela comunidade, num certo momento histórico".

334 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Ersten Senats. **BVerfGE 58, 257** – Schulentlassung. 1 BvR 640/80. 20. Oktober 1981. §12. Disponível em < https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058257.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021. Tradução própria do original: „Es komme deshalb entscheidend darauf an, wie genau der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber das Rechtsetzungsprogramm vorgeben müsse, um dem Vorbehalt des Gesetzes für wesentliche Fragen zu genügen.". O caso concreto trata de um estudante que ao longo de sua vida escolar nos anos 70 teve desempenho ruim, razão pela qual sofreu algumas sanções escolares como repetição de ano escolar, suspensão de atendimento a algumas turmas e disciplinas, transferência de escola e, finalmente, expulsão. O estudante contestou as decisões na justiça administrativa de Hessen, mas não obteve êxito pois a Lei de Administração Escolar de Hessen admitia regulamentação por ato infralegal do Ministro da Educação, o qual havia editado regulamento sobre promoção e permanência escolar que previa as sanções a ele cominadas. O caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha com a pergunta sobre o âmbito da reserva de lei e até onde deve o legislador ir para satisfazê-la, levando o Tribunal a aprofundar o desenvolvimento da Teoria da Materialidade, com base na qual entendeu terem sido legítimas as sanções mencionadas, pois a lei trazia literalmente sua tipologia básica ("transferência", "expulsão", etc.) a ser aplicada nos casos e nas formas do regulamento. Ressalte-se que, à época, o Tribunal Constitucional Federal já havia abolido a doutrina da relação de poder especial (associada ao âmbito intra-administrativo de livre disposição, a ponto de admitir coação carente de fundamentação legal), de maneira que, na decisão comentada, mesmo tratando de uma relação escolar, há plena consideração da incidência dos direitos fundamentais, da reserva de lei e do princípio da proteção (vide MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 195 - 196).

Essa especificação apresenta exigência de um mínimo de precisão – redução da margem de apreciação – que será mais rigorosa quanto maior a interferência[335]. É certo que esse grau de interferência é contingente ao momento histórico e a cada experiência constitucional, podendo cada constituição diferir bastante sobre o que constitui a reserva de lei e qual a medida da densificação legal do programa regulamentar em função desses parâmetros valorativos[336].

Contudo, com a dinâmica crescente em complexidade da sociedade, a teoria da separação dos poderes ganha matizes distintas, que não podem mais sustentar uma reserva de lei tão estrita a ponto de configurar uma "reserva total", a reconhecer que "a vontade política da comunidade não se afirma exclusivamente em fazer leis"[337]. A Administração hoje tem espaço criativo legitimado na ideia de uma democracia constitucional plural que integra também por meio de uma expertise técnico-administrativa, ou por imperativos de necessidade a informar a delimitação do interesse público.

Gomes Canotilho[338] aponta para duas dimensões da separação de poderes: uma negativa e uma positiva. Pela dimensão negativa temos a separação como divisão, como limite do poder, assegurando-se em alguma medida a não concentração das funções do Estado para proteger a esfera jurídico-individual dos cidadãos. Pela dimensão positiva, por outro lado, a separação assegura uma distribuição adequada das funções estatais para que se possa garantir decisões justas, mediante um esquema de competências e a responsabilidade dos que as exercem.

Bruce Ackerman[339], por sua vez, explica que a separação de poderes deve cumprir três ideais legitimadores, sem os quais não há sentido falar em tripartição de funções: democracia, competência profissional e a proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Dentro do esquema de poderes separados, nenhuma instituição deve ter o monopólio sobre a criação do direito, de maneira que os influxos democráticos podem se expressar

335 GARCIA, Alejandro Nieto. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2011. p. 273

336 Por exemplo, de maneira distinta da nossa Constituição, a Constituição Lusa prevê no seu art. 164 uma reserva absoluta (reserva de lei formal) e no art. 165 uma reserva relativa (reserva de ato legislativo), na qual se permite a autorização ao governo – definindo objeto, extensão e sentido - de que sobre elas disponha amplamente por decreto-lei; dentre essas matérias, está o regime geral de punição das infrações disciplinares, tema que toca sensivelmente a esfera jurídica particular, e que em outros ordenamentos – como o nosso – seria legado à estrita reserva de lei.

337 EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume 57, 1981, p. 180

338 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250

339 ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, 113(3), 2000. DOI: 10.2307/1342286

diferentemente a partir de cada instituição e contra cada instituição, sendo fundamental que o poder legiferante do parlamento seja constrangido por outras instituições de Estado. A separação de poderes deve contribuir, também, para a especialização funcional dos órgãos do Estado, profissionalizando o judiciário e a burocracia, sendo fundamental para tanto um esquema constitucional bem pensado para garantir especialmente a integridade e a expertise regulatória do poder executivo em prol do interesse público. Por último a tripartição de poderes deve ser capaz de limitar os influxos e refluxos da política partidária entre executivo e legislativo, a fim de garantir o regime de direitos fundamentais e ampliá-los, sendo fundamental para tanto uma corte constitucional forte, mas também a atuação de instituições extrajudiciais dedicadas à promoção e realização da justiça e da democracia.

Num Estado constitucional como o nosso, é preciso encarar o dogma da tripartição levando em conta essas dimensões e esses ideais mencionados acima. A separação de poderes não implica uma divisão absoluta de funções – nem mesmo na teoria clássica de Montesquieu se pensava dessa forma[340] -, mas busca essencialmente um modelo atributivo de poder que consiga se autolimitar e se afastar do arbítrio, como uma garantia da liberdade através da qual "se pretende assegurar que não se produzam situações de concentração de poder que levem a abusos"[341]. Dessa maneira, como diz Edilson Nobre, viabiliza-se "o desenvolvimento da concepção funcional da separação de poderes, admitindo-se daí a possibilidade de um dos departamentos estatais desempenhar parcialmente atribuições inerentes a outro"[342], dês que respeitados os seus ideais legitimadores de uma constituição democrática.

340 Apesar de não ter sido o primeiro a falar em distintos poderes do Estado, a grande contribuição de Montesquieu foi ir além da mera identificação dos Poderes para delinear a dinâmica entre eles, estabelecendo que deve existir para cada um uma instituição distinta e especializada que o titularize sob pena de, havendo confusão entre eles, perecer a liberdade. Os poderes devem atuar de forma independente e autônoma, porém a convivência entre essas instituições se daria em equilíbrio por meio do uso das faculdades de estatuir e de impedir que exercem umas sobre as outras reciprocamente, naquilo que se chamou de técnica de freios e contrapesos. Se só o poder pode frear o poder, só existe liberdade quando essas três instituições se constrangem mutuamente. (MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 161).

341 PARGA, Milagros Otero. Divisón de poderes. Antes y ahora. **Boletín de la facultad de derecho**, n. 12, 1997, p. 132. Tradução própria do original: "se pretende asegurar que no se produzcan situaciones de concentración de poder que conlleven abusos"

342 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Divisão de poderes** – entre o legislador e o juiz. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 14/2020, Jul - Ago/2020, p. 3

4.3.2.2 Reserva legal e urgência: a função legislativa atípica

Reconhece-se na distinção das funções do Estado, independentemente do órgão que as exerça em concreto, uma "função política" distinta da função administrativa e da função jurisdicional. A função legislativa, por sua vez, é a vertente dessa função política que se traduz na criação de normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade, generalidade e novidade, em contraposição à função governativa (ou política estrito sensu)[343].

Tipicamente, cabe seu exercício ao Poder Legislativo (em sentido orgânico), contudo, há circunstâncias que legitimam seu exercício atípico por outros departamentos, o que se observa especialmente[344] com sua atribuição ao Executivo diante de casos de urgência. É assim que vários Estado consagram em suas constituições situações de excepcionalidade legislativa em casos de urgência, seja por meio de processo legislativo acelerado, seja por atribuição de legislação ao Executivo ("decretos-lei").

É importante perceber que esse tipo de autorização constitucional dispensa a ocorrência de grandes crises constitucionais. Isso quer dizer que a atribuição legislativa de urgência, como forma de aquilatar o confronto da urgência com o imperativo da reserva legal (passando-se, circunstancialmente, de uma reserva de parlamento para uma reserva de ato legislativo), não se insere necessariamente no quadro geral de um estado constitucional de exceção[345]. Como já aludido no Capítulo 1, a urgência é fenômeno que se verifica não apenas nos grandes momentos de extraordinariedade, mas também diante de crises ou necessidades pontuais que surgem nos momentos de funcionamento ordinário das instituições. Dessa forma, não se equipara urgência e circunstâncias excepcionais, pois "para que se dê a urgência

343 MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, 189, Rio de Janeiro, jul./set. 1992, p. 92

344 Há outro caso de exercício atípico da função legislativa pelo Executivo para situações ordinárias, a delegação legislativa (art. 68, §2º, da CRFB), que foge ao escopo deste trabalho por não envolver o conceito de urgência. A delegação legislativa caracteriza exercício pelo Executivo da legislatura em nome e por autorização do Legislativo, e não por atribuição própria. Diferencia-se, portanto, do decreto-lei ou, em nosso caso, medida provisória (art. 62 da CRFB), que é "repartição de competência realizada pelo poder constituinte ou originário, na qual há a concessão a outro poder, o Executivo, de um poder próprio, que se realiza de forma excepcional, tendo em vista os limites a ele impostos, ou seja, a relevância e a urgência, mas sua existência persiste latente, independentemente da manifestação do Legislativo, até que se verifiquem situações que justifiquem tais características e, conseqüentemente, a edição de medida provisória." (MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Medida provisória: aspectos jurídicos da legalidade do uso em questões tributárias. **RAP**, Rio de Janeiro, 33(1), jan./fev. 1999, p. 72 - 73).

345 Aí reside, segundo Santi Romano (**Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 349), a distinção entre o decreto-lei e outras espécies de "ordenanças de necessidade" que pelo caráter extraordinário e excepcional de suas circunstâncias, prescindiriam de conversão em lei, dando como exemplo de circunstância ensejadora o estado de guerra e o estado de sítio civil, indicando situação de verdadeira crise constitucional que não se confunde com as hipóteses menos graves do decreto-lei.

não é preciso que se tenha produzido uma alteração da ordem pública, nem uma crise política, nem uma calamidade social"[346].

A outorga atípica da função legiferante ao Executivo tem origem nas *ordinanze di necessità* do direito italiano, as quais habilitavam a ação normativa do Governo em emergências e fizeram consolidar nesse país a doutrina do *decreto-legge*[347], remontando, portanto, à ideia de direito de necessidade, que de maneira indiferenciada fundamentava os estados de exceção. A separação normativa entre a função legislativa de urgência e o estado constitucional de exceção é verdadeiro avanço do constitucionalismo do século XX, que internalizou a complexidade da sociedade e seus riscos, pois antes disso, a assunção de tal função pelo executivo se dava à revelia de regras explícitas com fundamento e legitimação nos imperativos de necessidade pública que caracterizam as crises constitucionais[348]; é o que

346 SALAS, Javier. Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia. **Revista de administración pública**, n. 51, p. 41-96, 1966, p. 69

347 TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 176, abr./jun. 1989, p. 2

348 Interessante é o exemplo norte-americano, pois a Constituição Estadunidense de 1787 adota uma separação de poderes muito rígida e não prevê qualquer mecanismo de legislação atípica pelo Presidente. A dinâmica da relação entre os poderes e a prática governativa ao longo do século XX, porém, foi sedimentando um verdadeiro costume constitucional no sentido de admitir certa atuação legiferante do executivo por meio de ordens executivas, apesar de não receber de forma clara sua caracterização como legiferação. Já em 1997 Peter Strauss publicou artigo (Presidential rulemaking. **Chicago-Kent Law Review**, v. 72, I 4, oct. 1997) expondo aquilo que considerava uma disfunção, o fato de que o Presidente passou a se valer de uma sobreposição regulatória ilícita para inovar no ordenamento. Esse fenômeno explicado pelo autor se dá da seguinte maneira: o Congresso delega a uma agência certa competência regulatória, o Presidente, por sua vez, no exercício de controle sobre as agências, passa a emitir ordens revisando os atos normativos dessas entidades, ou seja, controlando uma competência normativa que não foi a ele delegada; na prática isso gera um poder normativo não previsto na Constituição para o Presidente. Glück, Connel e Po (Unorthodox lawmaking, unorthodox rulemaking. **Columbia Law Review**, v. 115, n. 7, 2016) destacam que enquanto a delegação legislativa feita às agências é norteada e limitada pelo parâmetro do "intelligible principle" estatuído pela Suprema Corte, o "controle" que a casa branca exerce inovando os atos das agências não segue qualquer parâmetro legal preestabelecido, diretriz ou sofre controle legislativo, até porque não houve delegação alguma por parte do Legislativo ao Presidente. Ademais, diz os autores, essa falta de parâmetros e a atual doutrina judiciária que não enxerga nos atos do Presidente função legislativa, tornam a anulação dessas ordens no judiciário muito difícil. A despeito de alguns protestos por parte da doutrina, a prática foi se institucionalizando a partir do governo Reagan, ganhando apoio de doutrinadores como Elena Kagan (Presidential administration. **Harvard Law Review** 114, 2001, p. 2331), a qual sustenta que o modelo de delegação se baseia numa ideia irreal de que a questão regulatória é exclusivamente técnica e prescinde de valoração política, o que acaba por, segundo ela, blindar as agências do controle social. Conclui esse argumento dizendo que pela visibilidade do Presidente e de suas ações, a intervenção normativa do Presidente sobre essas matérias as coloca no debate público criando condições reais de *accountability*. Outras formas de legislação pelo Executivo foram surgindo no século XXI paralelamente à revisão regulatória, como explica Merrill (Presidential administration and the traditions of administrative law. **Columbia Law Review**, v. 115, n. 7, 2016), fundadas numa ideia de "delegação de facto" da função legislativa ao Executivo; como exemplo, as reformas à legislação de imigração promovidas por Obama por meio de ordens executivas, cuja validade foi justificada como exercício de uma discricionariedade persecutória fundada numa delegação legislativa implícita do direito imigratório observável na tradicional aquiescência do Congresso quanto às medidas de política externa presidenciais. O que se vê, portanto, é que a complexidade das relações administrativas leva, mesmo que silente a Constituição, a uma mudança na dinâmica da separação de poderes, e a lacuna normativa apenas gera insegurança quanto aos limites dessas atuações atípicas.

pode ser atestado no exemplo da Bélgica durante a Primeira Guerra Mundial, já relatado no capítulo anterior.

A demarcação desse instituto como atribuição constitucional autônoma, contudo, serviu em muitos casos como mera semântica de uma ditadura, de maneira que a história da sua práxis é marcada por abusos e banalizações, conformando avanços e recuos em relação ao Estado de direito[349]. Assim, um primeiro desafio da legiferação atípica de urgência é descolar-se da *rationale* existencial dos estados de exceção sem se degenerar num verdadeiro autoritarismo positivado, isto é, ganhar condicionantes e limites, desafio este que foi marcante no constitucionalismo do pós-guerra.

A Itália foi um dos primeiros Estados ocidentais a estabelecer uma nova ordem constitucional democrática após o fim da Segunda Grande Guerra, o que fez por meio da promulgação, em dezembro de 1947, da Constituição vigente. O olhar sobre a Constituição Italiana ganha relevância nessa matéria pois, de acordo com Ana Lúcia de Lyra Tavares[350], o constituinte de 88 recorreu ao subsídio do art. 77 do texto italiano[351] para montar a nossa "medida provisória".

Desse dispositivo, importante notar a preocupação em, já no primeiro parágrafo, enfatizar a separação de funções e ressaltar que não cabe ao Executivo emanar decretos com valor de lei, prática comum no período fascista. Segue o texto, a partir dessa regra, estabelecendo uma exceção para situações extraordinárias – com expressa menção à extraordinariedade – de "necessidade e urgência", nas quais pode o governo, sob sua responsabilidade, editar decreto que terá força de lei (mesmo que provisoriamente), mas que deverá ser submetido imediatamente às Câmaras para que o convertam em lei ou o rejeitem. Mesmo que dissolvidas, as Câmaras deverão se reunir em cinco dias para deliberar sobre o

349 Vide o exemplo da Itália onde o instituto foi positivado no âmbito das *leggi fascistissime* que Mussolini conseguiu aprovar para centralizar seu poder entre 1925 e 1926, mais especificamente pela Lei n. 100 de 31 de janeiro de 1926. Assevere-se que essas leis, como ensina Edilson Nobre Júnior (**Medidas provisórias**: controles legislativos e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000. p.87), ostentavam caráter constitucional diante do então Estatuto Albertino, exemplo de constituição flexível.

350 TAVARES, Ana Lúcia de Lira. A Constituição Brasileira de 1988: subsídio para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991, p. 96

351 Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária. / Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve no próprio dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, foram propositadamente convocadas, devendo reunir-se no prazo de cinco dias. / Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos. (Disponível em < https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf >, acesso em 27 de janeiro de 2021)

decreto, o qual perderá retroativamente eficácia – exceto quanto às relações exauridas - em sessenta dias caso não apreciado, podendo as Câmaras regular por lei as relações que tenha afetado.

Andrea Pisaneschi[352] explica que no modelo anterior, da Lei n. 100 de 1926, o decreto-lei tinha os mesmos pressupostos de aplicação, mas sua eficácia e sistema de controle – especialmente nas circunstâncias da época – davam poder ilimitado ao Executivo. Isso porque, baixado o decreto, o Governo deveria em 60 dias enviá-lo para apreciação do Parlamento, e apenas quando transcorridos dois anos sem apreciação é que ele perderia eficácia, mas com efeitos *ex nunc*, ou seja, tudo quanto realizado segundo sua normatividade tornava-se intangível mesmo que o Parlamento decidisse rejeitá-lo. O constituinte de 47 buscou valer-se das linhas gerais do modelo anterior, mas atribuindo maior força ao controle de Parlamento e reforçando a provisoriedade da medida. Há no texto constitucional grande cautela em enfatizar a extraordinariedade da medida e estabelecer um imediato mecanismo de controle.

A Constituição Espanhola de 1978 segue modelo muito parecido. Em seu artigo 86[353] prevê a possibilidade de edição de Decretos-lei desde que configurado o pressuposto fático da extraordinária e urgente necessidade. Assim como no modelo italiano, deverão ser imediatamente submetidos ao Legislativo, o qual será convocado para ratificá-lo (e não o "converter em lei") ou rejeitá-lo num prazo de 30 dias, ainda mais exíguo que o da Constituição Italiana.

Avança, contudo, em relação ao *decreto-legge* por estabelecer um limite material expresso a essa função atípica, vedando que disponha sobre as instituições básicas do Estado, direitos, deveres e liberdades dos cidadãos. Ademais, há de se destacar a possibilidade de, dentro dos 30 dias, as Cortes tramitarem-no como projeto de lei sob rito legislativo de

352 PISANESCHI, Andrea. **Diritto Constituzionale**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 141 – 43

353 Artigo 86 / 1. Em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá ditar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-lei e que não poderão afectar ao ordenamento das instituições básicas do Estado, aos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, ao regime das Comunidades Autónomas nem ao Direito eleitoral geral. / 2. Os Decretos-lei deverão ser imediatamente submetidos a debate e a votação da totalidade no Congresso dos Deputados, convocado para o efeito se não estive reunido, no prazo dos trinta dias seguintes à sua promulgação. O Congresso terá de pronunciarse expressamente dentro do dito prazo sobre a sua ratificação ou derrogação, para o qual o regimento estabelecerá um procedimento especial e sumário. 3. Durante o prazo estabelecido no número anterior, as Cortes poderão tramitá-los como projectos de lei pelo procedimento de urgência. (Disponível em < https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf >, acesso em 27 de janeiro de 2021)

urgência. Em síntese, o decreto-lei espanhol se define por três notas[354]: o pressuposto habilitante (extraordinária e urgente necessidade); o caráter de norma provisória; as limitações materiais impostas.

As constituições dos Estados apresentam parentescos: A Constituição Italiana de 1947, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Brasileira de 1988 são documentos normativos elaborados num contexto de conclusão de um processo de transição democrática e superação de traumático período autoritário. Não é por acaso, portanto, que o constituinte de 88 se inspirou nesses dois modelos ao inserir as medidas provisórias no nosso texto constitucional num típico caso de recepção legislativa[355] que, segundo Ivo Dantas, mais do que com o conteúdo do instituto e sua adaptação à nossa realidade presidencialista, estava preocupado em expurgar a expressão "decreto-lei" e sua memória traumática[356]; curiosamente, optou por expressão que remonta à Carta de 1824 e que

354 Sobre essas três notas, Piedad García-Escudero Márquez (**Sinopsis artículo 86**. Disponível em < https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=86&tipo=2 >, acesso em 27 de janeiro de 2021) explica como elas derivam do desafio que mencionei anteriormente de separar a função legislativa atípica do estado de necessidade sem transformá-la em total discricionariedade do executivo; em suas palavras: "Esta tríplice delimitação do decreto-lei deriva de seu caráter de exceção ao poder legislativo das Cortes e, por conseguinte, ao princípio de separação dos poderes. Como assinala a STC 29/1982, a Constituição adotou 'uma solução flexível e matizada a respeito do fenômeno do decreto-lei, que, por uma parte, não leva à sua completa proscrição em vista do mantenimento de uma rígida separação dos poderes, nem se limita a permiti-lo de forma totalmente excepcional em situações de necessidade absoluta, entendendo por tais aquelas em que possa existir um perigo iminente para a ordem constitucional. Nossa constituição contemplou o decreto-lei como um instrumento normativo de que é possível fazer uso para dar resposta às perspectivas cambiantes da sociedade atual, sempre que sua realização se realize sob certas cautelas'." (Tradução própria do original: "Esta triple delimitación del decreto-ley deriva de su carácter de excepción a la potestad legislativa de las Cortes y, por ende, al principio de separación de poderes. Como señala la STC 29/1982, la Constitución ha adoptado 'una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que pueda existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la sociedad actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas'.")

355 Ana Lúcia de Lyra Tavares (Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 37, p. 97–110, jul./dez., 2009, p. 102) pontua que, apesar de sua aproximação, há fundamental diferença entre os conceitos de recepção legislativa – ou recepção de direitos – e circulação de modelos jurídicos. Segundo a autora, "a expressão recepção de direitos indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistema(s)", contudo, "se no conceito de recepção está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, no de circulação dos modelos jurídicos pressupõe-se que haja (...) um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração". Ademais, saliente-se a lição de Daphne Barak-Erez (The institutional aspects of comparative law. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, 2009, p. 480) de que essas recepções tendem a ocorrer com maior intensidade em tempos de transição geral do sistema jurídico, à sombra de uma impactante mudança de regime político, o que de fato ocorre no caso da Constituição de 1988.

356 DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 46 - 56. O autor enfatiza que não há diferença de natureza entre as medidas provisórias e os antigos decretos-lei que nestas plagas remontam à autoritária Lei Constitucional de 1937. Ressalta, ainda, que esse diploma autoritário previa limites materiais ao decreto-lei, mas o constitucionalismo do Estado Novo era apenas aparente. A Constituição de 1946 não dá seguimento ao instituto, que volta a aparecer apenas em 1965 com o Ato Institucional nº 2 e, logo em seguida, na Constituição de 1967, a qual admitia o exercício dessa função atípica em caso de urgência ou interesse público relevante apenas sobre matérias de segurança nacional e finanças públicas,

nomeava cláusula de estado de exceção. A nova nomenclatura, contudo, não muda sua natureza de típico ato político ou de governo de amplíssima margem discricional diretamente subordinado à Constituição[357], cujas marcas características, segundo Edilson Nobre Júnior, são a força de lei e a provisoriedade[358].

Nosso texto constitucional, em seu art. 62, opta por estabelecer dois pressupostos materiais: relevância e urgência. Por se tratar de função atípica, que carrega naturalmente sentido de excepcionalidade (apesar de não pressupor um momento extraordinário generalizado de disfunção social), esses pressupostos devem ser entendidos como mutuamente implicantes: a urgência deve ser relevante, ou seja, caracterizar-se como interesse público; assim como, a matéria relevante deve ser urgente, ou seja, deve caracterizar-se por uma necessidade sujeita a uma premência temporal. Vale aqui a lição de Javier Salas quanto aos decretos-lei, ao dizer que os fins a que visam a medida perderiam interesse se transcorrido o tempo, de maneira que não é legítima a medida provisória quando a situação possa esperar ver-se regulada por uma lei[359].

Ocorre que, mesmo com o estabelecimento constitucional desses critérios que atribuem aos decretos-lei e às medidas provisórias caráter excepcional, a discricionariedade inerente à sua natureza política levou à banalização do seu uso na Itália e no Brasil. López[360], em estudo comparado realizado sobre o período de 1979 e 2015 entre os ordenamentos de Itália e Espanha, computou a edição de 2.996 decretos-lei naquele país e 518 neste.

O expressivo número italiano se deu por conta da popularização de uma estratégia, que se adotou também no Brasil, para evitar a perda de efeitos por decurso do prazo diante da obstrução parlamentar: a reedição ilimitada dos atos normativos. Apesar de

posteriormente a Emenda nº 1 de 1969 acrescentou a possibilidade de criação de cargos públicos e fixação de vencimentos; previa-se o prazo de 60 dias para a aprovação do texto pelo Congresso, mas o decurso de prazo se dava em favor do Executivo. Vê-se, portanto, que o instituto só aparece nos dois períodos de maior autoritarismo da nossa República, justificando-se, assim, a preocupação do constituinte de 88 de mudança da nomenclatura a fim de afastar-se da imagem dessas experiências autoritárias e passar a ideia de que a novel "medida provisória" se tratava de algo distinto do que havia anteriormente. Arremata, então, Ivo Dantas, dizendo que "só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão de nosso constitucionalismo (Decreto-lei) por esta outra (Medidas Provisórias), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados, conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes, piores do que aqueles permitidos pelo Decreto-lei.".

357 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 396

358 NOBRE JÚNIOR, Edilson. **Medidas provisórias**: controles legislativos e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 130 - 133

359 SALAS, Javier. Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia. **Revista de administración pública**, n. 51, p. 41-96, 1966, p. 68

360 LÓPEZ, Fernando Santaolalla. La reforma de los decretos leyes em Italia y sus posibles lecciones em España. **Revista de Derecho Politico**, n. 98, 2017, p. 20-21

ainda assim ostentar um número elevado de decretos, na Espanha o fenômeno não se deu à maneira italiana, porque o Congresso exerceu mais diligentemente sua atribuição de controle, sendo os casos de reiteração restritos a algumas situações em que se verificou a continuidade dos motivos ensejadores por mais de 30 dias[361].

Esse panorama na Itália só sofreu algum refreamento – apesar de insuficiente – a partir da *Sentenza n. 29 Anno 1995* do Tribunal Constitucional Italiano, a qual admitiu o controle dos pressupostos materiais de necessidade e urgência, inaugurando uma série de decisões a dar maior racionalidade ao uso do instituto. Nessa sequência, a *Sentenza n. 360 Anno 1996* abordou a questão específica da reiteração e reconheceu uma vedação implícita na Constituição à edição de decreto-lei com identidade material a outro, a não ser que fundado em pressupostos justificativos novos de caráter extraordinários, de outro modo esvaziar-se-ia sua provisoriedade – que funciona como um pressuposto implícito - e a substancialidade dos requisitos de necessidade e urgência[362]. Ademais, reconheceu-se que a reedição provocava na prática um desequilíbrio entre Governo e Parlamento, ocasionando uma confusão fática de papéis, além de configurar motivo de profunda insegurança jurídica, pois tornava imprevisível o tempo de vigência daquele conteúdo normativo[363].

No Brasil, o abuso do instituto por meio das sucessivas reedições foi uma prática corrente e admitida pelo Supremo Tribunal Federal (vide enunciado 54 da súmula vinculante), que tornava praticamente ineficaz o seu prazo de eficácia e, por conseguinte, seu caráter provisório, o que por si só deveria ter justificado um posicionamento distinto da nossa Corte Maior. Como a jurisprudência do Supremo foi leniente à prática, a proibição da reedição só aparece em nosso ordenamento com a publicação da Emenda Constitucional nº 32 de 2001 (com o acréscimo do §10 ao art. 62 da CRFB), a qual estabeleceu um novo regime por completo do instituto, corrigindo algumas de suas disfunções. O novo texto constitucional permite a reedição de medida provisória que perdeu eficácia ou foi rejeitada apenas na sessão legislativa distinta. Para balancear a nova vedação com a infeliz realidade de mora legislativa, a emenda também aumentou o prazo de eficácia do instrumento e permitiu sua prorrogação automática por uma vez. Ressalte-se que a incidência dessa vedação deve ser ampla, abrangendo também a edição de medida provisória que repete conteúdo de projeto de lei

361 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. La reiteración de los decretos-leyes em Italia y su análisis desde el ordenamento constitucional español. **Revista de Estudios Políticos**, n. 99, 1998, p. 276 -277

362 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. La reiteración de los decretos-leyes em Italia y su análisis desde el ordenamento constitucional español. **Revista de Estudios Políticos**, n. 99, 1998, p. 271 – 272.

363 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional italiana e do STF). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 80 - 81

rejeitado naquela sessão legislativa, do contrário estar-se-ia aproveitando da mora parlamentar para fazer passar matéria que se sabe democraticamente rejeitada.

Pontue-se que, em trajetória distinta da Corte Constitucional Italiana, o Supremo Tribunal Federal tem histórico de muito comedimento no controle dos pressupostos constitucionalmente estabelecidos. Numa primeira oportunidade, em 1989, o Tribunal julgou a ADI-MC 162[364], de relatoria do Min. Moreira Alves, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra medida provisória que criava nova modalidade de prisão provisória, sendo um dos fundamentos a inexistência de relevância e urgência. Por maioria[365] o Tribunal indeferiu o pedido cautelar, adotando a fundamentação do relator que sustentou a manutenção da jurisprudência que se criara sob a Constituição de 1967 no sentido de que, como ato político, a margem de valoração dos requisitos da medida provisória é plenamente discricionária e cabe ao Executivo com possibilidade de controle – também discricionário - pelo Legislativo, sendo afastado tal controle do Judiciário exceto em casos de evidente abuso do poder de legislar.

A noção de abuso de legislar é de grande indeterminação, que foi tratada pelo Supremo com fortíssima presunção a favor da legitimidade da medida e postura de *self-restraint* pela corte – diferentemente de tantos outros conceitos indeterminados – mesmo depois da renovação dos seus membros. A permanência do entendimento se observa até decisões muito recentes, como na ADI 5599/DF[366], julgada em 2020, de relatoria do Min. Edison Fachin. No caso, vergastava-se, sob a alegação de que a matéria carecia de urgência inclusive por seus próprios prazos, medida provisória que instituía nova base curricular para o ensino médio a ser implementada nos anos seguintes e política de fomento de duração de quatro anos. A ação foi rejeitada por unanimidade com fulcro no argumento de que, embora

364 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162-1/DF (liminar)**. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 14/12/1999. D.J. 19/09/97. Trata-se do julgamento da medida cautelar, pois a ação principal foi extinta por perda de objeto em razão da perda de efeitos da medida provisória por decurso do prazo.

365 Destaque-se o lapidar voto divergente do Min. Celso de Mello (fls. 69 e ss.), o qual vaticinou que "o conteúdo material das medidas provisórias não abrange qualquer categoria temática, mas, tão-somente, aqueles assuntos cuja disciplina jurídica, por seu intermédio, se revele compatível com o sistema e os princípios adotados por nossa Constituição". Identificando a medida provisória como espécie de poder cautelar geral, o Ministro reconheceu a ela três limites materiais implícitos (antes mesmo de o constituinte reformador ter trazido limitações de tal natureza na EC 32/2001) a – com esteio na doutrina estrangeira - justificar sua plena justiciabilidade. Seriam eles o princípio da divisão funcional de poder, o princípio da Federação e o princípio da liberdade (este último conferiria uma reserva absoluta de lei à tutela constitucional da liberdade individual, em especial para a tipificação de novas entidades delituosas e cominação de penas que provoquem a privação – mesmo cautelar – desta liberdade).

366 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.599/DF**. Relator Min. Edison Fachin. Julgado em 26/10/2020.

seja cabível em tese o controle material dos pressupostos da medida provisória, só seria legítimo ao Judiciário exercê-lo quando deles se afastar inequivocamente a medida.

A prática dessa exagerada autocontenção é a de esgotar a normatividade dos pressupostos de relevância e urgência e chancelar uma evidente disfunção legislativa que torna banal e corriqueira uma atribuição atípica pensada para ter caráter excepcional decorrente "da gravidade, excepcionalidade e imediatismo de um efeito que somente o seu advento pode provocar"[367]. Se relevância é conceito que envolve certa fluidez semântica – apesar de isso não ser um impedimento para o Supremo em algumas matérias de política pública - , a urgência em matéria legislativa não o é, já que a própria Constituição no art. 64 se refere a um regime de tramitação urgente compreendido num lapso de cerca de cem dias, não sendo lídimo numa lógica de subsidiariedade da medida mais gravosa admitir-se legislação unilateral do Chefe do Executivo quando não há prejuízo de se aguardar a deliberação urgente do Legislativo[368]. O ato político não é infenso ao controle jurídico do poder judiciário, sendo de sua fisionomia o caráter de ser produzido com status infraconstitucional, o que só por só revela sua subordinação aos parâmetros da Constituição, os quais não podem ser esvaziados de conteúdo[369].

Mencione-se, ainda, que, na esteira da Constituição Espanhola, a Emenda Constitucional nº 32 de 2001 trouxe limites materiais a esse exercício atípico da função legislativa, matérias que estima de profundo impacto na esfera individual, vedando-lhes, por isso, a disposição por Medida Provisória, na configuração de verdadeira reserva absoluta de parlamento, inafastável mesmo diante de graves urgências. Rememore-se que nem mesmo nos estados constitucionais de exceção - que se exercem nos termos estritos das suas fórmulas constitucionais - há supressão da reserva de lei, de maneira que o próprio texto do art. 139, I, da *Lex Legum*, ao falar do decreto de estado de defesa, determina que as medidas nele adotadas se darão "nos termos e limites da lei".

Para a normatização urgente desses temas, resta ao Executivo o recurso ao regime de urgência de tramitação de um projeto de lei (art. 64 da CRFB), que dispensa exigências, interstícios ou formalidades regimentais, possibilitando maior dinamicidade na produção legislativa a ser exercida em cerca de cem dias. Esse regime força um diálogo entre os

367 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 60, 2018, p. 298

368 NOBRE JÚNIOR, Edilson. **Medidas provisórias**: controles legislativos e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 182

369 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 396

Poderes, mas manifesta pleno exercício de função típica pelo Legislativo diferentemente do caso da Medida Provisória, na qual sua participação se dá no exercício de um *pouvoir d'empêcher* a refletir sua precedência na função exercida atipicamente por outro Poder.

Essas limitações materiais estão expressas no §1º do art. 62 da Constituição, e revelam matérias intimamente ligadas ao processo democrático, bem como à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, e sobre ramos do direito que demandam maior estabilidade e previsibilidade das regras (penal, processo penal e processo civil), dentre outras; mencione-se, por sua relevância, a que exclui de sua apreciação as matérias reservadas a lei complementar, o que acaba indiretamente criando uma reserva absoluta de lei complementar. Além das vedações aí reunidas, existem outras ao longo da Constituição e em suas emendas, como a do art. 25, §2º, que veda edição de medida provisória estadual para regulamentação da exploração de gás encanado, e mesmo a extraída pela jurisprudência do art. 225, §1º, III, no sentido de proibição de retrocesso ambiental por medida provisória[370].

Todas essas limitações, de caráter formal ou material, não impedem o abuso no exercício desse instrumento, que é usado diuturnamente como escape das dificuldades de diálogo entre a Presidência da República e o Congresso Nacional. Passamos, em 2020, da milésima medida provisória editada, o que nos mostra a tamanha frequência do uso de um instituto que se propõe excepcional. Essa banalização já se observava nos primeiros anos de vigência da constituição, o que assevera Ivo Dantas dizendo que "a previsão constitucional que deveria ser vista como excepcional, chegou ao ponto, nos Governos que se seguiram a 1988, de assumir procedimento legislativo diário (...)"[371].

É certo que o tema é academicamente empolgante e incita muitas críticas. Não há, contudo, espaço nesse trabalho para maiores aprofundamentos da análise, a qual se fez aqui presente apenas para explicitar mais esse instituto que funciona como norma de calibração da separação de poderes a partir de um conceito jurídico de urgência tomado como pressuposto. Portanto, cumprido esse mister, findo por aqui essa exposição sabidamente insuficiente para esgotar a matéria das medidas provisórias. A seguir, volto para a legalidade a fim de examinar sua outra dimensão: o primado da lei.

370 Na ADI 4.717 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.717/DF**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 15/02/2019), ajuizada pelo Procurador Geral da República contra medida provisória que alterava limites de parques nacionais para operação de hidrelétricas. Em seu voto, a relatora valeu-se de rara apreciação dos pressupostos da medida provisória e sustentou inexistir urgência na matéria, mas o argumento principal para a procedência da ação foi a interpretação dada ao art. 225, §1º, III, so sentido de que a reserva de lei ali mencionada é uma reserva de lei formal, afastando-se o cabimento de medida provisória.

371 DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 60

4.3.3 Primado da lei

Por primado da lei, ou prevalência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), entende-se que "o Executivo é, sem exceção, vinculado pela lei no cumprimento de suas funções e no exercício das suas atribuições. A decisão que o órgão de representação parlamentar toma por meio da lei tem precedência sobre as decisões e ações da Administração"[372]. Isso significa dizer que por um lado proíbe-se ao Estado – administrador ou juiz - a atuação *contra legem*, por outro que deve concretizar – executar – os desígnios legais, inclusive por meio da anulação e reposição da legalidade pela via do auto ou hetero -controle; essas são suas dimensões negativa e positiva, respectivamente[373].

Sabe-se que essa noção sofreu uma sensível mudança de conteúdo a partir dos parâmetros de constitucionalidade, o que de forma alguma infirmou sua imperatividade. Fala-se, com razão, em primado da constituição, o qual imprime à dinâmica das fontes uma complexa imbricação, de maneira a elevar à condição de problema central não apenas a simples condição de "dependência do direito ordinário, relativamente à constituição, mas a diferenciabilidade e a circunscrição jurídica de ambos os planos"[374].

A normatividade das leis que pretendem vincular a Administração se apresenta hoje imperfeita, indeterminada e contraditória, pois há muito se abandonou a ideia de que comportam uma revelação racional, inadequada a uma sociedade de interesses contraditórios dotados de representatividade político institucional. Nesse sentido, aponta Paulo Otero, as leis consagram cada vez mais equilíbrios ponderados de interesses em coexistência, revelando uma progressiva substituição de regras por princípios, proliferando conceitos indeterminados, cláusulas gerais e preceitos "em branco", o que confere à atividade administrativa uma crescente competência genérica de fiscalização e definição de uma legalidade naturalmente antinômica[375].

372 BADURA, Peter. **Staatsrecht** – systematsche Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlun, 1986. p. 212 - 213. Tradução própria do original: "Die Exekutive ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse ausnahmslos an das Gesetz gebunden. Die Entscheidüng, welche die parlamentarische Volksvertretung durch Gesetz trifft, hat den Vorrang vor den Entscheidungen und Handlungen der vollziehenden Gewalt."

373 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 722 - 723

374 WAHL, Rainer. O primado da constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, A. 47, (1), Abril 1987, p. 86

375 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 761

Na verdade, pode-se falar em uma verdadeira ressignificação da própria noção de "lei" – e de seu primado - como forma unitária para incorporar os diversos parâmetros normativos que exsurgem de um sistema de fontes complexo, como os tratados internacionais de distintos valores normativos, normas comunitárias, autorregulação, que convivem e se comunicam num sistema no qual a simples noção de hierarquia é insuficiente para informar sua dinâmica marcada pela descontinuidade. Por isso, Otero[376] alerta que as normas jurídicas não mais se circunscrevem ao voluntarismo de uma estrutura decisória estatal, o que deu à legalidade administrativa uma dimensão de "legalidade democrática" (bloco de legalidade[377] ou bloco de juridicidade) a integrar todo esse conjunto de normas provenientes de instâncias de legitimidade político-democrática.

Isso sem precisar mencionar o surgimento cada vez mais frequente de relações jurídicas globalizadas, desterritorializadas, cujo caráter híbrido - entre público e privado - enseja abordagens jurídicas fragmentárias como nos casos de *depeçage* ou de sobreposição de ordens normativas[378]. Ademais, como se verá no capítulo seguinte, admitindo também o afrouxamento de sua vinculação formal e literal em prol da promoção da sua dimensão material em casos de necessidade.

Cumpre, portanto, reiterar que, mesmo com essa virada constitucional, permanece firme como uma das balizas fundamentais do direito administrativo e da atividade administrativa, quando mais, serviu para reforçar sua importância a nível substancial como vinculação ao direito (princípio da juridicidade) e vedação ao arbítrio[379]. Vê-se, assim, um

376 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 290

377 Na explicação de Alexandre Santos de Aragão (A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista De Direito Administrativo**, v. 236, 2004, p. 63), "evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à "lei e ao Direito" , o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2°, Parágrafo único, 1)".

378 Por exemplo, a polêmica existente na interpretação do art. 42(1) da Convenção do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento, o qual regula o direito aplicável às disputas arbitrais entre Estados e investidores no âmbito daquilo que se reconhece como "Direito Administrativo Global" (sobre o tema, vide: WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington de 1965: a escolha do direito aplicável na arbitragem sobre investimentos internacionais regidos pelo ICSID. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 89, n. 2, p. 161 – 183, 2017).

379 Nesse sentido, escreve Daniel Sarmento (Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 2, p. 83-118, 2006): "É óbvio que o intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa. É indiscutível que ele tem interpretar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, inclusive para repudiar exegeses mais óbvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatível com a Constituição. É certo, também, que ele pode deixar de aplicar normas que, conquanto em geral compatíveis com a Constituição, produziriam, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer: (a) que a Constituição deixa amplos espaços

primado da lei que não se circunscreve à literal positivação do direito, mas se aproxima intimamente da democracia na conformação de uma substancial legalidade democrática, a qual da ênfase a uma formulação positivo-habilitadora[380].

Nesse diapasão, José Carlos Vieira de Andrade[381] aponta os seguintes subprincípios que desdobram seu atual conteúdo: a) primado da lei em sentido negativo: as normas legislativas prevalecem sobre as decisões da Administração; b) precedência da lei: a norma legal é pressuposto e fundamento da atividade administrativa, sendo instrumento de orientação política, de garantia de racionalidade e de tutela de direitos; c) determinidade de conteúdo: mais ligado à reserva legal, significa o reconhecimento da ideia de "essencialidade" acima vista para determinar o maior grau de vinculação legal (substancial, formal e procedimental) da atividade administrativa, isto é, a necessidade de maior densificação legal do conteúdo de decisões fundamentais à vida em sociedade; d) discricionariedade condicionada: a competência discricionária se subordina ao direito, seja à lei que lhe atribui, seja aos preceitos e princípios em geral do ordenamento; e) imperatividade atenuada: há um dever de fundamentação da Administração relativo a todos os seus atos de autoridade, restringindo-se a autoexecutoriedade para os casos determinados em lei ou às situações de urgência; f) tutela plena e efetiva: é plena a jurisdição sobre a atividade administrativa em face de sua juridicidade.

4.4 O DEVER DE MOTIVAÇÃO COMO PILAR DO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Nesse panorama de um princípio da legalidade mais aberto e difuso, somam-se, na missão de expurgar a arbitrariedade, outras diretrizes que ganham relevo especialmente nos momentos em que a ponderação da legalidade permite à atividade administrativa se afastar da literalidade da lei, como os casos especiais de estado de necessidade. É fundamental compreender que a relativização da literalidade estrita, mormente em casos de urgência, não

para a liberdade de conformação do legislador, e (b) que o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior. Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios os valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta".

380 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 81

381 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017 p. 50 - 52

significa que se está a relativizar o próprio Estado de direito. Isso porque, se é certo que a lei dá a ele salutar estabilidade e determinabilidade, também o é que a legalidade estrita não está sozinha nesse mister.

Destaca-se, nesse sentido, que o dever de motivação[382] é um imperativo necessário e implícito à própria ideia de Estado de direito. No capítulo 1 dessa dissertação mencionei que a motivação é condição de eficiência do controle dos atos administrativos. Agora, dou um passo adiante para dizer que, além de possibilitar o controle, a motivação conforma propriamente o que se deve entender por atividade administrativa no Estado de direito moderno, pois, se o seu sentido fundamental é o de evitar a arbitrariedade dos governantes, quando se reconhece um sistema de fontes complexo em que a lei perde o protagonismo, o tracejado da fundamentação normativa do ato da Administração precisa delinear-se para que desponte sua objetividade e se torne possível o contraditório democrático[383]. Parafraseando Victor Nunes Leal[384], quem decide deve motivar as suas decisões, pois a motivação é o que nos permite distinguir entre a decisão e o arbítrio.

Trata-se, fundamentalmente, da manutenção de uma moralidade interna ao direito (e ao direito administrativo), que, qual seja a atuação, deve manter-se hígida. Esse é o sentido que toma o *rule of law* contemporaneamente, de ordem racional que ajuda a promover o bem comum através do oferecimento de salvaguardas normativas, isto é, de "limites e critérios que promovem a fidelidade ao direito e que demandam justificativa razoada"[385]. Dessa forma, o dever de motivação é um princípio procedimental (que incide sobre a forma dos atos e seu

382 Diógenes Gasparini (**Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21) fala em "princípio da motivação", dando ainda mais destaque a esse dever fundamental.

383 Trata-se da quarta finalidade e do terceiro desdobramento apontados por Loureiro Filho (Elementos da evolução do processo administrativo. **Revista Forense**, vol. 415. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 217 e ss.) quanto à noção de contraditório. Segundo o mencionado autor, o princípio do contraditório tem quatro finalidades destacadas: a) pelo enfoque garantista, a informação que se dá aos sujeitos que atuam no processo; b) sob o ângulo técnico, a finalidade instrutória com vistas à busca da verdade e da correta apreciação dos fatos; c) no perfil colaborativo, a imparcialidade e a paridade de armas dos sujeitos envolvidos; d) e por fim, a transparência administrativa, sua necessária vinculação à publicidade e às exigências democráticas. Outrossim, apresenta três desdobramentos, quais sejam: a) a regra da informação geral, isto é, o direito de ser informado dos atos e fatos que concernem ao procedimento; b) a ouvida dos sujeitos ou audiência das partes, que é a possibilidade de manifestação em pro da defesa dos seus interesses e prerrogativas, incluindo-se aí o direito à instrução probatória; c) a motivação, por meio da qual é possível a avaliação das razões da Administração e o controle dos atos administrativos.

384 O Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do RMS 11.792 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Recurso em Mandado de Segurança 11729/RS**. Relator Min. Victor Nunes. Julgamento em 16/10/1963. DJ 14/05/1964. fls. 352) em resposta ao Min. Hermes Lima que indagava onde estava na lei a imposição do dever de o Conselho Superior de Magistratura motivar suas decisões de revisão, argumentou que "A motivação é que nos permite distinguir entre o arbítrio e o julgamento. A lei não concedeu arbítrio: deu competência / para julgar. Quem julga deve motivar suas decisões (...)".

385 SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan**: redeeming the Administrative State. Cambridge: The Belknap Press of Havard University Press, 2020. [E-Book]. Tradução do original "limits that promote fidelity to law and that call for reasoned justifications".

procedimento) a constituir e canalizar a atividade administrativa a partir de sua moralidade interna, ao mesmo tempo empoderando e limitando a Administração.

Isso é particularmente sensível, como dito, nos casos em que a atividade administrativa se afasta de alguma prescrição literal da lei. Se um parâmetro objetivo de atuação do Estado – a lei – foi afastado, é preciso que outro seja apontado como seu fundamento normativo, pois não há atuação administrativa fora do direito, isto é, "o Estado deve determinar sua ação sobre os súditos conforme o direito"[386]. Assim, apenas a devida motivação pode reconduzir o sentido dessa atuação à objetividade tão cara ao Estado de direito. Sem motivação, o ato administrativo – especialmente o ablativo – tem forma de subjetivismo e *jus eminens*.

Portanto, jamais se afasta o dever de fundamentação dos atos administrativos, pois nunca se afasta o dever do Estado de evitar o arbítrio[387]. Mesmo reconhecendo-se a eventual inafastabilidade de um *confirmation bias*[388], a fundamentação não deixa de cumprir o seu papel de processualizar a atividade decisória e escancarar seus possíveis vícios, sendo certo que a decisão fundamentada "demanda total vigilância contra vieses cognitivos e não cognitivos, os quais predispõem a negação do dever fundamental de universalizar os benefícios líquidos de cada escolha"[389]. Significa dizer que a justificativa das decisões deve compreender de maneira ampla a falibilidade de quem decide, o terreno de preconceitos e riscos em que se insere, fazendo o possível para mitigar essa condição enfrentando-a e considerando todo o processo de tomada de decisão desde o momento anterior a ele até as externalidades que dela sobrevirão.

Dessa maneira, motivar passa a ser um dever inafastável do administrador público, um pressuposto da forma – diga-se, elemento vinculado - dos atos administrativos, pois constitui o seu "discurso justificativo da atuação administrativa no caso concreto, compondo o modo como deve ser o revestimento lingüístico"[390], cuja ausência ou

386 MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 84. Tradução própria do original: "El Estado debe determinar su acción sobre los súbditos conforme a derecho".

387 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 89

388 Sobre o tema: SPELLMAN, Barbara; SCHAUER, Frederick. Legal reasoning. In Keith J. Holyoak; Robert G. Morrison (ed.). **The Oxford handbook of thinking and reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 719 e ss.

389 FREITAS, Juarez. The hidden side of the legal decision and duty of justification. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 9(3):240-249, set./dez. 2017, p. 244. Tradução do original: "demands full vigilance against cognitive and non-cognitive biases, which predispose to the denial of the fundamental duty to universalize the net benefits of each choice.".

390 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. **Revista de Informação Legislativa**, a. 44, n. 174, abr./jun. 2007, p. 177

insuficiência implica em sua nulidade[391]. É, ainda, dever que se impõe indistintamente para atos discricionários ou vinculados (que igualmente se sujeitam aos impulsos irracionais a abrir múltiplas possibilidades de motivo), a fim de coibir arbitrariedades por excesso ou omissão[392].

Assim, o descortinamento dos motivos de fato e de direito que condicionam o ato, além de suas consequências concretas, dever intimamente ligado ao princípio da publicidade, é formalidade que se faz impositiva para qualquer ato administrativo. É, dessa maneira, condição de sua sindicabilidade. Apenas a sua amplitude, por sua vez, é que pode variar conforme o tipo de ato administrativo e o seu grau de discricionariedade concretamente observado, sendo, porém, elemento sempre necessário[393], máxime nos casos de derrotabilidade de regras, como será visto no capítulo seguinte.

4.5 PRINCÍPIO NÃO É PREGUIÇA

Falar em regime jurídico administrativo, como se viu até aqui, é falar nos princípios que servem de base a esse ramo do direito. Portanto, para finalizar esse capítulo que tem como intuito mostrar os aspectos desse regime relevantes para a operacionalização das técnicas de crise, é preciso fazer algum comentário sobre a argumentação principiológica no direito.

Como ensina Walber Agra, o papel dos princípios "não é apenas instrumental – possuem autonomia própria, sem necessitar para a sua incidência da aplicação de uma

391 Isso porque, inclusive, é dever positivado em nosso direito. Inicialmente, de forma tímida pelo art. 59 da Lei do Procedimento Administrativo Federal (Lei 9784), e agora de forma mais abrangente pelo art. 20 da LINDB. Não se olvide, ainda, que essa disciplina normativa dos diplomas voltados ao direito administrativo deve ter seu sentido complementado pela previsão do art. 489 do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente por força do seu art. 15. Ressalte-se, ainda, que a Constituição (art. 93, X) prescreve dever expresso aos tribunais de fundamentar suas decisões administrativas (função atípica), não havendo razão para que o mesmo dever não seja extensível aos outros Poderes no exercício dessa função.

392 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 392-393

393 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira... [et al.]. **Comentários à Lei do Processo Administrativo Federal** – 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46. Em estudo comparado sobre o dever geral de motivação, Edilson Pereira Nobre Jr. (A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de [et al.]. **O abuso de poder do estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 57) chega à conclusão de que esse dever deve ser mitigado em apenas algumas situações, quais sejam: a) quando existir obrigação de sigilo em razão da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal); b) em casos de extrema urgência a exigir a atuação da Administração, situação na qual a motivação deve ser diferida; c) ordens expedidas pelos superiores aos inferiores em matéria de execução das tarefas de serviço; d) quando a motivação for redundante frente à motivação de ato anterior (ex.: desnecessidade de justificar a formalização de um contrato administrativo quando já existe motivação idônea do ato que homologou a licitação); e) quando for específico da natureza do ato a dispensa de motivação (ex.: ordem de passagem emitida pela cor verde do semáforo).

regra"[394]. Tenho ciência que ao trabalhar com eles ou com conceitos indeterminados como legalidade, interesse público, ou estado de necessidade, atribuindo-lhes eficácia normativa direta[395] para além da integrativa e informativa, pode ficar a impressão de que tudo se insere num grande campo de indeterminabilidade em que vale tudo, e não é bem assim.

O título deste tópico se inspira num texto de Carlos Ari Sundfeld em que pergunta: "princípio é preguiça?" para sustentar a tese de que "ao deliberar com base em textos normativos de alta indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o *ônus da competência* e o *ônus do regulador*"[396]. A argumentação principiológica é constrangida por uma retórica da objetividade que a controla, e me parece essencial falar sobre ela ao fim deste capítulo e à guisa de orientação para os seguintes, pois entendo ser "perfeitamente possível postular a força expansiva dos princípios e valores constitucionais, revisitando, à sua luz, as normas e institutos do ordenamento infraconstitucional, sem resvalar no decisionismo e na demagogia judicial"[397].

Neste trabalho, adota-se largamente o conceito qualitativo de princípio[398] elaborado por Robert Alexy[399], ou seja, de norma jurídica que pode ser satisfeita de diversas formas, não de uma estrita maneira prevista para determinada hipótese fática. Segundo essa

394 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 138

395 Importante ressaltar a existência de respeitável doutrina minoritária que rejeita a aplicação direta de princípios a casos concretos. Destacamos, nesse sentido, a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 341 - 342), para quem a aplicação dos princípios só ocorre por intermédio da regra do art. 4º da Lei de Introdução, segundo o qual eles seriam o último artifício de integração de lacunas das regras, quando não suficientes a analogia e o costume. Para o autor, os princípios não teriam normatividade direta, de maneira que fora da hipótese de colmatação de lacuna demandariam uma regra legal específica que densifique sua normatividade. Há muito que esta tese se distancia de nossa prática constitucional e da necessária flexibilização e abertura cognitiva da nossa realidade jurídica complexa. É claro que a prática jurídica – e especialmente judicial – não é impassível de críticas, mas, penso que negar aos princípios constitucionais a força normativa direta que hoje demonstram em nosso direito é ignorar a evolução teórica da Dogmática nas últimas décadas e afastar-se por demais do direito enquanto realidade social num exercício de abstração prescritiva. Assim, a despeito de reconhecer a respeitabilidade da tese, adoto nesse trabalho a ideia corrente na doutrina nacional de que princípios são espécie de normas jurídicas ao lado das regras, podendo ser diretamente aplicados a casos concretos quando as circunstâncias fáticas e jurídicas assim o impuserem.

396 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206

397 SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 2, p. 83-118, 2006

398 Há, como aponta Genaro Carrió (**Notas sobre derecho y linguaje**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980. p. 210 - 212), pelo menos outros dez sentidos que se dão à palavra "princípios" no Direito: 1) de aspectos descritivos importantes de uma ordem jurídica; 2) de generalizações ilustrativas das regras; 3) da *ratio legis* de uma norma, seu núcleo de significação; 4) de pautas de conteúdo intrínseca e manifestamente justo; 5) de requisitos formais a toda ordem jurídica; 6) de diretrizes exortatórias ao legislador; 7) de juízos de valor dos quais se retiram exigências básicas de justiça; 8) de máximas provenientes da tradição jurídica; 9) de fonte histórica subjacente a um sistema de regras (escola histórica); 10) de enunciados que revelam a essência dos conceitos jurídicos considerados como entidades (jurisprudência dos conceitos).

399 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93 - 94

concepção, há graus de satisfação de um princípio a depender das circunstâncias fáticas concretas e da conjuntura dos outros princípios aplicáveis – as condições jurídicas. Isso é mais bem expresso quando se observa colisões entre normas dessa natureza, não se tratando de um problema de validade, mas sim de peso.

O que ocorre nesses casos de colisão é que um dos princípios terá precedência em relação ao outro naquele caso concreto, mas o outro princípio também deve ser ao máximo satisfeito. Implica dizer que os princípios estão sempre imperando – são mandamentos otimizadores -, aplicando-se a todas as condutas, guiando-as concomitantemente; quando entre eles houver conflitos, serão aplicados na medida de sua prevalência determinada pelas situações fáticas e jurídicas.

A diretriz hermenêutica que prepondera no raciocínio com princípios é a "concordância prática", segundo a qual os bens jurídicos protegidos por essas normas devem ser coordenados em vista da solução do problema para que conservem sua entidade; traduz, portanto, uma ideia de ponderação em que um não pode ser realizado às custas do outro[400]; não é mero juízo de justificação dos meios em relação aos fins, "a ofensa à proporcionalidade ocorre, com frequência, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um deles, em detrimento abusivo de outros. (...) O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo"[401].

Do ponto de vista da fundamentação jurídica das decisões, ensina Aleksander Peczenik[402] que os princípios são razões contributivas – em oposição às razões decisivas que constituem regras -, no sentido de que nem sempre determinam por si mesmas suas consequências, apenas advogam a favor (ou contra) de uma determinada conclusão, de maneira que é o conjunto de todas as razões contributivas (favoráveis e desfavoráveis) relativas a uma conclusão que irá argumentativamente sustentá-la.

Essa perspectiva a partir da fundamentação é salutar quando considerada ao lado do dever de motivação dos atos, pois torna adequada a ideia de uma integridade inclusiva na motivação, modelo dogmático capaz de criar autolimitações ao julgador ao tempo em que possibilita um desenvolvimento moral do julgamento. Segundo Dworkin[403], a ideia central

400 HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 67

401 FREITAS, Juarez. Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do estado. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 66, maio/ago. 2010, p. 68

402 PECZENIK, Aleksander. Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem. **Ethical Theory and Moral Practice**, Vol. 3, No. 3 (Sep., 2000), p. 286 – 287

403 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 410 - 413

desse modelo é considerar em sua fundamentação as mais diversas dimensões interpretativas sobre justiça, razoabilidade e devido processo legal, de forma que, integrando a maior quantidade de perspectivas e argumentos sobre o caso, todos eles sendo ponderados, valorados, contrapostos, refutados ou aceitos, a decisão final torna-se a melhor possível. A natural fluidez de um direito principiológico é balanceada, na concepção dworkiana, por um rigoroso e amplo dever de fundamentação que, após consideração integral do ordenamento, aponta para a decisão correta. Pontue-se que, apesar de ser difícil sustentar a ideia de uma decisão correta, o raciocínio dworkiano apresenta um pilar fundamental de uma metodologia interpretativa para a operacionalização de princípios, que é a radical exigência de fundamentação concreta.

A proliferação dos princípios e a ascensão da normatividade constitucional no decorrer do século XX faz ganhar relevo na jurisprudência mecanismos de operacionalização dessas normas, com destaque para o conhecido princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitprinzip*), ligado material e formalmente ao Estado de direito, como instrumento de "controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento dos direitos ou interesses em conflito"[404].

Tradicionalmente, decompõe-se o princípio da proporcionalidade em três subprincípios – ou, mais propriamente, "juízos" - de forma escalonada[405]: primeiro, se busca determinar a idoneidade de determinada medida para a concreção dos seus fins, é o juízo de adequação (*Geeignetheit*) entre meio e fins, que se simetriza parcialmente com o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbotes*), de forma que a medida não deve apenas se conformar com os fins (*Zielkonformität*), mas ser efetivamente apta a realiza-los (*Zwecktauglichkeit*); em segundo lugar, tem-se o juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), que reflete se o meio utilizado é o que menos limita direitos subjetivos, ou seja, se é inafastável ou pelo menos aquele que provoca a menor desvantagem possível; por último, realiza-se um juízo propriamente de proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), que permite analisar se as vantagens alcançadas realmente valem a pena em detrimento dos interesses privados prejudicados. Respeitando-se os três juízos escalonados, é possível determinar que

404 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 268. Observa o autor, contudo, que a intuição material desse princípio não é tão nova, estando presente já nos séculos XVIII e XIX em conceitos e categorias como a *reasonableness* britânica, o *détornement du pouvoir* francês e o *eccesso di potere* italiano, que funcionavam como remédios à exorbitância dos atos administrativos discricionários.

405 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180 - 181

determinado meio é proporcional em relação a determinado fim, ou, trocando em miúdos, que existe equilíbrio no conflito entre interesses individuais e bens coletivos.

Como se vê, o conteúdo do princípio da proporcionalidade revela um parâmetro de dimensionamento dos pesos normativos em concreto para a ponderação de normas, funcionando como verdadeira metanorma do sistema, pois, como explica Alexy[406], a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa. Por essa razão, Humberto Ávila prefere referir-se não a um princípio da proporcionalidade – já que não incide diretamente sobre condutas -, mas a um postulado da proporcionalidade - pois incide sobre os princípios que irão reger determinada situação[407].

O *usus* desse método, contudo, na senda de um "neo-constitucionalismo" pouco refletido, banalizou a dispensa das regras constitucionais em prol de uma máxima efetividade dos princípios, retirando da proporcionalidade a sua aura de construção cientifica e tornando-a mera ideologia[408]. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, crítico desse movimento, explica que esse pensamento somado ao surgimento de novas vias no plano instrumental (como o mandado de injunção) levou a um processo de ampliação da judicialização, em favor do qual milita o desdobramento dirigente prescrito para reger a governança e a afirmação de uma plêiade de princípios deônticos[409]. Assim, a axiologia dos direitos fundamentais, que deve ser determinada por sua estrutura positiva, tornou-se delegação normativa em branco para o preenchimento semântico e a fluida fundamentação moral.

Marcelo Neves[410] explica que a tradição jurídico-constitucional brasileira sempre foi principiológica, havendo argumentos com base em princípios desde o império, destacando-se, no início da República, a pena de Rui Barbosa como promotora da constitucionalização primeva do nosso direito. Contudo, na virada do século ocorreu um fascínio da nossa doutrina sobre o tema, que o autor atribui a uma reconstrução dogmática da

406 ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. vol. 13, n. 3. Ratio Juris, 2000. p. 297

407 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142 - 144

408 Adverte Carlos Blanco de Morais (Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma. *In*: Fernando Alves Correia; Jónatas Machado; João Carlos Loureiro (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** - v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 592 – 593) que "Embora nem todo neo-constitucionalismo defenda o vanguardismo judiciário de cúpula, não será sustentável o entendimento dos que, nessa corrente, atribuem ao judiciário um papel de pitonisa, competente para validar condutas a partir de um feixe sincrético de princípios e vagas medidas de valor que operem divinatoriamente como as cinzas de um animal sacrificado."

409 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O ativismo na justiça constitucional. **O Direito**, a. 151º, v. II, 2019, p. 278

410 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 171 – 196.

jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão num ordenamento constitucional distinto em termos de autorreferência e da relação entre prática e Dogmática, resultando numa perda de consistência do sistema jurídico traduzida em "Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada"[411]. Nesse sentido, conclui que esse abuso retórico dos princípios – na forma da absolutização de uma principiologia retrotraída à dignidade humana ou de uma compulsão ponderadora - é fator e reflexo de uma adequação da teoria jurídica a uma sociedade ainda não solidamente diferenciada, hiper-simplificando a hermenêutica constitucional, estagnando o processo de diferenciação funcional e indo no sentido contrário do Estado constitucional e da força normativa da Constituição.

Não há qualquer exagero na crítica de Bernd Rüthers de que no decorrer do século passado houve na Alemanha – e, como visto, também aqui - uma degeneração do Estado de direito num "Estado de juízes" (*Richterstaat*), em que "o avanço quantitativo e a primazia qualitativa do direito judicial alteraram, nesse meio tempo, o conteúdo do conceito e a forma original da dogmática jurídica"[412]. A ciência do Direito, diz o autor, não mais analisa e constrói a dogmática de acordo com o padrão valorativo da legislação ou a tradição da doutrina, mas com a velocidade de uma jurisprudência *pret a porter*, em que cada vez mais a pergunta a ser feita pelos juristas na busca de suas fontes é: "como decidirá a última instância?".

Essa mudança retroalimenta o surgimento de cada vez mais conceitos indeterminados sujeitos à escolha *ad hoc* de métodos interpretativos, banalizando a transgressão linguística que, como ensina Eros Grau, transforma controle de constitucionalidade em controle de proporcionalidade[413]. Desse fenômeno não escapa o direito administrativo, em cujo âmbito os juízes "não hesitam em exercer uma espécie de justiça arbitral que vai além do controle da legitimidade até se tornarem autênticos cádis, mesmo julgando atos políticos (...)"[414].

411 SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 2, p. 83-118, 2006

412 RÜTHERS, Bernd. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts. **IRP -Rechtspolitisches Forum**, n. 15, Trier, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003, p. 18. Tradução própria do original: „Der quantitative Vormarsch und der qualitative Vorrang des Richterrechts hat inzwischen den Begriff und die Entstehungsweisen der Rechtsdogmatik inhaltlich verändert."

413 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 137

414 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 356. Tradução do original: "No dudan en ejercer una espécie de justicia arbitral que va más allá del control de legitimidad hasta transformarse em autenticos cadíes, juzgando incluso actos políticos (...)"

Contudo, não há como simplesmente ignorar os princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Não obstante tragam algum grau de irracionalidade, casuísmo e insegurança, é a flexibilização semântica do sistema jurídico que garante sua preservação, harmonia, dinamismo e o cumprimento de seus escopos fundamentais. Isso porque, a convivência conflituosa dos princípios possibilita uma abertura do direito à dialética de interesses e necessidades da infraestrutura social. A regularidade e estabilidade do sistema dependem desse relativo espelhamento do ser pelo dever ser[415]. Por isso, é possível afirmar que hoje "o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um "Estado de ponderação"[416].

Nesse sentido, como afirma Marcelo Neves[417], em um Estado constitucional consistente (autorreferência), os princípios desempenham um fundamental papel de adequação do direito à sociedade. Isso porque a ponderação é um momento de abertura cognitiva do direito, ela dá espaço na linguagem jurídica para a consideração de valores práticos (tão caros ao direito administrativo de hoje), mitigando a transcendentalidade e abstração do ordenamento jurídico; como consequência, serve a evitar "que o choque entre a realidade fática e a realidade jurídica prejudique a eficácia das normas"[418]. A disfunção que sofre a sua aplicação radicada em casuísmo ideológico, como visto, reflete mais um contexto social e institucional do que uma falha da argumentação principiológica, só por só, como linguagem da dogmática.

Um ponto importante a se destacar sobre a ponderação a partir da consideração de sua capacidade de abertura cognitiva é que, apesar da prática deteriorada que tomou, ela não pode funcionar como base de um raciocínio jurídico circular (*transcendental nonsense*). Os conceitos jurídicos, apesar de tratados em termos abstrato por uma questão de tradição argumentativa, têm como conteúdo valores sociais concretos eticamente interpretados. Dessa maneira, valendo-me da expressão de Felix Cohen, a proporcionalidade demanda um "enfoque funcional" (*functional approach*), no sentido de se afastar de conceitos e ideias sem lastro fático, ou seja, o juízo de ponderação deve ser palavra mágica para a justificação de qualquer decisão, ele pressupõe a demonstração da relevância concreta daquele sopesamento

415 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 123 - 125

416 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017 [E-book]

417 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 191

418 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 138

com respeito aos fatos sociais[419]. Devo dizer, isso implica num cotejo substancial dos comandos normativos e valores envolvidos, "sem sucumbir ao formalismo argumentativo ou conceitualismo, no sentido de apelar apenas para a norma ou para o conjunto de normas"[420].

Esse enfoque funcional não significa render-se à pura tópica, expressão de um judicialismo sem qualquer legitimidade democrática que põe em risco a normatividade da Constituição, mas sim admitir o pensamento problemático ou aporético como complementar e informador do ordenamento jurídico dentro das possibilidades que ele abre[421]. Assim, pode-se chegar a uma importante conclusão que é: na ponderação não há espaço para justificativas genéricas[422], toda argumentação é direcionada pelo caso concreto e nunca pode funcionar para todo e qualquer caso, ela depende da análise profunda da realidade, das alternativas existentes, dos seus custos e suas externalidades, condicionamento que Sundfeld chama de "ônus do regulador"[423], de desincumbência necessária a uma motivação adequada, pois a mera citação de princípios e de seus propósitos generosos não é motivação, é floreio.

A forma de operacionalizar esse enfoque funcional, dado o caráter aporético, é, invariavelmente, a fundamentação, capaz de desnudar as trilhas mentais e criativas do intérprete na aplicação do direito. Não uma fundamentação protocolar e centrada apenas num momento externo e estático, mas sim uma fundamentação acompanhada de uma avaliação *ex ante* dos impactos de suas escolhas; impactos que não se resumem à análise econômica de custo-benefício, mas que abranjam valores não monetarizáveis relacionados à dignidade individual, à justiça social e à preservação ambiental[424]. Essa noção, por si só, já revela a

419 COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. **Columbia Law Review**, v. XXXV, n. 6, jun. 1935, p. 822 - 824

420 FREITAS, Juarez. L'interprète et le devoir de concrétiser les objectifs fondamentaux de la constitution. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 5, out./dez. 2008, p. 142. Tradução própria do original: "sans succomber au formalisme ou argumentatif ou conceptualisme, dans le sens d'appel seulement à la norme ou à l'ensemble de normes."

421 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 273 – 277.

422 Essa é a diretriz positivada também pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que veda a decisão com base em valores abstratos sem que se considere suas consequências práticas. Em comentário ao dispositivo, afirma Marçal Justen Filho (Art. 20 da LINDB - dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 27) que "Mas o processo de concretização do direito envolve, de modo inafastável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos. A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores. Mas isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada. Então, o valor abstrato compreende uma multiplicidade de sentidos e uma pluralidade de soluções relativamente à vida real. A autoridade investida de competência para proferir a decisão relativamente a um caso real necessita indicar o modo como o valor abstrato se aplica para dar fundamento a uma dentre diversas soluções possíveis."

423 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p.228 - 229

424 FREITAS, Juarez. The hidden side of the legal decision and duty of justification. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 9(3):240-249, set./dez. 2017. p. 244

importância que tem a ponderação e o argumento principiológico para as técnicas de crise que normatizam a urgência, pois aproximam o direito da necessidade imanente às circunstâncias de cada realidade.

Ao revés do que pode parecer e do que sucedeu na prática, a melhor maneira de enxergar a ponderação no direito administrativo a partir desse enfoque funcional é não como mecanismo de aumento do poder do judiciário, mas sim como raciocínio institucional do mérito administrativo. Com isso quero dizer que o motivo dos atos administrativos – explicitados pela motivação – devem refletir esse sopesamento cuidadoso dos princípios e interesses subjacentes ao caso concreto (ônus do regulador). Para tanto, a estrutura administrativa, especialmente quando se trata de uma Administração agencificada, está mais próxima da realidade social e detém a capacidade informacional adequada ao dimensionamento desses pesos normativos. Assim, o controle judicial, que se debruçará sobre esses motivos, deve reverência às escolhas sobre as quais tem capacidade organizativa de dimensionamento menor[425]. É nesse sentido que Sunstein e Vermeule falam que, nos termos de uma interpretação institucional, há mais força no argumento que atrela os juízes generalistas a um maior formalismo e as agências a uma maior flexibilidade, pois sobre elas existirá controle pelo Congresso[426].

Implica dizer, por um lado, que a construção de soluções pelo judiciário a partir de princípios depende de elementos especiais de ordem institucional que a justifiquem e que venham explicitados na fundamentação da decisão, pois a competência judicial para sua formulação não se presume, condição que Sundfeld chama de "ônus da competência"[427]. Por outro lado, fica claro pelo repertório informacional das instituições que a ponderação ganha qualidade e se torna mais eficiente num ambiente de controle marcado pelo diálogo institucional em que essas informações podem circular a partir dos órgãos que sobre elas têm

425 No mesmo sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (**Direito Constitucional** – teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 524) quando dizem que "na hipótese de controle sobre ponderações já realizadas por outros poderes do Estado, o Judiciário deve, em geral, adotar uma posição de autocontenção e deferência. A invalidação ou desaplicação das decisões ponderativas dos poderes políticos só deve ocorrer quando o respectivo erro de sopesamento for grave.". A consequência principal dessa asserção é que, como diz Carlos Ari Sundfeld (**Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 220), "quando, em direito público, os juízes são chamados a tomar decisões com base em princípios, o primeiro e essencial dever é o de saber se estão legitimados a agir. A deliberação quanto a isso não é trivial, e precisa ser elaborada com fundamentação consistente e específica, que considere a necessidade de respeitar os papéis (...) dos outros órgãos estatais. A motivação deve, a cada vez, ser capaz de explicar a intervenção judicial, apontando os elementos especiais de ordem institucional que a justificam. Em suma, o juiz tem de suportar o ônus de legitimar a própria competência".

426 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101 (885), 2003, p. 950

427 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p.219 - 220

prevalência (em tese, a Administração para conteúdos técnicos, o Congresso para conteúdos políticos e os tribunais para conteúdos jurídicos).

Parece-me, portanto, que a adoção de um raciocínio ponderativo demanda o preenchimento de informações que, por usa vez, pressupõe um certo repertório institucional. Isso quer dizer que ao aproximar a argumentação jurídica dos fatos, a ponderação deveria levar, também, a uma aproximação entre controlador e controlado para tornar possível o compartilhamento de critérios e razões de decidir baseadas nas variáveis de natureza técnica, política e jurídica para que se privilegie a "visão de conjunto indispensável à condução dos negócios públicos"[428] que dificilmente terá um órgão judicial isoladamente.

A proporcionalidade enquanto critério de ponderação, ao lado do dever de motivação dos atos, serve não como um parâmetro objetivo (apesar de assim ser apresentada em muitas decisões), mas como uma diretriz argumentativa que azeita esse diálogo institucional e possibilita o controle intersubjetivo. Há, a partir dessa visão, uma maior garantia de objetividade das decisões, ou ao menos uma maior legitimidade diante de acertos institucionais. Os abusos aos quais nos acostumamos são em muito causados por essa falta de diálogo e percepção institucional, agravados pela constante busca de espaços e competências novas pelos órgãos de Estado que agem como se isolados e a próprio contento.

Por fim, há de se considerar que ganha objetividade a ponderação cujas diretrizes argumentativas são previamente delimitadas, seja por referência à lei, à jurisprudência dominante ou à doutrina. Isso significa que até mesmo aqueles subprincípios da proporcionalidade podem ser previa e abstratamente orientados para um determinado tipo de ponderação, estabelecendo-se um sentido da motivação do ato, uma trilha objetiva para o raciocínio decisório. Exemplo disso pode ser mais bem observado no capítulo seguinte, em que ao tratar do estado de necessidade é possível delinear pressupostos levantados pela doutrina, os quais, integrados pelas razões de fato, servem de parâmetro argumentativo a ser seguido e demonstrado na motivação dos atos excepcionais.

Com essa última nota e tendo por premissa tudo o que foi exposto sobre o regime jurídico administrativo e seus princípios, passemos ao estado de necessidade.

428 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O ativismo na justiça constitucional. **O Direito**, a. 151º, v. II, 2019, p. 285

5 A TEORIA DO ESTADO DE NECESSIDADE COMO BASE DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO DE URGÊNCIA

> *(...) o princípio da necessidade oferece uma técnica permanente de adaptação do direito à realidade social, permitindo em todo caso a adoção do meio jurídico preciso para a realização dos fins essenciais para a vida ordenada de toda*

> *comunidade minimamente organizada, qualquer que seja a entidade e a maior ou menos iminência do perigo que lhes acometa.*[429]

5.1 ESTADO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE NECESSIDADE E DIREITO ADMINISTRATIVO

Seguindo uma lógica de começar pela regra e partir para a exceção, é de se esperar que o capítulo sobre estado de necessidade venha logo depois daquele dedicado ao regime jurídico administrativo e, especialmente, ao princípio da legalidade, pois apresenta o seu contraponto.

Em alguma medida, todos os institutos sobre os quais recaiu minha análise envolveram a ideia de necessidade como elemento constitutivo. Recorde-se, especialmente, que o próprio conceito de urgência, conforme estabelecido no primeiro capítulo, é tido aqui como conjugação da premência temporal com a necessidade, ambos reveladores do interesse público em concreto. Porém, o estado de necessidade tem um sentido muito específico de ser, dentro do direito administrativo, uma dimensão alternativa da legalidade sopesada com o interesse público.

Portanto, neste capítulo proponho-me a estudar o estado de necessidade como um instituto geral para a atuação de urgência da Administração. É sabido, porém, que o direito brasileiro – mormente sua feição legislada – não prevê expressamente esse regime normativo, razão pela qual devo recorrer ao direito estrangeiro para construir grande parte da minha exposição, com destaque específico para o direito português, no qual esse instituto foi plenamente desenvolvido pela doutrina, ademais por sua grande proximidade ao nosso em história e organização das fontes. Sem prejuízo de também fazer incursões pelo direito francês a fim de estabelecer um parâmetro comparativo mais abrangente que ajude a entender melhor nosso próprio direito.

É de se notar, também, que a ideia de estado de necessidade no direito administrativo tem sentido muito similar àquele de estado de exceção no direito constitucional, isto é, o de um regime extraordinário de legalidade ensejado por um perigo ao interesse público. Há até certa confusão terminológica entre esses institutos, especialmente

429 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 307. Tradução própria do original: "(..) el princípio de necessidade oferece uma técnica permanente de adaptación del Derecho a la realidade social, permitiendo em todo caso la adopción del médio jurídico preciso para la realización de los fine esenciales para la vida ordenada de toda comunidade minimamente organizada, cualquiera que sea la entidade y la mayor o menor inminencia del peligro que los aceche."

por conta da doutrina alemã do *Notrecht*[430] ("direito de necessidade") justificadora de estados constitucionais de exceção. Convém lembrar, contudo, distinção realizada no Capítulo 2 a indicar que a hipótese de incidência configuradora do estado de necessidade, o perigo concreto a que se pretende responder, é de uma dimensão bem mais reduzida e localizada[431].

É nesse sentido a já mencionada distinção feita por Bruce Ackerman[432] entre a *rationale* existencial própria dos estados excepcionais, caracterizada pela luta por sobrevivência do próprio regime político, um perigo que põe em xeque a ordem constitucional sistematicamente, e a *rationale* assecuratória, voltado à resolução de perigos sociais, econômicos e físicos que não envolvam necessariamente uma dimensão política de ameaça à plenitude constitutiva do Estado.

O estado de necessidade administrativo no sentido que tomo nesse trabalho, reflete essa *rationale* assecuratória, destina-se a crises mais pontuais e corriqueiras, que também são a seu modo excepcionais, cujas medidas ordinárias autorizadas pelo ordenamento são insuficientes para sua solução, mas para as quais a decretação de um estado de exceção traria riscos excessivamente altos de abuso. Registre-se, ainda, que por essa diferença fundamental, o estado de necessidade é sujeito a maiores condicionantes, restrições e limitações que os estados constitucionais de exceção, havendo também maior espaço para regulação infraconstitucional.

Estado de necessidade é, como se explica a frente, solução de legalidade extraordinária, inconfundível com os estados de exceção, pois não há na legalidade

430 A antiga doutrina publicista alemã, ensina Otto Mayer (**Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 13), "professava a ideia de que havia casos nos quais o direito existente devia ceder ante um interesse superior do Estado. Chamavam-no de o *direito de suprema necessidade* (*Staatsnotrecht*); esse direito pertencia ao príncipe. Há autores dispostos a admitir teorias semelhantes embora no sistema constitucional do Estado moderno. Em todo caso, isso não seria administração." (tradução própria do original "La antigua doctrina del derecho público profesaba la idea de que había casos en los cuales el derecho existente debía ceder ante un interés superior del Estado. Se Io llamaba el *derecho de suprema necesidad* (*Staatsnotrecht*); este derecho pertenecería al príncipe. Hay autores dispuestos a admitir teorías semejantes aun en el sistema constitucional del Estado moderno. En todo caso, eso no sería administración'").

431 Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia (Constituição ex machina. **Revista jurídica virtual**, Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999), ressaltando o quadro de ponderação dos bens constitucionais que envolve esses institutos em razão da resposta que se espera deles em cada momento histórico, elenca três distintas situações de balanceamento desses bens: "a ponderação dos bens constitucionalmente consagrados em estado de defesa ou de sítio, geradora de um direito de necessidade constitucional, a ponderação de bens constitucionalmente consagrados em estado de necessidade administrativa e, finalmente, a ponderação de bens constitucionalmente consagrados em situações de normalidade constitucional.". Nesse sentido, é possível encarar o estado constitucional de exceção como um direito de necessidade constitucional, envolvendo a ponderação de bens especificamente ligados aos fundamentos do Estado, enquanto o estado de necessidade administrativa envolve a ponderação de outros bens mais ligados à própria atividade administrativa, especialmente a legalidade e o interesse público.

432 ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. **The Yale Law Journal**, vol. 113, 2003-2004, p. 137 e ss.

extraordinária qualquer anomia institucional. Esse é um bom parâmetro para posicionar o estado de necessidade administrativo, instituto que não se presta a garantir a segurança nacional ou a higidez das instituições, que mesmo pressupõe a estabilidade constitucional e atua diante de urgências atinentes à regular atividade administrativa e à proteção do interesse coletivo concreta e especificamente periclitado[433].

Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez falam em estado de necessidade como um gênero para abranger tanto a proteção à comunidade em conjunto que enseja

433 Não posso fugir da pergunta sobre a pandemia de COVID-19 – a qual assola o país no momento mesmo em que escrevo essas palavras - e que tipo de solução jurídica demandaria; há, ainda neste primeiro semestre de 2021, muito burburinho em torno do cabimento de um estado de sítio (vide, por exemplo, notícia de março disponível em < https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-volta-a-citar-estado-de-sitio-brasil-deve-voltar-a-trabalhar-31032021 >, acesso em 20 de maio de 2021) e até mesmo proposta de decretação de mobilização nacional (vide < https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/03/30/mobilizacao-nacional-permitiria-intervencao-na-atividade-economica-dizem-constitucionalistas.ghtml >, acesso em 20 de maio de 2021), instituto que hoje só se aplica no âmbito e em paralelo a estado constitucional de exceção, objetivando capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira (Lei 11.631/07). Parece-me claro, por tudo que foi explicado até aqui, que não há supedâneo fático a justificar quaisquer das modalidades de estado constitucional de exceção, pois a pandemia, embora ameace a saúde da população, não é uma ameaça direta aos pilares do regime constitucional democrático, do Estado brasileiro em si. Trata-se, sem dúvida, de uma situação de incerteza científica e perigo de vida, o que cria grandes complicações à atividade administrativa - colocando o administrador diante de *tragic choices* - em especial na prestação adequada de serviços públicos de saúde e na atividade regulatória e de polícia para promover a indução de certos comportamentos (*lockdown*, estímulos econômicos para manutenção de empregos, fiscalização de estabelecimentos, etc.). Assim, é uma situação que indiscutivelmente demanda certa velocidade e flexibilidade da atividade administrativa (especialmente nos primeiros meses em que a incerteza foi muito maior), mas não o tipo de concentração de poder e reestruturação funcional a nível constitucional que autoriza os estados constitucionais de exceção. É, enfim, caso adequado para se pensar na moldura do estado de necessidade administrativo, estudado neste capítulo. Em sentido similar, a opinião de Pedro Costa Gonçalves (Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. **Observatório Almedina**. Disponível em: < https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/#notah_h >, acesso em 20 de maio de 2021), *in litteris*: "Ora, da situação de emergência associada à epidemia da Covid-19 não emergiu um necessário "buraco negro legal", resultante de o Estado se ver na obrigação de se conferir a si mesmo o poder de atuar "sem lei", num vazio de legislação ("emptiness of law"). Bem pelo contrário, o que temos tido, por todo o lado e também em Portugal, é uma situação de facto que, desde o início, conduziu à estipulação de medidas idealizadas, refletidas e até cientificamente apoiadas, postas e publicadas como normas ou regras para aplicação à situação; aliás, normas que, em geral, se revelaram claras, precisas e determinadas, que, por isso mesmo, promoveram o que podemos designar por racionalização da emergência. E, neste contexto, a reação jurídica à pandemia acomodava-se bem com a convocação de um estado de emergência administrativa, e, portanto, com a atuação do Governo e da Administração regulada por normas produzidas pelos "canais normais de produção do Direito Administrativo", a começar pela AR e a continuar pelo Governo legislador". Já nestas plagas, a lição de Lênio Streck (Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral!. **Consultor Jurídico**, 11 de maio de 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anistia-geral >, acesso em 03 de janeiro de 2021) que, escrevendo sobre as medidas de *lockdown* no contexto da crise sanitária da COVID-19, aduz: "Estado de Defesa e de Sítio são para outro tipo de situação. A ordem ou a paz social está em jogo no Brasil? Claro que não. Fazendo uma ironia, diria que o Estado de defesa ou de sítio são necessários somente se for com o objetivo de combater os fascistas que querem fechar o STF e o Congresso e que acampam na frente do STF. Mas nem para isso — com sarcasmo ou sem sarcasmo — essas medidas de exceção são necessárias. Basta um grito e eles saem correndo". Não há, portanto, sentido na insistência de certos setores ligados ao atual governo federal em declarar estado de sítio por causa da pandemia, algo que foge completamente da *rationale* do instituto. O estado de sítio serve para preservar instituições democráticas ameaçadas, não para as solapar quando não existe esse risco; acaba sendo sua decretação ameaça maior do que a crise (matar pardal com canhão), tal qual o *phármakon* a servir de veneno e não de cura.

declaração de estados de exceção (guerra ou desordem pública) quanto a cobertura legal a situações específicas (calamidade pública e risco iminente da vida de uma pessoa), sendo comum a ambas um significativo reforço dos poderes coativos diretos ou uma habilitação para adoção de medidas coativas de execução imediata sobre pessoas, coisas ou serviços[434]. Neste trabalho, como visto, diferencio o estado de necessidade daqueles estados constitucionais de exceção estudados anteriormente, reconhecendo, contudo, que, por sua similitude, a compreensão de um informa o estudo do outro[435].

O que se pode dizer, porém, é que enquanto partícula conceitual analítica, a necessidade tem um caráter de gênero e está presente em todas as ferramentas jurídicas de enfrentamento de crise, desde as mais extremadas como um estado de sítio, até situações mais corriqueiras, como a de contratação direta, atuando como "(...) um princípio integrador do ordenamento jurídico, servindo de base jurídica ou de causa justificadora das atuações concretas ou normativas, que os Poderes Públicos se veem obrigados a realizar *praeter legem* ou, inclusive, *contra legem*"[436]. A necessidade é, na visão aqui adotada, elemento base da ideia de urgência como categoria ordinária que implica formas simplificadas de agir e dá "(...) origem ao exercício de um poder legalmente reconhecido à Administração para situações especiais impostas pelos factos"[437]. Por essa razão, o estudo do estado de necessidade é, em alguma medida, o estudo de uma teoria geral da excepcionalidade no direito administrativo.

434 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 794 - 795

435 Vale também aqui – e com ainda mais razão - os comentários realizados no Capítulo 2 sobre o estado constitucional de exceção como instituto jurídico-dogmático, regime limitado de excepcionalidade jurídica, afastando-o de interpretações "schmittianas" que identificam nesses instrumentos exercício de poder político de fato que, na esteira do *salus populi*, suprime qualquer normatividade. De outro modo, a invocação da necessidade pública como elemento de justificação da autoridade estatal em si conduz a uma concepção policialesca do Estado – na esteira do racionalismo dogmático de Wolf – que se arvora titular exclusivo do interesse público e curador paternalista da felicidade individual que a ele se submete (BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 155 - 156). Nesse paradigma em que fatos sobrepujam normas, diz Gordillo (**Tratado de derecho administrativo** – parte general – tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi. p. II - 2), o direito administrativo se reduz a "um único preceito jurídico que estabelece um direito ilimitado para administrar" (tradução própria de: "em um único precepto jurídico que estabelece um derecho ilimitado para administrar"). Assim, concordo integralmente com Gustavo Binenbojm (**Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]) quando afirma que "diante de seu caráter incontornável, negar as situações de excepcionalidade administrativa equivaleria a pretender revogar a lei da gravidade, ou seja, negar a realidade. Reduzi-las, no entanto, à condição de meras situações de fato, posicionadas fora do ordenamento jurídico, não oferece nenhuma vantagem para o projeto moral de autodeterminação individual e coletiva inerente ao Estado democrático de direito.".

436 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 165. Tradução própria do original: "(...) un principio integrador del ordenamento jurídico, sirviendo de base jurídica o de causa justificativa de las actuaciones, singulares o normativas, que los Poderes Públicos se vean a realizar prater legem o, incluso, contra legem."

437 FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999. p. 515

Do ponto de vista do direito administrativo, é de se perceber que, especialmente no tocante ao poder ordenador, mesmo a normatividade ordinária é afeita a restrições de direitos fundamentais e seu condicionamento ao interesse público, sempre em atendimento ao regime jurídico administrativo. Há graus de limitação ordinária à liberdade individual que se estabelecem mesmo legislativamente como ponderação prévia de valores. Num grau menor, há os deveres de comunicação de certas atividades à Administração e suportar inspeções, num grau superior a submissão a autorização, no seguinte a imposição de deveres negativos ou positivos, no último grau a intervenção para a privação ou sacrifício de um direito mediante indenização[438].

O estado de necessidade se insere nessa lógica de expressão do interesse público mediante flexibilização das sujeições às quais se vincula a atividade administrativa, pressupondo, contudo, situações fáticas extraordinárias que o distingue de medidas ordenadoras ordinárias. Dessa forma, ele não faz nascer novos poderes em termos de conteúdo, pois a Administração já pode limitar ordinariamente direitos, ele apenas cria uma técnica expeditiva de exercício desses poderes, sacrificando-se a ordem estabelecida de competências e o sistema formal de procedimento, a fim de concentrar na autoridade administrativa competências antes dispersas, para que possam ser exercidas instantaneamente, sem observância do procedimento ordinário[439].

Pensando a partir dos elementos dos atos administrativos, temos que não há propriamente inovação no objeto do ato[440], no sentido de que ele deve ser próprio da atividade

438 PARADA, Rámon. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: 2008. p. 439 e ss.

439 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 793

440 Penso ser importante fazer uma advertência em relação à aparente contradição com o que afirma Paulo Otero (**Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 999) ao escrever que o estado de necessidade incide não sobre regras de procedimento e de competência, mas também "sobre normas definidoras da validade do objeto ou do conteúdo material das decisões, possibilitando a adopção de actos que normalmente estariam feridos de violação de lei". Ao dizer isso o mestre português quer apenas enfatizar que o estado de necessidade não é capaz de validar atos inexistentes, esses impassíveis de conformidade com o ordenamento (vide, no Capítulo 5, a hipótese de usurpação de função pública), nem teria utilidade para os atos meramente irregulares pacificamente sanáveis pelos mecanismos da legalidade ordinária; o instituto reservar-se-ia, propriamente, aos atos nulos e anuláveis. Contudo, entendo aqui que é preciso certa parcimônia quanto a essa afirmação, devendo-se enfatizar a menção que faz no final à "lei", pois há vícios de validade que se equiparam à inexistência, vícios de ordem constitucional, sobre os quais nem mesmo se reconhece a decadência ordinária do dever de anular. Há medidas que a Constituição veda em absoluto (como a escravização e a tortura), e medidas que reserva à função jurisdicional (como o cancelamento da naturalização por exercício de atividade nociva ao interesse nacional ou a dissolução compulsória de associações) ou legislativa (por exemplo, as competências exclusivas do congresso e as matérias vedadas a medida provisória), e, ainda, medidas que autoriza ao executivo exclusivamente sob ritos e pressupostos específicos (como a intervenção de unidade federativa em outra). Tais medidas não podem constituir objeto de ato administrativo sob pretexto de estado de necessidade, pois, como já repetido, tal instituto não subleva a ordem constitucional, mas se submete a ela. Resta, portanto, ao estado de necessidade, incidir sobre aqueles objetos que a Constituição já identifica como próprios e autorizados à atividade administrativa, de maneira que esse vício no objeto validado pelo instituto não pode refletir quaisquer

administrativa e a ela constitucionalmente autorizado, mas seu motivo é expandido pelo estado de necessidade. Igualmente, a competência e a forma, embora tradicionalmente tidos como elementos vinculados, sofrem modificação, passam a se vincular a um padrão normativo de exceção que admite sua flexibilização. De forma pontual, pode-se observar esses elementos já sendo relativizados em técnicas de crise parcelares (vide Capitulo 5), como nos casos, respectivamente, de agente de fato necessário e dispensas de licitação. A finalidade, por sua vez, é que constitui elemento sempre vinculado e impassível de sanatória, sendo a partir dele que se constrói as demais possibilidades normativas de exceção e que se estabelece o padrão argumentativo de controle.

Portanto, importa desde já pontuar o óbvio: falar em estado de necessidade administrativo é falar em uma estrutura normativa, em um instituto que tem por fonte o próprio ordenamento e não a "necessidade" como se propugnava nas antigas teorias do *Notrecht*. No tópico seguinte, serão abordados os pressupostos e diretrizes jurídicos de sua aplicação, mas que fique adiantada a advertência de Damasceno Correia de que "a utilização de vectores básicos para dirigir a intervenção da Administração Pública, não se pode fundar na necessidade, mas num ordenamento jurídico propício para situações excepcionais"[441].

5.2 O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO

José Carlos Vieira de Andrade[442], ao tratar da chamada "crise da legalidade" (vide Capítulo 3), refere-se à existência de certos princípios jurídicos fundamentais materiais que regem a atividade administrativa como decorrência da concretização do princípio da juridicidade (normatividade ampla). Nessa categoria, o autor posiciona o "princípio do estado de necessidade administrativo" como um "contra-princípio", por funcionar fundamentando a dispensa da aplicação de disposições legais em situação de exceção.

Sua caracterização como princípio é de fundamental importância para uma compreensão substancial de seus fundamentos e efeitos. Com isso quero dizer que sua aplicação se faz por uma atitude interpretativa auto-reflexiva, isto é, o estado de necessidade

dessas vedações de ordem constitucional, ou seja, deve ser um vício de jaez meramente infraconstitucional, reduzindo significativamente o campo de possibilidades para não muito além dos objetos que já estão ao alcance da Administração, embora ordinariamente condicionados a determinado motivo, procedimento ou competência de agente específico.

441 CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 54

442 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. p. 54

não tem um âmbito de aplicação estritamente predeterminado, sua incidência é argumentativamente construída em torno da expressão concreta do interesse público.

Sérvulo Correia[443] aponta que a doutrina foi construindo um princípio do estado de necessidade a partir da atribuição de normatividade a certo significado que se depreendeu da realidade fática, qual seja, a necessidade de se preservar a licitude de condutas que, a despeito de atenderem a uma necessidade coletiva, seriam *a priori* ilícitas. Essa é, segundo o autor, uma significação normativa que se espraia por todos os ramos do direito a fim de evitar-se perigo atual de dano a bens jurídicos por eles protegidos[444]. No direito administrativo, o que lhe dá contornos particulares é que esse bem jurídico protegido é o próprio interesse público sobreposto a eventuais prejuízos morais ou patrimoniais particulares, de maneira que "só a prossecução de um interesse público imperioso por parte da Administração pode sacrificar a legalidade e determinar a licitude da acção (...)"[445].

443 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 720 – 721

444 Sei que há muito neste PPGD nos é desaconselhado falar do Código de Hamurabi (OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-gradução em direito. In: **Sua Excelência, o Comissário**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.), mas ouso violar brevemente este cânone com intenção de levantar uma mera curiosidade histórica, sem pretensões de travar um verdadeiro estudo historiográfico, para mencionar que há doutrina a identificar neste antigo diploma jurídico (de 2500 a.c.) o primeiro registro de regra assemelhada ao estado de necessidade. O artigo 134 desse código dizia que se a mulher casada com o homem feito prisioneiro, que não tivesse do que viver em sua casa, entrasse na casa alheia, ela seria inocente (AMADO, José Daniel. El estado de necesidad como vicio de la voluntad. **Themis – Revista de Derecho**, n. 1, 1984, p. 40). Na idade média, a ideia de necessidade é ainda desenvolvida pela escolástica como geradora de uma exceção ao direito, uma possibilidade de se afastar da literalidade das ordens e comandos de autoridade. São Tomás de Aquino (Suma Teológica. *Prima secundae, q.* 96, art. 6. Disponível em < https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf >, acesso em 09 de dezembro de 2020), que tão fortemente defendeu a obediência a autoridade secular – "embora os homens julguem as leis temporais, quando as estabelecem, contudo uma vez instituídas e firmadas já não é lícito julgá-las, mas deve-se julgar de acordo com elas." -, dizendo inclusive que o cidadão não pode interpretar as ameaças à cidade e agir para defendê-la, porque apenas o soberano sabe identificar aquilo que constitui o interesse comum e o faz por meio das leis, porém, Aquino faz uma importante ressalva ao reconhecer a necessidade como causa geradora da exceção, dizendo que "se porém o perigo for súbito e não sofra demora, de modo a se poder recorrer ao superior, a própria necessidade traz consigo a dispensa, porque a necessidade não está sujeita à lei.". Contudo, como adverte Nélson Hungria (Arts. 22 a 24. In Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270), "Nem o direito romano, nem os canonistas ou os práticos medievais chegaram a elaborar uma verdadeira doutrina sobre o estado de necessidade. Admitia-se que *necessitas caret legem*, mas este princípio só era aplicado em casos particulares (furto famélico, aborto para salvar a vida da gestante). Os jusnaturalistas é que fizeram do "estado de necessidade" uma noção geral". No mesmo sentido, Renan Lotufo (**Código civil comentado** – volume 1 – parte geral (arts. 1º a 232). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 407), ao explicar que a categoria do estado de necessidade "é fruto do desenvolvimento da ciência jurídica da Europa Continental, mais particularmente da cultura germânica do período oitocentista, problemática bem presente na idéia dos novos jusnaturalistas alemães ("*usus modernus pandectarun*", ou os novos hábitos dos pandectistas), que nada mais fizeram que deixar transparecer as raízes profundas da tradição medieval, que tinham como máxima "*necessitas legem non habet*", "*quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*" (o que não está como lícito na lei, torna-se necessário fazê-lo lícito).".

445 FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999. p. 461

Dessa maneira, fica bem clara a razão para a caracterização desse instituto como um princípio jurídico fundamental material, porque sua aplicação é a própria concretização da complexidade normativa trazida pela ideia de juridicidade ou legalidade ampla. Isso não quer dizer, contudo, que o estado de necessidade prescinde da legalidade, pelo contrário, ele exige uma densidade legal acrescida em virtude da essencialidade do seu objeto - afinal engloba decisões sobre direitos fundamentais -, mas essa densidade se coloca como primado e precedência de lei, orientando e racionalizando sua aplicação e garantindo a tutela de direitos dos particulares[446]. Noutros termos, no paradigma da juridicidade o estado de necessidade parte da lei, que funciona como autoridade legitimadora e diretora, mas não se completa nela, integrando seu conteúdo normativo concreto noutros elementos consentâneos ao Estado de direito.

O que se observa dessa noção é que o estado de necessidade configura uma espécie de cláusula geral de derrotabilidade ou superabilidade das regras administrativas. A derrotabilidade é, segundo Hart[447], uma característica comum a todo conceito jurídico, pois definimos a incidência de nossas regras pela ocorrência de condições suficientes e necessárias, mas em inúmeros casos em que tais condições se apresentam, os efeitos jurídicos são afastados em virtude de circunstâncias fáticas que configuram uma exceção. Explica ainda que é igualmente impossível definir todas as regras a partir da enumeração dos incontáveis casos aos quais se aplicam ou dos incontáveis casos aos quais não se aplicam, de maneira que no uso linguístico-jurídico corrente nos acostumamos a trabalhar com a ideia de regra-exceção, possibilitando a abstração de conceitos que trazem em si a possibilidade de serem derrotados, como se toda categoria jurídica operasse segundo uma cláusula de *rebus sic stantibus* implícita.

Isso vale, como ensina Peczenik[448], para as regras em geral, as quais, apesar de consistirem em razões decisivas para a fundamentação jurídica, podem ser excepcionadas com base em exceções explicitamente formuladas na lei, implicadas na lógica das antinomias ou quando existem razões contributivas que, sopesadas, sobrepujam sua aplicabilidade.

446 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. p. 51

447 HART, Herbert. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), p. 173 - 174

448 PECZENIK, Aleksander. Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem. **Ethical Theory and Moral Practice**, Vol. 3, No. 3 (Sep., 2000), p. 288 - 289

Assim, o estado de necessidade administrativo é o reconhecimento de circunstâncias que, ao revelar seus pressupostos, ensejam a superação no caso concreto de regras administrativas legais.

Quando afirmo a fundamentabilidade de uma densidade legal do estado de necessidade como primado e precedência de lei, o faço porque a própria ideia de derrotabilidade - ou superabilidade – pressupõe essa consulta a elementos da própria lei que se supera. Segundo Humberto Ávila, as regras devem ser obedecidas por produzirem "efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico (...), em situações normais (...) sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais"[449].

Entender o estado de necessidade como cláusula de derrotabilidade significa aplicar-lhe as condições materiais e formais desse modelo.

Conforme exposição de Humberto Ávila, é admissível a superação de uma regra quando cumprir melhor a sua função do que a aplicação literal, isto é, deve promover previsibilidade (segurança jurídica), igualdade geral (impessoalidade) e eficiência. Assim, a superabilidade de uma regra decorre de sua incapacidade de cumprir esse escopo, de maneira que "o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal da segurança jurídica)."[450].

Ademais, a própria releitura que tomou o princípio da legalidade após a crise da lei e a erosão da soberania nos moldes clássicos faz com que ganhe precedência o valor promovido pela norma em detrimento de sua mera forma, pois, como assevera Paulo Rangel, o que se demanda hoje do operador do direito "não é meramente uma aplicação asséptica da lei (...), mas que componha o litígio de um modo essencialmente valorativo (...)"[451].

Portanto, no raciocínio de superabilidade há que se encontrar na própria lei o valor subjacente que promove a justificar sua superação no caso concreto por se concluir haver prejuízo à promoção desse valor caso observada rigidamente a prescrição legal. Ponderando-

449 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122 - 123

450 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 126

451 RANGEL, Paulo Castro. Arbitragem e constituição: um novo lugar e um novo fundamento. *In*: Fernando Alves Correia; Jónatas Machado; João Carlos Loureiro (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** - v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 644

se obrigatoriamente, ainda, o potencial de insegurança que essa decisão pode gerar caso reproduzida em eventuais casos futuros, ou seja, tão menor a resistência à superação – em termos de ônus argumentativo[452] - quanto mais excepcionais as circunstâncias que a justificam[453].

Assim, é possível vislumbrar na aplicação do estado de necessidade, instituto que autoriza a superação de regras administrativas em casos concretos excepcionais, que seu conteúdo e fundamento decorrem da própria lei que tem em si subjacentes escopos juridicamente valorados, ou seja, há sempre na aplicação do estado de necessidade um grau de densificação legal que se verifica na identificação desses objetivos legais e dos interesses que o ordenamento busca efetivar.

Numa singela ilustração, pode-se pensar na lei de licitações, que se destina a garantir principalmente, entre outros valores, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93). Contudo, diante de uma pandemia que tenha levado ao aumento abrupto de internações hospitalares e muito óbitos, a exclusão de um fornecedor único – ou amplamente mais eficiente e capaz de atender à demanda - de vacinas por ter sido anteriormente declarado inidôneo em outro contrato pode levar ou ao desatendimento total de uma necessidade coletiva urgente, ou, no mínimo, à celebração de contratos menos vantajosos. Esse é, hipoteticamente, um caso que justificaria a superabilidade dos efeitos gerados pela aplicação de uma sanção com base na lei de licitações (art. 87, IV) para fazer valer o próprio valor que a lei busca promover com suas prescrições, de maneira que o fundamento do ato excepcional é sempre, em alguma medida, decorrente da própria legalidade enquanto precedência de lei (legalidade excepcional).

Outrossim, Ávila[454] menciona, ainda, a existência de requisitos formais para a superação, fundados nesse ônus argumentativo que carrega. Em primeiro lugar, deve apresentar uma justificativa condizente que consiga demonstrar a incompatibilidade da

452 A presunção sempre será em favor da razão decisiva, isto é, a da literalidade da regra legal. Um caso difícil, sustenta Peczenik (Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem. **Ethical Theory and Moral Practice**, Vol. 3, No. 3 (Sep., 2000), p. 288), "requer um sopesamento que possa justificar um desvio da literalidade da lei", o que revela a o ônus argumentativo de quem sustenta a derrotabilidade. (Tradução do original "requires a weighing that can justify a deviation from the wording of the law")

453 Isso porque, como justifica Humberto Ávila (**Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 127), "(...) a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de caso mediante a análise de sua repercussão para a maioria dos casos. (...) A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual."

454 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 127 - 128

aplicação da regra com a sua finalidade subjacente e que sua superação não acarretará expressiva insegurança jurídica (que a justiça individual não afetará a justiça geral). Em segundo lugar, deve ter uma fundamentação condizente, isto é, uma exteriorização racional, transparente, escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada dessas razões, sobre o que já falamos no capítulo anterior. E, em terceiro lugar, deverá apresentar uma comprovação condizente, ou seja, não basta a mera alegação dessas razões fáticas e jurídicas, elas precisam estar lastreadas em mais do que presunções ou verdades sabidas.

No direito português o estado de necessidade encontra-se legalmente densificado por meio da previsão constante do artigo 3º, nº2, do Código de Procedimento Administrativo (DL n.º 4/2015, de 07 de Janeiro)[455]. Interessante observar, num primeiro olhar, que o dispositivo trata do princípio da legalidade, primeiro dos princípios gerais da atividade administrativa elencados pela lei, e o estado de necessidade é mencionado como uma dimensão dessa legalidade, seu subprincípio, ou mesmo, como nomeado anteriormente, seu contra-princípio.

Essa observação é muito reveladora, porque a lei o coloca como incidente em todos os âmbitos de sua aplicação, os quais, pela redação do seu artigo 2º, correspondem ao exercício do poder público por qualquer dos entes da Administração, isto é, tudo aquilo que concerne ao direito administrativo (contratos administrativos, atos de polícia, responsabilidade civil do Estado, etc.)[456]. Não é, portanto, preceito que afasta apenas a aplicação das regras contidas naquele diploma, mas qualquer prescrição legal do direito administrativo.

455 CAPÍTULO II - Princípios gerais da atividade administrativa. Artigo 3.º Princípio da legalidade. 1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins. 2 - Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração. (Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo= > Acesso em 23 de novembro de 2020)

456 Artigo 2.º - Âmbito de aplicação. 1 - As disposições do presente Código respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa são aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo. 2 - A parte II do presente Código é aplicável ao funcionamento dos órgãos da Administração Pública. 3 - Os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada. 4 - Para efeitos do disposto no presente Código, integram a Administração Pública: a) Os órgãos do Estado e das regiões autónomas que exercem funções administrativas a título principal; b) As autarquias locais e suas associações e federações de direito público; c) As entidades administrativas independentes; d) Os institutos públicos e as associações públicas. 5 - As disposições do presente Código, designadamente as garantias nele reconhecidas aos particulares, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos administrativos especiais.

Enquanto princípio, o estado de necessidade administrativo faz confluir diversos mandados otimizadores relacionados a cada um dos ramos do direito administrativo, conecta-se a seus diversos institutos, espraia-se como garantia de sua normatividade. Da mesma forma que o estado constitucional de exceção garante a higidez do Estado constitucional, o estado de necessidade garante o funcionamento legítimo e eficaz da atividade administrativa. Ainda, por ser conatural à legalidade, o instituto desvela uma dimensão alternativa da legalidade administrativa, e os atos que autoriza se inserem no bloco de legalidade *lato sensu,* pois "o princípio valida as condutas permitidas que, nessa medida, não são ilegais"[457].

Isso mostra como o estado de necessidade tem uma função calibradora, funciona como uma "regra de calibração". Tércio Sampaio Ferraz Jr.[458] se vale desse conceito para explicar que eventualmente uma série hierárquica de normas (como o direito administrativo, que parte da constituição até o menor regulamento) não dá conta de demandas que se apresentam ao sistema jurídico. Nesses casos, o ordenamento admite uma mudança de padrão de funcionamento para sair daquela série hierárquica contraproducente, o que é regulado e possibilitado por uma "regra de calibração" (por exemplo, sair de um padrão de legalidade para um padrão de eficiência).

É graças a essa estrutura normativa que o sistema consegue mudar de padrão, mas continuar funcionando, não se desintegrar; invariavelmente, tornando-o ainda mais complexo. A regra de calibração funciona como um interruptor ou um termostato, é possível dinâmica e velozmente mudar de um padrão normativo para outro, depois voltar para o anterior, sempre em vista de cumprir mais eficazmente sua finalidade e responder às demandas do ambiente (imunização contra a diferença), com uma maior ou menor flexibilidade a depender de cada sistema jurídico.

Em se tratando do estado de necessidade, considerando tudo o que foi dito, significa dizer que, verificados os seus pressupostos, abre-se uma legalidade excepcional a cuja normatividade esses atos administrativos se reportam e buscam fundamento. Essa legalidade alternativa revela, conforme observa Paulo Otero, "a existência de dois padrões diferentes de actuação administrativa que (...) podem entre si ter uma aplicação sucessiva na regulação normativa da conduta das estruturas administrativas"[459], ambos vinculados aos

457 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 723

458 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 155 - 165

459 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 998

"resultados" – como chama literalmente o artigo 3º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo lusitano – que a lei busca alcançar. Sendo assim, o direito de indenização previsto no final do referido dispositivo legal não se dá por virtude de violação de direito (ilicitude), e sim por reconhecimento de ônus individual excessivo a ser reparado, através do erário, por todos os componentes da coletividade que dele se beneficiaram[460]. Não é, portanto, consequência obrigatória, mas depende da comprovação desse sacrifício excessivo.

A necessidade administrativa é o conceito central deste instituto, não sendo, contudo, definido pela legislação. Trata-se, portanto, de um "conceito jurídico indeterminado", carente de preenchimento com dados extraídos da realidade, que deve considerar o contexto fático, as concepções políticas prevalentes, e a historicidade das noções. Essa é uma opção eminentemente pragmática do legislador para possibilitar a maior plasticidade da aplicação do instituto, propiciando seu ajuste a uma realidade dinâmica e imprevisível.

É importante, contudo, considerar o alerta de Damasceno Correia no sentido de que "é necessário apelar para a limitação de um conceito indeterminado, uma vez que ele é susceptível de justificar a totalidade das situações ainda que abusivas. Não basta o instituto da responsabilidade para desmotivar os abusos(...)"[461]. Ou seja, como tais conceitos apresentam "um núcleo de significação preciso e um halo periférico vago"[462], é fundamental para sua densidade normativa e segurança jurídica a segura determinação desse núcleo, o que a doutrina realiza por meio da identificação de seus pressupostos fáticos e finalísticos, os quais irão configurar o motivo dos atos praticados sob sua guarida legal.

A necessidade é, portanto, um conceito essencialmente relativo por pressupor uma determinada valoração de fins e objetivos que, estando ameaçados, deverão ser protegidos. Disso decorre que qualquer tentativa apriorística de definição é fadada ao fracasso, pois seu conteúdo surge para cada caso concreto da combinação de dois elementos inseparáveis e

460 Trata-se, em Portugal, de referência à legislação própria sobre responsabilidade extracontratual da administração (Lei nº 67/2007), que alberga expressamente a responsabilidade por atos lícitos quando se verificam danos ou encargos especiais e anormais decorrentes da atividade administrativa. Assim está estabelecido no artigo 2º da referida lei: "Artigo 2º. Danos ou encargos especiais e anormais. Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito." (disponível em < https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/431/202101031540/165635/diploma/indice?p_p_state=maximized >, acesso em 03 de janeiro de 2021)

461 CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989. p. 54

462 COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 179, Rio de Janeiro, jan./jun. 1990, p. 58

igualmente variáveis: o suporte fático (v.g. o que seria uma ameaça grave?) e o fim ou objetivo a realizar (v.g. qual o fim essencial da comunidade? Como determinar o interesse público e sua titularidade?)[463].

Observe que essa relação entre suporte fático e fim encerra um importante caráter teleológico do conceito de necessidade. É certo que essas duas dimensões, a fática e a jurídica, são marcadas pela variabilidade de conteúdo, mas o conceito de necessidade apresenta um elemento invariável, que funciona como sincategorema, como uma espécie de funtor teleológico entre o elemento fático e o finalístico. A indeterminabilidade reside na interpretação dos fatos e na valoração dos fins, porém sempre a necessidade funcionará como conector dessas duas dimensões, relacionando-as teleologicamente e amalgamando-as no interior do seu sentido, de forma que a falta de pertinência teleológica entre elas faz-lhes escapar do seu universo denotativo.

Com a fluidez conceitual do estado de necessidade, torna-se possível falar em um sistema de direito administrativo aberto e funcional. Note-se que a indeterminabilidade ocorre tanto no preceito secundário da norma, como no seu preceito primário, caracterizando-se como conceito jurídico indeterminado e mesmo "poder discricionário"[464], caso se diferencie essas espécies[465].

Não há como, portanto, determinar-se fatos típicos ou efeitos específicos, pois esses serão determinados pelas circunstâncias concretas e pelas finalidades buscadas a partir

463 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 167 - 169

464 Devo fazer uma breve observação terminológica: valho-me aqui do termo "poder discricionário" em virtude do seu uso corrente pela doutrina, mas entendo ser uma expressão dotada de certa atecnia. Isso porque não há propriamente um poder discricionário - como há um poder regulamentar, um poder de polícia ou um poder hierárquico –, o que existe é um modo particular de exercício desses poderes administrativos com imprecisão intencional dos seus limites de ação atribuídos pela lei, de forma que se permite uma esfera de apreciação de sua oportunidade em relação ao interesse público (nesse sentido: ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. p. 189). Discricionariedade não é poder administrativo, é modo de exercício dele. Além disso, discricionariedade é uma questão de grau de vinculação/precisão normativa, pois não há espaço completamente livre de apreciação pelo administrador. Como visto, mesmo no excepcional caso do estado de necessidade, o ato administrativo fará referência a elementos teleológicos ou axiológicos da própria lei para justificar sua inobservância, respeitando-se na sua medida a legalidade - mitigada, porém não afastada. Portanto, não custa destacar que todo ato administrativo tem uma dimensão vinculada que não justifica a abdicação total de fiscalização, especialmente considerando-se a técnica do desvio de finalidade (vide GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo. Malheiros. 2013. p. 47).

465 Contudo, essa parece ser hoje uma distinção despicienda, pois, como ensina Andreas Krell (**Discricionariedade administrativa e proteção ambiental** – controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35), "Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação.".

das quais será possível dar cabo às ponderações ínsitas à aplicabilidade desse instituto a fazer valer aquela máxima de que os fins justificam (certos) meios. Fala-se em ponderações, no plural, porque elas ocorrerão indissociavelmente não apenas no lado da previsão (ao valorar causas e fins), mas também do lado da estatuição, isto é, do conteúdo do poder de necessidade a exercer (meios).

Segundo Sérvulo Correia[466], é a observância dessas duas ponderações e da sua efetiva e necessária fundamentação, que possibilita o controle e a limitação da atividade administrativa em estado de necessidade. Não custa reafirmar que o instituto é absolutamente compatível com todas as formas ordinárias de controle, que não são afastadas durante seu exercício, modificando-se apenas os parâmetros de avaliação.

O autor coloca, ainda, como outros dois parâmetros de controle a transitoriedade da atuação e a indenização pelo sacrifício. Quanto ao primeiro, é saber que o estado de necessidade não pode ser permanente, sua vigência se encerra quando debelada a crise que o ensejou, de maneira que, por sua natureza, não é instituto que serve a lidar com mudanças perenes, as quais demandam atividade legislativa. Em relação ao segundo parâmetro, cabe aqui a observação feita anteriormente de que, tal qual na atividade ordinária da Administração, as pessoas afetadas pela atuação ilegal do Estado, ou por sua atuação legal causadora de prejuízos desproporcionais, tem direito à tutela reparatória dos danos sofridos.

Outrossim, também importa novamente mencionar que o estado de necessidade administrativo é fenômeno que ocorre a nível infraconstitucional, ele opera ressignificando e redimensionando o primado da lei, não a reserva de lei, já que ela é estritamente delimitada pela Constituição, assim como competências em geral definidas em nível fundamental como próprias de outros poderes (*v.g.* reserva de jurisdição). Em outras palavras, pelo estado de necessidade a legalidade flexibiliza o modo de exercício de poderes ou atividades já constitucionalmente atribuídos à Administração.

466 É por isso que Sérvulo Correia (Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 739) coloca o princípio da proporcionalidade como condicionante necessário do estado de necessidade que, pela sua natureza semântica aberta, precisa ser limitado por meio da técnica hermenêutica própria da ponderação. Em suas palavras: "Perante as circunstâncias da necessidade, a metodologia assente no princípio da proporcionalidade estabelece uma ponte obrigatória entre previsão e estatuição, ou seja, entre o juízo sobre a existência do estado de necessidade e a escolha do sentido da decisão excepcional. Em rigor, a decisão de agir com preterição da norma estatuída não pode ser tomada por si só: o balanceamento entre custos e benefícios da preterição da norma estatuída passa necessariamente pelo exame das virtualidades da solução alternativa quanto à salvaguarda do interesse público essencial em risco."

Temas destacados à reserva de lei recebem da Constituição mecanismos de urgência próprios. Para a sua generalidade, esse mecanismo é a medida provisória, analisada no capítulo anterior, forma de exercício atípico de atividade legiferante pelo Poder Executivo. Há matérias especiais para as quais esse instrumento é vedado, constituindo reserva absoluta de lei, quanto a elas há a possibilidade de o Executivo provocar o Legislativo e instaurar regime de urgência de tramitação para determinado projeto de lei.

Em qualquer dos casos, tratando-se de reserva de lei, não há mitigação por meio do estado de necessidade administrativo, sendo imprescindível nos casos de urgência valer-se das técnicas de crise que a própria Constituição prevê para essas matérias. Dessa maneira, as competências excepcionais e procedimentos encurtados adotados em estado de necessidade são todos de previstos pelo ordenamento, a Administração não adquire por meio desse instituto funções que o texto constitucional não lhe tenha atribuído, mas apenas suprime os condicionamentos que a lei determina ao exercício dos poderes que já lhe cabem (disciplinar, regulamentar, de polícia, e demais).

O acautelamento de interesses constitucionais, que implicam na sobrevivência do próprio Estado e nos fundamentos do regime político, é objeto dos estados constitucionais de exceção, que compreendem medidas mais gravosas (como a suspensão de certos direitos fundamentais). Nesse sentido, há de se observar em cada ordenamento constitucional que há medidas reservadas apenas a esses estados de exceção, das quais não pode a Administração se valer no estado de necessidade. Um bom exemplo, na jurisprudência brasileira, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal determinando que não podia um ente federado requisitar bem público de ente diverso, pois essa é medida que a Constituição Federal elencou – reservou – para os estados de defesa e de sítio[467].

Ao pensar de forma ainda mais ampla essa "infraconstitucionalidade", pode-se concluir que o instituto apresenta uma profunda subordinação aos princípios constitucionais, determinantes não apenas da atuação ordinária da Administração, mas também de sua atuação extraordinária. Princípios como a proporcionalidade, a isonomia, a impessoalidade e a boa-fé são diretrizes inafastáveis e obrigatórias da atividade administrativa, assim como o tão salutar dever de motivação dos atos administrativos.

467 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **MS 25.295/DF**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/10/2007. Nesse caso, o tribunal afirmou ser impossível a União requisitar dois hospitais do Município do Rio de Janeiro, pois além de não ser caso de estado de defesa ou de sítio, estaria a ocorrer concretamente uma intervenção federal em município, hipótese vedada pela Constituição.

Dessa maneira, é possível que ocorra na apreciação das medidas de necessidade o fenômeno da "redução do poder discricionário a zero", quando, no conjunto das limitações e após as devidas ponderações do caso concreto, resta apenas uma medida lícita[468]; é dizer, "ainda que, no plano abstrato, haja alguma indeterminação que permita o administrador público, em tese, editar atos administrativos no exercício da competência discricionária, isso não significa que, no caso concreto, subsistirá, necessariamente, margem para escolhas"[469]. Tome-se, por exemplo, a hipótese de expropriação de bens quando, num caso concreto, o fornecedor estivesse disposto a vende-los e a Administração pudesse celebrar em tempo hábil contratação direta; há, por força da proporcionalidade, redução da margem de discricionariedade. Não se confunde tal fenômeno com a questionável "discricionariedade pretendida" (*intendiertes Ermessen*), pois enquanto ela ocorre *a priori* e dispensa fundamentação, a redução a zero é consequência de apreciação do caso concreto mediante fundamentação jurídica idônea[470].

Tenha-se, que o papel do direito público nas situações de urgência terá sempre um caráter de mão dupla de "permitir uma ação rápida, mas sem descuidar do registro do traçado completo de tais atos"[471]. Por isso, apesar da sua natural indeterminabilidade, é possível e necessário determinar abstratamente os arquétipos dos pressupostos do estado de necessidade, seu núcleo de significação normativa, que sirvam de diretrizes à sua aplicação. A lei

468 MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 152

469 SERRANO, Pedro; BONFIM, Anderson; SERRANO, Juliana. Legalidade extraordinária e constituição. *In* Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 186

470 Salutar distinguir o estado de necessidade, e possível ocorrência de sua redução a zero por avaliação do gestor ou do controlador, desse instituto que a doutrina alemã chama de "discricionariedade pretendida" (*"intendierte" Verwaltungsermessen*), engendramento muito criticado e que consiste, conforme Friedrich Schoch (Das >>intendierte Ermessen<<. **JURA-Juristische Ausbildung**, v. 32, n. 5, p. 3258-362, 2010, p. 359) na desnecessidade de ponderação e fundamentação para a tomada de decisões discricionárias quando refletirem uma finalidade indicada pela lei, como se aquela medida dentre tantas permitidas pela discricionariedade fosse a "pretendida" abstratamente pela lei para a maioria dos casos em normalidade; a *contrario sensu*, a ponderação fundamentada seria obrigatória quando se quisesse afastar dessa "medida pretendida" em virtude de excepcionalidades do caso concreto. É uma construção da jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) para esvaziar a discricionariedade de determinadas competências, o que para alguns autores tem caráter autoritário e subverte a legalidade, pois se a lei o quisesse, teria dado a tal medida pretendida expresso caráter vinculado (ecoa essa crítica: MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 145 – 146). De logo se vê que é instituto muito diferente, pois o raciocínio de excepcionalidade feito em relação à situação fática para possibilitar a adoção de uma medida distinta daquela "pretendida" não se faz com base na ideia de urgência, mas sim conforme uma distinção dentre situações de normalidade administrativa, daquelas que se afastariam do "caso pretendido vinculado" e cairia no âmbito dos "demais casos" aos quais se aplicaria a competência discricionária expressamente prevista em lei. Não funciona, portanto, como uma cláusula geral de urgência, e sim como subterfúgio judicial de controle do mérito administrativo.

471 TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 62

portuguesa não diz quais são esses pressupostos, e a doutrina especializada diverge muito quanto à sua enumeração. A indicação que farei aqui é baseada naquilo que entendi nuclear na doutrina e que propicia uma delineação geral da configuração desse instituto.

O primeiro pressuposto é o seu elemento finalístico. Como tantas vezes repetido aqui, o estado de necessidade pressupõe um sopesamento entre interesse público e legalidade, então, o primeiro pressuposto de sua configuração é a identificação desse interesse que se procura promover. Aliás, não custa recordar que não se passa de forma diferente com a atuação ordinária da Administração[472], pois todo ato administrativo, normal ou excepcional, tem como finalidade o interesse coletivo (elemento plenamente vinculado), isto é, "ao configurar a competência, a norma, de maneira explícita ou implícita, atribui a esta uma finalidade específica (...), que, de plano, será sempre uma finalidade pública (...)"[473] cuja identificação nem sempre é tarefa fácil, mas deve refletir concretamente os valores albergados pela constituição e pelas leis (artigo 266 da Constituição Portuguesa de 1976[474]).

É exatamente esse fim que poderá determinar a extensão das medidas autorizadas pelo estado de necessidade, é ele que serve de parâmetro tanto para verificar se a situação efetivamente o põe em perigo – sua gravidade -, quanto para determinar se os meios elencados de superação são realmente necessários. Portanto, elenco a identificação do fim público perseguido como o primeiro pressuposto do estado de necessidade administrativo, porque é apenas por meio dele que se pode identificar os demais pressupostos. Como já disse, a necessidade é um conceito eminentemente teleológico.

472 Vicente Alvarez Garcia (**El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 174 - 175) chega a dizer, inclusive, que os fins são sempre os mesmos seja em situações de normalidade, seja em situações de urgência, o que vai mudar é a extensão dos meios que esses fins autorizam. Em suas palavras, "Os Poderes Públicos, então, estão igualmente obrigados a manter a ordem pública tanto nas situações cotidianas da vida do Estado, como em situações de greves selvagens ou de greves gerais, de desabastecimento, de catástrofes naturais ou de guerra. Se os fins são os mesmos qualquer que seja a situação fática, não ocorre o mesmo com os meios jurídicos utilizados para assegurar sua realização; meios jurídicos, cujo alcance concreto, como se sabe, dependerá da finalidade especificamente perseguida e do contexto fático em que ela se deva assegurar.". Tradução própria do original "Los Poderes Públicos, em efecto, están igualmente obligados a mantener el orden público tanto em las situaciones cotidianas de la vida del Estado, como em situaciones de huelgas salvajes o de huelgas generales, de desabastecimento, de catástrofes naturales o de guerra. Si los fines son siempre los mismos cualquiera que se ala situación fáctica, no ocorre lo mismo com los médios jurídicos utilizados para assegurar su realización; médios jurídicos, cuyo alcance concreto, como se sabe, dependerá de la finalidade especificamente perseguida y del contexto fáctico em el que aquella se deba assegurar."

473 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 555 - 556

474 TÍTULO IX - Administração Pública. Artigo 266.º - Princípios fundamentais - 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. (disponível em < https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> acesso em 26 de novembro de 2020

Assim, é fundamental que essa finalidade (o interesse público em jogo) seja precisamente qualificada e que tenha um peso tal a justificar o afastamento da legalidade ordinária. Dessa maneira, é preciso que se refira a aspectos essencial da vida coletiva, sem os quais a coletividade não consegue viver bem. A sua certeza, e a certeza de sua essencialidade, é que legitimam a suspensão das regras que foram estatuídas democraticamente em prol de uma ação *propriu motu* do Poder Público, pois "a atuação à margem do direito estabelecido só poderá ver-se 'compensada' se estiver presente uma exigência de salvaguarda ou de proteção de um interesse (...) de maior relevância jurídica do que o interesse no cumprimento da lei"[475]. Apesar de algumas tentativas de tipificação desse interesse (identificado com a manutenção da ordem pública ou a continuidade dos serviços públicos, por exemplo)[476], parece-me ser próprio da abertura semântica do instituto uma relativa indeterminabilidade, sendo fundamental, apenas, a comprovação da essencialidade do bem jurídico a se proteger[477].

O segundo pressuposto é a ocorrência de um perigo grave, atual e iminente a esse interesse público que se procura proteger. Perigo é "um estado de fato que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo"[478], ou seja, é uma probabilidade objetiva, estatística. A sua gravidade decorre da própria essencialidade do interesse público sobre o qual incide e sua atualidade (*necessitas cogens*) reflete objetiva concretude, não se justificando meros perigos abstratos[479]. A sua iminência, por sua vez, traduz o fundamental elemento da urgência, da premência temporal aliada a uma necessidade de ação, é a probabilidade de falha ou ineficiência caso se espere demasiadamente, pois "a urgência da acção administrativa é não só um pressuposto do estado de necessidade como é susceptível de conformar cada medida tomada concretamente nesse quadro"[480].

O terceiro pressuposto é a excepcionalidade da situação fática. Isso quer dizer que o estado de necessidade é sempre reação a uma anormalidade no funcionamento da sociedade, e especialmente naquilo que concerne à ordinária execução da atividade administrativa. Essa é uma anormalidade que se verifica em contraste com as normas do direito público,

475 GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de direito administrativo** – vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019. p.394
476 GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 174 e ss.
477 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012. p.736
478 HUNGRIA, Nelson. Título II. *In* Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 16
479 HUNGRIA, Nelson. Arts. 19 a 21. *In* Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 273
480 FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999. p. 515

caracterizando verdadeiro rompimento da normalidade administrativa naquilo que "toca o essencial da vida em sociedade", como uma falha prolongada na coleta de lixo ou no fornecimento de energia elétrica, uma greve de servidores da área de segurança pública, etc[481].

O quarto e último pressuposto é a reclamação, para a salvaguarda do interesse, de uma atuação administrativa com preterição das regras estabelecidas. Trata-se da observação de pelo menos dois dos juízos do princípio da proporcionalidade, a adequação e a necessidade, isto é, saber que realmente não há uma previsão normativa ordinária suficiente para lidar de forma efetiva com aquele perigo. A incidência do estado de necessidade ocorre quando estritamente indispensável diante da inadequação das competências e procedimentos ordinários.

Sérvulo Correia fala ainda em um pressuposto que seria o princípio da boa-fé[482]. É claro que toda atividade administrativa deve ser regida pela boa-fé, pois a relação entre Administração e administrado faz supor uma estabilidade de expectativas - proteção da confiança (*Vertrauensschutz*)[483] - a ser observada e, inclusive, controlada administrativa e judicialmente. Isso há de ser certamente observado quando a Administração atua em estado de necessidade, quando escolhe e executa as medidas para a solução da situação de perigo, evitando-se danos desproporcionais a indivíduos, justificando suas ações, sendo transparente, permitindo algum nível de controle social, etc. todas essas dimensões que serão ponderadas na efetiva execução dos atos.

Contudo, isso não quer dizer, como defende o referido autor, que o Poder Público está impedido de valer-se do estado de necessidade caso tenha ele mesmo provocado o perigo. É verdade que admitir esse uso pode dar azo a abusos e a criação artificiosa de perigos

481 FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999. p. 485

482 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 737

483 A proteção à confiança é a dimensão subjetiva da segurança jurídica, mandado de otimização para situações ordinárias ou extraordinárias que impõe ao Estado um dever de coerência dos próprios atos, exigindo-se da Administração autocontenção ao alterar o sentido estável de sua conduta e modificar atos que afetem a esfera jurídica de outros sujeitos, mesmo quando tais atos estejam eivados de algum vício. Para que valha tal proteção, atribui-se consequências patrimoniais a essas alterações, a fim de garantir as legítimas expectativas de estabilidade das situações que tem os administrados em contrapartida à presunção de legitimidade que gozam os atos do poder público. São consequências mais importantes dessa tutela da confiança, na lição de Almiro do Coute e Silva (O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 237, jul./set. 2004, p. 276 - 278), as seguintes: a) a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos invalidados por serem ilegais ou inconstitucionais; b) a responsabilidade do Estado por promessas feitas por seus agentes; c) a responsabilidade pré-negocial do estado; d) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico.

premeditados para habilitar uma maior concentração de poderes. Mas, a despeito de quem causou ou não o perigo, não parece razoável deixá-lo se agravar e provocar ainda mais danos ao interesse público. A questão de quem causou a situação urgente deve ser resolvida no âmbito da responsabilidade disciplinar, civil e penal, não justificando a maior penalização da coletividade pela conduta ilícita de um agente público.

Por fim, sobre o instituto, cabe dizer que em sua conformação ideal exige do Poder Público uma decretação oficial reconhecendo a configuração dos pressupostos do estado de necessidade. Isso serve para integrar a motivação dos atos que serão a partir dali realizados sob a égide de uma legalidade extraordinária, parametrizando a atividade controladora e dando maior clareza e transparência para a atividade administrativa. Contudo, apesar de aconselhável, esse não é um requisito formal indispensável, até porque, tendo ou não ocorrido, a configuração dos pressupostos deve ser verificada concretamente e individualmente para cada ato praticado.

É isso que foi sustentado por Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia em parecer de 1998[484] sobre atuação emergencial da Câmara Municipal de Ourique diante de graves intempéries que assolaram o Alentejo em 1997. No caso, várias moradias foram destruídas pelas forças da natureza e várias vidas ceifadas, além de relevantes prejuízos às estruturas coletivas e equipamentos de trabalho da população. Nessa situação, a referida Câmara Municipal, atuando extraordinariamente, decide entregar numerário a munícipes carentes valendo-se de verbas afetadas a outras rubricas orçamentárias – desconsiderando, portanto, as dotações da lei orçamentária – além de adjudicar serviços e realizar obras urgentes sem o cumprimento dos procedimentos legalmente estabelecidos.

No referido opinativo, os autores sustentam que, apesar de não ter havido ato formal declarando o estado de necessidade, verificou-se concretamente a excepcionalidade dos violentos temporais inconciliáveis com o exercício ordinário dos poderes administrativos, a urgência decorrente da violência da natureza progressivamente lesando a dignidade e a saúde dos munícipes, além da natureza imperiosa dos interesses públicos a defender, mais propriamente a eficácia geral dos direitos constitucionalmente consagrados à saúde, ao trabalho e à dignidade. Desse modo, concluem os autores pela legitimidade dos atos da Câmara Municipal, a qual concretamente agiu em estado de necessidade, havendo proporcionalidade das medidas adotadas.

484 FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999.

5.3 A TEORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS

Tal qual em relação aos estados constitucionais de exceção, a França tem um modelo próprio de atuação administrativa emergencial conhecido como "teoria das circunstâncias excepcionais".

Tradicionalmente, a doutrina francesa ao tratar do princípio da legalidade enumera duas grandes exceções à sua observância: os atos de governo (*les actes de gouvernement*) e a teoria das circunstâncias excepcionais (*la théorie des circonstances exceptionnelles*). A primeira exceção não interessa a esse trabalho, pois se trata de uma manifestação ordinária do Poder Público, que independe da ideia de urgência para sua configuração. O ato de governo é aquele cuja competência constitucional cabe diretamente ao agente público com autonomia (ato autônomo), sem intermediação legal, com conteúdo eminentemente político e ficando fora do âmbito de controle jurisdicional. Esse conceito foi desenvolvido pelo Conselho de Estado a partir do *Arrêt Prince Napoléon* de 1875, quando o tribunal decidiu sobre a revogação do título de oficial general de Napoleão. Com esta decisão, o Conselho estatuiu que nem todo ato com objeto político é um ato de governo e está fora do seu controle, estes seriam apenas aqueles que exprimem a relação entre o Poder Executivo e o Legislativo (*v.g.* decreto de promulgação de uma lei) e aqueles referentes à condução das relações exteriores (*v.g.* assinatura de tratados internacionais)[485].

Mas o foco deste tópico é a segunda exceção apresentada: a teoria das circunstâncias excepcionais. Trata-se de fenômeno muito similar ao estado de necessidade português. Contudo, enquanto o instituto luso tem fundamento legal e é desenvolvido majoritariamente pela doutrina, a teoria das circunstâncias excepcionais é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado[486] que busca seu fundamento não na lei, mas na própria realidade fática[487], para admitir a licitude de determinados atos *contra legem* em situações

485 CONSEIL D'ÉTAT. **Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon**. Disponível em < https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon > acesso em 27 de novembro de 2020

486 Não é de se espantar que esse tipo de construção fortemente calcada na prática do administrador tenha vindo do Conselho de Estado Francês, pois, como bem explica Edilson Pereira Nobre Júnior (**As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 82), "(...)no modelo francês, o juiz administrativo, apesar de sua real independência frente ao governo, é integrante da Administração, o que lhe permite conhecê-la por dentro, de modo a averiguar de perto as dificuldades que lhe são inerentes". Sobre o Conselho de Estado e a dualidade de jurisdição, vide comentário no Capítulo 3.

487 Jean Rivero (Los Principios Generales Del Derecho en El Derecho Administrativo Francés Contemporáneo. **Revista de Administración Pública**, n 6, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 295)

emergenciais. Posteriormente, essa construção jurisprudencial foi sendo positivada em diferentes fórmulas - como o estado de guerra, o estado de urgência e os poderes de crise do Presidente (estudados no Capítulo 2) - sem nelas se esgotar, ou seja, permanecendo ainda útil e aplicável no combate à inefetividade da lei diante de problemas concretos e urgentes[488].

A ideia central das circunstâncias excepcionais é a de que a lei pode muitas vezes paralisar o poder de ação do administrador ou diminuir grandemente sua eficácia, sendo legítimo nessas situações que se contorne a legalidade estrita. A primeira grande decisão em que o Conselho de Estado reconheceu as circunstâncias excepcionais foi o *Arrêt Heyriès* de 1918.

O caso trata de um decreto de 1914 em que o governo autorizava a aplicação de sanções disciplinares sem prévia comunicação de processo administrativo ao servidor (regras formais); o senhor Heyriès havia sido demitido sem comunicação prévia com base nesse ato normativo. O Conselho de Estado deu razão à Administração alegando que, em tempos de

em interessante análise sobre os princípios do direito administrativo, distingue quatro categorias de princípios segundo sua origem: há aqueles que decorrem da Declaração de Direitos do Homem de 1789, aqueles que o Conselho de Estado retirou do direito privado, aqueles de origem puramente moral, e por fim, aqueles que o Conselho de Estado retira da análise da realidade. Neste último grupo, o autor insere a teoria das circunstâncias excepcionais; em suas palavras: "Há, por fim, um último grupo de princípios que o Conselho de Estado extrai da análise das realidades, da <<natureza das coisas>>, lógica das instituições segundo a qual tal fim exige tal meio; (...) é próprio da natureza da ação governamental do poder, se o interesse público o exige, liberar-se da letra da lei quando esta paralisaria perigosamente iniciativas necessárias, de onde se deriva a teoria das <<circunstâncias excepcionais>> que reconhecem em tempos de crise a legalidade das decisões necessárias mesmo quando tenham sido tomadas *prater legem* e inclusive *contra legem*.". Tradução própria do original "Hay, en fin, un ultimo grupo de princípios que el Consejo de Estado extrae del análisis de las realidades, de la <<naturaliza de las cosas>>, lógica de las instituciones según la cual tal fin exige tal médio; (...) es próprio de la naturaliza de la acción gubernamental del poder, si el interés público lo exige, liberarse de la letra de la ley cuando ésta paralisaria peligrosamente iniciativas necessárias, de donde se deriva la teoria de las <<circunstancias excepcionales>> que reconocen em tempo de crisis la legalidade de las decisiones necessárias aun cuando hayan sido tomadas éstas *praeter legem* o incluso *contra legem*."

488 ROUSSET, Michel; ROUSSET, Olivier. **Droit administratiff I** – l'action administrative. 12ª ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p. 70

guerra como aqueles, a teoria das circunstâncias excepcionais libertaria o Poder Público do respeito aos princípios substantivos[489] caso se esteja promovendo o interesse geral[490].

A teoria foi novamente aplicada durante a guerra no *Arrêt Dames Dol et Laurent* de 1919, caso em que discutia um decreto de Toulon que proibia a entrada de prostitutas em estabelecimentos que vendiam bebidas alcoólicas, autorizando medidas de polícia das autoridades, como interdição do estabelecimento e prisão das moças (regras substantivas). O Conselho entendeu que a medida seria legítima, pois o poder de polícia em tempos de guerra não poderia ser o mesmo dos tempos de paz, exigindo mais rigor na preservação da segurança e da ordem, e que o controlador desses atos (juiz administrativo) deveria "levar em conta, em sua avaliação, as necessidades decorrentes do estado de guerra, de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, a categoria dos indivíduos visados e a natureza dos perigos a serem prevenidos"[491].

Segundo Ricci[492], as condições de aplicação das circunstâncias excepcionais são: 1) o juiz verificar a realidade do caráter excepcional das circunstâncias; 2) examinar se essas circunstâncias minavam uma missão essencial à vida social normal; 3) verificar se a

489 Cabe aqui fazer uma breve observação sobre o panorama constitucional do período. Trata-se da época da chamada Terceira República, vigente a "Constituição" de 1875. Coloco a palavra constituição entre aspas porque, do ponto de vista formal, não havia uma constituição propriamente dita, mas apenas algumas "leis constitucionais" que, em conjunto, podem ser entendidas como uma "Constituição" da Terceira República em sentido material. Foram três as leis elaboradas em 1875 – às quais se somaram novas leis constitucionais nas décadas seguintes -, uma relativa à organização dos Senado, outra relativa à organização dos poderes públicos, e outra sobre os relatórios do governo. Vê-se, então, que aquilo que consubstanciou a ordem constitucional positivada não abrangia a temática dos direitos fundamentais tão cara ao constitucionalismo moderno. A positivação desses direitos se deu paulatinamente a nível infraconstitucional por meio de leis esparsas, como explica Manoel Messias Peixinho (Os direitos fundamentais nas constituições francesas. In: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2012, Niteroi - RJ. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 10 - 11) ao dizer que "a despeito de inexistir uma Constituição formal, a 3ª República foi incontestavelmente a República das liberdades e consagrou uma série de grandes leis republicanas que posteriormente permitiram evidenciar certos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Podem ser citadas, apenas à guisa de exemplos: a lei de 30 de junho de 1881, que dispôs sobre o direito de reunião; a lei de 29 de julho de 1881, que dispunha sobre a imprensa em que é adotado um estatuto liberal; a lei de 21 de março de 1884, que consagrou a liberdade sindical; a lei de Waldeck-Rousseau de 1º de julho de 1901, que concretizou a liberdade de associação". Portanto, é importante salientar que o contexto das primeiras decisões que cunharam a Teoria das Circunstâncias Excepcionais é de uma ordem constitucional meramente organizatória, sem referência aos direitos fundamentais, os quais ganhavam estatura jurídica no âmbito exclusivo da legalidade (princípios substantivos). Isso só mudou com a vigência da Constituição de 1946, fundante da Quarta República, que menciona em seu preâmbulo os referidos direitos, agora expressamente constitucionais.

490 CONSEIL D'ÉTAT. **Conseil d'Etat, du 28 juin 1918, 63412**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637204/ > acesso em 27 de novembro de 2020

491 CONSEIL D'ÉTAT. **Conseil d'Etat, du 28 février 1919, 61593**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637155/ > acesso em 27 de novembro de 2020. Tradução própria do original: "tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir"

492 RICCI, Jean-Claude. **Droit administratif**. 4ª ed. Paris: Hachette, 2004. p. 21

Administração poderia lidar com o problema recorrendo aos meios habituais; 4) por fim, garantir a proporcionalidade entre as medidas tomadas, o objetivo a ser alcançado e a gravidade das disfunções encontradas.

Vê-se que há uma tentativa de parametrização objetiva da atividade controladora a partir de critérios de análise, como a verificação da urgência e a garantia de proporcionalidade, isso numa verdadeira reverência à autocontenção do controlador, no sentido de, presentes as condições, não ingerir-se à atividade administrativa – ciosa de sua missão institucional - nem mesmo para opor-lhe vício de legalidade.

O fundamental a se ter em conta é que as circunstâncias excepcionais – tal qual o estado de necessidade - não são a derrogação do Estado de direito, mas simplesmente a admissão de um *standard* excepcional de juridicidade que o juiz constrói a partir do caso concreto para julgar os atos praticados pela administração. O papel dele deve ser ativo, não se limita às motivações do ato, devendo analisar todas as evidências que informem da gravidade da situação em contraposição à regra legal, se realmente era impossível respeitá-la e se as medidas tomadas eram realmente necessárias.

Para além dos tempos de guerra, a jurisprudência do Conselho de Estado aplicou a teoria a situações de greve, ameaça de erupção vulcânica, e outras que pudessem atentar contra a ordem pública ou causar calamidade. Tais situações não precisam ser atuais, basta que segundo as circunstâncias existisse uma plausibilidade de que aconteceriam; tal qual no estado de necessidade, tutela-se aqui não apenas o dano, mas especialmente o perigo de dano ao interesse público.

A lógica, portanto, é muito similar entre os dois institutos, derrogam a legalidade ordinária – tanto regras de procedimento quanto regras substantivas - para fazer prevalecer as medidas administrativas mais eficazes à proteção do interesse coletivo e amenizar a responsabilidade dos seus agentes. Contudo, enquanto no modelo português a ênfase é dada ao administrador, que declara a necessidade ao agir, sem que isso implique – claro – o afastamento de qualquer controle, no modelo francês há uma ênfase no poder do controlador, do juiz administrativo, que será o responsável por moldar essa legalidade extraordinária *a posteriori* e determinar o grau de responsabilização dos envolvidos, como se vê nas razões do caso *Dames Dol et Laurent.*[493]

493 ROUSSET, Michel; ROUSSET, Olivier. **Droit administratiff I** – l'action administrative. 12ª ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p. 71 – 73. Escrevem os autores: "Parece, portanto, que os poderes excepcionais da autoridade administrativa são, na realidade, poderes estreitamente ligados ao controle de fato do juiz.". Tradução própria do original "Il apparaît ainsi que les pouvoirs exceptionnels de l'autorité administrative

5.4 CONTROLE E CLÁUSULA GERAL DE URGÊNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No ordenamento brasileiro, não temos uma previsão expressa de instituto que funcione como uma cláusula geral da urgência ou da excepcionalidade administrativa, contudo, há alguns instrumentos parcelares que expressam a mesma lógica (embora alguns a nível constitucional) apesar de terem objeto mais restrito. Esses mecanismos se espalham pelos cada vez mais específicos setores do direito administrativo. Por sua especificidade, tratarei no capítulo subsequente sobre o Direito Ordenador, os agentes públicos, as contratações públicas e os processos administrativos; neste tópico, por sua maior generalidade, restringir-me-ei a abordar alguns aspectos das normas gerais de controle.

Uma solução que parte da doutrina engendrou de forma mais ampla para quaisquer atos de polícia em situações de urgência foi a de atribuir uma dimensão de atipicidade à autoexecutoriedade desses atos. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[494], que alude a uma autorização de executoriedade implícita do ordenamento jurídico, em virtude da tarefa precípua da Administração de proteger determinados bens jurídicos, nos casos em que a medida seja urgente e não haja via jurídica de mesma eficácia para se atingir o fim tutelado pelo direito.

Essa concepção da execução de ofício é baseada no direito administrativo francês (*privilège d'exécution d'office*) e segue uma lógica de subsidiariedade similar à do estado de necessidade, mas com âmbito restrito à atividade ordenadora. Segundo a jurisprudência francesa[495], a autoexecutoriedade é uma medida subsidiária disponível à Administração na

sont en réalité des pouvoirs étroitement liés du fait du contrôle du juge."

494 Segundo autor (**Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.434 e 871) há três diferentes hipóteses que autorizam a autoexecutoriedade: "a) quando a lei expressamente autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia."

495 Vide TRIBUNAL DES CONFLITS. **Du 2 décembre 1902, 00543, publié au recueil Lebon**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007607585/ >, acesso em 07 de janeiro de 2021. Nesse caso de 1902, discutiu-se o seguinte: o prefeito de Rhône havia mandado desocupar um imóvel pertencente à imobiliária Saint Just que funcionava irregularmente como convento. A proprietária contestou esse ato, levantando um conflito de competência concernente a saber se a ação da prefeitura havia sido uma medida de polícia administrativa – de competência da justiça administrativa – ou um esbulho – de competência do Poder Judiciário. Para solucionar a questão, o tribunal admitiu que o Poder Público pode recorrer – por medida de direito administrativo – a medidas de execução forçada, o que chamou de privilégio de execução de ofício (*privilège d'exécution d'office*), quando não existe outra sanção legal, a decisão que se quer executar se baseia em texto de lei, houve resistência de obediência à decisão e, por fim, a medida adotada é a estritamente necessária para se garantir o cumprimento da decisão.

aplicação de sanções de polícia, que primeiro é obrigada a recorrer à via normal das sanções a fim de oferecer todas as garantias ao administrado. Contudo, o Poder Público não pode ficar "impotente" na execução de sua atividade quando lhe faltam meios para obter respeito às suas decisões e a urgência exige uma medida executiva imediata[496]. Na sua formatação pela doutrina francesa, aproxima-se bastante da noção de poder cautelar administrativo – que será visto adiante -, pois há em sua argumentação uma ideia de acessoriedade a uma decisão administrativa anterior, a despeito de ter havido qualquer procedimento administrativo para a prolação de tal decisão; nesse sentido, apresenta uma abrangência menor que a do estado de necessidade e uma *rationale* própria.

Há de se pontuar, como ensina Georghio Tomelin[497], que os atos administrativos só podem ser executórios, mesmo quando a executoriedade for atribuída expressamente pela lei, quando estivermos diante de situação excepcional, quando houver risco à saúde e à ordem pública. É de se concluir, portanto, que tanto a lei não pode pretender que as hipóteses de executoriedade sejam *numerus clausus*, como também não pode atribui-la genericamente independentemente de qualquer situação de fato conducente a risco, emergência ou calamidade.

O raciocínio subjacente à doutrina da autoexecutoriedade recorre à já mencionada ideia sagrada no brocardo *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*, e funda-se numa perspectiva finalística da administração, focada no exercício da função administrativa (a qual se propõe, prioritariamente, a ser instrumento de justiça distributiva[498]) como promotora do interesse coletivo e concretizadora de direitos fundamentais, que não poderia ser obstaculizada por uma ferrenha concepção literal e estrita de legalidade (*summum jus summa injuria*).

Ocorre que, como já mencionado, seria de se esperar para um instituto, como o estado de necessidade, que instaura uma legalidade excepcional, algum grau de densificação normativa. Idealmente, num sistema de *civil law* como o nosso, isso deveria ser alcançado por meio de previsão legal expressa num verdadeiro código de processo administrativo,

496 ROUSSET, Michel; ROUSSET, Olivier. **Droit administratiff I** – l'action administrative. 12ª ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2004. p. 98

497 TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 59

498 TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 60

atualmente inexistente. Nem mesmo a limitada Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99) prevê qualquer cláusula nesse sentido[499].

Contudo, recentemente testemunhamos a promulgação da Lei 13.665/2018 que acrescentou novos artigos à LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42). Esses novos dispositivos têm por escopo a regulação geral da aplicação, interpretação e controle das normas sobre direito público.

Foi assim que surgiu em nosso ordenamento a prescrição do novel art. 22 do mencionado diploma a estabelecer que os obstáculos e as dificuldades concretas do administrador, assim como as exigências fáticas das políticas públicas, devem ser levados em conta na interpretação das normas sobre gestão pública. Essa é uma norma voltada para o controlador com vistas ao balizamento de sua atividade e da responsabilização do agente público. Há, pela regra, uma imposição de fundamentação ao controlador, a fim de que se incorpore na atividade de controle o conhecimento da realidade administrativa[500].

Numa primeira observação, talvez não se cogite no mencionado dispositivo qualquer conteúdo relativo a uma previsão de estado de necessidade administrativa, até pelo direcionamento de sua prescrição aos órgãos de controle. Mas essa é uma conclusão que me parece equivocada se pararmos para refletir que pensar um direito de urgência é, pragmaticamente, uma questão de controle, pois o que possibilita um agir emergencial é a existência de uma estrutura de controle sensível às vicissitudes práticas da atividade administrativa.

Floriano de Azevedo Marques Neto[501] ensina que o controle envolve a natureza mesma do Estado de Direito, na medida em que, ao se estabelecer regras e limites ao exercício do poder, foi preciso criar um sistema que pudesse controlar a aplicação e a efetivação dessas regras. Nesse sentido, o direito cria âmbitos de controle que extrapolam o judiciário, com mecanismos de controle legislativo, de autotutela, de controle social, e de manifestações extroversas. Pois, conforme o autor, há uma tríplice dimensão do controle: o controle do poder, voltado à garantia de direitos individuais; o controle dos meios, orientado

499 O dispositivo mais próximo disso, que disciplina um instituto parcelar de normatização da urgência no direito administrativo, é o seu art. 45, objeto de comentários no Capítulo 6 desta dissertação.

500 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 85 - 84

501 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010, p. 5 - 6

pela otimização da gestão; e o controle dos objetivos, voltado à satisfação das demandas sociais.

No Brasil se desenvolveu um sistema de controle muito complexo "formado por uma rede de diversos órgãos públicos especializados e descentralizados que atuam com pouca harmonia, ampliando os custos do exercício da fiscalização pelos controladores, assim como os custos dos próprios controlados"[502]. A legislação complexa e minuciosa somada a uma proliferação de interpretações (comumente muito rígidas) dadas pelos órgãos de controle gera uma insegurança jurídica profunda entre agentes públicos e particulares.

Tudo que é feito na Administração e com a Administração é minuciosamente regrado e vigiado, razão pela qual Carlos Ari Sundfeld diz que "eis algo interessante também para entender a cabeça de um advogado administrativista: muito mais do que os juristas de outras áreas, ele vive assombrado com os controladores"[503].

Não se olvide, ainda, que a midiatização e o sentimento de insatisfação da sociedade com os agentes governamentais parecem ter criado um certo efeito *rent-seeking* por parte dos controladores, numa busca de capital simbólico[504] junto à sociedade mediante a deflagração de grandes operações e a efetivação de punições[505]. Assim, retroalimenta-se a complexificação do sistema, pois a midiatização incentiva o incremento da burocracia controladora, o qual, por sua vez, possibilita o enquadramento de mais e mais situações em hipóteses irregulares. A estrutura controladora que aqui existe habilita esse tipo de atuação que em muito se descola do interesse público, verdadeiro norte da administração.

Já no início do século passado Amaro Cavalcanti, em obra seminal sobre responsabilidade, alertava para a questão fundamental da sensibilidade em se distinguir, para efeitos de responsabilização, medidas ordinárias de medidas extraordinárias segundo suas circunstâncias, de forma que "as medidas de policia, relativas á manutenção da ordem publica, se distinguem em providencias normaes, ordenadas em situação inteiramente pacifica, e em medidas anormaes, tomadas por occasião de com-moções intestinas ou em estado de sitio (politico) (...)"[506] (grafia original da época). De nada adiantam, portanto,

502 CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 09, n. 01, p.196

503 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43

504 BOURDIEU, Pierre**. Él sentido práctico**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007. p. 190

505 Vide WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção** – como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

506 CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Do Instituto dos Advogados Brazileiros, 1905. p. 565.

cláusulas de urgência nos mais diversos ramos do direito público se não existir uma concepção institucional diferente da responsabilidade sobre os atos excepcionais, e isso é essencialmente um problema da administração controladora.

É certo que uma estrutura disfuncional de controle inibe a atuação de urgência. Esse é um problema que hoje se verifica para além dos atos emergenciais e prejudica a funcionalidade ordinária da Administração. Nesse sentido, fala-se em um "apagão das canetas" ou em um "Direito Administrativo do medo", desvelando uma verdadeira crise da ineficiência pelo controle, pois "acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger"[507]. São expressões que se referem à paralisia da atividade administrativa motivada pelo medo do controle, identificando um contexto no qual os gestores evitam a prolação de decisões que não se amoldam à literalidade da lei, eludindo-se de soluções heterodoxas ou inovadoras, colocando o interesse público em segundo plano. Trata-se de uma verdadeira externalidade negativa do arranjo institucional das competências controladoras a desincentivar a eficiência e a criatividade[508].

Isso não significa em absoluto o desmerecimento dos órgãos controladores, mas sim que é preciso pensar as suas competências a partir da efetividade do seu papel[509]. O papel da atividade de controle não é, como se pode pensar, o de apenas penalizar gestores irresponsáveis e incutir o respeito ao sistema legal por meio de uma lógica funcionalista-sistêmica de prevenção geral positiva e amedrontamento (discutível até no âmbito do Direito Penal[510]), como se existisse em função de si mesma; o controle não pode ser obstáculo à gestão.

507 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, a. 2016, n. 71. Disponível em < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle >, acesso em 29 de março de 2021.

508 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, v. 15, n. 180, dez. 2020, p. 4 - 5

509 Faço minhas as palavras do professor Edilson Nobre (**As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 249) quando escreve que "não se quer desmerecer a competência dos órgãos controladores, até porque tal é totalmente contrário ao ideal do bom governo que visou estabelecer o Estado de Direito, sendo exemplo o enunciado no art. 15 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Entretanto, um superdimensionamento da atividade controladora em detrimento da administração ativa parece não ser a melhor opção. Prova disso é que, não obstante jamais visto reforço da atividade controladora desde um complexo normativo editado a partir de 1988, viu-se um alastramento sem precedentes das práticas corruptas e, por outro lado, a inibição do atuar do agente público comprometido com o bem comum".

510 Vide TUTIKAN, Cristiano. Prevensão geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, a. 45, n. 177, Brasília, jan./mar. 2008.

Na verdade, o controle, mesmo pensado na ótica da preservação do sistema jurídico, presta-se à promoção da segurança jurídica[511] (arts. 24 e 30 da LINDB), seu valor subjacente, o que também significa ser sensível às peculiaridades da atividade administrativa e dos interesses públicos concretos, dando ao gestor o respaldo de que pode deixar de observar certas prescrições legais diante da periclitação de bens jurídicos essenciais que devem ser protegidos acima de qualquer formalidade.

Assim, entendo que se deve olhar para as novas normas de controle da LINDB como positivação indireta de uma cláusula geral de urgência a partir da perspectiva do controlador e não do gestor. Isso ganha ainda mais sentido quando se observa a lição do direito francês e sua teoria das circunstâncias excepcionais, a qual se construiu com específico enfoque no juiz administrativo e no momento posterior de controle dos atos.

A famosa construção do Conselho de Estado, como já explicado, é verdadeiro reconhecimento de uma lógica intrínseca do ordenamento jurídico de que incumbe à Administração a defesa do interesse público, constatando que a realidade pode impor circunstâncias tais que ensejem a admissão de uma legalidade alternativa a justificar as medidas proporcionais e necessárias ao enfrentamento de um perigo. Acaba tendo efeito similar ao estado de necessidade, apesar de ser uma teoria pensada como diretriz aos órgãos de controle, pela simples razão de obrigá-los a considerar as dificuldades concretas que enfrenta o administrador de boa-fé; em outras palavras, é reconhecer que "a adaptação do princípio da legalidade <<(...) a cada tipo de atividade estatal é tarefa pretoriana que o legislador não poderia cumprir>>. É provavelmente por isso que o juiz ocupa um papel central"[512].

Não se olvide que nosso ordenamento e nossa prática jurisprudencial, apesar de forte aderência teórica ao princípio da legalidade, não são estranhos à sua flexibilização diante

511 Nesse sentido, caminhou bem a Lei n° 14.065/2020 ao acrescentar o parágrafo único do art. 4º-K na Lei n° 13.979/2020 (de medidas emergenciais no contexto da pandemia de COVID-19), prescrevendo que o papel dos tribunais de contas quanto às contratações diretas emergenciais deve ser no sentido de aumentar a segurança jurídica, inclusive por meio de respostas a consultas. Isso porque, como afirmam Carmen Boaventura e Marcus Alcântara (A lei n° 14.065/2020 e o novo cenário das contratações públicas. **O Licitante**, 2020. Disponível em < https://www.olicitante.com.br/lei-14065-20-novo-cenario-contratacoes-publicas/ >, acesso em 29 de março de 2021), "Nesse período de pandemia da COVID-19, é de extrema relevância a atuação efetiva do Controle, principalmente porque é um momento de grande oscilação de preços de produtos e os agentes públicos se sentem inseguros ao firmar contratações, com preços em alta flutuação, diferentes do patamar da normalidade, com medo de serem responsabilizados no futuro.".

512 LAURENT, Elyssa. L'equilibre des interets lors de la disparition de l'acte illegal createur de droits. [Tese de doutorado]. **Universté des Antilles**, Schœlcher, 2015. p. 214. Tradução própria do original "L'aménagement du principe de légalité « (…) à chaque type d'activités étatiques est une œuvre prétorienne que le législateur ne serait pas capable d'accomplir ». C'est probablement pour cette raison que le juge occupe un rôle central."

de peculiaridades fáticas mesmo não envolvendo urgências. Esse é, por exemplo, o caso do delineamento judicial da chamada teoria do fato consumado pelos tribunais de superposição aplicada a "situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da Administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo"[513].

Exemplificativamente, destaco o precedente do STJ do julgamento do REsp 1.223.220[514], caso de candidato reprovado em teste físico de concurso para delegado da Polícia Federal, mas aprovado no certame por força de liminar e em exercício do cargo por mais de uma década. Em seu voto seguido por unanimidade pela primeira turma do tribunal, o relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho entendeu que as peculiaridades fáticas afastariam o entendimento dominante do tribunal no sentido de enfatizar a precariedade da medida judicial, devendo-se reconhecer o maior peso da segurança jurídica em detrimento da legalidade.

Vê-se, portanto, que, muito antes do art. 22 da LINDB surgir em nosso ordenamento, a jurisprudência dos tribunais superiores modelava instituto que reconhece as peculiaridades de circunstâncias que concretamente podem ensejar a não observância da estrita legalidade perante interesses jurídicos prevalecentes na situação. Assim é a ideia por trás da teoria do fato consumado, mas o mesmo raciocínio também serve para confirmar uma noção geral de estado de necessidade administrativo. Na verdade, trata-se da mesma lógica, mas em sentido inverso, em ambos há a flexibilização da legalidade pelo tempo, naquele por excesso de tempo, neste por sua exiguidade.

Nessa esteira, o sentido de um estado de necessidade administrativo é o de, formatando-se como cláusula geral de derrotabilidade/urgência administrativa, sistematizar essa possibilidade de sopesamento da literalidade legal para momentos de grave urgência a partir do reconhecimento de seus pressupostos nas circunstâncias do caso concreto. Sem falar que, ao mesmo tempo, o concretismo como paradigma do controle se coloca como condição necessária à efetividade de qualquer cláusula de urgência, pois se afasta dos formalismos em que se baseia um sistema de controle autocentrado, isto é, preocupado apenas com a responsabilização e que incentiva a inação administrativa[515].

513 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. **AgRg no RMS 34189/GO**. Relator Min. Castro Meira. Julgado em 26/06/2012, DJe 21/08/2012.

514 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. **AgRg no REsp 1223220/RJ**. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 17/04/2012, DJe 09/05/2012

515 Fernando Guimarães (O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, a. 2016, n. 71. Disponível em < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle >, acesso em 29 de março de 2021) usa como exemplo as contratações diretas (técnica de crise parcelar a ser vista no capítulo seguinte) para

A reforma da LINDB tem como *ratio* a promoção de um sistema de controle concretista e consequencialista, consentâneo a um verdadeiro estado regulador, a densificar tecnicamente as políticas públicas por meio da consideração de aspectos exógenos à uma legalidade formalista (*government by policies*)[516]. Isso porque, como ensinam Flávio Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega, a decisão controladora deve se mostrar como "resultado de um 'processo estimativo' realizado pela autoridade competente, que leve em consideração os interesses envolvidos, e a consideração aos efeitos práticos da decisão deve obrigatoriamente constar da motivação do ato"[517].

Corroboram essa perspectiva outros dispositivos da lei, como o seu art. 28, que, ao limitar a responsabilização do administrador aos casos de erro grosseiro e dolo, evidenciam o escopo de "conferir liberdade ao administrador para atuar dentro de parâmetros técnicos"[518]. Mais além, ela busca concretizar uma maior procedimentalização da atividade administrativa em geral, não no sentido de mais burocracia, mas sim no de escancarar-se os motivos fáticos das decisões, suas consequências e sua adequabilidade em face de outras soluções[519].

ilustrar como o formalismo inibe a atividade administrativa ou, de outra maneira, como o concretismo é essencial a um controle eficiente. Em suas palavras: "Em relação à contratação direta, tamanho é o risco jurídico envolvido, que se tornou um verdadeiro campo minado para o gestor. Mesmo quando inequivocamente indicada, é preferível o ônus da licitação para o interesse coletivo do que o ônus pessoal de ser exposto ao risco de enquadramento em condutas de improbidade. Já o sistema das tabelas referenciais de preços é utilizado pelas instâncias de controle como a ferramenta mágica para o diagnóstico da corrupção e da improbidade: preços acima dos limites referenciais caracterizam-se como "sobrepreço", atraindo as consequências do regime da improbidade e do regime penal anticorrupção. Desinteressam os fatores reais do mercado aptos a afetar as cotações. Desinteressa se esses enquadramentos concorrem cada vez mais para a explosão dos custos transacionais na contratação administrativa. O que mais interessa, na ótica do controlador, é possuir um ferramental que lhe permita minimizar a assimetria de informação com o mercado e alcançar um diagnóstico objetivo e confortável em relação aos preços. Mesmo que, de fato, seja um diagnóstico meramente formal."

516 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%AAmicas%20imparciais%20e%20emp%C3%ADricas. >, acesso em 29 de março de 2021.

517 TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalidades na nova Lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, a. 19, n. 72, p. 117-141, Belo Horizonte, jan./mar. 2021, p. 130

518 OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. A segurança jurídica e a qualidade das contratações públicas no contexto do marco legal brasileiro. **Portal Licitação & Contrato**. Disponível em < http://www.licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_17.pdf >, acesso em 29 de março de 2021

519 Floriano de Azevedo e Rafael de Freitas (A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%AAmicas%20imparciais%20e%20emp%C3%ADricas. >, acesso em 29 de março de 2021) explicam que "A prescrição é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequenciais de suas decisões são

Na prática, isso significa substancializar o dever de proporcionalidade (vide capítulo anterior) do Direito Administrativo no plano do controle, isto é, observando-se concretamente o trinômio clássico, ao qual se refere Juarez Freitas[520], da "lei-finalidade-proporcionalidade". Os preceitos normativos pressupõem uma finalidade que deve ser perseguida nas fronteiras da proporcionalidade, e esse elemento finalístico pressuposto (interesse público) e sua efetivação no caso concreto devem ser levados em conta quando da responsabilização do gestor, admitindo-se as hipóteses justificadas de derrogabilidade.

Tais considerações conduzem à necessidade de prevalência de um controle de resultados que supere o excessivo apego formalista, entendendo lícitos os atos que evidenciem os resultados positivos à coletividade (ou menos negativos possíveis) que a legislação procura atingir, a despeito de irregularidades de procedimento ou competência. Segundo Rafael Oliveira[521], esse controle de resultados deve se pautar pelas seguintes diretrizes: a) supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja superior ao risco; b) controle posterior como regra; c) respeito institucional da Administração privilegiando o controle ablativo em detrimento do substitutivo; d) fundamentação qualificada que considere as consequências fáticas e jurídicas; e) maior deferência às escolhas administrativas pautadas em conceitos abertos, exceto em casos de evidente violação à norma subjacente; f) diálogo institucional e eliminação da sobreposição de competências controladoras; g) dever de verificar a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos impugnados; h) responsabilização do gestor apenas em casos de comprovado dolo ou erro grosseiro; i) dever de uniformização das decisões e entendimentos por meio de um sistema de precedentes.

Parece-me, então, na mesma lógica da teoria das circunstâncias excepcionais, que o art. 22 da LINDB veio em confirmação à doutrina que prelecionava a autoexecutoriedade dos atos administrativos em caso de urgência, possibilitando, inclusive, uma maior densificação legal daquilo que podemos entender como o reconhecimento implícito do estado de necessidade ou - mais propriamente - da teoria das circunstâncias excepcionais no direito brasileiro. Resta saber se, na prática do controle administrativo e judicial, essa dimensão do dispositivo passará a valer.

predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no artigo 50 da Lei 9.784/1999. Não se trata de um dever de utilização de uma "retórica das consequências", como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar o seu autocontrole."

520 FREITAS, Juarez. Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do estado. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 66, maio/ago. 2010, p. 69

521 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, v. 15, n. 180, dez. 2020, p. 9

6 TÉCNICAS DE CRISE E MANIFESTAÇÕES PARCELARES DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

> *Nunca é demais repetir que o Direito não é um jogo da mente, um exercício de lógica para os teóricos do gabinete; trata-se, antes de tudo, de encontrar soluções práticas, de conciliar o mais elegantemente possível os interesses opostos; uma solução jurídica só tem valor na medida em que contribui para o reinado da paz social; uma teoria jurídica deve ser avaliada, antes de tudo, com base em suas consequências sociais.*[522]

6.1 INTRODUÇÃO

Há, como se espera, uma ordem lógica na sequência dos capítulos desta dissertação. Começo, no Capítulo 1, por uma apresentação conceitual e teórica da temática da urgência no direito; no Capítulo 2 foi analisada a técnica jurídica de crise mais grave existente no Estado constitucional, os estados constitucionais de exceção, que se põe como fronteira máxima de derrogação das regras de um ordenamento a ser observada por todos os demais institutos; no Capítulo 3 se oferece um panorama do regime jurídico-administrativo com foco naquilo que mais importa às análises realizadas nos capítulos seguintes, transitando-se de um instituto propriamente de direito constitucional para a seara mais específica do direito administrativo; Tendo por base esse contexto, explorou-se no Capítulo 4 o estado de necessidade administrativo (e a teoria das circunstâncias excepcionais) como cláusula geral de derrogabilidade das regras administrativas e contra-princípio da legalidade.

522 JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait. **Revue de Droit Publique et de la Science Politique em France es a L'Etranger**, tome XXXI, nº 1, Janv./Fév./Mars 1914, p. 52. Tradução própria do original: "On ne saurait trop répéter que le Droit n'est pas un jeu de l'espirit, un exercice de logique pour théoriciens de cabinet; il s'agit avant tout de trouver des solutions pratiques, de concilier d'une manière aussi élégante que possible les intérêts opposés; une solution juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle contribue à faire régner la paix sociale; une théorie juridique doit ètre appréciée, avant tout, d'apès ses conséquences sociales."

Na sequência, partindo-se do geral para o específico, proponho-me neste Capítulo 5 a investigar, nos principais temas do Direito Administrativo brasileiro, a previsão de regras ou institutos que consubstanciem técnicas de crise ou cláusulas específicas de derrogabilidade. Quando falo, portanto, em "manifestações parcelares", refiro-me a esses mecanismos peculiares a cada seara do Direito Administrativo que funcionam juridicizando a urgência e excepcionando regras basilares para permitir – no tema específico a que se referem – uma flexibilidade jurídica adequada às urgentes circunstâncias.

Embora no direito brasileiro não haja uma positivação explícita do estado de necessidade, há algumas dessas manifestações parcelares que cumprem em suas respectivas áreas função similar, isto é, possibilitar a adoção de medidas de urgência em derrogação episódica de certas regras por meio de fórmulas juridicamente limitadas tanto a nível legal quanto a nível constitucional, o que se admite por previsão expressa.

Como visto anteriormente, o regime jurídico-administrativo é constituído de prerrogativas e sujeições que ganham feições específicas em cada ramo do Direito Administrativo. Nos casos das referidas manifestações, o que se vê é a flexibilização circunstancial de uma sujeição nuclear à seara específica.

Assim, dispõe-se nos tópicos que seguem a investigação dentro dos seguintes temas do Direito Administrativo: Direito Ordenador, agentes públicos, contratações públicas e processo administrativo.

6.2 DIREITO ORDENADOR

Por Direito Administrativo Ordenador, na definição dada por Sundfeld[523], entende-se aquele concernente à atividade administrativa que, a partir do uso do poder de autoridade que a Constituição e as leis atribuem à Administração, disciplina os comportamentos dos particulares no campo de sua atividade privada (sem vínculos especiais com o Poder Público).

Toda atividade administrativa se presta à promoção do interesse público, mas é na ordenação – no exercício do poder de polícia *lato sensu* – que se observa sua expressão mais explícita, pois toda atividade ordenadora reflete um choque de interesses e a prevalência do da coletividade. Inclui-se, portanto, no campo da atividade estatal de controle social, destinada a

523 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

regular (abstrata ou concretamente) a vida em sociedade com a utilização do poder de coerção[524] e sendo pressuposto "da coexistência universalizadamente próspera e salutar"[525].

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar do direito à propriedade privada, sempre condicionado à realização de sua função social (base valorativa que informará o interesse público), previu, no art. 5º, XXV, a possibilidade de a Administração Pública[526] usar propriedade particular em casos de iminente perigo público, devendo o proprietário ser indenizado – de forma justa e em dinheiro - depois do uso e apenas em caso de dano (vedação ao enriquecimento sem causa). Significa dizer que, para além do uso privado, a Constituição vincula a propriedade a uma função pública, a qual poderá, eventualmente, ensejar sua restrição em prol de necessidades coletivas, que no caso do dispositivo mencionado é a evitação de um perigo iminente.

Esse desdobramento da função social da propriedade (também amparado pelo art. 170, III, da Carta Maior) é a requisição administrativa, um ato unilateral coativo dotado de autoexecutoriedade (independe de intervenção judicial prévia), condicionado por um perigo público iminente, por meio do qual o Poder Público pode valer-se de coisa ou serviço particular[527], temporariamente, em proveito do interesse público. Sua origem está no direito militar, mas hoje é também instituto da vida civil, serviente à vida, saúde e quaisquer bens jurídicos da coletividade, dês que ameaçados por situação de perigo público iminente.

Na sintética conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, a requisição é o ato promotor do interesse público por meio do qual a Administração "(...) constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe

524 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 81

525 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 189

526 A competência administrativa é comum, aberta a qualquer ente federado, a despeito de a competência legislativa ser privativa da União (art. 22, II, da CRFB).

527 Rememore-se menção anterior a decisão do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno. **MS 25.295/DF**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/10/2007) que deu interpretação sistemática ao art. 5º, XXV, da Constituição Federal, para limitar a incidência da requisição a bens e serviços particulares. A tomada de bens e serviços públicos por outro ente da Federação só é autorizada pela constituição por meio de procedimentos específicos e declaração formal de Estado de Defesa ou de Sítio. No caso, o tribunal decidiu que a União não poderia requisitar hospitais do Município do Rio de Janeiro, mesmo diante de iminente perigo público, pois atentaria ao pacto federativo e estaria fora das vias jurídicas autorizadas pela Constituição. Mais recentemente, no panorama da pandemia do coronavírus, o Tribunal reafirmou essa jurisprudência ao referendar cautelar do Min. Roberto Barroso suspendendo ato por meio do qual a União – para compensar sua própria falta de preparo - havia requisitado cinquenta ventiladores pulmonares adquiridos pelo Estado do Mato Grosso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Cível Originária 3.393-MC-Ref/MT**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 24/06/2020).

transitoriamente o uso de uma coisa in natura, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado"[528].

Vê-se, então, que é uma modalidade restritiva de intervenção na propriedade, inconfundível com a desapropriação, pois não há transferência do domínio, mas sim a constituição imperativa, coercitiva e autoexecutável de uma obrigação de dar (para uso) ou fazer, para além da qual não pode ir o Poder Público[529]. Segundo José dos Santos Carvalho Filho[530], são quatro as suas características: 1) é direito pessoal da Administração; 2) seu pressuposto é o perigo público iminente; 3) incide sobre bens imóveis, móveis e serviços; 4) caracteriza-se pela transitoriedade; 5) a indenização, se houver, é ulterior.

O núcleo do seu suporte fático é o conceito de urgência, que justifica a preterição de qualquer processo expropriatório ou contratual para o uso daquele bem ou serviço. Enquanto perdura esta circunstância fática, permanece válida a intervenção pública; cessada a urgência, deve o bem ser devolvido, sua atualidade é pressuposto de validade do ato (motivo).

A indenização é ulterior pela própria lógica da urgência que não permite que se perca tempo com cálculos e discussão de preço, além do que, por consectário lógico, o dano eventual só pode ser aferido *a posteriori*, depois de sua ocorrência. Ressalte-se, ainda, que essa indenização deve ser paga espontaneamente pelo Estado, pois decorre da própria Constituição e da proibição de enriquecimento ilícito; sujeitar o proprietário a requerê-la é violar a moralidade administrativa. Nos casos de discordância quanto ao valor oferecido, é possível recorrer a qualquer meio de solução de controvérsias, como a mediação, a arbitragem ou à jurisdição por meio de ação reparatória[531].

Essa urgência é chamada pela constituição de "perigo público iminente", condicionante inescapável do instituto, não havendo, contudo, uma tipificação ou mesmo um detalhamento do que constituiria tais situações. O silêncio constitucional parece prevenir a imprevisibilidade dos possíveis perigos, o que autoriza uma interpretação ampla do termo no

528 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 934

529 Exceção lógica é quando a requisição se dá sobre bens consumíveis, caso em que o bem perece com o próprio uso e, portanto, ensejará indenização ao proprietário. Mas, mesmo nesse caso, não há propriamente uma desapropriação (que exige indenização prévia) ou um confisco (que pressupõe ato ilícito do particular), e sim uma requisição com dano indenizável ulteriormente.

530 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 856

531 NIEBUHR, Karlin Olbertz. Requisitos de validade das requisições administrativas. *In* Marçal Justen Filho (et al.). **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. [E-Book]

sentido de abranger urgências provocadas tanto por ações humanas, como guerras e revoluções, quanto qualquer catástrofe natural, como inundações e epidemias[532].

Se por um lado a verificação desse pressuposto seja elemento vinculado do ato de requisição, por outro, há evidente espaço para valoração do seu sentido pelo administrador e pelo controlador. O fundamental é que tais situações reflitam "circunstâncias excepcionais, caracterizadoras de um estado de emergência, ou seja, quando todos os procedimentos normais de obtenção de bens para atender às atividades de interesse geral (...) sejam insuficientes para garantir eficiência à atuação do Estado"[533].

A lógica é, portanto, a mesma do estado de necessidade, inclusive em sua indeterminabilidade conceitual, mas com uma limitação de efeitos muito específica e parcelar em relação a esse instituto. Por meio da requisição, é possível que a administração use bens móveis, imóveis e serviços no interesse da coletividade, qualquer outro efeito ou mandamento de que queira valer-se o Poder Público está fora da estatuição constitucional e dependerá de outro fundamento normativo.

Assim como no estado de necessidade, há um obrigatório juízo de ponderação ínsito à aplicação do instituto que serve ao controlador como parâmetro para determinar a licitude da medida. Requisição existe para servir àquelas situações em que "seja de tal urgência a utilização do bem pela autoridade pública que esta não possa aguardar o transcurso normal de um processo de desapropriação"[534] ou de contratação.

Dessa maneira, é patente sua ilicitude – manifesto abuso de direito pelo Estado – quando seja possível valer-se sem maiores prejuízos não apenas dos trâmites ordinários, mas também de outras ferramentas de urgência menos violentas, como a dispensa de licitação para contratação direta. Esse é um aspecto do juízo de ponderação (necessidade) que implica na não discricionariedade do instituto, pois seu uso só é possível quando ineficazes as demais ferramentas jurídicas da Administração para utilização daquele bem ou serviço, o que, noutra leitura, indica um dever do Poder Público no acautelamento do interesse coletivo. Outra não poderia ser a conclusão, pois, num Estado constitucional, todo ato de polícia (ordenador) tem

532 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 105
533 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 508
534 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 105

sua legitimidade ligada a um controle teleológico, sobretudo quanto à proporcionalidade (no juízo trifásico apontado) e demais princípios constitucionais[535].

Uma requisição que não se atém aos seus requisitos de validade é mero confisco, e o confisco no direito brasileiro só existe nos estreitos casos elencados pela Constituição e sempre como forma de "reprimenda a utilização ilícita da propriedade"[536], mormente nos casos de propriedade em que se localizar cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou na qual exista exploração de trabalho escravo (art. 230).

Também a ocupação temporária (art. 36 do Decreto-lei 3.365/41), outra modalidade de intervenção branda na propriedade, autoriza o uso de bens móveis[537] e imóveis para a concreção do interesse público. Contudo, a lógica por trás desse instituto é completamente diferente, pois não pressupõe um perigo público e iminente[538], não é técnica de crise e normatização da urgência, e, portanto, não é dotado de autoexecutoriedade[539].

Na verdade, a ocupação temporária é uma modalidade restritiva de intervenção cujo fundamento legal está inserido na "Lei Geral de Desapropriações" e deve ser integrada em consonância com a totalidade deste diploma. Nesse sentido, por não haver qualquer

535 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 188

536 NOBRE JÚNIOR, Edilson. Expropriação dos bens utilizados para fins de tráfico ilícito de entorpecentes. **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995, p. 34

537 Não ignoro a divergência que existe na doutrina administrativista sobre a interpretação do art. 36 do Decreto-lei 3.365/41, o qual menciona apenas "terrenos não edificados" como objeto dessa espécie interventiva. Contudo, entendo ser incoerente defender, como faz José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de direito administrativo**. 32 ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 857), uma interpretação literal do termo ao mesmo tempo em que se reconhece como exemplo mais corriqueiro de sua utilização, a ocupação de escolas e clubes para a execução do serviço público eleitoral, pois tais bens, apesar de imóveis, são terrenos edificados. Não haveria razão em interpretar "terrenos" literalmente e ignorar completamente o termo "edificados". Parece-me que, para não esgotar a efetividade do instituto, o melhor seria interpretá-lo dentro da totalidade do Decreto-lei 3.365/41, que dispõe sistematicamente sobre desapropriações por utilidade pública, e reconhecer sua incidência sobre os mesmos bens sobre os quais pode recair a desapropriação regulada pelo referido diploma.

538 Em sentido contrário, Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 625 – 627) entende que o fundamento normativo da ocupação temporária é o mesmo art. 5, XXV, da Constituição Federal, que justifica a requisição administrativa. Em sua definição do instituto ressalta o aspecto da urgência ao dizer que "ocupação temporária consiste no apossamento, mediante ato administrativo unilateral, de bem privado móvel ou imóvel para uso temporário, em caso de iminente perigo público, com o dever de restituição no mais breve espaço de tempo possível e o pagamento da indenização pelos danos eventualmente produzidos". Para esse autor, a requisição seria modalidade de ocupação temporária que se verifica quando o bem utilizado é consumível por natureza. Não me parece ser o melhor entendimento, pois integra no art. 36 do Decreto-lei 3.365/41 um elemento que não está lá presente e é extraído de uma autorização constitucional que se refere a situações muito específicas e cuja aplicação afastaria os principais casos de ocupação temporária da prática administrativa que são aqueles de terrenos contíguos a obras públicas para colocação de máquinas e materiais, que não expressa por regra situação emergencial. Há, conforme entendo, uma confusão conceitual nessa interpretação que esvazia e sublima o art. 36 do Decreto-lei 3.365/41 no art. 5º, XXV, da CRFB, e desconsidera por completo seu contexto de inserção num diploma que versa sobre desapropriação por utilidade pública.

539 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 622

premência temporal, é necessário que haja uma declaração formal de utilidade e que se respeite procedimento análogo àquele da desapropriação, com fase judicial caso não se chegue a um acordo, raciocínio este usado pela doutrina para as servidões administrativas[540] (art. 40 do Decreto-lei 3.365/41). Assim, não se insere no âmbito do que proponho analisar neste estudo.

Vê-se, então, que a requisição administrativa tem uma dimensão de efeitos muito restrita (na forma de um direito pessoal da Administração), apesar de incorporar hipótese de incidência similar à do estado de necessidade.

6.3 AGENTES PÚBLICOS

6.3.1 A burocracia meritocrática

Para entender a sujeição nuclear que caracteriza o tema "Agentes Públicos"[541] no Direito Administrativo, é preciso olhar para o que existia antes dele. Ao explicar a origem do Direito Administrativo, fiz referência ao processo revolucionário liberal do século XVIII e ao desenvolvimento conceitual da noção de Estado de direito como o modelo perseguido pelo ideário dessas revoluções, com destaque tradicional para a Revolução Francesa. Antes disso, havia um modelo de Estado que não era condicionado pela separação de poderes e pela legalidade às quais nos acostumamos. Esse modelo anterior ficou conhecido como "o Estado de polícia" (*der Polizeistaat*), no qual o poder público é exercido ilimitadamente pelo príncipe e, em seu nome e do Estado ao mesmo tempo, por funcionários de diversas classes.

540 Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 511), que diz: "Na hipótese de não ser aceita a indenização oferecida, o Estado só poderá consumar a instituição da servidão administrativa mediante acertamento judicial prévio do valor indenizatório disputado, o que demandará a abertura de um processo de desapropriação, estabelecido no Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, inclusive para que se imita na posse provisória da servidão sobre o bem serviente."

541 Alguns esclarecimentos terminológicos se fazem úteis. Agente público é todo aquele que desempenha uma atividade estatal, seja de forma definitiva ou temporária, a quem se imputa a vontade (e a responsabilidade) do próprio Estado. A própria Constituição de 1988 adota o termo de forma ampla, abrangendo os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração. Aqui, adoto a expressão agente público (quem age pelo Estado), mas uso em sinonímia a expressão mais tradicional "funcionário público" (quem exerce uma função pública), que é a adotada mais comumente nas obras estrangeiras (especialmente francesas) e na doutrina brasileira mais antiga. Portanto, deixo a ressalva de que, apesar de nos termos constitucionais seja mais técnico falar em agente, neste trabalho valho-me sem maiores distinções das duas expressões, as quais apenas evocam um diferente enfoque seja na ação ou na função, pois só age pelo Estado quem exerce função pública.

Otto Mayer[542] ensina que, no *Polizeistaat*, cabia ao príncipe a tarefa de perseguir o fim do Estado, e para isso nenhum dos objetos da administração está excluído de sua atividade, respondendo apenas a Deus e à sua consciência e limitado pela utilidade e factibilidade dos seus meios. O papel dos funcionários, por sua vez, é determinado pelo próprio príncipe, devendo cada um fazer tudo aquilo que for do interesse do Estado desde que não ingresse na competência reservada a outra autoridade. A circunstância própria do serviço público no Estado de polícia, portanto, é a de sujeição e representação em relação ao príncipe: frente aos súditos, o funcionário representa a vontade do príncipe e exerce autoridade ilimitada na totalidade de sua função; frente ao príncipe – que é o Estado em pessoa – sujeita-se plenamente e pode ser surpreendido por obrigação extraordinária. É dizer, em conclusão, que nessa fase não existe propriamente "direito público", o qual é considerado um *precarium*[543], isto é, uma liberalidade, um favor dado pelo soberano.

Dessa maneira, até o século XVIII a burocracia dos países europeus foi marcada pela venda aberta de cargos públicos, os quais eram muitas vezes considerados propriedade do seu titular. Não se distinguia propriamente carreiras públicas dos empregos privados, sistema que favorecia a percepção do cargo como sinecura, sua instrumentalização política e a generalização do nepotismo.

A profissionalização da burocracia estatal num sentido weberiano, baseado em recrutamento meritocrático e plano de carreira a longo prazo, só ocorreu com um longo processo de mudança institucional iniciado na Europa com as reformas de Frederico Guilherme I (1713 - 1740) e Frederico, o Grande (1740 – 1786), seu sucessor no trono da Prússia, responsáveis por dar diferentes *status* aos servidores do Estado em relação aos funcionários (privados) da família real, atribuindo-lhes salários regulares e rigoroso sistema hierárquico de controle. Na Grã-Bretanha, reformas de 1780, 1834 e 1860 foram responsáveis por modernizar a Administração e estabelecer carreiras públicas assalariadas. Já nos Estados Unidos, essa mudança começou timidamente com o Pendleton Act de 1883, o qual instituiu o recrutamento competitivo, importante inovação apesar da baixa adesão inicial. Em todos esses

542 MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 48 - 56

543 *Precarium* é um instituto do direito medieval que consistia numa "(...) concessão de usufruto dada em resposta a uma prece, preces, do beneficiário" (WOOD, Ian. Teutsind, Witlaic and the history of Merovingian precária. In Wendy Davies; Paul Fouracre (eds.). **Property and power in the Early Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 45). No contexto, significa que os direitos dos súditos em relação aos funcionários, assim como as próprias prerrogativas de autoridade dos funcionários, eram uma mera benevolência do príncipe.

exemplos, para além das reformas no direito positivo, tomou-se tempo para a assimilação desses novos valores pelo Poder Público[544].

No Brasil, como aponta Edilson Nobre Júnior, a propensão à importação de modelos europeus (em especial franceses), fez com que se vivenciasse aqui as ideias da Administração burocrática – e posteriormente gerencial – no seio de uma ambígua e centenária cultura de patrimonialismo. O instituto do cargo de confiança, tornado moeda eleitoral, é o escuso escape do clientelismo em nossa experiência de profissionalização da burocracia, em "plena dissonância com a evolução do nosso sistema jurídico constitucional"[545], pois desde a Constituição de 1934 a matéria da Administração se descola do Poder Executivo e ganha normas específicas, culminando em 1988 com uma minudente disciplina caracterizadora de um verdadeiro regime jurídico do funcionalismo.

Na Constituição de 1934, que trouxe ares modernizadores do constitucionalismo social à nossa claudicante República, estatuiu-se pelo art. 169[546] o instituto da estabilidade para o servidor com mais de dez anos de exercício da função pública, ou para aquele com apenas dois, mas cuja nomeação tivesse sido realizada em virtude de concurso público. Quando estável, vedava-se sua destituição quando não precedida de sentença judicial ou processo administrativo disciplinar, garantindo-se, na forma da lei, o respeito ao devido processo legal. Vê-se que, nesse primeiro momento, o concurso público ainda não era a regra de recrutamento dos funcionários públicos, mas uma alternativa a ser veiculada por lei que garantiria maior segurança e facilitação na aquisição de estabilidade.

Foi com a Lei Constitucional de 1967, em seu art. 95, §1º, que o concurso público foi erigido a regra fundamental de recrutamento geral da Administração (a Constituição de 1946 exigia concurso apenas para cargos de carreira), apesar de mitigada pela livre nomeação e exoneração admissível aos cargos em comissão (§2º)[547], cuja natureza de atribuições assim o

544 CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada** – a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: UNESP, 2004. p. 136 - 141

545 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 103

546 Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público. (disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >, acesso em 04 de março de 2021

547 Art 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >, acesso em 04 de março de 2021)

justifique, ou seja, são atribuições de execução das diretrizes políticas, que não podem, sem prejuízo, ser bem desempenhadas por quem não partilhe determinada visão com o programa posto em prática pelas autoridades eleitas[548]. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 deu nova redação ao dispositivo (tornado art. 97[549]) flexibilizando ainda mais a regra - em consonância com o espírito autoritário da emenda – ao atribuir ao legislador a competência de livremente excepcionar lhe.

Não difere tanto assim o regime da atual Constituição da República. O seu celebrado art. 37 abre o capítulo referente à Administração Pública enunciando seus princípios basilares – dentre os quais o da impessoalidade – que fundamentam e servem de norte interpretativo para as regras que seguem nos seus incisos. Interessa aqui a do inciso II, que estabelece a obrigatoriedade do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvados os cargos em comissão que a lei declare de livre nomeação e exoneração[550].

Sem dúvida, os princípios da moralidade e da impessoalidade, quando pensados na perspectiva do componente subjetivo da Administração, apontam no sentido de um lado da consolidação da regra do concurso público como forma meritocrática de escolha dos agentes (por mais que se possa questionar o modelo em si dos exames realizados e critérios utilizados), e de outro da afirmação de um regime de garantias funcionais que possibilitem o

548 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 168

549 Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. § 2º Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. (disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >, acesso em 04 de março de 2021).

550 Apesar disso, como ensina Edilson Pereira Nobre Júnior (**Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 111), o preenchimento dos cargos em comissão não prescinde de considerar-se a qualificação profissional do nomeado, exigência que decorre do princípio da eficiência. Diz o autor que "tem-se notado uma possível fuga dos propósitos do instituto em situações nas quais, a despeito da regularidade da lei criadora, o preenchimento dos cargos se vê informado, tão somente, pela proximidade familiar, consanguínea ou não, ou sentimental entre o servidor e o superior hierárquico. Para evitar tais práticas, reunidas sob a denominação nepotismo, encontrou na eficácia dos princípios, de extração republicana, da impessoalidade, eficiência, igualdade e da moralidade, os quais, sem exceção, acham-se presentes a informar o desenvolvimento da função administrativa.". No mesmo sentido, a preleção de Francisco Cavalcanti (A densificação do direito do candidato aprovado em concurso público como um instrumento de concretização do princípio do livre acesso. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, v. 1, p. 175-188, 2012, p. 178), ao escrever que "no Brasil, infelizmente, o spoil system permanece como um mal secular. Os percentuais de cargos comissionados presentes nas várias esferas de Administração Pública tem ultrapassado o que seria aceitável em um sistema de Administração neutra e profissional. Os cargos em comissão são muitas vezes utilizados para atender as conveniências e os interesses daqueles que se encontram no entorno do Poder Político. A captura política da Administração Pública é uma realidade, contrariando os princípios da impessoalidade, da neutralidade e da persecução do interesse público, que devem pautar a Administração Pública".

exercício da função sem receio de indevida ingerência política, tudo isso ponderado com a indispensável lógica eficientista própria do gerencialismo.

Assim, consolidou-se em nosso direito administrativo a exigência geral de prévia aprovação em concurso público[551], processo administrativo de escolha impessoal do melhor candidato, para a investidura em cargos e empregos públicos, regra de evidente caráter moralizador que procura "obstar que o filhotismo seja erigido em critério para o preenchimento de cargos públicos"[552].

Os quadros funcionais da Administração – direta e indireta - são, portanto, preenchidos conforme essa lógica meritocrática em que se calca a regra do concurso público como paradigma de escolha para uma burocracia profissionalizada.

Dessa maneira, o provimento originário sem prévia aprovação em concurso público é, em regra, ilícito – mais do que isso, inconstitucional[553] -, podendo até configurar ato

551 Vê-se na própria jurisprudência dos tribunais superiores (ver nota infra) menção a um "princípio" da inafastabilidade do concurso público. Contudo, o comando do art. 37, II e §2º, da Carta Magna não veicula propriamente um mandamento otimizador ou configura uma razão contributiva, mas sim uma razão decisiva, sendo substancialmente significante de uma norma-regra. A alusão a um princípio da inafastabilidade do concurso público é só uma construção retórica que apela para o apego principiológico do nosso senso comum dogmático, pretendendo atribuir ao referido comando um sentido de primordialidade e centralidade no regime jurídico de determinada matéria, o que, sem dúvida, tem, sem precisar para isso ostentar natureza de princípio. A fundamentalidade decorre não apenas do seu status constitucional, mas especialmente dos valores objetivos (moralidade e impessoalidade) que a regra concretiza.

552 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 167

553 Veja a dicção do enunciado 43 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido". Seu precedente representativo foi a ADI 231, de relatoria do Min. Moreira Alves (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 231**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 13/11/1992), em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que previam a investidura por transferência de servidores civis para o quadro permanente da polícia civil e o aproveitamento na carreira de delegado de polícia de detetives e escrivães que cumprissem certos requisitos. Pelo parâmetro material, a corte declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos e, a partir de uma análise histórica da evolução dos textos constitucionais, confirmou a tese de que com a supressão da referência à "primeira investidura", não se admite mais no ordenamento qualquer forma de provimento (mesmo derivado) para cargo fora da carreira em que já esteja investido sem prévia aprovação em concurso público, excetuando-se a nomeação para cargos isolados em comissão. Conclui o relator em seu voto (fls. 179) que "Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.". Outrossim, esse é o mesmo fundamento que levou o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no caso do MS 28279 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 28279-DF**. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento em 16/12/2010. DJe 29/04/2011) a negar a aplicação do prazo de decadência previsto no art. 54 da Lei 9.784/99. Trata-se de um caso em que o substituto em atividade no cargo vago de uma serventia extrajudicial buscava consolidar sua permanência no cargo pelo decurso do tempo, aplicando o prazo decadencial da Lei do Processo administrativo, aduzindo que seria agora impossível "ferir sua esfera jurídica" depois de tanto tempo. O Tribunal, corretamente, entendeu não só que não havia direito adquirido, mas que por se tratar de um ilícito de caráter constitucional, ou seja, uma violação não apenas à lei, mas à própria constituição, não pode ser superada pela incidência de um

de improbidade do gestor (art. 37, §2º, da CRFB). Sua consequência lógica imediata é a nulidade do vínculo, o reconhecimento de que a relação jurídica funcional entre a Administração e o sujeito (relação de poder especial/relação funcional[554]) nunca se perfeccionou (efeitos *ex tunc*). A despeito disso, o Poder Público não pode se locupletar do trabalho alheio, de maneira que, tendo o sujeito prestado serviços à Administração, deve ser ressarcido de maneira justa[555].

A urgência, contudo, pode em duas situações entabular relações de funcionalismo público sem observância à regra do concurso[556], embora, em ambos os casos, não exista verdadeira investidura perene numa carreira.

O primeiro desses casos é o do agente necessário.

6.3.2 Agentes necessários

A ideia de agente necessário faz referência à categoria doutrinária dos agentes de fato, noção que se herdou do direito público romano.

No direito romano não havia propriamente um método de escolha objetivo e impessoal dos funcionários públicos, que se dava por decisão final e discricionária de um

prazo legal, sob pena de subverter-se a hierarquia das fontes.

554 MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006 p. 195. Não há nesse trabalho espaço para maiores aprofundamentos sobre o tema, mas talvez seja importante ressaltar que muito se discutiu sobre a natureza dessa relação. Dentre outros autores, destaco a exposição que faz Pontes de Miranda (**Comentários à constituição de 1967** – tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 403 e ss.), elencando cinco teorias explicativas (teoria contratual simples, teoria do mandato, teoria do contrato *sui generis*, teoria da locação de serviços e teoria do estatuto) concluindo que se trata de uma relação jurídica institucional em que se repele as categorias de direito privado, as quais se referem sempre a acordos de vontade.

555 Relevante observar o tema 308 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, que trata dos "efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público". O *leading case* é o Recurso Extraordinário 705140 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 705.140-RS**. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE 05/11/2014) por meio do qual a recorrente buscava reformar acórdão do Tribunal Superior do Trabalho em recurso de revista que havia negado validade à relação de emprego com ente público em razão de sua não aprovação prévia em concurso público, negando-lhe, por consequência, o direito à maioria das verbas rescisórias, preservados os pagamentos da contraprestação pactuada e da parcela relativa ao FGTS. O Tribunal, por unanimidade, decidiu pelo desprovimento do recurso, argumentando que a ascendência normativa do preceito do art. 37, §2º (princípio da inafastabilidade do concurso público) prevalece sobre os interesses socialmente relevantes protegidos pelas verbas rescisórias, ressalvadas o pagamento do salário como forma de evitar o enriquecimento sem causa do Estado e o depósito do FGTS em virtude de comando legal (art. 19-A da Lei 8.036/90) declarado constitucional por 6 a 5 pelo próprio STF no RE 596.478.

556 O próprio texto constitucional pode ressalvar – e o faz – hipóteses de provimento sem prévia aprovação em concurso, dedico-me apenas aos casos que envolvem a urgência (técnicas de crise) em razão do escopo próprio deste trabalho. Não obstante, mencione-se como exemplos ordinários de exceção à regra do concurso o aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (art. 53 do ADCT da CRFB) e a nomeação de Ministros dos tribunais superiores, dentre outras hipóteses.

magistrado (na República), do imperador (no Império), ou de quem – com o crescimento da Administração do Império - tenha dele recebido essa função por delegação. Não obstante, o ordenamento não era alheio a uma procedimentalização dessa escolha, tendente, com o tempo, a uma maior racionalização e profissionalização.

O sistema de ingresso era marcado por um procedimento com vistas a revelar certas qualidades do candidato: seu grau de vinculação com o Estado (*v.g.* cidadão, patrício, plebeu), sua capacidade física e psíquica, seu grau de formação e a honorabilidade e respeito social que ostenta. Feita a seleção, que algumas vezes poderia envolver um período de prática, o escolhido seria nomeado pela autoridade competente segundo a fórmula cabível (direito formular), em seguida ele deveria prestar juramento provando sua lealdade às instituições vigentes e então poderia tomar posse ingressando na carreira administrativa[557].

Ocorre que desde a República, segundo Varela Gil[558], há registros de pessoas que exerceram funções públicas sem possuir um título válido para tanto, e o direito romano passou a regular essa situação. Duas hipóteses, relativas à magistratura, ganharam maior relevância.

A primeira, da *prorogatio imperii*, quando o mandato de um magistrado *cum imperium* encerrava e seu substituto ainda não havia chegado na localidade em que se exercia a atividade, ocasião em que se admitia o exercício pelo magistrado sem mandato caso houvesse imperiosa necessidade da continuidade da função (durante campanha militar, por exemplo) até a legítima substituição.

A segunda hipótese se dava quando havia algum vício na escolha (*creatio*) do magistrado (*magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus*), situação na qual se lhe imputava uma pena caso o vício decorresse de ato seu (norma *minus quam perfectae*); caso esse vício fosse reconhecido após o transcurso de sua função, os atos realizados teriam sua validade preservada quando assim aconselhado pela utilidade pública.

Exemplo dessa última hipótese é o famoso caso de Barbarius Philippus - narrado em comentário atribuído a Ulpiano no Digesto justinianeu (1, 1, 14, 3)[559] -, escravo foragido que se candidatou à pretoria e tornou-se pretor ocultando seu status de servidão. Ulpiano comenta que a nulidade de seus éditos e decretos não beneficiariam os seus destinatários, e,

557 Vide VARELA GIL, Carlos. **El Estatuto jurídico del empleado público en derecho romano**. Madrid : Dykinson, 2008. p. 269 - 290

558 VARELA GIL, Carlos. **El Estatuto jurídico del empleado público en derecho romano**. Madrid : Dykinson, 2008. p. 286 - 287

559 JUSTINIANO. **The Digest of Justinian** – vol. 1. Trad. Alan Watson. Pensylvania: University of Pennsylvania Press, 1998. p. 30

por isso, não deveria ser reconhecida. O poder que o povo romano lhe houvera conferido, conclui, não se altera por sua condição de servidão, visto que o mesmo povo poderia ter-lhe libertado e, com ainda mais autoridade, o imperador. O mesmo raciocínio de utilidade – similar em alguma medida, a *contrariu sensu*, àquela ideia de que não há nulidade sem prejuízo – é evocado no Digesto para tratar do magistrado menor de idade, acentuando-se a validade do seu vínculo a despeito do vício (42, 1, 57)[560].

A partir da construção romana e do desenvolvimento dado no direito privado às noções de boa-fé, segurança jurídica e aparência de legitimidade, cria-se no Direito Administrativo a chamada "doutrina *de facto*"[561], por meio da qual se reconhece a existência ocasional de uma categoria de agentes públicos quando "um indivíduo que não é regularmente investido em uma função pública exerce por certo tempo os atributos dessa função e realiza atos que podem produzir consequências jurídicas"[562]: os agentes de fato.

O fundamento para a manutenção da validade dos seus atos é o interesse público na continuidade dos serviços públicos, e o interesse legítimos dos administrados de boa-fé, que não podem ser prejudicados por uma nulidade despropositada.

Trata-se, numa observação mais acurada, de uma exceção meramente aparente à regra do concurso, pois não há um juízo de convalidação do vínculo da pessoa com a Administração, mas unicamente do ato administrativo por ela editado. Noutras palavras, a derrogabilidade não é da regra do concurso público, mas sim da regra de competência que

560 JUSTINIANO. The Digest of Justinian – vol. 4. Trad. Alan Watson. Pensylvania: University of Pennsylvania Press, 1998. p. 56

561 Fueyo Álvarez (La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950, p. 53) ensina que "a doutrina da Administração de facto postula a validade contra terceiros dos atos produzidos por uma Administração ou um funcionário não *de jure*, mas que externamente se põem como titulares legítimos, e a dos atos praticados por aqueles que assumem funções públicas quando de fato a ação efetiva por parte da Administração ou funcionário *de jure* é impedida ou materialmente impossível. (...) É, se a expressão se adequar, uma válvula de segurança jurídica na medida em que respeita as conclusões jurídicas do princípio da autoridade regular, mas postula que, em certos casos e para certos efeitos, respeite-se a situação jurídica criada sob a proteção de uma aparência de legalidade ou devido a uma imposição de urgência, situação sobre a qual não se pode ou, pelo menos, não deve ser retornada por razões de segurança" (Tradução própria do original: "la doctrina de la Administración de facto postula la validez frente a terceiros de los actos producidos por uma Administración o um funcionário no de jure, pero que externamente se ponen como titulares legítimos, y la de los actos efectuados por quienes assumen funciones públicas cuando de hecho se impede o es materalmente imposible la actuación efectiva de la Administración o del funcionário de jure. (...) Es, si cabe la expresión, uma válvula de seguridade jurídica emn cuanto respeta las conclusiones legales del princípio de autoridade regular, pero postula que, em determinados casos y a ciertos efectos, se respete la situación de derecho creada al amparo de uma apariencia de legalidade o por uma imposición de urgência, situación sobre la que no se puede o, al menos, no se debe volver por razones de seguridad").

562 JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie dénérale des fonctionnaires de fait. **Revue de Droit Publique et de la Science Politique em France es a L'Etranger**, tome XXXI, nº 1, Janv./Fév./Mars 1914, p. 48. Tradução própria do original: "un individu qui n'est pas régulièrement investi d'une fonction publique exerce pendant un certain temps les attibuts de cette fonction et accomplit des actes de nature à produire des conséquences juridiques.".

constitui elemento vinculado do ato administrativo (vício de ordem pública[563]). O agente de fato faz atuar a lei, cumpre seus desígnios normativos, derrotando, para a preservação de sua validade, o vínculo subjetivo que se exige do agente.

O agente de fato faz atuar o Estado e vincula-o em suas ações não por uma característica especial do vínculo subjetivo, mas por uma circunstância objetiva do ato (*v. g.* aparência de validade ou urgência) materialmente hígido exceto pela competência legal do agente, de maneira que a "doutrina *de facto*" representa materialmente uma ponderação em que a segurança jurídica e a boa-fé prevalecem sobre a legalidade estrita. Juridicamente, não existe o agente de fato, existe apenas o ato próprio de uma função pública, o qual, cercado de circunstâncias legitimadoras, pretende-se proteger contra um ataque fundado na mera irregularidade do título[564].

Tradicionalmente, distingue-se o funcionário de fato do usurpador de função, "que é o que se apodera da função pública pela fraude ou pela violência para a satisfação de interesse privado"[565], cujos atos são considerados juridicamente inexistentes. Tem-se, nesses casos, vício absolutamente insanável do ato realizado por alguém que não simplesmente é incompetente, mas maliciosamente age sem qualquer consideração à finalidade que normativamente vincula a atividade administrativa. O agente de fato, por sua vez, atende ao interesse público quando age, exercendo propriamente uma função administrativa tal qual um agente de direito deveria exercer. O usurpador de função, por definição, não cumpre os pressupostos necessários à caracterização das situações de agência de fato.

Não se distingue, portanto, materialmente o ato do agente de fato e do agente de direito, preservados assim os seus efeitos. O usurpador, por não agir com vistas ao atendimento do interesse público, age somente enquanto particular, pois se não há dimensão pública da finalidade do ato, há mais do que um mero vício na qualidade do agente, de maneira que não é possível nele identificar qualquer materialidade – a despeito da aparência – de ato administrativo.

A hipótese de derrogabilidade na função de fato concerne unicamente à irregularidade de sua edição por alguém não investido nessa função, não abrange outros vícios

563 JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie dénérale des fonctionnaires de fait. **Revue de Droit Publique et de la Science Politique em France es a L'Etranger**, tome XXXI, nº 1, Janv./Fév./Mars 1914, p. 50
564 ÁLVAREZ, Fueyo J. F. La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950, p. 50
565 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 407

que descaracterizem objetivamente o ato, por isso que o usurpador não edita ato administrativo, ele não exerce função administrativa, seu ato é verdadeira simulação que apenas aparenta dimensão pública.

Assim, não há qualquer relevância da atuação usurpada para o direito administrativo, seus efeitos serão averiguados nas esferas do direito privado e do direito penal. Segundo Jèze[566], há, em resumo, quatro princípios que ordenam a matéria: 1) os atos jurídicos dos usurpadores são inexistentes; 2) em períodos normais, são válidos os atos do funcionário de fato cuja investidura, apesar de não contar com a regularidade de todos os requisitos, tem aparência de regularidade plausível; 3) em tempos de crise, são válidos os atos do particular de boa-fé indispensáveis para o funcionamento adequado da atividade administrativa; 4) com exceção da sanção penal que se pode imputar ao usurpador de função, o particular que age em nome da Administração pode dela requerer indenização a fim de evitar o enriquecimento injustificado do Estado.

A doutrina distingue, ainda, dentro da categoria do agente de fato duas espécies conforme os pressupostos que legitimam sua agência: o agente putativo e o agente necessário.

O agente putativo é o caso típico entrevisto já na tradição do direito romano, é aquele servidor que, embora irregularmente, foi investido na função pública e desempenha-a tal qual agente de direito. A investidura irregular ostenta aparência de validade, de maneira que, em respeito à boa-fé do administrado e da segurança jurídica, preserva-se a licitude dos atos praticados em sua dimensão extroversa. As relações introversas, contudo, não interferem nos interesses legítimos dos administrados, e, portanto, não produzem efeitos enquanto não convalidadas, ressalvando-se adequado ressarcimento do agente pelo exercício da função, evitando o Estado locupletar-se do trabalho alheio[567].

O agente necessário, por sua vez, é o particular que, em estado de necessidade, assume o encargo de funções públicas que de outra forma não seriam executadas, agindo como se servidor fosse. Trata-se, como aduz Fueyo Álvarez, de situação transitória e de urgência em que "a necessária continuidade dos serviços públicos obriga improvisar uma autoridade à serviço dos interesses gerais que não podem ser sacrificados a um prurido legalista"[568]. Destina-se, portanto, aos casos de incapacidade material de ação estatal, o particular age no espaço de omissão deixado pelo Estado.

566 JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie dénérale des fonctionnaires de fait. **Revue de Droit Publique et de la Science Politique em France es a L'Etranger**, tome XXXI, nº 1, Janv./Fév./Mars 1914, p. 69 - 70

567 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 407

Quando se pensa especificamente na hipótese do agente de fato necessário, parece destoar do fundamento geral da doutrina *de facto* como corolário da aparência de legitimidade, pois nesse caso há a imperativa ocorrência de circunstâncias especiais de urgência muito mais próxima de uma *negotiorum gestio*[569] do que da teoria da aparência. Ao pensar-se, contudo, do ponto de vista do direito público, que afasta em tese a noção própria de gestão de negócios, aproxima-se dos fundamentos e pressupostos encontrados no estado de necessidade, sendo eventuais prejuízos indenizados (e não remunerados) na forma da responsabilidade civil do Estado com vistas à vedação de um enriquecimento sem causa do ente público cuja omissão (total ou parcial) criou um risco a ensejar a atuação urgente do particular.

O que se vê, inclusive na esteira da jurisprudência administrativa francesa, é que não há um conteúdo próprio da teoria dos funcionários de fato. O exercício de fato da função pública por um particular não investido é um fenômeno do direito administrativo ao qual se atribui efeitos jurídicos com base em uma construção dogmática de fundo que, especificamente ao caso, consiga justificar sua validade.

Nesse sentido, determinado ato administrativo realizado pelo particular será válido não por aplicação de uma teoria do funcionário de fato, mas sim com fundamento – no caso da jurisprudência francesa – na teoria da aparência ou na teoria das circunstâncias excepcionais.

568 ÁLVAREZ, Fueyo J. F. La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950, p. 46. Tradução própria do original: “la necessária continuidade de los servicios públicos obliga a improvisar uma autoridade para el servicio de los interesses generales que no pueden ser sacrificados a um prurito legalista.”

569 Assim entende Fueyo Álvarez (La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950, p. 53), que não enxerga impedimento de aplicação do instituto a relações de direito público, fundamentando a legitimidade dos atos numa presunção da vontade do titular do interesse. Contudo, parece-me que as categorias de direito privado são impróprias para descrever a realidade administrativa em que os atos não se fundam na vontade de um sujeito, mas num interesse objetivamente fundado em lei e que não pertence à Administração. O ponto fulcral do conceito de agente – de fato ou de direito – é a capacidade que seus atos têm de gerar responsabilidade para o Estado, e, desse ponto de vista, abre-se um leque de críticas à inadequação de institutos como o *negotioruum gestio* na explicação do fenômeno, como menciona Amaro Cavalcanti (**Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Do Instituto dos Advogados Brazileiros, 1905. p. 233): “A admissão, por analogia, da responsabilidade do *dominus* pelas culpas do *imtitor*, como igualmente applicavel ao Estado, é, na opinião de *Zõpfl*, por demais duvidosa; uma vez que, no próprio direito privado, é ella assaz discutível. Mas, dado mesmo, que esta responsabilidade tenha a sua sancção no direito commum, nem, por isto, a sua applicação ao Estado seria perfeitamente analógica; porquanto o dono do negocio (*dominus negotii*) não seria aqui o Estado, mas o dono do serviço, (*Dienstherr*); e entre a relação jurídica do *institor* (preposto) para com o *dominus*, e a do funccionario para com o *Dienstherr* (dono do serviço) ha uma tal differença, que não seria licito cogitar de uma *paritas rationis* na espécie” (redação original na grafia da época). Dessa maneira, entendo que o agente necessário não atua gerindo negócio alheio, mas sim atua como executor do próprio desígnio legal; seu ato, mais do que mera gestão de negócios, reveste-se de todos os atributos dos atos administrativos. A questão do ressarcimento de eventuais danos se resolve pela via da responsabilidade civil, sem a necessidade de recorrer ao instituto privatista.

Quanto à primeira teoria, tem-se o *Arrêt Préfet de Police* de 16 de maio de 2001[570], no qual se discutiu a validade do ato de um servidor que, após atingir a idade limite para aposentação, quando rompeu-se seu vínculo funcional e não mais poderia exercer a função pública, editou ato de condução de um imigrante tunisiano à fronteira. O ato foi, posteriormente, anulado na justiça administrativa por vício de incompetência, chegando o caso por meio de recurso ao Conselho de Estado. O Conselho decidiu derrubar a sentença anulatória e manter a validade do decreto, entendendo que ele era materialmente idôneo e bem fundamentado, e que um *préfet* no exercício regular de sua competência legal tê-lo-ia editado nos mesmos termos, não havendo, portanto, razão para sua anulação.

Exemplo insigne de aplicação da segunda teoria é o *Arrêt Marion* de 5 de março de 1948, em que se discutia a competência do *Conseil de Préfecture de Rouen*, primeira instância da justiça administrativa. Os eventos que ensejaram o caso ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que o prefeito da cidade Saint-Valléry-sur-Somme e a maior parte dos conselheiros municipais fugiram do território na iminência da invasão alemã. Sem a presença das autoridades administrativas, o Sr. Marion e outros moradores da cidade criaram o *Comité des Intérêts Valericains* que atuou como uma municipalidade de fato assegurando a continuidade dos serviços públicos e, em virtude da escassez provocada pela guerra, realizando requisições administrativas de mercadorias para o abastecimento da população. Contudo, os membros do Comité foram condenados na justiça comum a indenizar os comerciantes que tiveram suas mercadorias requisitadas.

Quando reinstalada a municipalidade regular, os membros do Comité foram ao *Conseil de Préfecture* pedir que o erário municipal assumisse a responsabilidade pelas condenações civis e, ainda, ressarcisse-os financeiramente pelos serviços prestados no período de ausência das autoridades. Questionou-se em primeira instância se o *Conseil* seria competente para adjudicar a matéria, pois havia dúvida quanto à sua natureza jurídica, e o caso chegou ao Conselho de Estado, o qual decidiu pela competência da justiça administrativa por entender que os atos praticados pelo Comité, "na medida em que as circunstâncias excepcionais decorrentes da invasão lhes tenham conferido caráter de necessidade e urgência, deveriam, embora emanando da autoridade de fato que as substituiu, ser considerados atos

570 CONSEIL D'ETAT. **Section, du 16 mai 2001, 231717**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008041585 >, acesso em 09 de março de 2021

administrativos"[571]. Remeteu-se, portanto, o caso à primeira instância administrativa para que desse seguimento ao processo.

Dessa maneira, é possível entender a ideia de agente necessário como uma manifestação parcelar do estado de necessidade (da teoria das circunstâncias excepcionais, no caso da jurisprudência do Conselho de Estado) em derrogação aos requisitos de competência dos atos administrativos quando realizados em circunstâncias excepcionais de urgência por pessoa não investida em função pública. Nesse sentido, há uma ponderação entre os fins de interesse público (e não simplesmente a boa-fé, como tipicamente nos casos da doutrina *de facto*) e a legalidade estrita, em que o particular se vê instado a agir assumindo a gestão concreta do interesse público, evidenciando ainda mais que a sua promoção e identificação não é monopólio do Estado. Assim, nos casos de urgência seria despiciendo referir-se a uma teoria de facto, que nada diz sobre o agente em si, quando concretamente o fundamento de validade do ato decorreria do próprio estado de necessidade.

De outro ponto de vista, contudo, é possível distinguir os dois fundamentos conforme a qualidade do agente, e, nesse sentido, haveria alguma relevância de teor subjetivo. É dizer, os agentes públicos propriamente ditos vinculam-se a regras específicas de competência, de maneira que quando um servidor ou empregado público pratica ato para o qual é incompetente por motivos de urgência, ele o faz com fundamento no estado de necessidade. Por sua vez, quando um terceiro, particular alheio aos quadros administrativos, pratica ato administrativo por imperativo de urgência, o ato preserva validade com base na doutrina de facto, inaplicável, em regra, ao agente público incompetente[572]. Parece-me, porém, pouco útil a distinção ao se considerar os efeitos jurídicos que acarreta, além de incorrer numa aparente falha por ignorar que o vício de ambos os atos é o mesmo: nos dois casos há vício de competência, pois também o particular é obrigado a conhecer e respeitar a lei[573].

571 CONSEIL D'ETAT. **Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'Etat** – Année 1948. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1948. p. 113. Tradução do original: „dans la mesure où les circonstances exceptionnelles nées de l'invasion leur conféraient un caractère de nécessité et d'urgence, ils devaient, bien qu'émanant de l'autorité de fait substituée auxdites autorités, être regardés comme des actes administratifs."

572 COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 4 ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

573 ÁLVAREZ, Fueyo J. F. La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950, p. 52

6.3.3 Contratação temporária por excepcional interesse público

A segunda técnica de crise flexibilizadora da regra do concurso público é a hipótese de contratação temporária por excepcional interesse público (doravante, simplesmente "contratação temporária").

No tópico anterior foi dito que a doutrina *de facto* e o agente necessário não constituíam propriamente uma exceção à regra do concurso público, pois diziam mais respeito ao ato do que ao vínculo subjetivo. Para além disso, pensada enquanto manifestação parcelar do estado de necessidade, a dimensão eficacial da agência de fato não poderia, em tese, modificar regra de nível constitucional (vide capítulo anterior) para investir em cargo público quem quer que seja fora das hipóteses literais previstas pela Constituição, e por isso sua força derrogatória se dá sobre o elemento da competência legal dos atos administrativos.

Nesse sentido, de logo é possível perceber que a previsão constitucional da contratação temporária (art. 37, IX, da CRFB) e a possibilidade expressa e excepcional que ela abre para criação de vínculos jurídico-hierárquicos com a Administração (relação funcional) fazem dela – agora sim - verdadeira exceção à regra do concurso público[574].

Apesar disso, o dispositivo constitucional prescreve uma norma de eficácia limitada[575], criando uma hipótese de reserva legal para regulação do tema e acabando por dizer muito pouco sobre o instituto. É, assim, uma norma de baixa densidade normativa, que não possui normatividade suficiente para gerar seus efeitos principais, ressalvando-se um mínimo de normatividade que toda norma constitucional tem[576].

Portanto, cabe a cada ente federado, em respeito à autonomia federativa, editar lei que preveja os casos em que se permitirá essa modalidade de contratação e as regras às quais

574 Nesse sentido, ver a ADI 1500 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.500-1 ES**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 19/06/2002. DJ 16/08/2002.) em que o Procurador Geral da República questionou a constitucionalidade de lei do Espírito Santo que autorizava em certos casos o provimento de cargos por "contrato administrativo", figura sem qualquer previsão constitucional. O Tribunal, por votação unânime, acolheu o argumento da inicial e declarou a inconstitucionalidade da lei. Da ementa do acórdão se extrai com muita clareza a seguinte afirmação: "A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público. C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inc. II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. C.F., art. 37, IX. Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional".

575 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1982. p. 82

576 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 226

esse vínculo estará sujeito (regime jurídico especial[577]), como direitos e deveres do contratado, prazo de duração do contrato, hipóteses de extinção, responsabilidade funcional, entre outros temas. Sem a intermediação legal, não pode o ente federado valer-se do instituto por aplicação direta da norma constitucional, cuja aplicabilidade é diferida[578].

Contudo, não se pode ignorar que se trata de uma reserva legal qualificada, condicionada pela finalidade especial e simultânea de atender a necessidade temporária e excepcional interesse público, requisitos inafastáveis que servem de balizas necessárias à

577 Em sentido contrário, Diógenes Gasparini (**Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 150) defende que a reserva legislativa não envolve a definição do regime, que deve ser o da Consolidação das Leis do Trabalho em conformidade com as regras que regulam o contrato por prazo certo. Em sua visão, a matéria atribuída pela Constituição à lei reguladora é apenas a definição dos casos que presentes a necessidade temporária e excepcional interesse público, cabendo a disciplina do vínculo às normas trabalhistas. Em suas palavras: "Não se alegue em contradita à adoção do regime celetista que a lei a que se refere o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal é a de entidade contratante e essa não pode aumentar as hipóteses de contratação por prazo determinado, fixadas na legislação trabalhista. uma vez que legislar sobre essa matéria é competência da União (art. 22. 1. da CF). Ledo engano, pois a lei a que faz menção dito dispositivo não se destina, nem poderia, a indicar novas hipóteses de contratações temporárias. Sua função é apenas elencar quais as situações de anormalidade em que se contratará. com base na Consolidação das Leis do Trabalho. por prazo certo. determinado. E mesmo que se admitisse que a entidade contratante. nessas hipóteses. acabasse por ampliar o elenco da Consolidação e por conseguinte estivesse legislando sobre Direito do Trabalho. Parece-nos que o faria com respaldo constitucional. A Constituição da República, nesse particular. outorga-lhe essa excepcional competência.". Não é esse, contudo, o entendimento consagrado por nossa prática administrativa e endossado pelos tribunais, que entendem pela possibilidade de a lei de cada ente criar um regime jurídico especial, o que implica em relevantes consequências jurídicas. No Agravo Regimental da Reclamação 7028 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Reclamação 7.028-AgR/MG**. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 16/09/2009. DJE 16/10/2009), caso em que o Estado de Minas Gerais intentava impedir o andamento de reclamação trabalhista proposta por agente contratado na forma do art. 37, IX, da CRFB, argumentando que se estava a desobedecer a decisão vinculante da ADI 3395/DF, a qual excluiu da competência da Justiça do Trabalho as causas entre servidor público e a Administração. A Corte, que havia deferido o pedido da Reclamação, negou provimento ao Agravo em seguida interposto. A conclusão do voto da relatora, seguido pelo plenário, foi a de que o regime jurídico especial estabelecido em lei que autoriza essas contratações enseja vínculo de direito público a afastar a aplicação da CLT e, portanto, a competência da Justiça Especial. É interessante, porém, a situação levada ao Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência 108.248-MG (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Sessão. **Conflito de Competência 108.284/MG**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 25/08/2010), caso em que contratada do Município de Dom Cavati também ingressou com reclamatória em Vara do Trabalho, a qual declinou da competência para vara da Justiça Estadual, que por sua vez suscitou o mencionado conflito de competência. Contudo, diferentemente do caso anterior, neste o estatuto dos servidores do Município consagrava o regime celetista para seus vínculos e o próprio contrato celebrado estipulava que seria este o regime. Nesse contexto, o Tribunal decidiu pela competência da Justiça do Trabalho, pois inegável o vínculo trabalhista constante do contrato e coerente com as leis regentes, evidenciando-se que o simples fato de a contratação se dar na forma do art 37, IX, da Constituição não afasta o vínculo celetista que poderá ou não ser adotado no contexto do "regime jurídico especial" definido pela lei regulamentadora. De qualquer maneira, independentemente da natureza do vínculo, não se poderá excluir a garantia ao contratado dos direitos fundamentais sociais previstos no art. 7º da *Lex Legum*. Esse entendimento foi corretamente adotado pelo STF no Agravo de Instrumento 767.024/PE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira turma. **Agravo de Instrumento 767.024 AGR/PE.** Julgamento 13/03/2012. DJE 24/04/2012). Nesse caso, contratado temporário do estado de Pernambuco pleiteou na Justiça Estadual o reconhecimento de direito a férias e 13º salário, negados pelo Ente contratante com base no argumento de que o regime jurídico especial da lei autorizadora da contratação não previa os previa. Após resultado favorável ao autor na Justiça Estadual, o Estado de Pernambuco interpôs recurso extraordinário que foi monocraticamente negado pelo relator, decisão contra a qual insurgiu-se por meio de Agravo de Instrumento e, contra a decisão desfavorável deste, finalmente Agravo Regimental também rejeitado. No voto do relator Min. Dias Toffoli, seguido pela turma, deixa-se claro que a liberdade da lei em estabelecer as regras do regime especial de contratação temporária se dá em afastamento das disposições da CLT e do estatuto dos servidores do ente, mas

densificação normativa do instituto e configuram-no como técnica de crise, os quais sofreram uma substancialização pretoriana pela atividade judicante do Supremo Tribunal Federal.

Ponderando sobre a razão que informa e fundamenta os requisitos, Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que "a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em casos, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública"[579]. Assim, parece-me imperativo compreender que os requisitos só podem ser interpretados restritivamente e a lei regulamentadora deve assegurar o caráter excepcional da medida, garantindo sua feição de técnica de crise e afastando sua aplicação em situações ordinárias[580].

A remissão do dispositivo à lei de cada ente revela uma reserva de atuação legislativa, competência que não pode ser amplamente transferida pela lei ao Poder Executivo. Tratar-se-ia, nesse caso, de verdadeira deslegalização, quando se desloca a matéria de reserva legal para a seara regulamentar por meio de uma lei que não a disciplina substancialmente (princípio de ordem formal), fenômeno não compatível com a nossa ordem constitucional[581].

Esse aspecto foi levantado na ADI 3210-1[582] em que se questionou uma lei do Estado do Paraná, a qual prescrevia a atribuição do Chefe de Poder interessado na contratação temporária de declarar em cada caso a existência de excepcional interesse público. Como se poderia antever, o Tribunal julgou procedente a ação sob o argumento de que as leis disciplinadoras da contratação temporária devem atender à razoabilidade e à moralidade, o que só é possível por meio de um tratamento substancial da matéria e previsão de hipóteses

nunca em derrogação da própria constituição, ainda mais naquilo que concerne à normatividade de direitos fundamentais com estatura constitucional de cláusula pétrea.

578 Pontue-se, contudo, a redação da Emenda Constitucional nº 106 de 2020, a qual, no seu art. 2º, atribuiu eficácia direta ao inciso IX do art. 37 da Constituição possibilitando a contratação direta sem intermediação legal com o exclusivo propósito de enfrentamento do contexto da calamidade pública resultante da pandemia de COVID-19, e desde que assegurada a impessoalidade por meio de adoção de processo seletivo simplificado isonômico.

579 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 696

580 Ressalte-se que, a despeito do pouco detalhamento, a previsão dos requisitos já representou uma maior restrição em relação ao texto da Lei Constitucional de 1967-69, a qual consagrava uma reserva legal simples para a matéria em virtude da qual não se podia dizer que a hipótese traduzia um mecanismo de juridicização da urgência. Eis a redação ipsis litteris: "Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial" (disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >, acesso em 10 de março de 2021).

581 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites. **Interesse Público – IP**, ano 9, n. 43, Belo Horizonte, Fórum, maio/jun. 2007, p. 244 - 246

582 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 3.210-1 PR. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 11/11/2004. DJ 03/12/2004

específicas, o que não se vislumbrou na simples transferência da atribuição à discricionariedade da Administração.

De maneira similar, na ADI 3116[583] o Supremo delineou melhor o conteúdo dessa reserva legal. Na ação, proposta pelo Procurador Geral da República, buscou-se invalidar lei amapaense que, em poucas palavras, autorizava a contratação temporária nas áreas de saúde, educação, assistência jurídica, técnicas especializadas para projetos especiais, e de competência de entidades desprovidas de pessoal, declarados abstratamente como urgentes e extraordinários. Por unanimidade a ação foi julgada procedente, pois a urgência e a excepcionalidade são conceitos que evocam circunstâncias fáticas muito específicas e temporalmente exíguas, o que se mostra, nos próprios termos, incompatível com uma declaração abstrata e perene como a feita pela vergastada lei. Assim, não pode a lei meramente estabelecer "hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual contingência fática estaria a ensejá-la" (fls. 77); a *contrario sensu*, a constitucionalidade da lei que regulamenta o art. 37, II, da Constituição, depende da revelação da contingência fática específica ensejadora das hipóteses.

As leis precisam, portanto, na descrição dessa contingência fática, consubstanciar as ideias de interesse público excepcional e de necessidade temporária. Ambos, simultaneamente, devem ser clara e especificamente identificados nas hipóteses que a lei elencar para sua conformação com a normatividade constitucional[584].

O alcance da expressão "excepcional" interesse público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello[585], abrange todas as situações em que a contratação serve a solucionar um problema real; a constituição não a restringiu para casos de transcendência extrema, e sim colocou o instituto como instrumento a serviço do interesse público urgente. Porém, o autor faz algumas ressalvas a essa amplitude: 1) restringe-se a evitar o declínio do

583 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 3.116 AP. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 14/04/2011. DJE 23/05/2011

584 Faço menção ao didático voto do Min. Maurício Corrêa na ADI 890 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tribunal pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 890/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 11/09/2003. DJ 06/02/2004), proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista contra lei do Distrito Federal que declarava como necessidade temporária de excepcional interesse público qualquer contratação para "locação de serviços" tendente a certas finalidades elencadas, tais quais a realização de pesquisas de caráter sócio-econômico e a execução de serviços especializados nas áreas de pesquisa científica e tecnológica. Também nesse caso o Tribunal declarou inconstitucional a lei por entender que as hipóteses autorizadas por ela não traduziam os requisitos constitucionais, pois, nos termos do relator, "aquelas necessidades que não se enquadram estritamente no conceito de excepcionalidade e transitoriedade são insuficientes para legitimar a contratação a que se refere o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal." (fls. 43).

585 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 62 - 63

serviço ou restaurar-lhe padrão indispensável, nunca como forma de simples aprimoramento de um serviço não deficitário; 2) a contratação deve ser indispensável, ou seja, somente quando verificada a impossibilidade de se suprir a necessidade com remanejamento de servidores ou outra solução interna; 3) não pode servir para instalar um serviço novo, a não ser por motivos urgentes indeclináveis, como periclitação de bens fundamentais; 4) por último, para evitar abusos, não pode esta via ser usada para preenchimento de função ou emprego de confiança.

Acrescento, ainda, às ressalvas listadas por Bandeira de Mello, uma quinta: a boa-fé objetiva deve nortear a atuação do administrador, não no simples sentido de excluir possíveis urgências criadas, mas no de se observar, nesses casos, que a Administração envida esforços de toda natureza para evitar o declínio do serviço público e solucionar – na origem – o problema que está afetando a prestabilidade do serviço. Isso porque, há casos em que a contratação temporária é mera medida paliativa para um defeito na atividade administrativa gerado por um problema mais profundo ao qual se soma uma circunstância excepcional produzindo uma necessidade urgente.

É essencial, nessas situações, até por conformidade também ao próximo requisito (necessidade temporária), que o Poder Público demonstre boa-fé, buscando solucionar esse problema que tem o potencial de no futuro, com o advento de outras circunstâncias, gerar novas situações de urgência. Um serviço de saúde precarizado por dolo ou inépcia na gestão, por exemplo, enseja demandas urgentes diante de acontecimentos menos graves do que aqueles que o fariam caso tivesse estrutura mais robusta e organizada. Nesse caso, para a validade da contratação temporária, é preciso demonstrar que a Administração trabalha para superar esse problema, mesmo que não o consiga superar em virtude de suas próprias contingências (como uma crise fiscal); caso seja possível e não o faça, entendo que a contratação temporária será um expediente inválido por quebra da boa-fé objetiva (*tu quoque*), portanto.

A ideia de necessidade temporária, por sua vez, é bastante intuitiva, trata-se de necessidade qualificada por sua transitoriedade, que não é recorrente ou permanente, é "aquela que se sabe ter um fim próximo(...), a que é passageira"[586]. Essa temporariedade,

586 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 150. O autor menciona alguns exemplos eloquentes de oportuna transcrição: "a restauração do sistema viário e dos serviços de comunicações destruídos por uma inundação: a continuidade dos serviços de magistério em razão do afastamento súbito e prolongado do professor titular: a vacinação emergencial da população em razão de um surto epidêmico imprevisível: o recenseamento e outros levantamentos estatísticos: a melhoria do serviço público tornado de baixa qualidade pela falta de servidores e a sua continuidade em razão de greve".

deve-se atentar, é uma qualificação da necessidade, não da função que será exercida. Num exemplo hipotético, implica dizer que um Município que tenha uma carreira própria e permanente de servidores médicos, inclusive com cargos vagos, poderia valer-se licitamente de contratação temporária para contratar médicos por tempo determinado a fim de enfrentar um súbito aumento de internações causado por uma pandemia, pois embora a função de médico seja de caráter permanente, a necessidade extraordinária decorrente do evento pandêmico é temporária.

A função, a tarefa em si a ser exercida pode muito bem ser a mesma de algum quadro permanente que precise de um complemento temporário e extraordinário de força de trabalho, pois o caráter de temporalidade é da necessidade e não da atividade. No que concerne a esta, o importante não é sua transitoriedade, mas sim a sua relevância para a contenção dos riscos trazidos pela urgência, ou seja, a função exercida precisa ser hábil a lidar com a periclitação do interesse público envolvido. No exemplo hipotético do município que enfrenta um aumento de internações numa pandemia, faltando médicos, não se justificaria a contratação de escriturários ou programadores.

A temporariedade se reflete, também, na duração da contratação. É certo que se a necessidade é transitória, também a duração do contrato deve ser correspondente a essa transitoriedade. Caso permaneça o interesse na contratação por tempo muito alongado, entrevê-se que a necessidade assumiu feições permanentes, afastando a aplicação dessa forma de contratação. Nessa esteira, é lídimo concluir que caso antes do prazo acordado deixe de existir a necessidade, o Poder Público pode, em exercício de autotutela e caso se mostre concretamente vantajoso, unilateralmente rescindir o contrato[587].

Esse essencial elemento da temporariedade não impede, contudo, que novas necessidades temporárias ensejem novas contratações, de maneira que alguém que fora

587 Nesse sentido, correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no RMS 33227/PA (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira turma. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 33227 PA**. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgamento 22/11/2011. DJE 06/12/2011), caso em que os impetrantes se insurgiram contra ato administrativo que havia rescindido antes do termo contratual a relação funcional temporária. A decisão *a quo* foi denegatória da segurança, sendo mantida nos recursos movidos no STJ. Em seu voto, o relator do agravo, Min. Francisco Falcão, argumentou que o contrato temporário não tem natureza de direito privado, não se fundamenta no código civil, mas sim num regime normativo de direito público que se estrutura em função do interesse público. Assim, perecendo o interesse público, perece a razão de ser do contrato, o que implica dizer que o vínculo por ele criado é precário e o ato de rescisão unilateral estritamente discricionário (juízo de conveniência e oportunidade). Ressalto, contudo, que apesar da correção da decisão, é preciso notar que a precariedade não significa que eventuais danos decorrentes da rescisão antecipada não devam ser indenizados, considerando a boa-fé e a confiança legítima do contratado. Igualmente, não me parece vedado que a lei regulamentadora ou mesmo o contrato especifiquem a disciplina da rescisão unilateral estabelecendo penalidades.

contratado para atender necessidade transitória na área de saúde pode, findo o contrato, ser logo em seguida contratado temporariamente para atender uma demanda na seara da segurança, ou da educação. O impedimento não é, perceba, de que o sujeito exerça perenemente funções temporárias, desde que cada novo contrato seja embasado numa situação de urgência nova.

Interessante, ainda, observar o decidido no RE 555.141-AgR/RJ[588], caso no qual governo municipal que contava com quadro reduzido de professores decidiu renovar as contratações temporárias existentes, apesar de haver candidatos aprovados em concurso válido e ainda não nomeados. O município, contudo, foi impedido de fazê-lo por decisão judicial que reconheceu a precedência da nomeação dos aprovados para preenchimento das vagas e atendimento da necessidade alegada. Em recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, a decisão *a quo* foi mantida sob o argumento análogo à situação de dois concursos vigentes: "se os concursados têm preferência sobre os aprovados em concurso público, esta regra não pode ser diferente quanto aos demais tipos de preenchimento de cargos (...)"[589].

Observa-se, portanto, que os requisitos constitucionais ganharam conteúdo bastante restrito na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente por meio das decisões de efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade. As várias ADIs aqui mencionadas apenas ilustram a relevância da reserva de lei qualificada do art. 37, IX, da Constituição Federal, e o cuidado que deve ter o legislador na construção das hipóteses que darão eficácia ao dispositivo constitucional.

Em âmbito federal, a Lei 8745/10 faz essa intermediação legislativa, e já nos incisos do art. 2º elenca as hipóteses que configuram necessidade temporária de excepcional interesse público. É de se observar nesse rol a presença de incisos que indicam claras hipóteses de urgência, como os que preveem assistência a situações de calamidade pública e a emergências em saúde pública (I e II), mas também incisos que revelam apenas atendimento a uma utilidade prática ordinária da Administração, como a que amplamente admite a contratação de pesquisador para projeto de pesquisa com prazo determinado (X), o que

588 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda turma. **Recurso Extraordinário 555.141-AgR/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 08/02/2011. DJE 24/02/2011. fls. 316

589 Embora ressalve a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça (**Jurisprudência em teses**, ed. 115. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp >, acesso em 11 de março de 2021) que "a contratação de servidores temporários ou o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, por si sós, não caracterizam preterição na convocação e na nomeação de candidatos advindos de concurso público, tampouco autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital".

levanta dúvida sobre possível alargamento exagerado do sentido dos requisitos constitucionais e, parece-me, com ele incompatíveis.

A referida lei, ainda, prevê um regime administrativo contratual especial para esses agentes, afastando do vínculo qualquer natureza estatutária ou celetista. Ademais, apesar de configurar exceção à regra do concurso, em atendimento ao princípio da impessoalidade, a lei prevê a obrigatoriedade de processo seletivo simplificado (art. 3º), excetuando-se nos casos de contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública (art. 3º, §1º).

Apesar dos rigorosos critérios e da função subjacente ao enfrentamento de urgências, a prática das contratações temporárias no Brasil foi banalizada e tornou-se subterfúgio para recrutamento barato de pessoas para funções de carreiras permanentes sem a presença de necessidade temporária de excepcional interesse público. São contratos evidentemente fraudulentos, não raramente "são prorrogados inúmeras vezes, não há transitoriedade do vínculo e nem excepcional interesse público"[590]. Exemplo marcante e diuturno é o de contratação de professores substitutos nas universidades públicas, normalmente resultando na composição de quadros pouco qualificados, de baixa experiência e alta rotatividade[591].

Sob pena de violação direta ao disposto na Constituição Federal, a mera crise fiscal – que ganha tons de permanência em tantos entes federados – não pode só por só justificar a contratação temporária para equilibrar constas públicas, exceto quando somada a outras situações que configurem a transitoriedade da medida e justifiquem o recurso a uma medida emergencial. O caminho legítimo para realizar o barateamento do funcionalismo – caso seja esse o questionável intuito da Administração – é o da via legislativa, da mudança legal dos provimentos, funções ou cargas horárias para novos servidores, sem mencionar o

590 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n 239, Rio de Janeiro, jan./mar. 2005, p. 111.

591 Sobre o tema, escrevem Camargos Pereira *et al.* (PEREIRA, Jonas Patrezzy Camargos; OLIVEIRA, Hevelym Silva de et al. Contratação de professores substitutos em inobservância à Constituição Federal e suas conseqüências jurídicas: o caso das universidades federais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 430, 10 set. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5679. Acesso em: 12 mar. 2021): "Devido à baixa remuneração oferecida, os processos seletivos são obrigados a diminuir as exigências quanto à qualificação profissional: se encontrar profissionais que estejam dispostos a trabalhar em troca de salários tão baixos já é difícil, imagine quão pior se torna essa mesma missão em se tratando de profissionais qualificados, com especializações e cursos de pós-graduação? Assim, verifica-se que o resultado desta caça ao tesouro travada pelas universidades federais em busca de seus professores substitutos não tem sido muito proveitosa, os reflexos são percebidos nas constantes manifestações acadêmicas em busca da melhoria na qualidade do ensino público superior".

correto e eficiente planejamento orçamentário e a adoção de padrões de controle e eficiência na gestão, os quais preveniriam essas crises.

O servidor deve ser pensado enquanto elemento de qualificação e profissionalização da atividade administrativa, daí existir uma sujeição constitucional meritocrática à sua admissão, e não como um passivo orçamentário a justificar a deturpação de um instituto como a contratação temporária, destinado a situações emergenciais. O que não significa dizer, para ficar claro, que uma crise fiscal não possa somar-se a uma necessidade urgente e agravar a situação, ou mesmo que uma crise fiscal não possa gerar situações urgentes, o que não pode é ela, por si só, dar ensejo a uma contratação temporário pelo exclusivo motivo de redução de despesa total com pessoal, pois não é essa a finalidade a que a Constituição condiciona esse instituto, ainda mais quando, para tal mister, o ordenamento disponibilize mecanismos legais (*v. g.* art. 23 da LC 101/2000) e constitucionais (*v. g.* art. 169, da CRFB) próprios.

Portanto, em se tratando de uma técnica de crise de matiz constitucional, a contratação temporária deve circunscrever-se a situações de urgência (necessidade premida pelo tempo). Genuíno instituto de exceção que é, não posso deixar de concluir que "a contratação temporária deve (ou deveria) ser utilizada em caráter excepcional, e exatamente por isso o texto constitucional a reserva para situações transitórias de excepcional interesse público"[592]. Assim, indispensável concluir-se pelo caráter de inevitabilidade necessário à licitude da contratação temporária, a qual é cabível unicamente "perante situações de emergência, é dizer, 'excepcionais', portanto, em que está em pauta um interesse que 'excepciona' – de modo transitório – a admissão por concurso"[593].

6.4 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

6.4.1 Licitações

No tema das contratações públicas há dois momentos destacados em que se pode observar a manifestação da urgência. Há o momento da execução contratual em si, no qual intempéries e demais circunstâncias podem afetar o interesse público e a comutatividade do acordo. Mas há também o momento anterior à celebração do contrato, que é quando se dá a

592 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 730
593 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 64

escolha da proposta que melhor atende à necessidade da Administração, o que ocorre, no Brasil, por meio de um procedimento concorrencial chamado licitação. Pela ordem dos eventos, começo a exposição por este momento antecedente.

A licitação é um procedimento administrativo obrigatório destinado à seleção do melhor contratante para as hipóteses de contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI da CRFB) pela Administração Pública e demais pessoas indicadas em lei, de maneira a garantir não apenas a isonomia e a competitividade na propositura de ofertas, mas também a promoção de outros valores e objetivos contemplados pela legislação (art. 11 da Lei 14.133/21)[594].

Fazendo um paralelo, a regra da licitação está para os contratos administrativos como a regra do concurso está para os servidores públicos, trata-se de um procedimento obrigatório à garantia da moralidade e da impessoalidade num segmento da atividade administrativa tão sensível e propenso a desvios. É claro que existem casos em que a competição é inviável, tornando a norma constitucional juridicamente ineficaz, ou seja, há uma impossibilidade material de concretização do seu suporte fático e produção dos seus efeitos[595]. Contudo, para a maioria de casos – aqueles em que há múltiplos contratantes em potencial e possibilidade de competitividade – a licitação se impõe como requisito constitucional de validade dos contratos.

Curiosamente, o inciso XXI do art. 37 da Lei Maior apresenta uma redação invertida: embora a regra seja a licitação nos casos em que há competição, o dispositivo principia por enunciar a exceção ao dizer que a legislação poderá ressalvar casos nos quais não se observará o procedimento licitatório (contratação direta), sem indicar quais seriam esses casos nem mesmo dar diretrizes para essa estipulação. Assim, ao contrário do que foi visto em relação à contratação temporária de agente público, aqui a Constituição estabeleceu uma reserva legal simples, devendo o legislador apenas considerar o interesse público na delineação desses casos.

Dessa maneira, o recurso à contratação direta se faz sempre com referência a uma hipótese legalmente definida, sendo, inclusive, crime dar causa a contratação direta fora das

594 É o que se costuma chamar de função regulatória da licitação, isto é, a "utilização do 'poder de Compra' estatal para o alcance de objetivos de interesse público estranhos à específica execução contratual, por meio da previsão de incentivos ou regras para que os agentes econômicos atuem de determinada maneira" (VIEIRA, Danilo Miranda. O princípio da legalidade administrativa como limite ao uso das contratações públicas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável: uma análise à luz da jurisprudência do TCU. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 23-33, out. 2017, p. 24).

595 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94

hipóteses legais (art. 337-E do Código Penal). No Brasil há milhares de leis que versam sobre licitações, as quais se diversificam em função do âmbito federativo (federal, estadual, distrital ou municipal), do destinatário (agência reguladora, empresa pública, etc.), ou do objeto do contrato (concessão de serviços públicos, parceria público-privada, etc.). Mesmo considerando apenas a lei de normas gerais editada pela União (Lei 14.133/21), há um grande número de hipóteses de contratação direta (número que tende a crescer, considerando a experiência com a legislação anterior). Contudo, para os objetivos deste trabalho, deter-me-ei especificamente à análise dos casos previstos no art. 74, VII e VIII, da Lei 14.133/21 (correspondentes ao art. 24, III, IV e XXXV, da Lei 8.666/93)[596].

Ambos os casos são dispostos pela lei como hipóteses de licitação dispensável. Tradicionalmente, com base na literalidade da Lei 8.666/93 – reproduzida na Lei 14.133/21 - distingue-se a licitação dispensada e a licitação dispensável não apenas pelo rol de hipóteses e pelo objeto do contrato (restrito nas dispensadas), mas também pela discricionariedade do administrador, de maneira que a opção pela dispensa seria impositiva (vinculada) naquela e sujeito a avaliação de conveniência e oportunidade nesta. Apesar da utilização pela lei de uma nomenclatura diferente, entendo, junto a parcela da doutrina, que são hipóteses de mesma natureza, e que, considerando-se as circunstâncias concretas, sendo mais interessante licitar, não pode o administrador ignorar a regra constitucional alegando uma imposição legal concretamente contrária ao interesse público[597].

Então, não se pode excluir a necessidade de adequada fundamentação concreta que não apenas justifique a dispensa com fulcro na autorização legal e na razão de interesse público, mas também demonstre a impessoalidade e eficiência na escolha do contratado e justifique o preço ofertado (art. 71). Isso porque, de forma similar ao que ocorre com a contratação temporária de agentes, a contratação direta não exime o Poder Público de observar os princípios da Administração e realizar um procedimento formal prévio, apto a identificar a necessidade a ser atendida, a diagnosticar o meio mais adequado de atendimento e a definir precisamente o objeto necessário, delineando os "motivos objetivos suficientes e aptos a evidenciar que aquela solução propiciará o maior benefício para a coletividade"[598].

596 Ressalte-se que, no momento em que escrevo esse texto, ambas as leis se encontram válidas e vigentes em virtude da estranha disposição da Lei 14.133/21 de vigência simultânea nos dois primeiros anos de sua produção de efeitos, o que não pode ser propriamente chamado de *vacatio legis*.

597 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 62

598 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos -** Lei 8.666/1993. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 653

Assim, ausência de licitação não significa contratação informal ou ausência de procedimento, porém, nos casos em que a premência temporal seja incompatível com a mínima demora que tomaria um procedimento prévio, ele poderia ser dispensado mediante fundamentação postergada. Como alude Justen Filho, "não se poderá exigir que a Administração produza formalismos que delonguem o início da execução das providências indispensáveis. A hipótese não pode afastar nem sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente"[599].

A primeira das hipóteses mencionadas é a do inciso VII do art. 74 da Lei 14.133/21, o qual prevê a dispensa de licitação nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou grave perturbação da ordem. Em conjunto os casos revelam natureza de estado constitucional de exceção, ou fórmulas constitucionalmente definidas de atribuição excepcional de poderes, situações que são tipificadas pela própria Constituição Federal e, por conseguinte, exigem formal configuração para ensejar a mencionada dispensa.

Estado de defesa (art. 136, da CRFB), estado de sítio (art. 137, da CRFB) e intervenção federal (art. 34, da CRFB) são situações cuja hipótese de configuração e efeitos estão delineados na Constituição Federal, e, portanto, exigem o cumprimento desses requisitos. O inciso menciona, ainda, a guerra e a grave perturbação da ordem, casos já previstos na Lei 8.666/93. Contudo, mesmo essas duas situações são condicionadas a uma tipologia constitucional. A guerra é declarada pelo Presidente da República mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional (art. 84, XIX, da CRFB); a grave perturbação da ordem, por sua vez, é situação que enseja decretação de estado de defesa ou sítio, dela dependendo[600]. Em quaisquer dos casos, exige-se a verificação de extraordinária alteração do mercado que inviabilize a credibilidade como fator de contratação, a necessidade de premente atendimento a interesse público imprevisto e inadiável e a contratação de objeto apenas nas quantidades e medidas estritamente necessárias ao atendimento desse interesse[601].

O que se percebe é que, em termos gerais, o inciso se refere a circunstâncias de estado constitucional de exceção, valendo aqui tudo o que já foi dito sobre a gravidade e a

599 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos -** Lei 8.666/1993. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 501

600 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 261

601 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 258 - 260

natureza dessas situações em capítulos anteriores. Para situações de urgência menos graves, que não se encontram no contexto de ameaça direta à ordem constitucional e à higidez institucional do Estado, tem-se a hipótese de dispensa do inciso VIII.

Este inciso autoriza a dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizado risco de prejuízo ou comprometimento à continuidade dos serviços públicos ou à segurança de pessoas e bens[602]. O texto do dispositivo deixa claro a limitação do objeto da contratação que deve ser restrito aos bens necessários ao atendimento da emergência ou parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas em um ano a contar do início da situação de urgência. Além disso, também veda recontratação de empresa já contratada com base na mesma autorização legal.

As duas hipóteses prescritas no inciso são definidas pelo já mencionado Decreto federal nº 7.257/2010. Neste diploma, ambas são descritas como situações anormais provocadas por desastres, causando danos e prejuízos, sendo que a emergência compromete parcialmente a capacidade de resposta do ente atingido, enquanto a calamidade compromete substancialmente. Parece-me, contudo, não haver uma necessidade de estrita observância desses conceitos (que se distinguem em natureza e gravidade daquelas fórmulas de exceção previstas na própria Constituição mencionadas na hipótese de dispensa do inciso VII), nem que seja indispensável uma decretação formal pelo Executivo federal na forma do art. 7º do Decreto, o que serviria apenas para reduzir o ônus demonstrativo da gravidade da situação[603].

602 Embora esteja a dissertar sobre licitação para celebração de contratos administrativos, destaco que dispensa similar é prevista no art. 4º, §2º, I, do Decreto nº 6.170/07 (com redação dada pelo Decreto 7.568/11) para os procedimentos de chamamento público destinados à celebração de convênio entre a Administração Pública federal e outras entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de atividades que envolvam a transferência de recursos orçamentários. No referido dispositivo tem-se que o Ministro de Estado pode, fundamentadamente, excepcionar a exigência de chamamento público em casos de "emergência ou calamidade pública" quando mostrar-se necessária a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo e improrrogável de cento e oitenta dias. Percebe-se que a redação do dispositivo, os termos utilizados e até o prazo previsto espelham o texto da previsão semelhante da Lei 8.666/93 (art. 24, III), de maneira que também para essa dispensa do decreto são válidas as observações que faço aqui em relação às licitações.

603 Nesse sentido, entendo que a Lei 13.979/2020, editada no contexto de enfrentamento à COVID-19, cria em seu art. 4º e 4º-B uma presunção legal dos requisitos fáticos que ensejam a configuração da hipótese de dispensa em comento. Com a vigência da lei, as compras relacionadas ao enfrentamento da pandemia presumem-se realizadas em situação de emergência ou calamidade, reduzindo o ônus argumentativo do gestor que deva fundamentar a opção pela contratação direta. O elenco de presunções, ensina Marçal Justen Filho (Um novo modelo de licitações e contratações administrativas? A MP 926 pode funcionar como experimento para a reforma das licitações. In Marçal Justen Filho (et al.). **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. [E-Book]), toca diversos ângulos da fundamentação da decisão, adiantando conclusões que "já foram objeto de discussão científica no plano mundial, o que torna descabido reabrir sua discussão no plano interno". Trata-se daquilo que Alexy (**Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 254) chama "função redutora de encargo justificativo", técnica dogmática indispensável para decisões que ocorram sob limite de tempo. Não obstante, a referida prescrição não elide o dever de fundamentação como um todo, sendo imperativo que se demonstre ao menos a relação do contrato com o contexto fático e as necessidades presumidas pela referida lei. Ademais, a própria lei

Isso porque a lógica do dispositivo é possibilitar uma solução flexível perante circunstâncias de premência temporal, não fazendo qualquer sentido se condicionar a tais formalidades, porquanto "o caráter indeterminado da urgência obriga a uma sua avaliação hodierna e no caso concreto"[604]. Ademais, entendo ser incompatível com a autonomia federativa submeter os demais entes federativos a uma decisão da União quando nem a Constituição - e nem mesmo a lei de normas gerais – o determinam.

Assim, é preciso compreender a redação do dispositivo a partir de sua função, trata-se de uma cláusula de dispensa condicionada a uma situação de urgência; é, portanto, verdadeira técnica de crise. Os pressupostos de sua configuração se assemelham muito àqueles do estado de necessidade, com a diferença de que os efeitos são restritos à possibilidade de contratação direta, ou seja, é uma manifestação parcelar do estado de necessidade restrito ao efeito de excepcionar a regra da licitação.

Sua razão de ser reside no risco de a demora produzir sacrifícios a valores tutelados pelo ordenamento, o que diz Catarina Alves ao escrever que "o centro nevrálgico deste tipo de situações está na urgência impreterível, imposta pelas circunstâncias do caso concreto, que exigem aquela contratação naquele preciso momento, sob pena de o interesse público sair sacrificado"[605]. Noutros termos, não basta a simples descontinuidade dos serviços públicos, é preciso que se configure aquela fórmula da urgência tantas vezes repetida aqui: necessidade somada à premência temporal. A necessidade se consubstancia na evitação do risco de prejuízo ou comprometimento à continuidade dos serviços públicos ou à segurança de pessoas e bens; a premência temporal é o curto lapso de tempo em que se deve atender à necessidade sem que se configure o dano provável.

Assim, sempre deverá ter por base uma situação composta de certa imprevisibilidade e existência de risco a pessoas ou bens, que em conjunto demandam um rápido atendimento. É esse risco que baliza os limites da contratação (seu marco finalístico) a determinar o seu objeto, expressando o interesse público concreto a ser atendido, pois, como explica Di Pietro, ao exigir a relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins

admite a superação de alguns requisitos formais diante da escassez de fornecedores, como ao autorizar a contratação de empresas declaradas inidôneas, referenciamento de objeto mais simples, além de admitir a prorrogação do contrato enquanto se prove necessário ao enfrentamento dos efeitos da emergência. São medidas que, na verdade, revelam não tanto uma inovação procedimental, mas um juízo de ponderação previamente realizado pelo legislador para o contexto fático demarcado.

604 ALVES, Catarina Barreiros. A urgência imperiosa enquanto fundamento material do recurso ao ajuste direto. **Data Vênia**, ano 4, n. 5, jan. 2016, p. 101

605 ALVES, Catarina Barreiros. A urgência imperiosa enquanto fundamento material do recurso ao ajuste direto. **Data Vênia**, ano 4, n. 5, jan. 2016, p. 102

(atendimento de situação emergencial ou calamitosa), a fórmula legal consubstancia um arquétipo de juízo de razoabilidade[606]. A não verificação desse liame lógico entre o objeto do contrato e o risco que se pretende evitar implica a ilicitude da dispensa e a consequente violação da obrigatoriedade de licitar[607].

A fórmula analítica da urgência que adoto aqui desde o início desta dissertação revela-se uma baliza adequada para identificar o interesse público que enseja a contratação direta, e mais ainda os pressupostos apontados anteriormente em relação ao estado de necessidade e que aqui posso revisitar. O primeiro deles, o nexo finalístico, vai se revelar exatamente a partir do interesse público concreto, o qual, como visto, quantifica e qualifica o objeto a ser contratado. O segundo pressuposto é o perigo grave e iminente a esse interesse, que deve ter certa dimensão de essencialidade (afetando direitos fundamentais ou serviços essenciais) a justificar a derrotabilidade do dever de licitar. O terceiro corresponde à excepcionalidade da situação, isto é, à anormalidade que essa situação implica às relações sociais, especialmente no que concerne à continuidade das prestações administrativas. Por último, tem-se a aferição de que a contratação direta, com todos os riscos de imoralidade que ela acarreta, é o melhor mecanismo jurídico para lidar com a situação, que não existe a possibilidade de licitar por uma modalidade mais simples sem incorrer em prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente; trata-se, como explica Dotti, "de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano"[608].

A configuração dos pressupostos, visto que performam um raciocínio de proporcionalidade, criam um dever de ação para o gestor. A atividade administrativa é completamente voltada à preservação e promoção do interesse público, de maneira que, não havendo mecanismo menos grave, a dispensa se coloca como meio de uso obrigatório. A inércia do administrador nesses casos deve ser entendida como negligência qualificada a ensejar sua responsabilização. Como adverte Ronny Charles, "as competências administrativas se apresentam como poder-dever, de forma que, diante do risco de prejuízo aos bens tutelados pelo legislador, deve o gestor adotar a hipótese de contratação direta para protege-los (...)"[609].

606 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 437
607 DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, n. 108, jan./abr. 2007, p. 53
608 DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, n. 108, jan./abr. 2007, p. 54
609 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 358

A própria literalidade da lei indica substancialmente esses requisitos, não havendo na descrição do supedâneo fático qualquer elemento subjetivo. Dessa forma, tal qual alertei ao tratar do estado de necessidade, a interpretação do dispositivo deve se dar de maneira puramente objetiva. Considerações subjetivas sobre a culpa do administrador não integram a hipótese de incidência e devem ser resolvidas no âmbito de sua responsabilização, não afetando a configuração dos requisitos legais para a dispensa de licitação[610].

Outrossim, o limite temporal estabelecido pela lei deve ser considerado no contexto do estado de necessidade. É possível que circunstâncias supervenientes gerem novas urgências agravando a situação inicial, o que pode exigir uma dilatação de prazo. É claro que tal consideração deve seguir a mesma lógica e pressupostos da própria dispensa, em especial a constatação de que não há outro meio adequado a lidar com o risco agravado, isto é, "quando for indispensável à proteção dos bens tutelados pela própria hipótese de dispensa"[611]. Sempre que possível, contudo, deve-se procurar dividir o objeto do contrato para que a dispensa incida apenas sobre a parte cuja execução seja mais imediata, desde que haja tempo para licitar a contratação da parte restante.

O mesmo raciocínio deve valer para outras exigências de cunho formal, como aquelas do art. 71 da Lei 14.133/21 e do art. 23, tendentes à justificativa do preço. Circunstâncias concretas como a escassez de fornecedores, dentro do juízo de ponderação, também podem justificar a supressão desses requisitos do procedimento. Todas essas decisões devem ser fundamentadas nos autos do processo administrativo, e a autoridade deve demonstrar sua diligência na manutenção da impessoalidade e na escolha das melhores soluções. As necessidades concretas são o fio de Ariadne a dar a medida das formalidades que

610 É o que conclui Marinês Dotti (Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, n. 108, jan./abr. 2007, p. 56) ao dizer que "Não se pode confundir hipótese normativa criada para um caso dado com elemento de conduta objetiva utilizável para averiguar descumprimento de norma legal. Se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe dispensa de licitação, independente de culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. A inércia do servidor, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela administração". Apesar de ter decisões em sentido contrário (vide a Decisão 347/1994), hoje a mais recente jurisprudência do Tribunal de Contas da União se consolida no mesmo sentido. Representativo disso o decidido no Acórdão 1122/2017 (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. **Acórdão 1122/2017**. Processo 020.514/2014-0. Rel. Benjamin Zymler. Sessão de 31/05/2017), caso que versava sobre a contratação de serviços médicos terceirizados para atender a situação emergencial gerada pela falta de planejamento do Município de Porto Alegre. O Tribunal decidiu que não poderia invalidar a contratação em detrimento do interesse público quando configurados os requisitos objetivos da dispensa, dentre os quais não consta a causa da emergência; portanto, conclui citando o artigo de Dotti acima referenciado, dizendo que "a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos púbicos, pois, 'a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração.'".

611 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 357

se deve observar, sendo certo que o escopo do inciso em comento é possibilitar o melhor atendimento ao interesse público.

Há que se pontuar que a crise imposta pela pandemia da COVID-19 jogou luzes sobre a insuficiência da disciplina legal do comentado mecanismo de dispensa tal qual se tinha na Lei 8.666/93, e, nesse sentido, a Lei 13.979/20 – com redação dada pela Lei 14.035/20 – trouxe alguns detalhamentos que apontam para a aprimoração desta técnica de crise. Como já adiantei, são ferramentas que, entendo, já poderiam ser utilizadas num caso concreto, mas a lei ao trazê-las de forma expressa adianta o juízo de proporcionalidade e traz mais segurança ao gestor.

Destaca-se o cuidado em reduzir os requisitos da fase interna, especialmente pela dispensa de realização de estudos preliminares para contratação de objeto comum[612], o que significa a autorização do uso de especificações mínimas, feitas na forma de termo de referência ou projeto básico simplificado, suficientes à descrição segura do objeto necessário ao atendimento da necessidade. O importante é garantir a efetividade da contratação, tendo-se sempre em vista o interesse público.

Toda formalidade e todo detalhamento só têm sentido quando geram eficiência no atingimento do objetivo, o que na intrincada equação com a premência temporal tende a se reduzir ao que for suficiente para a clareza do que se busca contratar, dispensando-se documentações imprestáveis e presumindo-se a confiabilidade dos requisitos de habilitação quando não houver tempo hábil para os verificar. É certo que tais medidas exigem a cautela de que se procure realizá-las por meios menos demorados em vez de optar diretamente por sua supressão, a ocorrer apenas quando a situação indicar não haver alternativa razoável.

Situações de urgência, especialmente quando no contexto de uma crise mais generalizada, tendem a gerar distorções de mercado, por isso o rigor da busca por preços competitivos perde rapidamente parametrização em virtude de flutuações de preço. Também nesse ponto a lei antecipou eventuais discussões concretas ao autorizar a contratação por valor superior ao estimado e mesmo a dispensa de estimativa quando, concreta e excepcionalmente, a instabilidade de mercado impossibilite aferições seguras.

Todas essas ferramentas apontam para uma realidade inafastável que é a necessidade de se fortalecer a criação de plataformas informatizadas suficientemente

612 Por objeto comum deve-se entender, nos termos da própria Lei 14.133/21, aquele que ostenta padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

alimentadas e regras procedimentais que possibilitem uma dinâmica de *e-marketplace* ágil e segura para contratações emergenciais. A lógica do marketplace digital é a de que empresas previamente credenciadas possam permanentemente oferecer seus produtos e serviços numa plataforma criada para atender às necessidades da Administração, possibilitando a realização desburocratizada de acordos dentro das condições preestabelecidas e da demanda atual do Poder Público[613]. Essa modelagem acarreta grandes ganhos em termos de tempo e diminuição de falhas de mercado (conluios, assimetrias de informação, precificação de riscos, etc.)[614], sem falar no evidente aumento de transparência que propicia uma plataforma digital pública. Nunca é demais enfatizar a importância da transparência de medidas sumárias como a dispensa, o que ensina Carmen Arruda ao dizer que "a única forma de agir sem licitação, mas com alguma segurança jurídica nas compras necessárias, será com ferramentas de transparência que possibilitam o controle de preços de forma ágil, permitindo a tomada de decisões seguras e rápidas"[615].

Nessa esteira, em recente nota técnica, Fiuza *et al*[616] defendem a adoção de um procedimento em duas etapas: a primeira de pré-seleção de fornecedores que cumpram requisitos mínimos e aceitem praticar limite de preço previamente definido pelo Poder Público, e uma segunda etapa que, a depender da demanda, se dá com a escolha rápida de ofertas oferecidas naquele momento. Diferentemente de um simples registro de preços[617], essa dinâmica garante flexibilidade para que flutuações sejam compensadas pela proposta de novas ofertas a cada demanda efetiva, sendo possível até a incorporação de disputas resumidas nos casos de compras maiores.

613 ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. Marketplace digital para compras públicas. **IJDL – International Journal of Digital Law**, ano 1, n. 1, abr. 2020, Belo Horizonte, Fórum, p. 82 - 84

614 Marcos Nóbrega e Ronny Torres (A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas. **O Licitante**. Disponível em < https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas/ >, acesso em 24 de março de 2021) comentam as vantagens desse modelo destacando dois principais benefícios: "melhorias nos custos do processo e redução do preço de compra, firmando que há significativa diminuição dos custos associados ao processo de compras e uma maior conformidade com o processo e os contratos aprovados".

615 ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. Transparência na administração pública para enfrentamento da Covid-19: faz-se urgente estabelecer alguns parâmetros de segurança jurídica para que o gestor público de saúde possa agir. **JOTA**. Disponível em < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-na-administracao-publica-para-enfrentamento-da-covid-19-24032020#:~:text=A%20transpar%C3%AAncia%20tem%20papel%20fundamental,dos%20contratantes%20com%20o%20governo. >, acesso em 25 de março de 2021.

616 FIUZA, Eduardo *et al*. Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública. In Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão**. Brasília: Ipea, 2020, p. 62 - 63

617 Marcos Nóbrega e Ronny Torres (A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas. **O Licitante**. Disponível em < https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas/ >, acesso em 24 de março de 2021) asseveram que "o formato de estabilização de um preço em proposta vinculada a período longo, como sugerido com as Atas de Registro de Preços, é ineficiente, pois o risco de oscilação é tremendo, o que induz preços mais altos ou propostas irresponsáveis, afasta potenciais fornecedores e aumenta preços transacionais, prejudicando eventual vantagem decorrente do ganho de economia de escala que poderia ser alcançado por uma compra imediata".

A formatação de *marketplace* digital para operacionalização de compras com dispensa de licitação por urgência cumpre com o escopo fundamental de qualquer técnica de crise, que é a preparação e a antecipação de riscos. A existência de fornecedores pré-selecionados minimiza os riscos advindos da supressão de qualificação, e a possibilidade de ofertas contemporâneas ao surgimento da demanda minimiza os riscos decorrentes da supressão da classificação, justificando-se o preço e garantindo-se a impessoalidade. Consegue-se, assim, um implemento de eficiência para o atendimento de necessidades urgentes.

Destaque-se que a Lei 14.133/21 caminhou nessa direção ao instituir o credenciamento como procedimento auxiliar, e não simples hipótese de inexigibilidade, o que indica sua plena compatibilidade com múltiplas hipóteses de contratação direta. Esse procedimento, se associado a uma plataforma digital adequada e bem alimentada, pode facilitar muito as futuras contratações emergenciais, notadamente durante crises, como a da pandemia do coronavírus, em que o mercado de certos bens e serviços ganha excessiva fluidez[618].

6.4.2 Teoria da imprevisão e execução contratual

Cabe agora, ainda que brevemente, referir-me a situações de urgência que podem ocorrer durante a execução dos contratos administrativos.

As relações contratuais de direito público entre o Estado e particulares é das mais sensíveis à urgência, pois são relações que dependem das finanças públicas – do orçamento – e, portanto, contam com uma maior formalidade na observação do *pacta sunt servanda* (ao menos na ponta do particular), ao tempo que admite a imperatividade da Administração no tocante às cláusulas regulamentares. A "verticalidade" que lhes é característica é por si só um fator de risco (risco soberano) para o contratado, a gerar custos de transação em sacrifício da confiança legítima do administrado na transação[619].

A teoria da imprevisão[620], conhecida dos privatistas, não responde perfeitamente aos problemas contratuais de direito público, pois acima dos interesses legítimos das partes,

618 NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles. A nova lei de licitações, credenciamento e *e-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. **O Licitante**. Disponível em < https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas/ >, acesso em 24 de março de 2021.

619 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

há uma finalidade pública a lhes justificar. Por isso, é comum falar-se na "instabilidade" como característica desses contratos dotados de maleabilidade ínsita ao dinamismo do interesse público que lhes fundamenta[621]. Não obstante, a legislação administrativa admite a força maior (expressão que abrange a teoria da imprevisão) como hipótese de reestabelecimento do equilíbrio das cláusulas financeiras (art. 123, Lei 14.133/21) ou de extinção do contrato (art. 136, Lei 14.133/21).

No Direito Administrativo, essa teoria se traduz, analiticamente, em dois pressupostos[622]: 1) a existência de uma excessiva diferença no valor da prestação entre o momento da perfeição e o da execução do contrato, caracterizando um prejuízo evidente e insuportável para o contratado; 2) esse ônus excessivo no cumprimento do contrato deve decorrer de eventos extraordinários e imprevisíveis, segundo a diligência ordinária exigida para o negócio.

Dessa maneira, as regras de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos no direito brasileiro se basearam amplamente nessa ideia estritamente econômica de força maior, importando para tanto as noções próprias da teoria da imprevisão adaptada ao objeto público no sentido de que não é justo um particular responder sozinho pela execução de um contrato de interesse de toda coletividade[623].

Por força maior entende-se "o acontecimento imprevisível ou aquele que, embora previsível, esteja além das possibilidades de vir a ser evitado por qualquer das partes"[624], considerada uma das modalidades de "álea extraordinária" (junto com os fatos do príncipe) –

620 Segundo Francisco Queiroz Cavalcanti (Notas sobre a teoria da imprevisão. **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, a. 22, n. 22, Recife, 1988, p. 92 - 93), com esteio na teoria egológica de Carlos Cóssio, a teoria da imprevisão se fundamenta em três elementos: a) a boa-fé; b) a complementariedade das cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus; c) o entendimento societário. Isso mostra como eminentemente a razão de ser da teoria está no valor da manifestação de vontade das partes e suas expectativas legítimas. Ressalte-se, ainda, que a diferença entre a força maior e a teoria da imprevisão é questão de grau e não de essência, de maneira que esta apenas compreende fatos econômicos que as doutrinas anteriores ao século XX, ao desenvolver a ideia de força maior, não ainda conheciam.

621 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 243

622 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A pandemia e os efeitos nos contratos administrativos. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 26 - 27

623 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013, p. 45

624 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 588

evento futuro de ocorrência incerta - a qual enseja os mecanismos de recomposição (parcial ou total) do objeto do contrato em seu "inicial equilíbrio"[625].

Assim, a noção tradicional de reequilíbrio econômico-financeiro se desenvolveu em torno dessas ideias de "áleas" e de uma base objetiva de equilíbrio inicial que deve ser garantida. A chamada álea econômica extraordinária está diretamente ligada à teoria da imprevisão, pressupondo uma situação imprevisível, inevitável e que venha onerar excessivamente uma das partes[626].

A teoria da imprevisão foi transposta ao direito administrativo pela jurisprudência do Conselho de Estado francês. O caso clássico é o *Arrêt do Gaz de Bordeaux* de 1916[627], em que concessionária fornecedora de gás demandava a modificação do valor do contrato em virtude do aumento expressivo no preço do carvão (um dos seus insumos) causado pelo advento da Primeira Guerra Mundial.

O *conseil de préfecture* havia negado o pedido alegando que a contratada, ao firmar o contrato, assume os riscos da variação de preços dos insumos. Contudo, o Conselho de Estado entendeu que o aumento de preços do carvão se deu numa magnitude não antecipada pelas partes, em virtude de circunstância extracontratual, temporária, dotada de tal excepcionalidade que exorbita a mera *aléa ordinaire de l'entreprise*, e que torna extremamente difícil (mas não impossível) a prestação do serviço nas mesmas condições, sendo imperativo que o Poder Público indenize o particular na medida do que seja necessário à garantia da continuidade do serviço público.

Foi com esse raciocínio da jurisprudência francesa que se cunhou a noção de álea econômica extraordinária – em oposição a uma álea ordinária e, mais modernamente, a uma álea convencional - como supedâneo da alteração das cláusulas financeiras do contrato administrativo a fim de garantir a continuidade do serviço público ou continuidade da atividade administrativa *lato sensu,* abarcando outros contratos que não somente os de concessão.

625 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. London: Laccademia Publishing, 2020. p. 160 - 161

626 NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 142

627 CONSEIL D'ETAT. **Du 30 mars 1916, 59928**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/ >, acesso em 27 de março de 2021

No Brasil, como ensina Leticia Barbosa[628], a teoria francesa foi recepcionada com duas diferenças principais: 1) a modificação do contrato visa reestabelecer integralmente a condição inicial de contratação, não compensar parcialmente uma dificuldade na execução do objeto, admitindo-se, caso muito onerosa ao Poder Público, a extinção do contrato sem culpa das partes; 2) a teoria francesa adota um conceito de risco como incerteza radical, que causa a convulsão do contrato, enquanto o direito brasileiro adota um conceito econômico de risco, a possibilitar o reequilíbrio face a um simples imprevisto (inclusive admitindo soluções como a simples prorrogação de prazo). Tais distinções se explicam pela diferença de fundamento jurídico para a teoria da imprevisão em cada ordenamento, pois enquanto no francês ela se calca na continuidade da atividade administrativa, no brasileiro está associado ao direito de propriedade (vedação ao enriquecimento sem causa).

Muito se discute hoje a utilidade dessas noções para a composição de custos e riscos decorrentes de eventos supervenientes à celebração do contrato. Marcos Nóbrega aponta que essa perspectiva pressupõe uma irreal completude contratual a indicar que as duas partes tinham plenitude de informações e os acontecimentos posteriores se mostraram completamente alheios à vontade informada dos contratantes (evento imprevisível, extraordinário que causa excessiva onerosidade a uma das partes). Sendo que a base volitiva dos contratos administrativos é defasada e fundada primordialmente numa precificação estratégica de riscos, de maneira que a teoria da imprevisão acaba servindo como incentivo à seleção adversa por parte dos contratantes[629].

A despeito de não se ignorar essas importantes discussões, seu aprofundamento exorbita o objeto deste trabalho, ainda mais pelo fato de que a teoria da imprevisão não consubstancia necessariamente uma cláusula de urgência. Apesar de ser aplicada a evidentes situações de excepcionalidade (e por isso faço menção aqui), não há necessariamente um imperativo temporal a justificar sua aplicação. Em outras palavras, a teoria da imprevisão pressupõe a quebra da ordinariedade, porém não a urgência. Destoa, ainda, dos institutos que analisamos até aqui por não atribuir competências extraordinárias à Administração, seus efeitos servem até a limitar a "verticalidade" do ente contratante na relação contratual.

Os mecanismos que mais propriamente possibilitam a juridicização da urgência como técnica de crise nos contratos administrativos são as prerrogativas de ingerência na

628 BARBOSA, Letícia Chaves Freitas. La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de servisse public - une approche comparée entre la France et le Brésil. [Dissertação de mestrado]. **Université Paris II Panthéon-Assas**, 2018

629 NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 114 - 124

execução do contrato para a garantia do interesse público. Um exemplo disso é a prerrogativa de suspensão unilateral do contrato em casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra (situações já analisadas no tópico sobre dispensa) enquanto durar a situação, inclusive por tempo superior a três meses consecutivos ou noventa dias úteis alternados, tempo que ordinariamente ensejaria a extinção do contrato (art. 136, §2º, II, III e §3º, I e II da Lei 14.133/21).

O exemplo mais destacado, contudo, é o da ocupação temporária, prerrogativa da Administração prevista pela Lei 14.133/21 nos arts. 103, V e 138, II, em face a duas situações: risco à prestação de serviços essenciais ou a necessidade de acautelar apuração administrativa. São duas hipóteses que se distinguem pela finalidade, isto é, pelo interesse específico que se destinam a proteger.

Na primeira hipótese supõe-se um serviço público dotado de essencialidade e que corre risco de prestação insuficiente. Essa essencialidade, aponta Ronny Torres[630], não tem qualquer relação com aquela clássica classificação dos serviços públicos, mas sim com a necessidade de execução contratual ininterrupta. A essencialidade, nesse caso, refere-se ao interesse público periclitado pela descontinuidade instantânea da prestação.

É notável, nesse caso, o elemento temporal que indica a urgência inerente à situação. Trata-se da noção de provisoriedade que qualifica essa ocupação, a qual, conjugada à essencialidade do serviço, revela uma necessidade de intervenção imediata, constatando-se que um novo certame, ou mesmo uma contratação direta emergencial, pelo tempo que demandam, resultariam em prejuízo ao interesse público. É dizer, trata-se de mecanismo cuja legitimidade reside na sua indispensabilidade, que se mostra ainda mais excepcional que a dispensa emergencial, e que durará apenas o tempo necessário à sua realização, respeitando-se os princípios da administração[631].

A segunda hipótese de ocupação temporária (para acautelar apuração administrativa) soma-se a outros mecanismos previstos nas leis de contratos administrativos (como a suspensão cautelar de processo licitatório – art. 171, §1º, da Lei 14.133/21) no bojo de um processo administrativo[632]. São prerrogativas instrumentais que se destinam à garantia

630 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 802 - 803

631 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 803

632 Há de se pontuar que existe mecanismo similar no art. 32 da Lei das Concessões (Lei 8.987/95), nominado de "intervenção". Pelo dispositivo, o poder concedente pode intervir na concessão para assegurar: 1) a adequação na prestação do serviço; ou 2) o cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

do processo em si, ou seja, cautelares administrativas. Para não cair em repetição desnecessária, em lugar de comentar cada cautelar individualmente, inicio no tópico seguinte a análise do poder cautelar da Administração de forma geral.

6.5 PROCESSO ADMINISTRATIVO[633]

6.5.1 Processualidade

Em sua etimologia, processo é uma marcha para frente, indica um fenômeno dinâmico, em constante desenvolvimento. Nesse sentido, pode-se falar em uma "processualidade" como característica daquilo que se dá com esse dinamismo próprio de uma sucessão de atos encadeados, fenômeno amplo que não se resume a apenas uma atividade do Estado.

Segundo Marcos André Couto Santos[634], esse fenômeno pode ser distinguido pelos seguintes elementos: 1) a previsão de um encadeamento de atos para a realização de determinado fim, de maneira a gerar segurança jurídica; 2) em regra, a participação de mais de um sujeito para a formação final do ato; 3) a produção de resultado unitário com base dialógica cidadã; 4) o disciplinamento de controle para a contenção dos abusos de poder e desvios de finalidade.

Assim, pode-se falar em processo no contexto das três funções estatais.

O Estado é uma estrutura social que se manifesta através de seus órgãos, é por eles e por seus agentes que exercita sua vontade. Comum a todas as suas funções, como manifestações de poder, é a persecução do fim público, pois o bem público é o objetivo

Parece-me que a intervenção evidencia um verdadeiro caso de medida cautelar antecedente administrativa típica, em que o Poder Público, por sua conta e risco, intervém para acautelar um processo administrativo que deve ser instaurado em até trinta dias após a decretação da intervenção, o qual apurará suas causas e deve ser concluído em até cento e oitenta dias sob pena de nulidade da intervenção (art. 33). Contudo, tais causas (adequação do serviço e cumprimento de normas) correspondem às causas de caducidade da concessão previstas no art. 38, §1º, I e II, da mesma lei. Assim, como também evidenciado pela redação do art. 34, percebe-se que a intervenção é declarada mediante juízo sumário sobre a ocorrência de irregularidades as quais, após juízo definitivo ao final de processo administrativo, ensejam a caducidade da concessão, de maneira que a intervenção se mostra um mecanismo urgente para evitar maiores prejuízos (*periculum in mora*) decorrentes de uma provável situação de irregularidade (*fumus boni juris*) e instrumental a um procedimento administrativo ulterior ao qual se refere e do qual depende, traços que, como se verá adiante, são característicos das cautelares administrativas.

633 Versão bastante reduzida deste tópico foi publicada em capítulo do livro TEIXEIRA, Sergio Torres; ANTÃO, Julienne Diniz (Org.). **Garantias constitucionais do processo e instrumentalidade processual**. 1ªed.Curitiba: Brazil Publishing, 2020. p. 117-144.

634 SANTOS, Marcos André Couto. O processo administrativo e as reformas processuais no Brasil – a litigância em face do poder público. **Revista dialética de direito processual**, v. 110, São Paulo, 2012, p. 85

mesmo do Estado[635]. Não espanta, portanto, que a dinâmica da processualidade seja possível no exercício das suas diversas funções, pois o Estado, por força do ordenamento, sempre percorre certo caminho (andar para frente) para agir, seja qual for o conteúdo do ato. Dessa forma, há processo para todas as suas funções, pois a lei é a meta a que nos leva a via legislativa, e os atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o processo judicial e o administrativo respectivamente[636].

Na visão mais comum da doutrina brasileira processo administrativo é um simples conjunto de trâmites exigidos em algumas situações especiais, como no processo disciplinar ou na impugnação de lançamento tributário. Essa é uma visão monocular que não se coaduna com a ideia de um Estado democrático de direito (ênfase no democrático) e de um paradigma participativo da atividade estatal[637].

Por isso, adota-se aqui como premissa a conclusão de Carlos Ari Sundfeld, ao dizer que "na Administração Pública, decidir é fazer processo – isto é, toda atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual"[638] e, indo mais além, pela própria Teoria Geral do Processo como meta-disciplina jurídica[639]. Assim, toda lei que disciplina o exercício das competências decisórias da Administração é, por definição, lei sobre processo

635 AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1979. p. 115 - 116

636 MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Comares, S. L., 2004. p. 272 - 275

637 Sobre o paradigma da administração participativa, a lição de Jaime Rodriguez-Arana (La mediación em el derecho administrativo. **Revista de Derecho Político**, v. 74, 2001, p. 122): "A participação dos cidadãos no âmbito do interesse geral pode alcançar a celebração de convênios ou contratos como novas fórmulas de gestão. Num ambiente de maior consciência e profundidade da participação é possível construir cenários de maior equilíbrio nos quais uma maior presença negocial dos interesses cidadãos evitem as consequências de uma perspectiva e a unilateralidade que com frequência se distancia das verdadeiras necessidades coletivas do povo" (Tradução própria do original: "La participación de los ciudadanos en el ámbito del interés general puede alcanzar a la celebración de convênios o contratos como nuevas fórmulas de gestión. En um ambiente de mayor conciencia y profundidad de la participación es posible construir escenarios de mayor equilíbrio en los que una mayor presencia negocial de los intereses ciudadanos eviten las consecuencias de uma perspectiva y la unilateralidade que com frecuenciase distancia de las verdaderas necesidad colectivas del pueblo").

638 SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (coord.). **As leis de processo administrativo** (Lei Federal 9;784/99 e Lei Paulista 10.177/98). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19

639 Por "meta-disciplina" quero dizer que ela trata e sistematiza outras disciplinas, dando-lhes unidade, ou seja, é dizer que os axiomas da Teoria Geral do Processo valem para o processo civil, o processo trabalhista, o processo penal, o processo administrativo, etc. Enquanto meta-disciplina, a Teoria Geral do Processo tem uma estabilidade maior das suas prescrições (meta-regras) do que essas disciplinas segmentárias, cujas regras podem mudar num balançar de pena do legislador. Antes da linguagem do processo civil ou administrativo, existe uma metalinguagem da Teoria Geral do Processo que lhes é comum e que serve à construção de sentido das suas regras singulares. Essa sobreposição de linguagens é similar à que existe entre a Teoria Geral do Direito e os diversos ramos dogmáticos do direito, os quais, em maior ou menor medida, pressupõem no conteúdo de suas normas as categorias daquela meta-disciplina.

administrativo, a qual chamará sobre si a incidência das normas constitucionais retoras da processualidade[640].

O termo processo administrativo envolve duas dificuldades terminológicas.

A primeira delas se relaciona com a distinção entre processo e procedimento administrativo. Não há, quanto a isso, unanimidade. Loureiro Filho[641] identifica duas orientações mais importantes a respeito da distinção entre processo e procedimento. A primeira é referente ao critério da colaboração dos interessados, segundo o qual o procedimento em sentido estrito é uma sucessão de atos realizados por um só sujeito que é competente para editar o ato final, enquanto o processo se caracterizaria pela participação de interessados diversos daquele que edita o ato final. Essa é uma terminologia que enfatiza o controle inerente à colaboração como garantia de justeza na Administração Pública. A segunda orientação, por sua vez, guia-se pelo critério do contraditório, pelo qual o processo é distinto do procedimento em razão de sua estrutura dialética, onde há uma distribuição prévia e correspondente de direitos e deveres.

Paula Sarno Braga[642] aponta que há administrativistas e processualistas que separam os termos segundo uma relação de gênero e espécie, procedimento seria o meio de exercício de função estatal, enquanto processo seria o procedimento exclusivo da função judicial; implícita nessa distinção está o desiderato de autonomizar e apartar o Direito Processual Civil e o Direito administrativo, especialmente para que os ritos administrativos tenham menos amarras de natureza fundamental e sejam terreno da discricionariedade.

Na processualística, costuma-se identificar procedimento com o meio extrínseco do processo; Carreira Alvim[643], por exemplo, destaca ser o procedimento uma exteriorização do processo, sua veste exterior, acompanhando-o como "a sombra acompanha o corpo". José de Albuquerque Rocha[644], por sua vez, prefere dizer que "(...) a expressão processo é uma

640 Um ponto de resistência à terminologia processo administrativo vem da inspiração dos países de jurisdição dupla. Nesses países, o processo administrativo é expressão que designa o contencioso administrativo. Odete Medauar (**A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 47-48) assevera não haver como confundir processo administrativo e contencioso administrativo em países de jurisdição una, pois este se refere por vezes ao sistema de julgamento de litígios promovido pela própria Administração e por outras a controvérsias entre a Administração e seus servidores, sendo esse último sentido menos técnico.

641 LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Elementos da evolução do processo administrativo. **Revista Forense**, vol. 415. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 201-202

642 BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. [tese de doutorado. **Universidade Federal da Bahia**, Salvador, 2015, p. 129

643 ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 227

644 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199

abstração que só existe em nossa mente. Em concreto o que há são procedimentos". Parece-me que se trata muito mais de uma distinção retórica, aporeticamente construída, do que de categorias diferenciáveis a priori, até porque, considerando-se as definições baseadas na ideia de exteriorização, acho muito difícil encontrar no mundo fenomênico – fora dos campos elísios conceituais da mitologia jurídica - o "processo desencarnado", que não esteja consubstanciado numa forma externa à qual chamarão procedimento.

Mas esse não é o único critério de distinção. Paula Sarno Braga[645], em análise percuciente que não cabe aqui detalhar, faz referência a vários critérios: processo como complexidade, um todo de atos, do qual o procedimento seria parte; processo como sequência de atos voltados a um fim, sendo o procedimento seu aspecto exterior, a forma como se movimenta; e processo como espécie de procedimento em contraditório. A autora conclui que num país democrático não há como dissociar procedimento (como forma de exercício do poder) de processo, pois todo exercício de poder deve ser balizado pelas diretrizes normativas de ordem democrática, como o contraditório.

Portanto, com essa última nota, embora reconheça que existem importantes efeitos práticos dessa distinção (especialmente no tocante à definição de competências legislativas), adoto, para efeitos deste trabalho, a solução de Celso Antônio Bandeira de Mello[646] de tratar os termos processo administrativo e procedimento administrativo como sinônimos. O autor comenta que há uma divergência entre a nomenclatura legal (processo) e a que classicamente é usada na doutrina brasileira (procedimento), e que por isso prefere usar os dois termos indiscriminadamente, o que faço também aqui.

A segunda questão terminológica relevante é quanto ao caráter "administrativo" desse processo ou procedimento. Di Pietro[647] explica que a expressão processo administrativo toma vários sentidos no seu uso corrente: fala-se em processo administrativo como o conjunto de papéis, os documentos físicos organizados numa pasta e que concernem ao interesse da Administração; também pode ser usada como sinônimo de processo disciplinar, comumente referido apenas pela sigla PAD; pode designar, também, o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia administrativa; ou, por fim, como a série de atos preparatórios de uma decisão administrativa.

645 BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. [tese de doutorado. **Universidade Federal da Bahia**, Salvador, 2015, p. 137 - 152

646 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 504

647 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 529 - 530

Opto aqui, como já referi, por um conceito amplo de procedimento administrativo, como o utilizado por José dos Santos Carvalho Filho, que o define como "a sequência de atividade da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei" [648], ou por Maurer, que o trata como "cada atividade da autoridade administrativa dirigida à promulgação de uma decisão, à execução de uma ou outra medida ou à conclusão de um contrato"[649].

Não há que o confundir, igualmente, com o mero ato complexo. Num ato complexo, vontades provenientes de diferentes órgãos se fundem em uma só expressão conjunta, formando um só ato. Não existem funções distintas para cada vontade, o objeto é o mesmo, a vontade é, em substância, igual[650]. Pode-se dizer que o procedimento, por sua vez, não é uma manifestação complexa de vontades, mas um complexo de atos do administrado e da Administração, permeados pelo contraditório; no procedimento há vários atos que contrapõem interesses, enquanto no ato complexo há um só ato formado por vontades de órgãos diversos, mas envolvendo uma mesma finalidade.

A razão de ser da procedimentalização está na concreção dos seus fins, instrumentalidade inerente a todo processo. De maneira sucinta, Marçal Justen Filho[651] destaca que a procedimentalização: 1) é meio de evitar o exercício abusivo do poder jurídico; 2) é uma solução de vinculação do administrador ao respeito à vontade presumível dos cidadãos; 3) reduz o risco de uma visão limitada e parcial dos fatos, através da contraposição de teses e do contraditório; 4) reduz a litigiosidade.

Mais do que isso, a processualidade do direito administrativo traz consigo uma plêiade de princípios que passam a ser aplicáveis na formação dos atos administrativos. Através do procedimento, uma série de normas, muitas de natureza constitucional, conseguem incidir sobre a disciplina da administração. Isto significa que, apesar de conservar certo caráter inquisitorial, o processo administrativo é indubitavelmente regido pelo *due process of law*[652].

648 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª edição comemorativa. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157

649 MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 529

650 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 508 - 509

651 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 341 - 343

652 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de direito administrativo** - I. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460

Segundo Bernardo Carvajal[653], o alcance do devido processo "administrativo", norma de indispensável imperatividade em todas atividades da Administração, se desenvolve em três grandes sentidos: formal, estrutural e material. Pelo sentido formal, significa conhecer e respeitar a diversidade procedimental estabelecida na lei e no regulamento para cada diferente função administrativa, de forma que, por exemplo, o procedimento sancionatório deve ter um rito e um rigor garantista muito diferente do procedimento relativo à prestação de serviço público. No sentido estrutural, o devido processo administrativo deve ser interpretado e aplicado no conjunto dos outros princípios incidentes sobre a atividade administrativa em geral e ao procedimento administrativo em específico, como a eficiência, a oficialidade e a supremacia do interesse público. Por fim, no seu sentido material, a Administração deve internalizar, por meio do devido processo administrativo, a constitucionalização do direito, de modo a não apenas garantir como também promover a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, percebe-se a possibilidade de aproximações entre institutos do processo judicial e do processo administrativo, respeitadas as peculiaridades (seus fins e formas de ser) de cada função. O rol de garantias fundamentais, em razão da diferença entre funções jurisdicional e administrativa, e mesmo dentre as várias atividades administrativas (fomento, serviço público, polícia, etc.), tem, por virtude da instrumentalidade, uma aplicação própria em cada âmbito. Não obstante, é inegável a presença de diversos elementos comuns, de conceitos e soluções intercambiáveis, já que ambos têm prazos, preclusões, recursos, nulidades, etc.

6.5.2 A proteção cautelar

Apesar da existência já na antiguidade de institutos que se assemelhavam às atuais medidas cautelares, a concepção de uma atividade acautelatória no cerne do processo só ganhou destaque com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, quando foi possível preconizar "uma interpretação das normas legais mais consentânea com as garantias constitucionais (...) e com a tutela dos direitos em estado de periclitação"[654]. Foi assim que se passou a pensar em uma proteção integral dos direitos fundamentais, preocupada não apenas

653 CARVAJAL, Bernardo. Alcance y limitaciones del debido processo em el procedimento administrativo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, nº 4, segundo semestre/2010, p. 7 – 21.
654 ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco,** n. 3, 2010. p. 65

com o cumprimento estrito e literal das leis, mas com a prevenção de danos e a promoção otimizada dos direitos fundamentais.

A ideia de proteção cautelar é, como se pode intuir, assunto muito esmiuçado e debatido pela doutrina processualista, porém muito pouco pelos administrativistas. Contudo, como já destacado, a dinâmica processual e a presença de elementos comuns autoriza que as lições da Teoria Geral do Processo sejam aproveitadas aqui; portanto, é por ela que começará a presente análise.

Piero Calamandrei[655] indica que o principal caráter distintivo das providencias cautelares, aquilo que define sua razão de ser, é a provisoriedade, a limitação da duração dos seus efeitos (que, por sua vez, podem ser tanto declaratórios, condenatórios ou executórios). Provisório, no sentido dado por Calamandrei, não é sinônimo de temporal, finito, mas sim de interino, não definitivo, qualidade daquilo que precede o evento esperado até que aconteça; no caso, até que sobrevenha outra medida jurisdicional.

Mas a provisoriedade não é suficiente para definir, nem para justificar, as medidas cautelares. É fundamental relacionar o caráter provisório à finalidade desse tipo de medida, que é garantir a efetividade do direito[656]. Pensar a partir da finalidade acaba por desvelar outra característica fundamental das medidas cautelares, que é o caráter de instrumentalidade (ou subsidiariedade, ou referibilidade)[657], pois esse tipo de providência existe a serviço de uma providência definitiva, ela prepara seu terreno criando os meios mais aptos para seu êxito.

A medida cautelar é, portanto, instrumento para a justiça mesma - instrumento de instrumento, na máxima de Calamandrei[658] - pois contribui para garantir seu efetivo funcionamento, dando ao processo a possibilidade de lidar com situações que potencialmente minariam sua eficácia ao prover-lhe daquela salutar capacidade de adaptação às contingências de um litígio inserido numa sociedade complexa e volátil. No mesmo sentido, escreve Ovídio Baptista que a tutela cautelar é o instrumento capaz de "aliviar as tensões criadas por este

655 CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p. 35 - 37

656 PINA, Rafael de; LARRAÑAGA, José Castillo. **Instituciones de drecho precesal civil**. 29ª ed. México: Editorial Porruá, 2007. p. 162

657 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** – vol. 2 – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015 p. 526

658 CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p.44 - 45

desequilíbrio estrutural, dando aos que procuram a proteção judiciária pelo menos mais segurança, o que, em última instancia, é também um fim colimado pela jurisdição comum"[659].

Note-se que, numa visão mais ampla, a instrumentalidade própria da providência cautelar, voltada ao melhor e mais eficiente serviço da justiça, não envolve apenas medidas meramente assecuratórias, mas toda medida que, sob o pálio do devido processo legal, se faça necessária para a melhor concreção da justiça nos casos concretos. Nesse leque, se inclui as medidas que desurdam a necessidade de se realizar o direito material sem a ocorrência de decisão definitiva[660].

Desde Roma se conhece institutos que se assemelham em forma e escopo ao que são as medidas cautelares. É o caso, no processo formular, dos *interdicta*, ordens orais provisórias, condicionais, dadas pelo pretor num caso concreto em que, partindo da presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte e após avaliação sumária, as razões lhe parecessem justas. O indivíduo contra o qual a ordem era dada podia, entendendo verdadeiros os fatos, aceitá-la, ou recusar-se a cumpri-la objetando a veracidade dos fatos, situação na qual abria-se um processo para que o *iudex* pudesse avaliar essa veracidade e proferir decisão definitiva. Os "interdicta" eram previstas no Edito e bastante numerosos, pensados para diversas situações em abstrato que deviam ser adequadas às necessidades concretas do caso. Ao magistrado, como sói no processo formular, cabia apenas inserir a fórmula do interdito no édito, sem modular suas condições e efeitos[661].

A lembrança das *interdicta* não é sem razão, ela nos traz uma perspectiva que, em grande medida, se manteve no direito processual moderno, a de que as medidas cautelares são numeradas e previstas em abstrato, cada qual incidente sobre uma necessidade específica.

A visão tradicional da doutrina processualista era a de que todo procedimento deve ser rígido e inflexível para atender às exigências de segurança jurídica e previsibilidade, primados de um paradigma racionalista. Nessa visão, qualquer adequação necessária do procedimento a pretensões e lides peculiares deveria se dar a partir de novos procedimentos especiais rigidamente definidos por lei e igualmente inflexíveis, indisponíveis e infungíveis[662]. Toda diversificação procedimental, por força do princípio da legalidade, deveria ser também

659 BAPTISTA, Ovídio. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 9
660 ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco,** n. 3, 2010. p. 67
661 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** – vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 236
662 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. **Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais** - Dos Procedimentos às Técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 32 - 39

uma diversificação legislativa. Igualmente, no âmbito das medidas cautelares, exigia-se uma taxatividade legal expressa, de uma tipologia fechada, para que se autorizasse sua aplicação pelos juízes.

A dinamicidade da sociedade, porém, levou a doutrina processual a evoluir no sentido de dar apropriada ênfase ao caráter instrumental que define a própria noção de providência cautelar, isto é, de que ela deve ser adaptável às necessidades para que possa promover ao máximo a efetividade e a justiça do processo, adaptabilidade esta que não se compatibiliza bem com fórmulas e procedimentos exaustivos, incapazes que são de absorver e prever todas as contingências sociais. Por isso, há hoje uma atipicidade cautelar.

Assim, fala-se na verdade em um poder (dever) geral de cautela e de efetivação, que dá ao julgador a capacidade de adotar qualquer medida idônea e necessária para a satisfação ou acautelamento adiantados. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015[663] previu esse poder como cláusula geral em seus arts. 297 e 301[664], mas já na disciplina do Código anterior, que era marcado pela ideia de autonomia procedimental, "consolidou-se a figura do poder geral de cautela, além da previsão de diversos procedimentos cautelares típicos, nominados ou específicos"[665].

Falo aqui em poder-dever porque, sendo escopo do processo a prolação de decisão adequada e efetiva, falha por omissão o magistrado que não se vale do poder geral de cautela para viabilizá-la. Dessa forma, como instrumento dedicado à efetividade da justiça, ao se verificar seus pressupostos de fato e de direito, o poder cautelar deve ser exercido pela autoridade para que o processo seja o mais hábil a atingir seu escopo, não há discricionariedade para sua adoção[666], mas sim flexibilidade de medidas à disposição para o enfrentamento da situação (discricionariedade na forma).

663 Devo aqui fazer uma advertência preliminar. Ao longo do trabalho utilizo muito as expressões "cautelar administrativa" ou "cautelaridade administrativa" indicando de forma abrangente aquilo que, fazendo um paralelo, no Código de Processo Civil de 2015 se chama de tutela provisória de urgência, englobando a modalidade cautelar e a modalidade satisfativa. Não ignoro a terminologia técnica da processualística, e a ênfase na palavra "urgência" até acentuaria a pertinência com o objeto deste trabalho, contudo, por duas razões opto por seguir usando "cautelar" de forma mais genérica e imprecisa. A primeira delas é que, parece-me, a distinção conceitual ganha maior relevância no processo civil pela separação dos ritos (mormente quando são antecedentes, embora fungíveis), o que não se verifica no processo administrativo. A segunda é que essa é a expressão consolidada na doutrina administrativista tanto do Brasil quanto estrangeira.

664 Esse é o teor do Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "31. (art. 301) O poder geral de cautela está mantido no CPC. (Grupo: Tutela Antecipada)".

665 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 279

666 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** – vol. 2 – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015 p. 584

Partindo-se do pressuposto de que a processualidade é da natureza de todas as funções estatais, não há porque não se aplicar a mesma lógica do binômio provisoriedade-instrumentalidade na busca da efetivação dos escopos do processo administrativo.

A diferença está em como essas atividades são exercidas, trazendo por isso um regime normativo próprio. Porém, perpassa esses distintos regimes a dinâmica processual e uma finalidade que é em muito comum, isto é, a busca do interesse público, no que se insere a promoção e a efetivação dos direitos fundamentais. Essa é a ligação fundamental que também o procedimento administrativo tem com a constituição, pois ele, com seu caráter instrumental, se presta à realização dos direitos fundamentais e é vinculado (positiva e negativamente) por eles[667].

Consoante esse raciocínio, e considerando-se a ideia de atipicidade cautelar, mesmo inexistindo uma previsão legislativa de medida específica, não se pode deixar de reconhecer a existência de um poder geral de cautela no âmbito da Administração Pública, serviente à atividade administrativa, como garantia de que a solução final do procedimento consiga produzir seus efeitos devidos sem sucumbir à inutilidade perante consequências imprevisíveis.

Portanto, o poder-dever geral cautelar no processo administrativo significa atribuir à Administração a capacidade de criar caminhos e soluções para o perigo de inefetividade da atividade administrativa, ele dota o Poder Público de técnicas para a obtenção do bem comum e cumprimento ótimo da função incumbida à Administração, isto é, "a promoção e realização dos interesses colectivos por iniciativa própria, para a execução de preceitos jurídicos ou por imposição do bem comum, e utilizando todas as técnicas adequadas à obtenção dos resultados visados"[668].

Enfatize-se desta lição: ínsito ao conceito de função administrativa é o uso de todas as técnicas idôneas e adequadas à sua realização, sob pena de – parafraseando Jhering – tornar sua atividade "fogo que não queima, luz que não ilumina" [669].

667 MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14ª ed. Barueri: Manole, 2006. p. 540 - 541
668 CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Tomo I. 10ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 15
669 IHERING, Rudolf Von**. A Finalidade do Direito**. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 166 – 167.

6.5.3 Fundamentos jurídicos da cautelaridade administrativa

No nosso ordenamento constitucional o poder geral de cautela encontra estribo no art. 5º, XXV, da Constituição da República, que dispõe sobre o princípio do acesso à justiça. O texto desse dispositivo pode induzir a uma leitura superficial no sentido de prever um mero direito de ação, ou direito de levar conflitos ao poder judiciário.

Na interpretação mais consentânea com o postulado da máxima efetividade[670], é preciso entender o acesso à justiça formalmente como a existência de vias de acesso às instâncias judiciais, mas materialmente como a real e efetiva prestação de justiça, tornando-se uma verdadeira garantia holística que abraça todos os demais direitos fundamentais: a garantia fundamental de justiça, por meio da qual todas as dinâmicas de processualidade (inclusive a do processo administrativo, extrajudicial) devem estar dirigidas a garantir a prevalência do direito substantivo e a eficácia dos direitos fundamentais[671].

Assim, é possível falar, em derivação ao acesso à justiça, em uma garantia constitucional de tutela efetiva, consubstanciada no municiamento do processo com todos os "mecanismos que permitam o cumprimento de toda sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado 'fonte perene de decepções'"[672].

Também no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) há a previsão, no artigo 25, do direito de proteção judicial. O referido dispositivo faz menção a um direito a "qualquer outro recurso efetivo" que proteja a pessoa contra atos que violem seus direitos fundamentais. Apesar da referência a juízos e tribunais competentes, mais adequado interpretar o artigo sem restringi-lo à função jurisdicional, conquanto "qualquer" recurso "efetivo" se refere ao cumprimento do dever de proteção (*Schutzpflicht*[673]), consistente em assegurar e promover os direitos humanos violados ou em

670 Convém lembrar a sempre importante lição de José Adércio Leite Sampaio (**Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 460 - 461): "O intérprete deve orientar seu trabalho para conferir às normas constitucionais a maior força possível de ordenação da realidade. A dúvida, quando esgotados os recursos linguísticos de compreensão, deve ser resolvida sempre em favor da máxima eficácia constitucional. É certo que muitos enunciados de normas dependem de um complemento legislativo ou mesmo de condições materiais e financeiras para gerar seus efeitos plenos. Ainda assim, como salienta Konrad Hesse, o intérprete deve enfrentar argumentativa e pragmaticamente as restrições materiais (orçamentário-financeiras, logística) e as condições históricas (a percepção social sobre a necessidade mediata ou imediata de sua execução, de compensações e restaurações), de moda a conferir a 'eficácia constitucional ótima'"

671 PARRA, Daniel Castaño. La protección cautelar em el contencioso administrativo colombiano: hacia um modelo de justicia provisional. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, nº 4, segundo semestre/2010, p. 300.

672 CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 235.

673 A expressão se refere à doutrina alemã que atribui ao Estado um dever holístico de proteção aos direitos fundamentais, compreendendo não apenas a limitação do poder do próprio Estado e a abstenção de invadir a

risco de violação, o que se dá também pela via administrativa; nesse sentido, "a justiça cautelar forma parte do direito à tutela efetiva"[674].

Portanto, considerando-se a natureza constitucional e fundamental da garantia de tutela efetiva, assim como a essência instrumental que apresenta seu conteúdo, há de se reconhecer a fundamentalidade de um poder-dever geral de cautela não só na seara da jurisdição, mas também no âmbito dos processos administrativos, também responsáveis pelo cumprimento da constituição e efetivação de direitos. Coaduna-se, ainda, com os princípios da oficialidade, pelo qual se atribui à própria Administração a movimentação do processo e o dever de garantir sua efetividade, e do informalismo moderado, que lhe dispensa formas rígidas e se contenta com o estritamente necessário ao seu regular desenvolvimento.

Ademais, para além do seu fundamento constitucional primordial na garantia de tutela efetiva, Flávio Garcia Cabral[675] elenca três fundamentos jurídicos específicos da cautelaridade administrativa: A eficiência administrativa, a teoria dos poderes implícitos e a tutela do interesse público.

O princípio da eficiência administrativa, embora positivado em nossa Constituição pela Emenda Constitucional 19, já era mencionado antes dela por Hely Lopes Meirelles[676] como uma exigência de resultados positivos do administrador público. Importa mencionar que a ideia de eficiência não pode ser reduzida a uma mera fórmula numérica de "custo x benefício", ela se pauta em razão do interesse público, do bom atendimento às demandas sociais, que muitas vezes podem significar eventuais resultados economicamente não atrativos[677]. É evidentemente ineficiente e contraproducente, tendo em vista a finalidade

esfera jurídica das pessoas, mas também garantir que as pessoas entre si não violem os direitos umas das outras. Isso significa, em outras palavras, que o Estado tem a obrigação, por qualquer de suas funções, de impedir ou remediar da melhor forma possível qualquer tipo de violação de direitos fundamentais, valendo-se de medidas que sejam realmente efetivas, ou seja, proíbe-se a proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Sobre o tema: STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11493. Acesso em: 10 abr. 2020.

674 MARTÍNEZ, Augusto Durán. Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo. *In* Juan Pedro Machado Arias (coord.). **Procedimiento y justicia administrativa en América Latina**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009. p. 386. Tradução do original: „la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva"

675 CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018. p. 125

676 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 587

677 Apesar disso, ocorre ainda muita confusão com a ideia de "economicidade", sendo importante distinguir dois sentidos atribuídos a esta pela doutrina (vide LIMA, Gustavo Massa. **O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho da administração pública exercido pelos tribunais de contas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife: Universidade Federal de Pernambuco CCJ, 2009, p. 25): o primeiro, mais conservador, identifica economicidade com modicidade de gastos e economia de recursos; o segundo,

pública, que a Administração suporte danos evitáveis e a inefetividade de suas decisões por não adotar medidas cautelares em seus procedimentos, o que torna a adoção de tais medidas um imperativo constitucional para o melhor cumprimento da função administrativa.

Pela teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) se entende a noção de que quando a constituição atribui uma tarefa a determinado órgão, outorga também, implicitamente, os meios necessários e razoáveis à execução deste mister, pois, "se o fim for legítimo e dentro dos limites da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptados a esse fim, e que não são proibidos, podem ser constitucionalmente empregados para o efetivar"[678].

Como ensina Jorge Miranda, a competência vem da norma, mas pode ser tanto explícita quanto implícita, assentada em técnicas interpretativas do texto constitucional, não havendo entre as duas diferença de natureza, mas de mero grau de leitura[679]. Nesse sentido, sabendo-se que "não se interpreta o direito em tiras"[680], é inevitável se inferir do texto constitucional o poder cautelar implicitamente contido no poder decisório conferido pela Constituição à Administração Pública para o exercício idôneo das suas competências que dele necessitam[681].

agrega a esses dois elementos o retorno social obtido com o dispêndio. Seguindo essa distinção, a eficiência se confundiria com a economicidade apenas no segundo sentido, reservando-se o primeiro para um conceito de economicidade *strictu sensu*.

678 U. S. SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819).** Disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/ >, acesso em 05 de agosto de 2020. Tradução do original: „If the end be legitimate, and within the scope of the Constitution, all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, and which are not prohibited, may constitutionally be employed to carry it into effect."

679 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo V – actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 59

680 GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 44

681 Essa foi a principal linha argumentativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2003 no julgamento do Mandado de Segurança 24.510 (íntegra do acórdão disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146 >, acesso em 05 de agosto de 2020), de relatoria da Min Ellen Gracie, em que empresa licitante buscava cassar decisão do Tribunal de Contas da União que havia suspendido procedimento licitatório até que se ultimasse o julgamento de impugnações. O autor alegava fundar-se seu direito, entre outras coisas, na incompetência do TCU para conceder medidas cautelares. O tribunal por maioria (voto contrário do Min. Ayres Britto) denegou a segurança e reconheceu a competência cautelar do TCU, elucidativo sobre as razões da decisão o trecho que colacionamos do voto do Min. Celso de Mello (p. 511): "(...) a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público". Também muito elucidativo desse argumento o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em que se lê (p. 522): "(...) nenhum poder decisório constitucional é dado para tornar-se ineficaz: e, por isso, tenho como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura."

É importante, contudo, acentuar que toda avaliação sobre poderes implícitos deve ser feita com ainda mais cautela do que se faz no direito norte-americano. Isso porque no contexto constitucional dos EUA há uma abertura muito maior ao costume constitucional (*living constitution*), algo que tem uma amplitude bem menor considerando uma constituição analítica como a nossa.

Porém, isso não afasta em absoluto a existência de poderes implícitos no nosso ordenamento, apenas evoca o maior cuidado de observar sua compatibilidade com as atribuições institucionais do órgão a que se dá a competência e de preservar a chamada "conformidade funcional" à qual já nos referimos. Trata-se, portanto, de dar-lhe interpretação sistemática, considerando não só a legitimidade do fim atribuído pela constituição, como ensinam os estadunidenses[682], mas também "levando a conjugar a interpretação de qualquer preceito definidor de competência com, pelo menos, os restantes preceitos que prevêem competências dos demais órgãos"[683].

O caráter analítico de uma constituição não significa esgotamento da interpretação, mas implica-lhe um segundo grau de consideração do particular em relação ao todo. Ademais, não ignoro o preceito de que se interprete restritivamente as normas que prescrevem tais competências, apenas entendo, como ensina Carlos Maximiliano, que a diretriz de interpretação estrita, própria de direitos e prerrogativas excepcionais, não exclui a consideração hermenêutica dos fins e motivos que lhe são inerentes[684]. Nesse sentido, considerando o texto constitucional, a aplicação da teoria dos poderes implícitos demanda observar, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, "se a medida pretendida

682 Por todos, vejamos a salutar lição do classico de Joseph Story (**Commentaries on the constitution of the United States**: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the adoption of the constitution – vol. I. 4ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1878.) a dizer que (p. 298) "talvez a regra mais segura de interpretação, afinal, seja olhar para a natureza e os objetos dos poderes, deveres e direitos particulares, com todas as luzes e ajudas da história contemporânea, e dar às palavras de cada qual operação e força tais, consistente com o seu significado legítimo, que possam razoavelmente assegurar e atingir os fins propostos", e depois concluir afirmando (p. 310): "claro que não significa que as palavras para esse fim devem ser forçadas além de seu senso comum e natural, mas, mantendo-se dentro desse limite, a exposição deve ter uma latitude justa e equitativa, de modo a, por um lado, evitar abusos óbvios, e por outro lado promover o bem público" (Tradução própria do original: "perhaps the safest rule of interpretation after all will be found to be to look to the nature and objects of the particular powers, duties, and rights, with all the lights and aids of contemporary history, and to give to the words of each just such operation and force, consistent with their legitimate meaning, as may fairly secure and attain the ends proposed" e "of course we do not mean that the words for this purpose are to be strained beyond their common and natural sense, but, keeping within that limit, the exposition is to have a fair and just latitude, so as on the one hand to avoid obvious mischief, and on the other hand to promote the public good").

683 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo V – actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 59

684 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 184

corresponde à finalidade institucional do órgão que a pretende e se ela possui respaldo na competência expressa a ele atribuída, sem que haja violação das demais regras e princípios jurídicos"[685].

Por fim, a tutela do interesse público, grande norte de toda atividade administrativa, consubstancia a vinculante finalidade de todos os atos administrativos. Considerando-se a natureza eminentemente instrumental das medidas cautelares administrativas, elas servem diretamente à consecução do interesse público, estando a ele inerentemente relacionado da mesma forma que o processo administrativo serve à sua concretização.

Nesse sentido, podemos colher importante diretriz do direito português[686], que, no art. 120 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro), prescreve expressamente o dever de, na ponderação dos interesses em jogo, considerar as possíveis consequências, limitando sua adoção aos casos em que sejam estritamente necessárias a evitar o dano e em que não existam outras medidas menos gravosas[687].

Para além da fundamentação constitucional e supralegal acima explicada, a esparsa legislação administrativa brasileira contém previsões de provimentos cautelares. Há

685 CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 81 - 82

686 Embora, ressalte-se, trate de verdadeiro contencioso administrativo, com possibilidade de decisão irreformável.

687 Artigo 120.º. Critérios de decisão. 1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, as providências cautelares são adotadas quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente. 2 - Nas situações previstas no número anterior, a adoção da providência ou das providências é recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências. 3 - As providências cautelares a adotar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, devendo o tribunal, ouvidas as partes, adotar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses públicos ou privados, em presença. 4 - Se os potenciais prejuízos para os interesses, públicos ou privados, em conflito com os do requerente forem integralmente reparáveis mediante indemnização pecuniária, o tribunal pode, para efeitos do disposto no número anterior, impor ao requerente a prestação de garantia por uma das formas previstas na lei tributária. 5 - Na falta de contestação da autoridade requerida ou da alegação de que a adoção das providências cautelares pedidas prejudica o interesse público, o tribunal julga verificada a inexistência de tal lesão, salvo quando esta seja manifesta ou ostensiva. 6 - Quando no processo principal esteja apenas em causa o pagamento da quantia certa, sem natureza sancionatória, as providências cautelares são adotadas, independentemente da verificação dos requisitos previstos nos números anteriores, se tiver sido prestada garantia por uma das formas previstas na lei tributária. (Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo= >, acesso em 20 de maio de 2021)

tanto casos de cautelares típicas atreladas a procedimentos específicos (como as do Código de Trânsito Brasileiro, na lei da Anatel, na Lei 14.133/21 ou na Lei Orgânica do TCU, por exemplo) como também de previsão de cláusula geral cautelar, vista na Lei do Processo Administrativo Federal (art. 45 da Lei 9784/99).

Porém, o conjunto dessas normas esparsas não consegue formar um sistema geral legalmente delineado sobre a forma e o uso dessas medidas. Mesmo no caso da cláusula geral prevista na Lei do Processo Administrativo Federal há uma eloquente carência de critérios a conseguir instrumentalizar de forma mais segura a normativa, a exemplo do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos[688].

Entendo, contudo, que o silêncio (não eloquente) da legislação administrativa enseja a aplicação subsidiária ou supletiva[689] das normas do direito processual civil, em

688 Salutar a observação de Benjamin Acuña (La tutela cautelar em lo contencioso-administrativo. El caso de Cuba. **Opinión Jurídica**, v. 14, n. 28, pp. 215-234, jul./dez. 2015, p. 222) de que as últimas reformas dos sistemas contencioso-administrativos europeus e latino-americanos apontam de um modo crescente para um regime de abertura na adoção de medidas cautelares a partir de critérios de flexibilidade e de ampla disponibilidade tal qual existente no âmbito jurisdicional, eliminando inclusive as diferenças com o processo civil e até aplicando supletivamente a sua regulação. Como exemplos disso, cita os ordenamentos da Alemanha – que adotou desde 91 um sistema dual e aberto baseado, por um lado, na suspensão automática das impugnações administrativas e, por outro no poder geral cautelar de ditar decisões provisórias – e da França – onde existe a prerrogativa de execução de ofício, a qual funciona como um poder geral de cautela, mas que desde 2000 é sujeita ao controle de dois recursos cautelares favoráveis ao cidadão, um para suspensão da execução de atos em casos de urgência, e outro para salvaguardar direitos fundamentais possivelmente violados. Digno de nota, igualmente, o disposto no Capítulo VI, do Título I, do Decreto-Lei nº4/2015 (Código do Procedimento Administrativo), em Portugal, que transcrevo como exemplo de regulação em nossa língua (disponível em: < https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115726880/202008052047/73738423/diploma/indice > Acesso em 05 de agosto de 2020.): "Capítulo VI - Das medidas provisórias. Artigo 89.º - Admissibilidade de medidas provisórias. 1 - Em qualquer fase do procedimento, pode o órgão competente para a decisão final, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se constituir uma situação de facto consumado ou se produzirem prejuízos de difícil reparação para os interesses públicos ou privados em presença, e desde que, uma vez ponderados esses interesses, os danos que resultariam da medida se não mostrem superiores aos que se pretendam evitar com a respetiva adoção. 2 - A decisão de ordenar ou alterar qualquer medida provisória não carece de audiência prévia, deve ser fundamentada e fixar prazo para a sua vigência. 3 - A revogação das medidas provisórias deve ser fundamentada. 4 - Os atos administrativos que ordenem medidas provisórias são passíveis de impugnação junto dos tribunais administrativos. Artigo 90.º - Caducidade das medidas provisórias. Salvo disposição especial, as medidas provisórias caducam quando: a) Seja proferida decisão definitiva no procedimento; b) Expire o prazo que lhes tenha sido fixado ou a respetiva prorrogação; c) Expire o prazo fixado na lei para a decisão final; d) A decisão final não seja proferida dentro dos 180 dias seguintes à instauração do procedimento".

689 No parecer-parcial sobre as normas fundamentais do então Projeto de Lei n.º 8.046 (disponível em < https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecer_deputado-efraim-filho >, acesso em 21 de maio de 2021), relatado pelo Dep. Efraim Filho, explica-se a distinção conceitual dizendo que "aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa. Apesar de que as normas que regulam processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas devem indicar as ressalvas que entender cabíveis" (p. 41). Zulmar Duarte (Art. 15. *In* Fernando da Fonseca Gajardoni (et ali.). **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015. p. 96), por sua vez, adota definição distinta ao escrever que as disposições do Código se aplicam ao processo eleitoral, trabalhista e administrativo, "seja como auxílio na disciplina incompleta ou deficiente destes ordenamentos processuais parciais (aplicação subsidiária), seja pela falta de regramento específico (aplicação supletiva)". Embora exista certa incerteza

especial o art. 297 do CPC, por força da autorização do seu art. 15. Trata-se, sem dúvida, de solução que privilegia a ideia de "diálogo de fontes", em que se reconhece a influência e aproveitamento recíprocos de duas lógicas normativas aplicadas simultaneamente num caso concreto, isto é, de duas fontes que se complementam em sentido para melhor realizar valores fundamentais ou atingir soluções mais flexíveis[690]. Nessa esteira, a lógica (embora não os ritos em sua minúcia) das tutelas provisórias e do poder geral de cautela do Código de Processo Civil passam a informar a atividade processual administrativa, ressignificando as leis que disciplinam o seu exercício e sanando as lacunas normativas[691].

No lugar de "diálogo de fontes", Egon Bockmann Moreira[692] prefere falar em um "microssistema normativo" (no sentido de configurar uma estrutura normativa aglutinadora com diretrizes e metódica comuns[693]), o Direito Processual, em que se inserem os processos

terminológica na distinção dessas modalidades de aplicação, mais do que classificar como uma e outra, o importante, parece-me, é considerar duas questões: a) não se exige falta de lei (o suporte fático, igual para os dois casos, é a falta de "norma", de significado, não de significante), a aplicação do CPC pode se dar mesmo que exista regramento processual especifico, havendo-se que compatibilizar os sentidos dos diplomas; b) a relação de especialidade (e até de autonomia federativa em se tratando de procedimentos no bojo da Administração) faz com que eventuais vedações expressas e literais da lei especial excepcionem a aplicação da lei geral. Importante destacar que essas vedações, mesmo na legislação de Estados e Municípios, precisam ser expressas para afastar a aplicação do CPC por força do critério da especialidade; a mera existência de disciplina legal por ente federado distinto não impede que se busque na normatividade do CPC complementação de sentido, seguindo a lógica da distribuição vertical do art. 24 da Constituição, funcionando aí o CPC como norma geral nacional, não como simples norma federal. Não há, aí, violação à autonomia federativa, embora se caia numa outra dificuldade que é a de definir o que são "normas gerais"; de qualquer maneira, parece seguro dizer que o poder geral de cautela do art. 297, pela própria formatação de cláusula geral, trate-se de uma dessas normas.

690 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 115, 2018, p. 24

691 Mesmo sem norma autorizadora, como a presente no art. 15, a aplicação da disciplina processual civil em matéria de cautelares administrativas não é desconhecida do direito estrangeiro. Nesse sentido, a solução tomada pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela valendo-se do instituto da analogia, como explica Victor Rafael Hernández-Mendible (La ejecución de los actos administrativos. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 67, 2011, p. 375) com as seguintes palavras: "As medidas cautelares podem ser concedidas com justificativa na aplicação analógica – não obstante que, rigorosamente, o princípio da legalidade exige que toda atuação da autoridade administrativa tenha como fundamento uma norma legal expressa -, pela qual, em virtude da obrigação de sujeição da atividade administrativa ao direito, a analogia permite acudir a ela para sanar o vazio legal. (...) Em consequência, as medidas administrativas cautelares podem ser concedidas aplicando as normas do Código de Procedimento Civil em matéria de medidas cautelares judiciais" (Tradução própria do original: "Las medidas cautelares pueden ser concedidas con justificación en la aplicación analógica —no obstante que, rigurosamente, el principio de legalidad exige que toda actuación de la autoridade administrativa tenga como fundamento una norma legal expresa—, por lo que, en virtud, de la obligación de sujeción de la actividad administrativa al Derecho, la analogía permite acudir a ella para llenar el vacío legal. (...) En consecuencia, las medidas administrativas cautelares pueden ser concedidas aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil, en materia de medidas cautelares judiciales").

692 MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. **RDA – revista de direito administrativo**, rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2013, p. 315 - 318

693 A ideia de microssistemas jurídicos, explica Gregório Assagra de Almeida (**Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29 e ss.), vem da insuficiência dos grandes Códigos de pretensões totalizantes, que não foram capazes de lidar adequadamente com a crescente complexidade das relações sociais, o que levou ao surgimento desses microssistemas como respostas às lacunas das codificações. Trata-se de expressões de um particularismo jurídico destinado à operacionalização de problemas peculiares que não podiam ser satisfatoriamente tratados pelos grandes sistemas mais generalistas. Assim, o reconhecimento de microssistemas é uma forma de re-sistematizar (com o perdão do pleonasmo) ou

civil, administrativo, trabalhista, ambiental, entre outros, cada qual com suas peculiaridades. O art. 15 teria surgido apenas para confirmar uma realidade advinda da própria lógica dos fenômenos, pois mesmo antes dele não se poderia considerar o CPC uma lei estranha ao processo administrativo.

Segundo o referido autor, o advento do CPC de 2015, com eficácia sobre todos os processos administrativos, gera um dever de compatibilização dos diplomas pretéritos, funcionando numa relação de generalidade-especialidade[694] (sem revogação), seja para instalar novas hipóteses de incidência (em face de lacuna normativa) ou para criar novas compreensões mais justas e atuais do sistema processual (lacunas axiológicas e ontológicas). Há, nessa prescrição, uma sensibilidade com a distinção entre texto e norma, na medida em que não coloca como requisito a ausência de significante, mas sim a ausência de significado; dessa maneira, as normas do CPC (mais do que seu texto) constroem o sentido normativo inclusive de leis especiais preexistentes.

É preciso, contudo, como já repetido aqui, que nessa interação exista compatibilização das normas que se deseja transpor com a racionalidade peculiar do processo administrativo, afinal, a aplicação é supletiva ou subsidiária. Isto perpassa uma consideração proporcional das características próprias da estrutura organizacional da Administração, da atividade administrativa e do regime jurídico que os rege; deve-se considerar, portanto, aspectos subjetivos, objetivos e teleológicos da relação jurídica administrativa.

Ao se falar nas peculiaridades de cada atividade estatal, a cada direito envolvido na relação subjacente ao processo, exige-se dele uma adaptabilidade que se manifesta não só no momento pré-jurídico (legislativo), mas também no momento processual, com caráter concreto e reparador[695]. Nesse sentido, o diálogo com o Direito Processual Civil, especialmente a partir da autorização legislativa do mencionado art. 15, pode oferecer

reorganizar o pensamento sistemático sobre as fontes do direito partir de uma diretriz normativa própria, a fim de, aglutinando-as ou especificando-as, solucionar problemas individuados. Não significa, porém, que esses microssistemas funcionam completamente apartados dos sistemas mais gerais, até porque todos se inserem num mesmo ordenamento jurídico configurado, por sua vez, como sistema.

694 Importante pontuar que ao se falar em "generalidade-especialidade" não se está a falar do Código como um todo e seu texto, mas sim daquelas normas que podem ser inferidas dos seus dispositivos como dotadas dessa generalidade (normas gerais). São normas que concretizam uma diretriz maior, de jaez constitucional, cuja fundamentalidade impõe um disciplinamento uniforme e integral a todas as espécies de processo; ou mesmo normas que impõem um comportamento cujo tratamento discrepante nas diversas leis processuais geraria atritos e discriminações desarrazoadas (sobre conceito de normas gerais, vide BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. **Revista de Direito Administrativo**, n. 194, out./dez. 1993, p. 97-106).

695 DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Jus Navigandi, Teresina,** v. 6, 2001.

soluções a problemas advindos da urgência no processo administrativo (mas não apenas) e viabilizar a melhor consecução dos seus fins.

Esse é um esboço da discussão envolvendo a interpretação do art. 15 do CPC e a aplicabilidade de normas do processo civil no âmbito do processo administrativo. É certo que há muito ainda a ser desenvolvido, porém, não cabe nesta já longa dissertação maiores aprofundamentos.

Embora exista essa possibilidade de intercambio normativo entre o processo civil e o administrativo, a inexistência de uma disciplina legislativa específica do dever geral de cautela da administração acaba por gerar incerteza e aplicação errática das medidas cautelares. Sobre a doutrina e os tribunais recai um esforço hermenêutico muito maior que, não raras vezes, choca-se com alguma inadequação conceitual das regras específicas de direito processual civil[696].

Prova disso é que, ainda recentemente, em agosto de 2020, o STF, no julgamento do Mandado de Segurança 35.506[697], debruçou-se sobre o tema da competência cautelar do TCU, evidenciando, pelas discussões, que a questão ainda não é pacífica nem definitiva. No caso, particular contratante com a Administração pede a cassação de decisão cautelar do Tribunal de Contas da União que decretou a desconsideração de sua personalidade jurídica e a indisponibilidade de seus bens.

Em seu voto, o relator Min. Marco Aurélio confirmou liminar concedida em 2008 a favor do deferimento da segurança, por entender que o poder geral de cautela do TCU não se estenderia para medidas constritivas de bens de particulares, como a indisponibilidade de bens, fazendo interpretação restritiva do art. 44, §2º, da Lei Orgânica do TCU no sentido de restringir sua incidência apenas a agentes públicos. Além disso, negou expressamente aderência à teoria dos poderes implícitos como justificadora da medida. A divergência foi aberta com votos denegatórios da segurança dos Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, acompanhados pelo voto do Min. Luiz Fux, mas o julgamento ainda não foi concluído, suspenso por pedido de vista do Min. Gilmar Mendes.

Com toda vênia ao entendimento do Ministro relator, entendo ser equivocado ignorar a teoria dos poderes implícitos, sob pena de tornar ineficaz atribuições constitucionais,

696 CABRAL, Flávio Garcia. A ainda desconhecida "cautelaridade administrativa". **Jota**, 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ainda-desconhecida-cautelaridade-administrativa-19072020 > Acesso em 19 de julho de 2020.

697 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 35.506-DF**. Relator Min. Marco Aurélio.

em verdadeiro desprestígio de sua normatividade. A Constituição Federal, no inciso II do art. 71, impõe ao TCU o dever de julgar contas de quem der causa a prejuízo ao erário da União, sendo sujeito dessa prestação qualquer pessoa, mesmo privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre patrimônio público.

Mesmo a Lei Orgânica do TCU, no art. 16, §2º, b, prevê a responsabilidade solidária do terceiro contratante que concorra para o dano apurado. É verdade que a referida lei, no artigo que dedica ao poder cautelar, não menciona terceiros; mas será que, podendo o TCU licitamente sancionar o particular para que ressarça integralmente a União, não poderia também, havendo a necessidade e cumprindo-se os pressupostos, garantir a eficácia de sua decisão por meio de uma medida cautelar tal qual a indisponibilidade de bens da contratante? Parece-me que o entendimento contrário enfraquece o texto constitucional que incumbe o TCU da missão de prevenir a lesão e permitir a reparação de prejuízo ao erário. Em relação, especificamente, à desconsideração da personalidade jurídica, é medida autorizada à Administração no bojo de processos administrativos por aplicação direta da legislação privatista (art. 50 do Código Civil) e incidência do princípio da moralidade a fim de combater o abuso de direito[698].

Reconheço que nosso processo administrativo, na prática, ainda é permeado por muitos anacronismos. A oficialidade muitas vezes passa ao largo de uma aplicação consistente das garantias fundamentais processuais, o que, não sem razão, gera muita desconfiança e preconceito em relação à sua aplicação. Nesse contexto, falar em poder-dever geral de cautela pode soar para muitos como mais um gargalo de arbitrariedades numa via inquisitorial. Porém, esta é ideia que não se sustenta quando o instituto é inserido na lógica de um procedimento democrático, bem conduzido e direcionado pelas normas da constituição. Se não há tal objeção no processo civil, respeitadas as balizas do devido processo, não há razão para sustentá-la no processo administrativo.

Por isso, embora não seja indispensável ao reconhecimento da cautelaridade administrativa, como tentei defender até aqui, entendo salutar o advento de um verdadeiro código de processo administrativo que consubstancie esses novos paradigmas e traga mais

698 Nesse sentido, explica Edilson Nobre Júnior (Administração Pública e disregard doctrine. **Revista ESMAFE** – Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região, n. 16, Recife, 2017) que a desconsideração da personalidade jurídica não é estranha ao direito público por via das influências normativas recíprocas que esses segmentos da ordem jurídica exercem um sobre o outro, de forma que o art. 50 do Código Civil constitui preceptivo de alcance geral a respaldar a competência administrativa equivalente; ademais, também não há descompasso com o princípio da individualização da pena, o qual deve ser considerado à luz do interesse público, de maneira a ser ressalvado em situações que esvaziem a eficácia da sanção. Portanto, a desconsideração é mero instrumento de preservação da sanção.

segurança em relação à disciplina de um regime cautelar geral. Parece lídimo acreditar que ele poderia funcionar como indutor de uma mudança de perspectiva sobre a processualidade administrativa, qualificando o processo administrativo e dando-lhe maior efetividade, o que, mediatamente, resultaria num desafogo do judiciário, onde invariavelmente param todos os processos administrativos de condução duvidosa.

6.5.4 O regime cautelar administrativo

Como visto, as medidas cautelares de natureza administrativa seguem a mesma lógica e fundamento daquelas de cunho jurisdicional, diferindo apenas pela circunstância de serem instrumentos de uma diferente função do Estado, com escopos imediatos distintos. Repise-se, então, que sua razão de ser é a contingência que cerca os processos administrativos e que, diante da premência do tempo, exigem atos preliminares que resguardem direitos e protejam o interesse público.

A natureza de sua incidência, portanto, é inerentemente extraordinária, não ocorre em situações de normalidade e inexistência de perigo à efetividade da atividade administrativa. Seus pressupostos têm o mesmo conteúdo daqueles que configuram a incidência do poder cautelar jurisdicional, tão estudadas pela doutrina processualista. São os tradicionais *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, que consubstanciarão o motivo dos atos administrativos cautelares.

A exigência rígida da verificação desses pressupostos é uma cautela da cautela, é a positivação de uma diretriz do raciocínio ponderativo, uma especificação da inafastável ponderação que realizará o aplicador do direito ao prolatar decisão com potencial de afetar gravemente a esfera jurídica do administrado. Por essa razão, os excessos ou deficiências desse raciocínio podem ser compensados por regras de responsabilidade pelos danos anormais e injustos provocados pela medida, pois tais decisões necessariamente envolvem custos e riscos os quais, idealmente, devem ser administrados e prevenidos pela autoridade prolatora da medida. O cuidado com a verificação desses dois pressupostos é a primeira das garantias contra essas externalidades[699].

699 Vide SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 171-201.

O *periculum in mora,* que encapsula o conceito de urgência, não é o perigo ordinário de dano jurídico que se tenta conter ordinariamente pelo próprio procedimento, mas sim o perigo de ulterior dano marginal que pode derivar do retardo da decisão definitiva, ou seja, é a impossibilidade prática de acelerar o rito ordinário que faz surgir o interesse de emanação de uma medida cautelar[700]. Pode, assim, ser de dois tipos[701]: perigo de infrutuosidade da decisão final, exigindo uma medida que assegure preventivamente a providência principal; e o perigo de demora da providência principal, caso em que a velocidade ou demora do processo administrativo configura um fator de corrupção[702], gera uma renda, podendo funcionar como um subterfúgio buscado para desvirtuar a atividade administrativa, por isso se exige, nesses casos, o aceleramento provisório de efeitos que adviriam apenas quando da decisão final (embora aqui seja mais apropriado falar em técnica de antecipação satisfativa, não em cautelar).

O *fumus boni iuris*, por sua vez, é um juízo sempre sumário, de probabilidade, limitado no sentido da profundidade da cognição[703], pois cabe ao processo em si, culminado na sua decisão final, a verificação plena e completa dos fundamentos subjacentes ao seu objeto. A desnecessidade de juízos definitivos sobre o mérito fático e jurídico é consonante com a sua natureza precária, própria da sua provisoriedade e condicionalidade (*rebus sic stantibus*), podendo ser revogada ou modificada diante de novo juízo sobre seus pressupostos[704].

700 CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p. 42

701 Pela didática, colaciono as palavras do próprio Calamandrei (**Providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p. 73), que diz *in litteris*: "É fácil compreender a diversidade de manifestação da instrumentalidade da providência cautelar nesses dois casos: em ambos a providência serve para assegurar a eficácia prática da providência principal, mas enquanto no primeiro esta eficácia prática é considerada sob um aspecto objetivo e direto (conservação dos bens que devem subsistir para que produza frutos a execução forçada), no segundo caso é valorada de um ponto de vista subjetivo e indireto, relacionando os efeitos da providência principal com a situação pessoal de necessidade do reclamante, em vista do qual uma execução forçada, frutífera mas diferida, poderia resultar subjetivamente tão inútil quanto uma execução forçada infrutuosa por falta de bens contra os quais se dirigir" (Tradução própria do original: "Es fácil comprender la diversidad de presentación de la instrumentalidad de la providencia cautelar en estos dos casos: en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la providencia principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada), en el segundo caso está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, em vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse").

702 Ver MAIRAL, Hector. **As raízes legais da corrupção** – ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combate-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 137 - 147

703 WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81

704 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** – vol. 2 – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 585

Contudo, além desses pressupostos gerais e comuns à cautelaridade judicial e administrativa, há pressupostos jurídicos específicos que se impõem em razão do regime jurídico-administrativo.

O primeiro deles, já bastante comentado, é o princípio da legalidade, fundamento específico do Estado de Direito, consubstanciado na ideia de submeter o exercício do poder político a um parâmetro normativo (democraticamente legitimado) que estabeleça os limites da sua atuação.

Há duas hipóteses de reserva de lei formal que incidem diretamente sobre o direito administrativo sancionador: aquela referente à liberdade de iniciativa, prevista no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, e aquela que condiciona a imposição de sanções por infrações administrativas, decorrente do art. 5º, XXXIX, também da Carta Magna[705].

É preciso, contudo, compreender, que as cautelares não constituem sanção administrativa, própria do direito administrativo sancionador, mas sim medida de polícia destinada a preservar a incolumidade do interesse público diante da premência temporal (*periculum in mora*). É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello ao distinguir as sanções administrativas das providências administrativas acautelatórias, "que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa"[706]. A executoriedade dessas medidas se mostra, no caso concreto, indispensável para a garantia do interesse público e a efetividade da atividade administrativa, "(...) nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico em risco"[707].

É importante, nesse ponto, lembrar do *privilège d'exécution d'office* do direito francês, mencionado no capítulo anterior quando se falou de controle e de autoexecutoriedade dos atos de polícia, mas cuja lógica se aplica também aqui para entender a legalidade das medidas cautelares, pois a partir dela "se pode considerar que compete ao juiz, inclusive administrativo, tomar todas as medidas necessárias para garantir a efetiva execução de suas

705 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, 2000, p. 129
706 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 888
707 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 434

decisões"[708]. Trata-se, na verdade, de novamente dimensionar essas medidas em sua natureza instrumental para entendê-las como soluções necessárias e indispensáveis à eficácia social heterônoma da lei[709] - a real configuração dos efeitos de uma norma numa comunidade, isto é, da chance efetiva de sua aplicação ao final do processo administrativo. Essa percepção é bem clara no referido caso da *Société Immobilière de Saint-Just*, e especialmente na fundamentação das conclusões do então comissário do governo Jean Romieu, de onde se tira a definição de execução de ofício como "um meio empírico legalmente justificado, na falta de outro método, pela necessidade de garantir a obediência à lei"[710].

Assim, tem-se o Poder Público como executor da lei e do interesse público que ela promove: o fundamento do ato não é a vontade da Administração, mas a prescrição legal superior sujeita à inefetividade não houvesse a medida cautelar; muito menos do que ao ato administrativo, é à própria aplicação da lei que se dirige. Claro que essa remissão indireta à lei deve ser entendida dentro de um contexto razoável de uma deficiência da organização estatal em termos de execução das leis (poderes implícitos), sem criação de competências inexistentes, sem imiscuir-se nas reservas de jurisdição, respeitando os direitos fundamentais em geral e considerando a circunstância de ser indispensável à concreção da lei[711]; não pode, em outras palavras, o administrado pagar o preço da inépcia do legislativo, ou seja, não pode responder antecipadamente por algo que, legalmente, não poderia responder ao fim do procedimento.

Nesse diapasão, a verificação da legalidade das cautelares administrativas deve ser feita de maneira indireta, na medida em que o procedimento administrativo a que servem está em conformidade com a lei e promove os fins que ela colima (legalidade funcional). Trata-se de raciocínio próximo àquele da teoria dos poderes implícitos, de forma que a legalidade dos meios depende – como sói – da legalidade dos fins e do respeito às demais normas do ordenamento jurídico.

708 CHRÉTIEN, Patrice. La notion d'exécution dans l'élaboration de la jurisprudence administrative. **Revue Française d'Histoire des Idées Politique**, n. 34, 2011/2, p. 388

709 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95

710 ROMIEU, Jean. Conclusions Romieu sur Société immobilière Saint-Just, Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just c. Préfet du Rhône, requête numéro 00543, rec. **Revue générale du droit on line**, n. 29480, 2018. Disponível em < www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29480> , acesso em 30 de março de 2021. Tradução própria do original "Un moyen empirique justifié légalement, à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi".

711 MILHAT, Cédric. Entre contraintes et interdits : l'administration et l'exécution de ses actes. **Droit et cultures**, n. 57, p. 93-118, 2009.

Não se trata, note-se, de mitigação ou afastamento da legalidade, mas de aferição oblíqua de sua incidência, sendo desnecessária uma tipificação formal e exaustiva pelo fato mesmo de não se tratar de sancionamento. Além disso, a submissão das medidas cautelares a uma tipificação legal rígida seria completamente irrazoável, em razão da diversidade de procedimentos e de possíveis resoluções às quais elas podem servir, de maneira que "resulta impossível qualquer tentativa de enumeração cerrada"[712].

Um segundo pressuposto para a aplicação lícita das medidas cautelares administrativas é o respeito à proporcionalidade. Trata-se, na verdade, de clássica consideração do devido processo legal em sua acepção substantiva, conforme tão bem desenvolvido pela doutrina anglo-americana, refletindo aquela vedação ao abuso de poder, um respeito às circunstâncias de fato e de direito que possam justificar possível restrição que aquela medida imponha[713]. Em outras palavras, é falar novamente em um juízo de legitimidade instrumental, de maneira a promover ao máximo o interesse público com o mínimo de invasão a esferas jurídicas particulares. Em verdade, a análise de proporcionalidade, nestes casos, consubstancia a correta identificação e observância do interesse público.

Um terceiro pressuposto, que também diz respeito ao princípio da juridicidade, é a observância do esquema de competências delineado pela Constituição, tanto do ponto de vista do princípio federativo quanto da separação de poderes. Assim, é preciso reconhecer a existência daquilo que se costuma chamar "reserva de jurisdição", que é a previsão constitucional de certos atos que só podem ser determinados pelo poder judiciário, um núcleo essencial necessário da competência de cada órgão[714], como aqueles listados no art. 5º, XII, da Constituição da República; dessa maneira, não pode a Administração Pública decretar provisão cautelar que consubstancie qualquer dessas medidas (conformidade funcional)[715].

712 PATO, José Antonio Tardío. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo. **Revista Jurídica de Navarra**, n. 38, jul./dez. 2004, p. 119

713 FRAGA, Vitor Galvão. Devido processo legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 11, 2018, p. 424 - 426

714 MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição. **O Direito**, a. 149º, v. I, 2017, p. 23

715 Exemplo disso pode ser observado no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do MS 33.340 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. **Mandado de Segurança 33.340 / DF**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 26/05/2015), remédio impetrado pelo BNDES contra o Tribunal de Contas da União contra decisão determinando ao banco o fornecimento de informações bancárias relativas a certa empresa privada as quais, segundo o impetrante, seriam protegidas pelo sigilo bancário suprimível apenas por decisão judicial. A vexata quaestio, portanto, era a possibilidade de quebra de sigilo pelo TCU. O impetrante argumentava que, por ser uma empresa estatal, sujeita-se às regras do mercado financeiro e é obrigada a manter hígida a confiança na relação com seus clientes. O TCU, por sua vez, alegava que tais informações não seriam acobertadas pelo sigilo bancário porque as operações subjacentes foram custeadas com recursos públicos. A Corte Suprema reconheceu que o princípio da publicidade sobre restrições de ordem constitucional, dentre elas o sigilo que diga respeito à preservação da intimidade, de maneira que se veda ao TCU a quebra de sigilo bancário e fiscal *tout court*,

O quarto e último pressuposto é a necessidade de motivação, decorrente também do princípio do devido processo legal e do Estado de direito, na medida em que possibilita o contraditório (mesmo que diferido) e a parametrização do ato administrativo como já mencionei em capítulos anteriores.

Com essa breve exposição, encerro esse tópico sobre o poder cautelar administrativo com as palavras de Gordillo que tomo como fecho dessa interessante temática:

> No mundo existe em todo o lado uma "escandalosa morosidade dos processos" e é inevitável admitir com García de Entería e Estoup que "a honra da justiça, nada menos, está precisamente nestes julgamentos cautelares e rápidos" porque as medidas cautelares são "a tábua de salvação da - desesperadamente lenta - justiça administrativa." [716]

matéria reservada a decisão jurisdicional ou, em casos específicos, legislativa. Apesar disso, no caso, realizou-se uma distinção entre situações nas quais as informações sigilosas de terceiro apenas são custodiadas pela entidade, hipótese sujeita a reserva de jurisdição ou de lei, daquelas em que dizem respeito a operações específicas da estatal com particulares, as quais se sujeitam ao controle financeiro da corte de contas previsto no art. 71, IV, da CRFB. Nesses casos, as informações concernem à própria estatal, apresentando conteúdo de interesse social, e seu repasse ao TCU ocorre no seio de um mesmo ente da federação, não caracterizando quebra de sigilo. Assim, a corte, após avaliar a proporcionalidade da medida, concluiu por sua licitude e denegou a segurança.

716 GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas** – la defensa del usuário y del administrado – tomo 2. 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. XIII-34. Tradução do original: "En el mundo hay por doquier uma "dilación escandalosa de los processos" y es inevitable admitir con García de Enterría y Estoup que "el honor de la justicia, nada menos, está precisamente em estos juicios cautelares y rápidos" pues las medidas cautelares son "la tabla de salvación de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa.""

7 DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA SOB PARADIGMAS FUNCIONALISTAS DA DOGMÁTICA JURÍDICA

> Tem o consciente intérprete sistemático a missão maior de pautar as suas escolhas por fundamentações formais e qualitativas que, não raro, devem elasticamente, para honrar o sistema, tomar em consideração aquilo que ele não conseguiu prever, Indo ao cerne da sua "vontade" ou da sua racionalidade interna (em sentido distinto, está claro, do cogito cartesiano). (...) A mentalidade certa, em lugar da aplicação cega e subserviente, passa a ser a da observância crítica das funções presentes e dos objetivos fundamentais da República. Por suposto, no sistema precisam ser buscadas, sem escapismo, as soluções, em vez de se transferir a equação das aporias para remotas ou incertas fontes.[717]

7.1 O SUBJETIVISMO JURÍDICO

Este último capítulo de desenvolvimento tem os ares contemplativo e reflexivo de um autor que se deixa envolver pelas impressões do seu trabalho. A pesquisa e o árduo processo de escrita, que duraram meses, são um caminho de constantes provocações, inquietações, contradições, mudanças de ideia e insatisfação com o que produz. Assim, este capítulo é a imperfeita expressão do encontro dos meus – possivelmente ainda pueris - espaço de experiências e horizonte de expectativas após esse trajeto[718], funcionando como um fechamento concatenado das minhas ideias sobre o tema.

Todas essas técnicas de crise que abordei até aqui traziam hipóteses em que sujeições legais, ordinariamente obrigatórias por força do princípio da legalidade, curvam-se aos fins que normativamente vinculam a administração, admitindo sua mitigação para possibilitar o funcionamento mais adequado da atividade administrativa. Há, como já visto, uma ideia de finalidade inerente a qualquer derrotabilidade de regra.

717 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 176

718 Lembro aqui das consagradas expressões de Reinhart Koselleck (**Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006. p. 309 - 313), que as explica da seguinte maneira: "A experiência é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento. (...) Tem sentido dizer que a experiência proveniente do passado é espacial, porque ela se aglomera para formar um todo em que muitos estratos de tempos anteriores estão simultaneamente presentes, sem que haja referência a um antes e um depois. (...) Algo semelhante se pode dizer da expectativa: também ela é ao mesmo tempo ligada à pessoa e ao interpessoal, também a expectativa se realiza no hoje, é futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto. (...) Horizonte quer dizer aquela linha por trás da qual se abre no futuro um novo espaço de experiência, mas um espaço que ainda não pode ser contemplado."

O problema é que nossa tradição publicista - como tentei mostrar no capítulo 3 – é marcada por uma "fórmula de contingência" que lhe é própria: o conflito constante entre autoridade e liberdade. Augustin Gordillo[719] fala dessa tensão como sendo a aporia do Direito Público, resultado da dialética histórica entre o despotismo estatal e a exacerbação do indivíduo frente à sociedade, sendo o equilíbrio racional entre indivíduo e Estado o ideal almejado pela sensibilidade jurídica.

Há de se observar que essa visão do direito público centrada na oposição entre Estado e indivíduo, embora não seja errada em seus termos, é condicionada por um paradigma subjetivista e voluntarista ao qual nos acostumamos. É uma perspectiva que enxerga sujeitos de direito com vontades ou interesses opostos, os quais, quando chancelados pelo ordenamento jurídico, podem ser impostos ao outro.

Olhando-se para a história das ideias jurídicas, é possível perceber que o direito da antiguidade clássica, e especialmente o do medievo[720] (marcado pela doutrina tomista aplicada aos textos romanos), era a de uma unidade finalística. Nesse sentido, o direito, assim como toda a realidade, ordenava-se na promoção da causa final da Criação, o próprio Deus (*Summa Theologica*, I, II, Q. 91)[721]. Não há espaço para um poder puro e simples, justificado em si mesmo, pois as coisas se ordenavam segundo sua função em relação à unidade.

Foi apenas com o nominalismo de Ockham, no final da Idade Média, que o direito começou a se "subjetivar", abrindo espaço para uma nova concepção de ordem jurídica fundada no voluntarismo, seja pela vontade soberana de Deus (como se defendia), seja na

719 GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 50

720 Sobre esse direito medieval que antecede o individualismo e o voluntarismo próprios do nominalismo que surge na baixa idade média, é interessante observar a lição de Paolo Grossi, que ensina ter ele sido fruto de uma sociedade marcada por dois protagonistas: "no fundo, incumbente e condicionante, a natureza cósmica com os seus fatos primordiais, vista como alvéolo protetor e garantia benéfica de sobrevivência, mas também na sua indomável imensidão; dentro das tramas do tecido de existência cotidiana, a comunidade, nicho indispensável para o desenvolvimento individual nas múltiplas manifestações que exprimem toda a complexidade da vida comum. (...) É daqui que brota e é aqui que se coloca o direito. Não como o fruto da vontade desse ou daquele poder político contingente, desse ou daquele Príncipe, mas como uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que nasce nas vastas espirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora" (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 28)

721 "Ora, supondo que o mundo seja governado pela Divina Providência, como estabelecemos na Primeira Parte (q. 22, a. 1, a. 2), é manifesto que toda a comunidade do universo é governada pela razão divina. Por onde, a razão mesma do governo das coisas, em Deus, que é o regedor do universo, tem a natureza de lei. E como a razão divina nada concebe temporalmente, mas tem o conceito eterno, conforme a Escritura (Pr 8, 23), é forçoso dar a essa lei a denominação de eterna. (...) A lei implica, ativamente, ordem para um fim, enquanto por ela certas coisas se ordenam para este. Mas não passivamente, no sentido em que a própria lei se ordena para um fim; salvo, por acidente, no governador, cujo fim está fora dele, para o qual também necessariamente há de a sua lei se ordenar. Ora, o fim do governo divino é Deus mesmo, nem a sua lei dele difere. Portanto, a lei eterna não se ordena para outro fim." Conforme tradução de Alexandre Correia (1936). Disponível em < http://alexandriacatolica.blogspot.com/2017/04/suma-teologica-traducao-de-alexandre.html> Acesso em 13 de setembro de 2020

vontade dos homens que fundam a sociedade e declaram direitos por meio de um contrato social (como defenderam os iluministas séculos depois)[722].

A subjetivização do direito e a forma como abraçou os valores ligados ao individualismo foram fundamentais para a nova sociedade mercantil que aos poucos se desvencilhava do modo de organização feudal, atingindo seu ápice com o ganho de poder da burguesia - já na modernidade – no período das revoluções liberais. Dessa forma, "é possível dizer que o conceito de direito subjetivo está conectado a elementos patrimoniais e a um horizonte de expectativas orientado para materializar modelos liberais de justificação do poder"[723]. Assim, não há mais sentido jurídico em se falar no fim do direito, reduzido ao conflito entre interesses antagônicos e juridicamente albergados[724].

Voltando o olhar para o Direito Público, que surge (na narrativa tradicional) no ápice do pensamento iluminista e individualista (não por acaso, é nesse período que se elabora a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), observa-se a consolidação de uma doutrina que fala no Estado enquanto sujeito de direito e na existência dos chamados direitos subjetivos públicos. A relação jurídica de direito público, como ensina Fritz Fleiner[725], seria marcada pela desigualdade das pessoas participantes e pelo valor diferente dos interesses recíprocos, porém, sem deixar de ter um caráter puramente pessoal por parte do Estado e dos súditos.

Nessa visão, o Estado titulariza pretensões concretas de autoridade que emanam da soberania, dando origem a deveres públicos, os quais podem ser contrapostos por direitos públicos do cidadão. Nas palavras do publicista alemão, "tanto a Administração Pública como o cidadão podem ser titulares de direitos e deveres públicos, que em último lugar têm sua origem na relação mesma de poder"[726].

Trata-se de concepção presente fundamentalmente na obra de Georg Jellinek – objeto principal da crítica de Duguit que veremos abaixo – que concebe, influenciado por Grotius, o Estado como um sujeito de direitos, uma unidade coletiva e dotada de vontade

722 HESPANHA, António Manuel. **Direito luso-brasileiro no antigo regime**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.30 - 36

723 DA MAIA, Alexandre. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na História do Direito pela legalidade e pelo conceito de Direito Subjetivo. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. (Org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 12

724 VILLEY, Michel. **Filosofia do direito** – definições e fins do direito, os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 158

725 FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933. p. 122

726 FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933. p. 133

(conjunto das vontades individuais submetidas à ordem jurídica), "uma corporação de um povo estabelecido dotada de poder originário de comando, ou corporação territorial dotada de poder de mando originário"[727]. Não por acaso, Jellinek é famoso por ter adotado uma teoria eclética do direito subjetivo, que procurava conciliar as concepções da teoria da vontade e da teoria do interesse, concebendo direito subjetivo como "interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir"[728].

Nesse sentido, sendo o Estado pessoa jurídica soberana dotada de vontade e havendo interesses relevantes de conteúdo notadamente público ou coletivo, surgiria para o Estado direitos subjetivos públicos - "poderes de agir numa relação jurídica concreta conexa a uma função pública" [729], na definição de Santi Romano - a caracterizar juridicamente sua potestade sobre os particulares, da mesma forma que direitos do mesmo jaez poderiam existir para o particular contra o Estado.

Assim, a relação jurídica entre Estado e indivíduo pode se caracterizar por direitos e deveres: há a situação de que o indivíduo precisa agir em nome do Estado e, nesse sentido, tornar pública a sua própria vontade por meio de direitos de cidadania ativa, pois o poder do Estado deriva do poder do povo que, em alguma medida, é o poder de cada membro da comunidade em cidadania; e também a situação diretamente inversa, a de que os indivíduos são súditos do Estado e se submetem a ele, são objeto de seu poder e destinatários dos deveres inerentes à cidadania, os quais observados deixam residualmente uma esfera de liberdade à vontade individual (*Freiheitssphäre*)[730].

Inclusive, nessa perspectiva, o direito subjetivo do administrado se encontra também nas sujeições legais. Essa é uma interpretação muito bem exemplificada pelo entendimento que o Supremo Tribunal Federal consolidou sobre as imunidades tributárias. Na ADI 939-7/DF[731], que impugnava a validade da Emenda Constitucional nº 3/93, a qual autorizava a criação de um Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira e o excluía da incidência da regra da anterioridade de exercício (art. 150, III, b, da CRFB), o Tribunal decidiu pelo provimento entendendo que havia uma violação de cláusula pétrea. O raciocínio

727 JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929. p. 183. Tradução própria do original „die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes oder, (...) die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietsköperschaft".

728 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 253

729 ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 146

730 JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929. p. 419 – 420

731 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 939-7/DF. Rel Min. Sydney Sanches. Julgado em 15/12/1993. DJ 18/03/1994.

da corte foi no sentido de que a sujeição do art. 150, III, b, gera um direito individual ao contribuinte, constituindo limite material ao poder constituinte derivado (art. 60, §4º, IV, da CRFB), não se admitindo emenda ampliando as exceções a ele já existentes na redação originária, pois tenderiam à sua abolição.

Reitero que não há um erro propriamente dito nesse raciocínio, é uma forma de pensar muito própria à tradição publicista que remete ao surgimento do direito administrativo como garantia de controle do poder, de proteção da liberdade do cidadão frente ao poder do Estado. O problema é que, tomada como condicionante do pensamento, essa forma de enxergar o direito público revela-se monocular, enfatizando um certo voluntarismo das sujeições da atividade administrativa, como se tivessem por escopo coonestar certas "vontades" do administrado (sua liberdade como limite ao poder do Estado). Essa perspectiva, contudo, acaba por subverter o verdadeiro escopo do direito administrativo, que é a promoção do interesse público.

Não estou aqui a desenvolver um argumento iliberal, muito menos pretendo a defesa de um *jus politiae* redivivo. Penso ter deixado isso claro quando, em mais de um momento, rejeitei a antiga doutrina da suprema necessidade (*Staatsnotrecht*). Em todo este trabalho falo sobre um "direito de urgência" inserido na ideologia própria do Estado de direito, na tendência do giro democrático constitucional e do giro pragmático, de forma que eu não posso ignorar a função que tem o direito administrativo de limitar a ação do Estado e proteger os indivíduos.

Contudo, é preciso ter clareza em posicionar essa função dentro da ideia maior de promoção do interesse público. Isso porque, como explicado no Capítulo 3, adota-se aqui um conceito de interesse público não monopolizado pelo Estado, e no qual se insere necessariamente a defesa dos direitos fundamentais e demais valores constitucionalmente protegidos, de maneira que em muitos casos o próprio particular pode titularizar o interesse público, razão pela qual se lhe outorga uma pretensão de refrear a atividade administrativa (ilícita).

Nesse diapasão, as sujeições legais da Administração têm por função não simplesmente servir de garantia a meros interesses privados, mas sim garantir interesses privados que concretamente ganham dimensão pública, até porque o interesse público necessariamente emerge dos contextos concretos. Isso significa que toda sujeição se coloca como instrumento à concreção de fins normativamente abraçados e que determinaram, nos

casos concretos, o interesse público. Isso é dizer que à relação entre Administração e administrado subjaz uma finalidade juridicamente qualificada que a vincula, de maneira que a prevalência da pretensão de um ou de outro será por ela justificada; não é uma simples questão individual de olhar direitos de um ou outro sujeito, mas sim de observar concretamente as finalidades que justificam esses direitos.

Pensemos, exemplificativamente, na regra da licitação, ela serve para garantir a impessoalidade e a competitividade das contratações públicas, e nesse sentido pode ser oposta ao Estado por um particular que se sentiu lesado por ver a Administração contratar diretamente com seu concorrente sem qualquer justificativa. Há nesse caso um interesse que, mesmo sendo do particular que perdeu a chance de celebrar um contrato lucrativo, revela uma dimensão pública ao concluir-se que a falta de licitação pode ter encoberto um conluio ou, no mínimo, diminuído as chances de se conseguir a melhor oferta para o Poder Público.

Porém, quando a Administração deixa de licitar porque enfrenta uma necessidade urgente de abastecimento da população em risco, o simples interesse do indivíduo de disputar um contrato perde a dimensão pública, desde que se tenha demonstrado um mínimo razoável de diligência na escolha da contratada e no preço entabulado, de maneira que a regra da licitação não poderá ser oposta ao Estado sem dano ao interesse público. Nesse caso hipotético, a pretensão de se garantir impessoalidade por meio de um lento processo licitatório não poderá resultar na melhor contratação (função pública primordial das normas licitatórias), pois a melhor contratação será aquela que for feita no curto espaço de tempo. Vê-se, portanto, que quando colocada numa perspectiva funcional a sujeição não é encarada como um direito que se justifica *per si*, mas um instrumento para a promoção dos interesses públicos normativamente tutelados (independentemente de compreenderem interesses individuais do particular ou do ente público) e das finalidades públicas.

No direito privado se encontra algumas ideias muito similares, como quando se fala em uma função social da propriedade, por exemplo. O direito de propriedade, por mais que seja indubitavelmente basilar às ordens constitucionais ocidentais, não pode ser exercido abusivamente para prejudicar um terceiro ou para gerar lucros em prejuízo da ordenação urbana ou de interesses da vizinhança. A visão contemporânea da propriedade "socializada" traz uma contradição inerente de um direito construído em função do indivíduo, mas que se quer fazer justificado em justiça social, isto é, fora do indivíduo[732]. Isso porque, como se sabe,

732 BONALDO, Frederico. O direito subjetivo de propriedade em face da coexistência humano. **Revista de Direito da Cidade**, vol.05, nº01. ISSN 2317-7721 p. 134 - 135

mesmo um direito tão ligado a valores liberais é previsto pelas constituições para o cumprimento de uma função, a qual apresenta não só uma dimensão garantista, mas também uma dimensão social.

Exemplo ainda mais eloquente pode ser encontrado naquilo que José Lamartine Correia de Oliveira[733] chama de "crise de função da pessoa jurídica". Sabe-se que embora a limitação do risco empresarial seja um objetivo ínsito a várias modalidades de pessoa jurídica previstas pelas leis, o ordenamento reage à sua utilização na busca de finalidades distintas daquelas que inspira. É com base nessa visão eminentemente funcional, em que se procura verificar a compatibilidade finalística dos atos de pessoas jurídicas e seus sócios (considerando a separação de responsabilidades) com as funções atribuídas pelo direito a esses institutos, isto é, as necessidades que visam atender. É essa dissonância no plano das funções que justifica a desconsideração da pessoa jurídica e, indo mais além, justifica o sancionamento de abusos de direito em geral.

Há, nesses exemplos típicos do direito privado, uma imperiosa necessidade de se avaliar os fins aos quais os institutos se destinam e as funções às quais se prestam para se verificar, no caso concreto, a licitude ou ilicitude dos atos que deles se valem.

Da mesma forma, as sujeições impostas pelo regime jurídico-administrativo giram em torno da promoção do interesse público, são instrumentais a ela, e por isso não fazem sentido jurídico quando concretamente obstarem essa finalidade, de forma que na sua aplicação "devemos pôr de lado todas as noções de submetê-los a uma interpretação estrita, como se fossem subversivos dos grandes interesses da sociedade ou derrogados da soberania inerente do povo"[734].

Essa é uma perspectiva muitas vezes esquecida no bojo de uma cultura jurídica condicionada a pensar o ordenamento jurídico em termos de sujeitos de direito e direitos subjetivos, especialmente quando se olha para procedimentos e condicionamentos legais da atividade administrativa meramente como garantias de liberdade. Um breve olhar para a história, porém, é capaz de nos mostrar que a dogmática publicista não apenas prescinde dessa visão subjetivista, como já conheceu momento em que predominou sua rejeição. Por isso, no

733 OLIVEIRA, José Lamartine Correia de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 262

734 STORY, Joseph. **Commentaries on the constitution of the United States**: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the adoption of the constitution – vol. I. 4ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1878. p. 312. Tradução propria do original: "we must throw aside all notions of subjecting it to a strict interpretation, as if it were subversive of the great interests of society, or derogated from the inherent sovereignty of the people".

tópico seguinte, realizo breve olhar para trás a fim de revisitar algumas lições que, na dinâmica retórica da dogmática jurídica, deixaram de ser o relato vencedor[735]. Refiro-me, mais especificamente, à concepção de Duguit sobre o direito.

7.2 RELEMBRANDO UMA IDEIA (QUASE) ESQUECIDA

Após a Revolução, as doutrinas administrativistas da França buscaram uma "noção matriz" em torno da qual pudessem girar. Assim, surgiu num primeiro momento a escola da *Puissance Publique*, de Batbie, Aucoc, Ducrocq e Latierrière, a qual procurava justificar a discricionariedade e a responsabilidade administrativas por meio da antiga divisão entre atos de império e atos de gestão. *Puissance publique* é potestade pública, é um conceito que leva àquela visão da Administração como indivíduo dotado de certos poderes, sendo alguns deles incindíveis por natureza, revelando certa verve autoritária; nesse sentido, como adverte Corail, "situavam o domínio próprio do Direito não na região dos objetivos perseguidos, mas na dos meios empregados para atingi-los, isto é, na região dos poderes e dos Direitos"[736].

No fim do século XIX essa escola começa a perder força em razão da dificuldade em responder sobre o regime de atos que se situavam na penumbra entre império e gestão, atos de gestão pública, distintos daqueles de gestão privada, e que mereciam um regime distinto[737]. Nesse contexto, especialmente após o paradigma estabelecido pelo *Arrêt Terrier* de 1903[738] (no qual se adotou o critério do serviço público como delimitador da atividade administrativa), ganha força a Escola do Serviço Público, predominante entre os publicistas continentais por todo o início do século XX, até as chamadas crises dos serviços públicos de 1936 e 1945, que evidenciaram os casos de serviços privados de interesse público. Indo de encontro às bases conceituais do já forte juspositivismo e mesmo do enfraquecido jusracionalismo, essa escola, em suas elaborações iniciais, recupera a ideia de finalidade do

735 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68

736 CORAIL, Jean-Louis Apud CRETELLA JÚNIOR, J.. Conceito moderno do serviço público. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, *61*(2), 1965, p. 205

737 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69

738 CONSEIL D'ETAT. du 6 février 1903, **07496**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634922/ >, acesso em 21 de maio de 2021

direito para, centralizando-se no conceito de serviço público, conceber um estado que age segundo um fim, e não segundo o voluntarismo de um poder soberano a ele atribuído[739].

O grande representante desse pensamento foi León Duguit, decano da Faculdade de Direito de Bordeux, que propugnou substituir pela ideia de serviço público o dogma da soberania nacional; para ele, o Estado não é "uma potestade [*puissance*] que comanda, uma soberania; ele é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes"[740]. Por meio dessa definição, Duguit desindividualiza o Estado que - de forma muito semelhante ao que entendia o nominalismo – não existiria em si mesmo, como pessoa jurídica, existindo apenas aquelas pessoas que ascenderam ao poder, que detêm o exercício da força e, por meio da ficção do Estado como pessoa soberana, justificam sua dominação sobre os demais[741].

Não se trata de um sociologismo inerte e meramente observador, ao reconhecer a artificialidade da personalidade estatal e dos direitos públicos subjetivos, Duguit desmitifica o poder estatal e atribui aos governantes os deveres típicos de uma sociedade organizada. Isso quer dizer que, como qualquer outro homem, os governantes são sujeitos à "solidariedade social"[742] ou "interdependência social" inerente à ordem jurídica, eles não têm direitos *per si*,

739 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 384, 1968.

740 DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel** – Tome 2. 2ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. p. 54 "une puissance qui comande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et controles par des gouvernants."

741 DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel** – Tome 2. 2ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. p. 31 e ss.

742 A ideia de solidariedade social se baseia em uma atribuição de deveres consoante as aptidões de cada indivíduo. Essa ideia releva a noção intrínseca de divisão do trabalho social que, para Duguit (**Traité de droit constitutionnel** – Tome 2. 2ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923. p. 54 – 55), consistiria no princípio organizativo da sociedade para seu progresso, desde que se harmonizem os interesses individuais. Os serviços públicos surgem nesse panorama como uma rede de atividades prestadas a fim de valorizar essas aptidões e promover a solidariedade social. Em suas palavras: "Os governantes, sendo indivíduos como os outros, são apanhados como os outros nos laços da interdependência ou da solidariedade social. (...) como os particulares, os governantes também têm deveres objetivos positivos, baseados no mesmo princípio e tendo basicamente os mesmos limites. Todo indivíduo é obrigado a usar suas próprias aptidões para a realização da solidariedade social em suas duas formas e, em troca, pode legalmente querer qualquer resultado compatível com esse objetivo (...). Os governantes também são obrigados a usar suas próprias habilidades ao serviço da solidariedade nacional, e suas declarações de vontade devem ser respeitadas por todos quando são determinados por um objetivo de solidariedade. (...) Vemos portanto a noção de serviço público: é qualquer atividade cuja realização deva ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, pois a realização desta atividade é essencial para a realização e a desenvolvimento da interdependência social, e que é de tal natureza que só pode ser plenamente alcançado por meio da intervenção da força governante" (Tradução do original: "Les gouvernants, étant des individus comme les autres, sont pris comme les autres dans les liens de l'interdépendance ou solidarité sociale. (...) comme les particuliers, les gouvernants ont eux aussi des devoirs objectifs positifs, reponsant sur le même príncipe et ayant au fond les mêmes limites. Tout particulier est obligé d'employer ses aptitudes propres à la realisation de la solidarité sociale sous ses deux formes, et em retour il peut vouloir juridiquement tout résultat conforme à ce but (...). Les gouvernants sont eux aussi obligés de mettre leurs aptitudes propres au servisse de la solidarité nationale, et leurs déclarations de volonté s'imposent au respect de tous lorsqu'elles sont determinées par um but de solidarité. (...) On aperçoit dès lors la notion de servisse public:

mas obrigações que o ordenamento lhes atribui para a consecução daquele conceito fundamental: os serviços públicos, atividades instrumentais para "o alcance da igualdade real e a melhora das condições de vida dos cidadãos"[743].

Nesses termos, Duguit nega a própria ideia de direito subjetivo enquanto estrutura básica do ordenamento jurídico, para ressaltar a substância social do direito enquanto ordem promotora da solidariedade social. Sua obra "rendeu a todos os juristas o grandíssimo serviço de sacudir violentamente as ideias recebidas, contribuindo com as suas para deter no Direito Público o desenvolvimento excessivo do direito subjetivo e honrar o Direito social"[744]. Essa é uma ideia que, contudo, não se resume às plagas do direito público, mas compreende uma visão total de um direito solidarista[745].

A solidariedade é, portanto, o fato social que denota a vigilância da sociedade na garantia de sua sobrevivência, os laços fundamentais de interdependência, fato do qual surgem as leis jurídicas por puro nexo de finalidade, cuja violação legitima a reação violenta e organizada dos demais membros da sociedade. Em suma, nessa concepção o direito é o "grupo de regras que, por dizerem respeito à própria subsistência da sociedade, estão dotadas de reação organizada e coercitiva (...)"[746]. A regra de direito "é social pelo seu fundamento, no sentido de que só existe porque os homens vivem em sociedade. É ao mesmo tempo individual porque está contida nas consciências individuais"[747]. Nesse sentido, não há

c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé pars les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développment de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.")

743 MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Araña. Sobre las transformaciones del derecho público. **Revista de Administración Pública**, Madrid, jan./abr. 2013, p. 64. Tradução do original: "para el logro de la igualdad real y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos,"

744 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. León Duguit en España y em español. **Revista de Administración Pública**, Madrid, sep./dec. 2010, p. 32. Tradução própria do original: "(...) rindió a todos los juristas el grandísimo servicio de sacudir violentamente las ideas recibidas, contribuyendo con las suyas a detener en el Derecho público el desarrollo excesivo del derecho subjetivo y a honrar el Derecho social."

745 Duguit adota uma concepção sociológica do direito que não o resume a mero fato, mas preserva-lhe o caráter deôntico subjacente ao seu valor de socialidade. Apesar de se opor ao individualismo jurídico, a sua ideia de socialidade procura se afastar de concepções metafísicas e transcendentais, ele a encara como um fato social consistente nas exigências para a convivência dos indivíduos (com seus mais diversos interesses e aptidões) em sociedade (vide REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 439 e ss.). Essa noção compreende uma solidariedade orgânica, uma imposição lógica da consciência – presente já em Aristóteles e Tomás de Aquino – de que o homem é um ser social, sendo, pois, sujeito às leis da interdependência sob pena do próprio perecimento, daí a crítica de que "não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva" (DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.). Nessa esteira, a sociedade é fato humano e primitivo, decorre da própria natureza do homem como se observa por verificação positiva, não é produto da sua vontade, e sim condição natural de sua vida.

746 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 448

747 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015. [ePUB]

"direitos" subjetivos, há atribuições que o direito confere ao homem para cumprir seu papel na sociedade e, no cumprimento dessa obrigação, tem liberdade para desempenhar esse papel; direito subjetivo é apenas um artifício para identificar a liberdade que existe no cumprimento do dever social, seu princípio e fim.

Como referido, a Escola do Serviço Público perde força na metade do século XX com os primórdios do Estado gerencial em prol das novas concepções que a doutrina atribuiu à noção de *puissance publique*[748], de forma que a prevalência da doutrina de Duguit durou muito pouco até mesmo na seara do direito público, sem conseguir derrubar o paradigma iluminista da era dos direitos. Apesar disso, deixou inegável marca na história do Direito Público do ocidente.

Minha referência a Duguit serve não tanto para pretender a ressurreição da Escola do Serviço Público, até por não ignorar seus defeitos e a imprecisão inerente a qualquer concepção sociologista e fundante do direito, mas sim para evidenciar a possibilidade de um olhar para direito a partir da centralidade dos seus fins.

Diferente de Duguit, não quero aqui me basear num fato social tão lato como a solidariedade social para entender a teleologia do direito, pois, sendo coerente mesmo a uma visão mais normativista, podemos encontrar esses fins na própria Constituição (em especial no art. 3º da CRFB), nas leis e demais fontes do direito público.

O mais importante, e por isso a menção a Duguit, é se afastar de percepções extremamente individualistas e subjetivistas das situações jurídicas de direito público, produto de um iluminismo político-jurídico mitificado[749], e adotar uma postura hermenêutica orientada à função administrativa (com as missões institucionais que a Constituição e as leis lhe atribuem) e ao interesse público, sem a qual não me parece ser possível engendrar um direito público de urgência.

7.3 UMA VISÃO FUNCIONALISTA

Todos os institutos que expus nas páginas anteriores conotam essa perspectiva de suprimir, no caso concreto, sujeições que obstaculizam a realização dessas missões

748 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 384, 1968.
749 GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 14

institucionais. Nos casos das manifestações parcelares a que me referi no capítulo passado, o que existe é uma antecipação feita pelo legislador (constituinte ou ordinário) de situações em que a função administrativa pode ser prejudicada por uma sujeição numa situação de urgência.

Mesmo assim, independentemente da presença de considerações funcionais abstratamente positivadas, como o interesse público só pode ser aferido concretamente, o publicista precisa adotar uma visão funcionalista também na interpretação e na aplicação do direito público, visto aqui como instrumento de concreção do interesse público. Assim, impõe-se "pelas novas necessidades da pós-modernidade uma concepção funcional do direito, em que as interpretações jurídicas devem ser feitas com o escopo de assegurar eficácia concretiva aos comandos normativos"[750].

Qualquer raciocínio de derrotabilidade necessariamente pressupõe essa visão quando supera regras (instrumentos) concretamente disfuncionais. Procedimentos e competências não são encarados meramente como direitos de limitação do Estado, mas como instrumentos da adequada prestação da atividade administrativa, eles existem para garantir sua prestação da melhor forma segundo os valores constitucionais (eficiência, dignidade humana, isonomia, democracia, etc.), mas no momento em que a urgência lhes torna contraproducentes, em que passam a piorar essa atividade, eles devem ser superados ou adequados à circunstância.

O próprio procedimento administrativo deve ser enxergado não como uma amarra à ação do estado, mas como um meio positivo de implementar a qualidade da atividade administrativa democrática. Para tanto, engloba regras de proteção de direitos, regras de participação, competências cautelares, espaços de discricionariedade, e o mais amplo plexo normativo destinado ao atingimento de uma decisão final legítima. Importante pontuar que, nessa perspectiva, como propugna Nicholas Bagley, a legitimidade é medida não tanto pelo grau de condicionamentos sob os quais labora (*procedure fetish*) a Administração, mas por quão bem implementa os objetivos coletivos (suas missões institucionais)[751].

É por esse motivo que me refiro a um Direito Público "funcional" como viga de sustentação para a melhor juridicização da urgência, pois a lógica de um direito funcional é a lógica da relação meio-fim, o que envolve a correta concatenação dos fins normativos

750 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 60
751 BAGLEY, Nicholas. The procedure fetish. **Michigan Law Review**, v. 118, i. 3, 2019, p. 350

presentes no direito (sua hierarquização) em função dos resultados que objetivam[752]. Dessa maneira, é possível falar em um sentido funcional do princípio da legalidade, sujeitando-lhe a um caráter instrumental, admitindo sua maleabilidade e adaptabilidade[753], algo essencial para a compreensão da legalidade excepcional decorrente do estado de necessidade administrativo.

As normas de direito público normalmente apresentam distintas funções, cabendo ao operador do direito a consideração sistemática do sopesamento entre essas funções e a hierarquização dos elementos teleológicos das normas jurídicas, a fim de lastrear e possibilitar a maior qualificação das fundamentações dos atos administrativos. Fundamentações monodimensionais, que consideram apenas a literalidade ou algum outro princípio casuisticamente escolhido, costumam esconder a complexidade inerente às situações. Considerações de viés multidimensional forçam o reconhecimento da complexidade e o sopesamento das distintas alternativas que o sistema jurídico oferece[754].

Numa formulação um tanto quanto chocante, Adrian Vermeule[755] afirma que o regime jurídico-administrativo tolera um nível previsível de "abuso de poder" como produto inevitável da concretização de outros fins coletivamente desejáveis. O autor sustenta essa afirmação com base em três argumentos: primeiro, desde o século XVIII o Direito Administrativo deixa de se preocupar apenas com o abuso de poder administrativo e passa a se preocupar com o abuso de poder privado, ocorrendo um *tradeoff* regulatório no qual se admite uma maior amplitude do poder governamental (e seus riscos) para prevenir os abusos de poder econômico; segundo, a dinâmica social de hoje implica uma sucessão rápida de

752 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 106 – 107. O autor dá o didático exemplo do direito a segurança, no qual encontramos as funções de solução de conflitos e de organização do poder político. Contudo, tais funções precisam ser teleologicamente encadeados, de forma que a solução dos conflitos é um meio em relação ao fim da segurança, mas um resultado em relação à organização do poder, sendo possível estabelecer que "a organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social".

753 LAURENT, Elyssa. L'equilibre des interets lors de la disparition de l'acte illegal createur de droits. [Tese de doutorado]. **Universté des Antilles**, Schœlcher, 2015. p. 197 e ss.

754 É esse o sentido da lição de Eduardo Jordão (The three dimensions of administrative law. **A&C – Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL**, a. 19, n. 75, Belo Horizonte, jan./mar. 2019) quando fala na tridimensionalidade do direito administrativo como um panorama teórico para compreender analiticamente as respostas normativas para os problemas da atividade administrativa. O autor sugere compreender o direito administrativo a partir de três dimensões: a) a dimensão legal, que procura proteger os direitos dos cidadãos e limitar a ação do Estado; b) a dimensão gerencial, que procura estruturar a administração com o aparato para executar suas tarefas e atender às necessidades da coletividade; c) uma dimensão política, que procura garantir a promoção das escolhas políticas democráticas nas decisões administrativas (mormente as discricionárias). Essas três dimensões se relacionam em cada decisão concreta, de maneira que medidas que intentam implementar uma delas podem melhor viabilizar ou obstaculizar as demais. Segundo o autor, a consideração das três dimensões é importante na aplicação das normas administrativas, observando qual delas prepondera num determinado diploma legal e como cada uma delas se manifesta nas soluções concretas aos dilemas da sociedade. Essa maneira ampliada de considerar o fenômeno jurídico é também uma maneira de melhor aferir o interesse público diante das circunstâncias que se apresentam em cada momento.

755 VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Northwestern University Law Review**, n. 109, n. 3, 2015.

desafios regulatórios que demandam do Poder Público maior elasticidade para acelerar as adaptações da atividade administrativa, o que ocorre especialmente por meio da ampliação do poder regulamentar; Terceiro, os custos de controle são cada vez maiores, o que demanda um cálculo de custo-benefício e eficiência tendente a uma maior assunção de riscos.

Segundo o autor, é difícil trabalhar a realidade da burocracia hodierna com as categorias da teoria constitucional do século XVIII, que tinha a ideia de um Estado positiva e integralmente vinculado pela lei. Para ele, uma teoria moderna não deve objetivar a minimização do abuso de poder, mas a sua otimização (*optimal abuse of power*), tolerando um nível adequado ao interesse público.

No fundo, é a compreensão de que toda arquitetura institucional envolve um *tradeoff* de vantagens e desvantagens: legalidade vs. eficiência, imparcialidade vs. expertise, etc. As melhores soluções para esses problemas são aquelas "não dogmáticas", que consideram argumentativa e fundamentadamente todos esses riscos, e não foca em apenas um deles; é um raciocínio necessariamente contingente e que se insere na tendência do giro pragmático do direito público. Assim, todo ato administrativo deve incrementar o benefício total dentro do espaço institucional até o ponto em que, na medida das informações disponíveis, o benefício marginal e o custo marginal (considerando todos os valores em jogo) se igualam.

Vermeule escolhe a expressão abuso de poder, que tem um sentido muito próprio no direito administrativo, mais como um expediente retórico. Uma leitura atenta de sua análise mostra que não defende *per si* ilegalidades, mas sim que legalidade deve ser encarada nessa visão funcional, adaptada à complexidade das necessidades sociais e ao pensamento pragmático, o que implica, em relação ao que arquitetavam os teóricos do Estado liberal, um grau cada vez maior de discricionariedade, de conceitos indeterminados, e especialmente de possibilidades lícitas de ponderação concreta de valores nas decisões administrativas.

Nesse sentido, o controle ganha um destaque essencial, não exatamente por admitir risco de abuso de poder em virtude de um juízo de custo-benefício econômico, mas por considerar as dificuldades de gestão e adotar paradigmas normativos concretistas e consequencialistas, prestigiando a boa-fé do administrador que busca a maximização do bem-estar social e modificando o espaço denotativo do "abuso de poder" aos atos de verdadeira arbitrariedade.

A adoção de um Direito Administrativo funcional também passa, como não poderia deixar de ser, por uma consideração hermenêutica adequada do direito. Lembro aqui da lição de Nelson Saldanha de que no direito existe um componente de ordem e outro de hermenêutica, sendo nesse segundo que ocorrem as implicações teóricas fundamentais e os componentes da atividade prática, relacionando-se com a inteligibilidade de toda dimensão institucional da sociedade. Uma visão puramente formal do direito, explica o autor, tende a esvaziar a hermenêutica, que não pode prescindir da consideração de elementos culturais e axiológicos[756].

Pensando mais propriamente no direito público, Juarez Freitas defende uma interpretação tópico-sistemática, reconhecendo que "a irrenunciável melhor exegese depende de uma focalizadora e acertada orientação finalística"[757]. A sistematicidade da ordem jurídica, montada pelo intérprete que busca superar as fragmentariedades do direito, é vitalizada pelas considerações dos problemas concretos que se enfrenta na sociedade (e não desejos egocêntricos do intérprete), de maneira que uma interpretação tópico-sistemática incorpora uma racionalidade aberta e integradora, orientada pelo plexo hierarquizado (partindo da Constituição) de objetivos fundamentais do direito.

Nesse sentido, a interpretação realizada sob o pálio dessa postura hermenêutica amplia os horizontes pensados pelo legislador por meio de um "diálogo maduro com os textos normativos e os casos"[758]. Esteada num rigoroso dever de fundamentação, essa mentalidade consiste em libertar-se de formalismos burocráticos e pressupõe a identificação crítica das funções do direito, sem precisar buscar fundamentações em fontes remotas, e sempre considerando as consequências da universalização de suas soluções, isto é, preocupando-se com a segurança jurídica e a unidade do sistema, sabendo que nenhuma resposta é simplesmente *ad hoc*[759].

756 SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 111 - 112

757 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174

758 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 176

759 Embora não caiba aqui discorrer sobre cada uma delas, elenco as diretrizes fundamentais desse pensamento hermenêutico conforme expostas por Juarez Freitas (**A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178 - 184): I) o interprete deve exercer conscientemente seu papel maiêutico e extrair o melhor da elasticidade do direito objetivo; II) deve, na hierarquização concreta dos valores, garantir-lhes a maior concordância possível; III) deve sobrepassar as antinomias garantindo o binômio segurança/justiça; IV) Deve empenhar-se para garantir os objetivos e direitos fundamentais, vinculando-se sempre ao direito (mais do que à lei); V) deve explicitar as premissas do seu raciocínio para garantir o discernimento axiológico não-arbitrário; VI) deve perceber o caráter problemático do evento hermenêutico, construindo o sistema a partir de uma visão dedutiva de um suporte indutivo; VII) deve lutar contra subjetivismos e ter consciência de que suas soluções se incorporarão à rede complexa de enunciados jurídicos, operando suas mutações; VIII) deve considerar todos os fatos coletados para fazer um diagnóstico seguro do problema e, no bojo do sistema, encontrar a solução mais conciliatória para superá-lo e manter a sistematicidade da ordem; IX) deve ser o artífice das mutações do

Sem dúvida, na dimensão hermenêutica de um direito público de urgência despontam os elementos teleológicos subjacente às suas normas que deverão orientar as soluções jurídicas para os casos concretos. Sabe-se que os valores e missões institucionais, positivados em normas-objetivo, funcionalizam a interpretação sistemática; "a pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, toma-se mais objetiva"[760], como diz Eros Grau.

Porém, além desses parâmetros, deve-se observar em cada diploma normativo os seus motivos e fins, os quais condicionam seu desenvolvimento sistemático, como já no século XIX ensinava Paula Batista dizendo que "o fim da lei (*intentio legis*) se resolve á final em um motivo especial, ou de futuro em natural e perfeita alliança com seu motivo geral, preexistente e fundamental"[761]. Embora se saiba que as provisões de direito excepcional devam ser interpretadas de forma estrita, isso significa acima de tudo considerar sua razão própria e original que justifica sua sublevação do direito comum[762], isto é, a distinção de situações fáticas em relação às finalidades normativas.

Portanto, é preciso reafirmar e aprofundar essa teleologia. O direito administrativo moderno se vincula ao Estado de direito por meio da consonância com as normas e princípios derivados da constituição política, de maneira que seus elementos definidores se adaptam à divisão de poderes, à legalidade e ao bem comum e interesse geral e coletivo (caráter teleológico social), o que leva à afirmação de Jaime Gamboa de que "o direito administrativo se transforma genericamente em um complexo conceitual dinâmico e substancial, nutrido tanto de legalidade formal como finalista, seguindo os parâmetros constitucionais"[763].

ordenamento, corrigindo defasagens e lutando pela prevalência do seu espírito a despeito da letra; X) deve salvaguardar a essência pluralística do direito fazendo confluir a generalização e a particularização próprias, respectivamente, dos pensamentos sistemático e tópico.

760 GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 45

761 PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do império**. 4ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1890. p. 411 (grafia original). No mesmo sentido, as palavras de Carlos Maximiliano (**Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 125): "O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram. Fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado e eficaz".

762 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 183 - 184

763 GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, a. 8, n. 31, p. 208-253, Belo Horizonte, jan./mar. 2008, p. 211. Tradução própria do original: "el derecho administrativo se torna genéricamente en un complejo conceptual dinámico y sustancial, nutrido tanto de legalidad formal como finalista, siguiendo los parámetros constitucionales".

Assim, não se deve entender o direito administrativo apenas de um ponto de vista estritamente formal, mas sim também reconhecer o protagonismo da permanente busca pela satisfação dos interesses coletivos. A visão exegética da legalidade radica numa Administração estática e superficial, paralisada pelo viés do *status quo* (*status quo bias*) que impõe padrões automáticos de aplicação (e repetição) das regras (*rule book thinking*), incapazes de lidar com demandas sociais dinâmicas[764].

Por isso, é preciso compreender que não há (ainda mais na literalidade da lei) palavra final "no que se refere a atos administrativos – para todos os que partam de um corte epistemológico legalista – o que há é a Constituição como pedra-de-toque e a supremacia do interesse público como tábua-de-salvação"[765]. Assim, a função administrativa moderna deve ser nutrida por conceitos muito mais ágeis e dinâmicos a permitir, dentro das balizas constitucionais, "atuar sob critérios de discricionariedade e oportunidade necessários para impulsionar sua ação na permanente busca da realização das finalidades do Estado"[766], não se resumindo simplesmente ao cumprimento estrito da letra da lei. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito administrativo moderno, diferentemente daquele oitocentista, preocupa-se com a implementação controlada de uma Administração Pública altamente ativa, impregnada de competências e alto grau de decisão política para o cumprimento das finalidades estatais.

Sabino Cassese[767] aponta que, ainda assim, há um forte apego aos velhos modelos do "método tradicional" em alguns países, como a Itália, que buscam no formalismo o remédio contra a traumática lembrança da experiência ditatorial e como único meio de fidelidade à democracia. Contudo, esse método vai pouco a pouco sendo vazado por forças subversivas, como: o direito comunitário, que mitiga o positivismo com um complexo sistema de fontes; a comparação jurídica, que demonstra a relatividade das soluções e destrói o mito das respostas exatas; e a política do Direito, que facilita uma postura crítica em relação às normas jurídicas, preocupando-se menos com a construção de sistemas conceituais e mais

764 Vide CLEYNENBREUGEL, Pieter Van. Conduct of business rules in EU financial services regulation: behavioural rules devoid of behavioural analysis? In Alberto Alemanno; Anne-Lise Sibony (ed.). **Nudge and the law**: a European perspective. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 262 e ss.

765 TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 43

766 GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, a. 8, n. 31, p. 208-253, Belo Horizonte, jan./mar. 2008, p. 212. Tradução própria do original: "actuar bajo criterios de discrecionalidad y oportunidad necesarios para impulsar su acción en la permanente búsqueda de la realización de las finalidades del Estado".

767 CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014. p. 391 - 393

com a sua funcionalidade. A consolidação das instituições democráticas pouco a pouco faz desaparecer antigos preconceitos e possibilita o aprofundamento dessas mudanças de visão metodológica[768].

Embora reconheça o risco de que, na distorção de uma cultura autoritária, tal metodologia se deturpe numa "tirania dos fins" (especialmente com a capacidade anuviadora que tem as crises para perenizar medidas excepcionais[769]), esse não é o seu destino natural, pois sua adoção no Direito Público não significa o "vale-tudo" jurídico e o abandono das diretrizes de controle.

Nesse diapasão, Juliana Miranda[770] fala em um "enfoque institucional dinâmico" necessário às técnicas de crise, mormente as mais genéricas como o estado de necessidade e os estados constitucionais de exceção, pela configuração dos seus contrapesos. Nesse contexto, parte-se do pressuposto já tão repetido aqui de que as técnicas de crise não são expressões puras de poder, mas fórmulas jurídicas de orientação do poder aos fins de Estado. Isso implica, por um lado, a necessária observância dos direitos fundamentais constitucionais e, por outro lado, a estrita aderência aos elementos axiológicos e teleológicos desses institutos no Estado de direito.

Assim, num direito público funcional, orientado a esses fins normativos, desponta como mais importante critério de controle o desvio de finalidade, isto é, a "ação efetivada longe do espírito da lei, ou melhor, exercitada fora do fim previsto, qualificado, considerado como finalidade própria do ato"[771], o qual configura vício insanável do ato administrativo.

768 Exemplo disso, aqui no Brasil, é a recente maior aceitação que tem recebido a arbitragem no âmbito do direito público, obstada ainda por preconceitos anacrônicos - ligados ao método tradicional - em relação ao princípio da legalidade, à indisponibilidade do interesse público e à inafastabilidade da jurisdição, o que não se justifica numa interpretação funcional desses institutos, mais coetâneo à realidade complexa da função administrativa.

769 Vide SOMEK, Alexander. Necessity; Or: The Tyranny of Goals. **CoronaJournal**, 2020. Disponível em < https://crisis-diary.net/2020/04/14/necessity-or-the-tyranny-of-goals/ >, acesso em 21 de maio de 2021.

770 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 135 e ss.

771 FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 180

Isso significa colocar a moralidade administrativa como fronteira material à legitimidade dos atos urgentes[772], consistindo exatamente nessa "orientação finalística substantiva"[773].

No contexto do direito brasileiro, o princípio da moralidade equivale à observância de padrões objetivos de honestidade e probidade, com orientação primordial à noção jurídica de "boa administração"[774], e sua violação pode se dar, segundo Diogo de Figueiredo[775], de três modos: 1) através de atos com desvio da finalidade pública; 2) através de atos sem finalidade pública; e 3) através de atos com deficiência de finalidade pública (ineficiência grosseira).

772 Corrobora essa ideia a explicação de Edilson Nobre Júnior e Flávio Germano Teixeira Júnior (O Estado Administrativo Norte Americano em xeque? Reflexões baseadas na doutrina e jurisprudência. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas**, Faculdade Eduvale, Avaré, v. 2, n. 2, maio/ago. 2021, p. 64), ao dizerem que "compreender que há, por trás das regras (lato sensu) explícitas e isoladas, um conjunto principiológico de legalidade que sustenta a prática jurídica pode conduzir o raciocínio jurídico a uma decisão, que mesmo em *hard cases*, respeite o direito enquanto *corpus juris*; o respeito à moralidade interna do direito (e, notadamente, do direito administrativo) pode ser o ponto de partida a uma decisão jurídica que respeita igualmente as intenções implícitas no todo que compõe a estrutura de governo e, ao fazê-lo, apresenta-se como *le juste milieu* entre a fé no textualismo e o 'ceticismo da discricionariedade'."

773 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 152

774 Na lição de Juarez Freitas (**O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26 - 28), a boa administração é um somatório de direitos e deveres que inadmitem a inércia da administração ativa e controladora, abrangendo os direitos fundamentais à administração pública transparente, à administração pública dialógica, à processualização administrativa, à administração pública isonômica, à administração pública proba e à administração pública eficiente; o primado da boa administração é, portanto, o primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais do Estado constitucional. Em sentido similar o que escreve Andry Matilla Correa (**La buena administración como noción jurídico-administrativa**. Madrid: Dykinson, 2020. p. 208) ao aduzir que a boa administração se dá quando "(...) se há empregado bem os meios na atuação administrativa e se há chegado, por essa via, ao correto cumprimento dos fins aos quais esses meios hão de servir, tudo isso dentro do marco jurídico adequado, que há de estar inspirado em valores e princípios que garantam e conduzam à plena realização do ser humano, social e individualmente considerado. (...) há de involucrar a ideia de um agir administrativo público que se efetue do modo mais ótimo possível e que alcance, por essa via, também de forma ótima, o fim (geral) que determina esse agir, tudo isso dentro de uma ordem jurídica que seja realmente causa de determinação e garantia dessa realização" (Tradução própria do original: "se han empleado bien los medios en la actuación administrativa y se ha llegado, por esa vía, al correcto cumplimiento de los fines a los que esos medios han de servir, todo ello dentro del marco jurídico adecuado, que ha de estar inspirado en valores y principios que garanticen y conduzcan a la plena realización del ser humano, social e individualmente considerado. (...)há de involucrar la idea de un accionar administrativo público que se efectúe del modo más óptimo posible y que alcance, por esa vía, también de forma óptima, el fin (general) que determina dicho accionar, todo ello dentro de um orden jurídico que sea realmente cause de determinación y garantía de esa realización."). Essa noção foi positivada como direito fundamental no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que apresenta a seguinte redação: "Artigo 41.º Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua" (Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2021).

775 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 168

Outrossim, na esteira dessa noção de enfoque institucional dinâmico[776], há uma fronteira procedimental e formal que consiste na interação dialógica entre os Poderes da república na formação de uma rede plural e heterogênea de controle capaz de investigar a profundidade da justificação dos atos urgentes. Isso é especialmente importante no tocante aos estados constitucionais de exceção, formas mais graves de técnica de crise que implicam em confusão temporária de funções entre os órgãos, em que veremos sempre a preocupação em preservar o funcionamento dos Poderes (por exemplo, com a manutenção das prerrogativas dos parlamentares durante estado de sítio) e em atribuir a cada um deles papeis institucionais na gestão da crise, possibilitando uma responsabilidade compartida.

Ademais, reitere-se, falar em um direito emergencial é falar em um sistema de controle compatível. É a estrutura controladora que não apenas dá eficácia à normatividade das técnicas de crise, como também possibilita a significação dos seus contornos indeterminados, de maneira que ela cumpre uma função dupla de assegurar à sociedade a legitimidade dos atos urgentes e, também, assegurar ao gestor a margem efetiva de ação. É, portanto, indispensável ao direito de urgência a sujeição da conduta administrativa a adequados mecanismos institucionais de *accountability*[777].

A estruturação de uma rede de controle heterogênea, em que cada órgão realiza sua fiscalização sob parâmetros distintos (político, administrativo e jurisdicional) e em momentos diferentes (prévio, concomitante e posterior), com múltiplos olhares em consideração às diversas funções dos atos do Poder Público, diminui a tentação autoritária e a ocorrência de abusos e melhor delineia os limites do discurso da excepcionalidade.

A tentação autoritária e a indeterminação são os maiores fantasmas que assombram um direito público de urgência, medo que certamente não é injustificado considerando tantos exemplos de abuso da excepcionalidade na história. Porém, esses fantasmas devem servir não para inibir a construção de técnicas de crise, mas para incentivar a reflexão sobre elas e sua melhor elaboração. Lembro da advertência de Nicholas Bagley de que "um direito administrativo orientado em torno de medos de uma presidência patológica deve ser em si patológico – uma cura pior do que a doença"[778].

776 MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 136 - 144

777 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]

778 BAGLEY, Nicholas. The procedure fetish. **Michigan Law Review**, v. 118, i. 3, 2019, p. 350. Tradução propria do original: "an administrative law oriented around fears of a pathological presidency may itself be pathological—a cure worse than the disease."

Há de se considerar que hoje inevitavelmente lidamos com um direito marcado por indeterminações, as quais lhe servem para melhor adequar a atividade administrativa às necessidades da sociedade. Adrian Vermeule[779], no contexto do direito estadunidense e especialmente do *Administrative Procedure Act* (APA), fala sobre essa inevitabilidade dizendo que já vivemos um "direito administrativo schmittiano". Ele aponta para a existência de "buracos negros" normativos - relativos ao mérito administrativo, que tornam certas decisões inexpugnáveis pelo judiciário, por exemplo, por deferência à discricionariedade técnica ou a funções políticas – e "buracos cinzentos" – indeterminações dissimuladas consistentes em condicionamentos legais insubstanciais. Em síntese, o direito administrativo já é construído em torno de uma série de cláusulas abertas e parâmetros ajustáveis, como a própria noção de "arbitrariedade" ou de "razoabilidade".

Mais uma vez, apesar de ver certo exagero na expressão "schmittiano", pois, em última consequência, induz a uma noção de sublevação da ordem legal pela política, o argumento da inevitabilidade de um grau de indeterminação no direito público me parece ser sólido. Esses buracos negros e cinzentos, especialmente esses últimos, são inevitáveis tanto às fontes legislativas quanto às fontes judiciais do direito público. A velocidade das mudanças sociais e a contingência inerente ao surgimento de circunstâncias excepcionais tornam impossíveis a plena previsibilidade do legislador e a consequente aderência absoluta do administrador a parâmetros legais determinados, que são incompatíveis com a natureza das instituições do mundo real[780].

A existência de buracos negros no direito procura capturar um consenso duradouro de que certas situações demandam maior adaptabilidade das regras sob pena de maiores prejuízos a bens coletivos e mesmo à estabilidade institucional. Já os buracos cinzentos surgem como medida de preservação de uma moralidade jurídica mesmo diante de grandes núcleos de indeterminação normativa, atribuindo capacidades institucionais de controle ajustáveis às circunstâncias. Isso não implica, em absoluto, uma visão cética sobre a aptidão de uma juridicidade excepcional, apenas reforça a importância de um sistema plural e dialógico de controle que dê substância e pragmaticidade (considerando potencial assimetria de informações entre administrador e controlador) a essa moralidade, além de maior legitimidade aos atos de emergência. Essa dinâmica que é própria de um Estado regulador complexo (pois os custos de oportunidade de parâmetros muito estritos e um controle rígido

779 VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009
780 VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009, p. 1136

fossiliza a atividade regulatória), confiante na sua maturidade institucional, não é restrita a emergências, apesar de ser inevitável a elas (convergência entre o direito ordinário e o extraordinário)[781].

Não há, portanto, problema em se trabalhar com conceitos "abertos", com os quais efetivamente já trabalhamos, o importante é que, como já mencionado no Capítulo 3, sua significação seja submetida a múltiplas instâncias institucionais (num sentido bem häberliano), garantindo-se controle social e observando-se um rigoroso dever de motivação ampla. Para a funcionalidade de uma juridicidade de emergência é preciso reconhecer essa indeterminação inerente ao direito, aceitando que a resolução de crises depende de uma maior liberdade de ação do Poder Público.

Contudo, importa também admitir que isso não inviabiliza a preservação dos ideais democráticos e institucionais, pois as técnicas de crise reconhecem limites jurídicos e nunca rompem totalmente com o sistema legal, o que se tentou demonstrar ao longo de todo esse trabalho. Aliás, a tendência de rompimento parece muito mais presente nos extremos seja do pensamento cético schmittiano, ou do ideal utópico de uma legalidade nos moldes da doutrina oitocentista. Assim, é justamente a existência de regimes de urgência no direito público que possibilita um elo constante, mais ou menos tênue, entre poder e direito em situações de grave perturbação da normalidade[782].

781 VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009, p. 1133 - 1144

782 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste escrito, cabe lançar algumas conclusões extraídas, na sequência, dos capítulos aqui apresentados, sem prejuízo de reconhecer-lhes – valendo-me da expressão de Heidegger – o estado de constante inconclusão (*ständige Unabgeschlossenheit*)[783]:

1. CRISE E URGÊNCIA NO DIREITO. O conceito de crise é originário da medicina grega, indicando a fase crítica de uma doença em que a vida do paciente estava em rico iminente e o médico precisava tomar uma decisão. Na historiografia, o conceito ganha o sentido de momento transicional, de quebra com as categorias estruturais marcantes de um período histórico indicando sua superação, é uma distinção que produz novos significado e regula a narrativa histórica com a criação de "pontos cegos" nos quais se admitem incongruências inaceitáveis na normalidade. O Direito incorpora esses sentidos a seu modo, também nele a crise indica necessidade de decisão e cria "pontos cegos" de normatividade extraordinária, porém, isso também ocorre em momentos mais corriqueiros, que não envolvem grandes convulsões sociais. Por isso, optou-se por falar no conceito de urgência como uma categoria jurídica que tem o mesmo discurso da crise, pois suscita exceções à normatividade. Nesse exame, concluiu-se que a urgência, enquanto categoria jurídica, divide-se em dois elementos: o tempo para a prática de um ato e a necessidade que não pode ser cumprida nesse tempo, forçando sua redução. Tempo e necessidade são categorias fáticas que legitimam a atuação excepcional do Estado nas hipóteses normativas que têm como elemento a urgência, a verificação dessas duas categorias informa concretamente a própria noção de interesse público (nexo finalístico). A urgência funciona no direito como uma forma de disputar a contingência, pois o direito é um sistema que se generaliza contrafaticamente, cuja busca de estabilidade acaba gerando certos imobilismos; nesse contexto, a urgência serve como prevenção a esse imobilismo antecipando a solução de graves contingência. Na teoria dos sistemas de Luhmann, isso tem paralelo com o que ele chama de "técnica de crise", uma forma de otimização da generalização do direito, de maneira que a própria ordem jurídica absorve as crises por meio de um cálculo de risco, criando fórmulas de elasticidade do poder sujeitas a um procedimento, possibilitando a solução de problemas fáticos sem a quebra da ordem normativa. Essa elasticidade normativa é fundamental para a estabilidade do próprio direito, no sentido de incorporar um pensamento jurídico do possível (*Möglichkeitdenken*) ou um pensamento em alternativas (*Altenativendenken*), como propugnado por Peter Häberle. Isso quer dizer que a pluralidade de meios de ação possibilita que em momentos

783 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte II. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 16

extraordinários o direito permaneça operativamente fechado. Contudo, a maior abertura semântica própria de um pensamento do possível e das técnicas de crise cria um desafio para a segurança jurídica, valor fundamental do Estado de direito, porém, a rigidez normativa excessiva cria confrontos insuperáveis com a realidade e gera inseguranças de grau ainda maior, pois põem em xeque a própria efetividade da ordem jurídica, o caminho ideal é conseguir atribuir um mínimo de determinabilidade aos institutos que constituam técnicas de crise a fim de legitimá-los através de uma estrutura institucional de controle;

2. CONSTITUIÇÃO E ESTADOS DE EXCEÇÃO. O estudo da constituição é a base inicial para se compreender os meandros de um direito público de urgência, antes mesmo de adentrar nas questões mais próprias de direito administrativo. Os estados constitucionais de exceção remontam à tradição histórica das magistraturas romanas, mais especificamente à Ditadura, magistratura extraordinária que se instituía em casos excepcionais e pelo tempo estritamente necessário ao cumprimento de uma determinada missão, atribuindo-se ao ditador poderes de *imperium* quase absolutos. Esse arquétipo conceitual perpetuou-se na história jurídica ocidental mantendo-se nas formulações mais recentes essas mesmas características de excepcionalidade (*ultima ratio*), provisoriedade, limitabilidade jurídica, instrumentalidade e teleologia orientada a um princípio de conservação da Constituição e suas instituições, nunca sua modificação (*rationale* existencial), servindo, hoje, como elementos de estabilização constitucional, destinados à conservação do próprio Estado. Essas são construções que só fazem sentido no panorama do Estado de direito, pressupõe-no, embora seu exercício irrestrito possa leva-lo ao fim; atribui-se-lhes, idealmente, efeitos jurídicos adequados na medida estritamente necessária à solução da crise, sem gerar maiores riscos de disfuncionalidades permanentes. Todo estado constitucional de exceção pressupõe expansão da força estatal organizada e flexibilização das decisões políticas, porém sujeitando-se à permanência de um núcleo axiológico constitucional traduzida num maior ônus argumentativo para medidas de cerceamento da direitos (garantindo-se um núcleo essencial na esteira das chamadas cláusulas pétreas), manutenção da segurança jurídica por meio de transparência e procedimentalização mínima dos atos, e manutenção do funcionamento das instituições de Estado; atribuindo poderes e, ao mesmo tempo, restringindo os poderes que atribui. O olhar para o direito estrangeiro revela três possibilidades: a vedação a qualquer medida de exceção (Constituição Belga), a lacuna quanto ao tema (Constituição Norte-Americana), e a sua regulação pela constituição do país. Nessa última, distingue-se dois modelos: o de cláusula geral de atribuição de poderes (Constituição Francesa e *les pouvoirs exceptionnels*) e o de estado emergencial típico e delimitado (Lei Fundamental de Bonn). A

tradição brasileira foi de muito abuso ao chamado "estado de sítio", presente em todos os momentos da república - com exceção do Estado Novo e da Ditadura Militar de 1964 que já consistiam ordens de exceção mesmo diante na normalidade institucional - até o advento da Constituição de 1988 que prevê duas formas de estado de exceção – o estado de defesa e o estado de sítio – ambos nunca usados até o momento. O modelo brasileiro segue o arquétipo alemão de estado de exceção típico, igualmente com um instituto mais grave e outro menos grave; ademais, adota-se um modelo de natureza permissiva, com a listagem exaustiva das medidas autorizadas em cada uma das fórmulas, conotando o receio histórico de repetição dos abusos anteriormente tão corriqueiros;

3. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO:ASPECTOS RELEVANTES. O Direito Administrativo, na narrativa tradicional nasce nas revoluções liberais como forma de contraposição ao direito do absolutismo. Tal qual o Direito Constitucional, é imbuído por essa ideia de juridicizar formas de poder, de detalhar o exercício do poder no âmbito da atividade administrativa. Apesar do discurso liberalizante, o surgimento de um direito exorbitante ao qual se submeteria a Administração foi também uma forma de preservação da autoridade, marcando uma inerente ambiguidade do nascente direito público preocupado com a dualidade entre autoridade e liberdade. Na busca por uma ideia em torno da qual pudessem girar os conceitos do Direito Administrativo, desenvolveu-se a ideia de um "regime jurídico-administrativo" marcado por princípios básicos ordenadores desse ramo do direito. Esses princípios partem da ideia de interesse público como elemento central da atividade administrativa, desdobrando-se em sua supremacia geradora de prerrogativas, e na sua indisponibilidade geradora de sujeições. O interesse público hoje deve ser compreendido não como um elemento de arbitrariedade abrangendo qualquer interesse da pessoa estatal, mas incluindo os interesses dos particulares, que podem ser elevados a tal categoria por força da ordem jurídica, sem qualquer monopólio de sua titularidade, a partir das condições concretas que desvelem em cada caso a prevalência de valores normativamente qualificados, de maneira que não há interesse público contrário a direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva ou objetiva. Da sua indisponibilidade decorre o mais relevante princípio do Direito Administrativo, que é a legalidade. Trata-se de uma diretriz conatural ao Estado de direito e à limitação da arbitrariedade, desdobrando-se em reserva de lei e primazia de lei. Pela reserva de lei tem-se uma expressão da teoria da repartição de poderes, compreendendo-se que certas matérias por sua relevância e impacto na esfera jurídica individual só podem ser reguladas por meio de lei editada pelo Legislativo. Ocorre que, numa visão mais moderna da separação de poderes, pode-se observar funções atípicas, dentre as quais se encontra em alguns

ordenamentos a possibilidade constitucional de legiferação (editar ato com força de lei) por parte do Executivo em situações de urgência marcadas pela impossibilidade de aguardar os prazos até mesmo dos processos legislativos sumários. Essa possibilidade, quando prevista na ordem constitucional, é vinculada a momentos excepcionais em que tal medida é indispensável ao atendimento de uma necessidade social relevante, sujeitando-se imediatamente ao controle político concomitante do Poder Legislativo. A Constituição brasileira de 1988 traz essa possibilidade por meio das medidas provisórias, com grande inspiração nas constituições da Itália e da França, embora o sentido original de suas disposições tenha sido banalizado na prática política. A primazia de lei, por sua vez, também deve ser entendida com ressalvas numa realidade jurídica complexa como a atual, em que o Estado vem perdendo espaço na produção de fontes e hoje tem-se a proliferação de ordens normativas sobrepostas que igualmente incidem sobre uma mesma realidade administrativa. O dever de motivação também se revela como consequência necessária do Estado de direito, fundamental ao ideal de determinabilidade das normas e à efetividade de uma estrutura de controle; a motivação reconduz à objetividade da atividade administrativa, devendo ser o mais ampla possível e considerar todas as consequências de cada escolha, processualizando a atividade decisória e garantindo-lhe uma moralidade jurídica inerente. Toda evolução do regime jurídico administrativo revela o crescimento da importância dos princípios como calibradores da normatividade concreta. A prática brasileira de sua operacionalização é marcada por subjetivismo e banalização, mas essa é uma distorção da ponderação principiológica fora de suas balizas objetivas. Assim, a ponderação precisa ser orientada por uma fundamentação concreta, sem transcendentalismos, considerando valores práticos e consequências de cada decisão, respeitando-se, ainda, a precedência institucional de setores especializados e dotados de mais informação para a determinação desse mérito, sendo idealmente seu controle condicionado por esse diálogo e troca de informações.

4. A TEORIA DO ESTADO DE NECESSIDADE COMO BASE DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO DE URGÊNCIA. O estado de necessidade funciona como um contraponto da legalidade estrita. Em relação aos estados constitucionais de exceção, diferencia-se por não tutelar bens fundamentais à plenitude constitutiva do Estado, refletindo uma *rationale* assecuratória e não existencial, revelando desde essa distinção a sua natureza infraconstitucional e submissão aos limites daquele. O estado de necessidade, como um "contra-princípio" da legalidade, expressa uma cláusula geral de derrotabilidade das regras administrativas, em que razões contributivas concretas se somam para argumentativamente sobrepujar a aplicação literal de uma lei; há, nesses casos, uma densidade legal consistente na

consulta e orientação a partir de elementos teleológicos da própria lei cujo regramento será superado, ou de objetivos superiores da República concretamente considerados, quando a observância de certo procedimento ou competência obstaculizaria concretamente o cumprimento desse escopo considerado. No direito português esse instituto é positivado pelo Código de Procedimento Administrativo no seu art. 3º, n. 2º, havendo a doutrina lusitana se dedicado extensamente à sua interpretação. Dela se depreende que o estado de necessidade administrativo constitui um padrão de legalidade excepcional que compreende um duplo juízo de ponderação de interesses, um na previsão (ao valorar causas e fins) e outro na estatuição (ao valorar os meios adequados); há sempre presente um elemento teleológico que orienta e limita a aplicação das medidas de necessidade informando essas ponderações. Ademais, apesar de sua relativa indeterminabilidade, é possível lhe delinear alguns pressupostos, que são o seu elemento finalístico, a ocorrência de um perigo grave, atual e iminente ao fim público que se quer proteger, a excepcionalidade da situação fática e, por fim, a reclamação de uma atuação administrativa com preterição de regras estabelecidas. Também no ordenamento francês há uma técnica de crise similar ao estado de necessidade administrativo que é a teoria das circunstâncias excepcionais, criação do Conselho de Estado da primeira metade do século XX. Essa teoria admite que o juiz considere legítima a superação de regras diante de casos concretos quando verificar o caráter excepcional das circunstâncias, que elas minam uma missão essencial à vida social normal, que a administração não pode lidar com ela recorrendo aos meios habituais, e que as medidas efetivamente adotadas foram proporcionais aos objetivos pretendidos e à gravidade das disfunções encontradas. Trata-se de uma construção parecida com o instituto do direito luso, mas que se diferencia pela ênfase na perspectiva do controlador. No Brasil não há uma cláusula geral de urgência positivada, apesar de alguns autores considerarem como implícita essa possibilidade (especialmente no direito ordenador) na esteira da ideia do *privilège d'exécution d'office* francês. Contudo, as recentes mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescrevem um modelo de controle mais sensível às dificuldades concretas de gestão, o que, em consonância com perspectivas funcionais da legalidade, parecem indicar a aceitação da superabilidade de regras em casos de urgência no raciocínio similar à teoria das circunstâncias excepcionais que também é dirigida ao controlador;

5. TÉCNICAS DE CRISE E MANIFESTAÇÕES PARCELARES DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. Apesar de o direito brasileiro não positivar expressamente uma cláusula geral administrativa de urgência, existem em certos setores do Direito Administrativo institutos parcelares de juridicização da urgência,

técnicas de crise com hipóteses e efeitos restritos a determinada matéria. No direito administrativo ordenador temos a requisição administrativa, ato por meio do qual a Administração unilateral e autoexecutoriamente constitui em alguém o dever de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa, obrigando-se a indenizar eventuais prejuízos. A requisição é um direito pessoal e transitório da Administração sobre bens móveis, imóveis e serviços, que pressupõe uma situação de perigo público iminente e indenização eventual e ulterior. É um instituto que incorpora hipótese própria do estado de necessidade, mas atribui-lhe efeitos restritos na forma de um direito pessoal da Administração. No tema dos agentes públicos observa-se a existência de uma sujeição basilar que é a regra do concurso público, corolário de uma burocracia meritocrática e de status constitucional no direito brasileiro. Há hipóteses, contudo, em que particulares podem ser ocasional e temporariamente considerados agentes do Estado, exercendo função que deveria caber a servidores investidos, quando houver uma situação urgente em que os agentes de jure sejam incapazes de agir, periclitando o interesse público e ensejando a conduta com dimensão pública do particular. Não se trata, porém, de uma exceção propriamente ao concurso, pois não há qualquer convalidação do vínculo, o que existe é uma convalidação do ato objetivamente considerado em sua dimensão pública, ensejando, inclusive, a responsabilização do Estado. A exceção à regra do concurso propriamente prevista pela Constituição é a contratação temporária por excepcional interesse público, hipótese em que a urgência enseja a possibilidade de contratação de pessoal para suprir necessidade temporária de interesse público excepcional. A previsão constitucional consubstancia uma reserva legal qualificada, em que a lei deve detalhar e prever expressa e detalhadamente os casos em que se pode considerar a existência de necessidade temporária e excepcional interesse público, critérios que determinarão a constitucionalidade da tipologia legal. A densificação normativa desses requisitos foi conquistada no Brasil pela construção jurisprudencial dos tribunais superiores. No campo das contratações públicas há a sujeição fundamental ao procedimento licitatório, a qual pode ser excepcionada pela lei nas mais diversas hipóteses de contratação direta. Algumas delas consubstanciam situações de urgência, como a dispensa em caso de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou grave perturbação da ordem, assim como a dispensa para casos de emergência ou calamidade pública. São técnicas de crise que encontram justificação no risco de a demora do procedimento licitatório produzir sacrifícios a valores tutelados pelo ordenamento, havendo sempre que se verificar concretamente esse risco e a demanda de rápido atendimento a ele; a não verificação desse liame lógico entre o objeto do contrato e o risco que se pretende evitar implica a ilicitude da

dispensa e a consequente violação da obrigatoriedade de licitar. Esse modelo de dispensa, porém, ainda se configura anacrônico frente às novas formas de *marketplace* eletrônico para compras públicas que podem fornecer soluções mais rápidas e mais imunes a fraudes igualmente para situações ordinárias e extraordinárias. No campo da execução dos contratos a urgência pode ser encontrada como elemento configurador das hipóteses de repactuação, embora não seja um elemento necessário. Na seara do processo administrativo, vê-se a urgência como elemento das cautelares administrativas, técnicas de crise destinadas a contornar a demora dos processos e garantir a efetividade da sua decisão final. Há um paralelo óbvio com as cautelares do processo civil, mas, para além do *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, deve-se considerar as especificidades do direito administrativo, como a legalidade, a proporcionalidade, a separação de poderes (reservas legislativa e jurisdicional), o interesse público e o dever de motivação. Apesar de previsões esparsas de cautelares em leis específicas, é possível reconhecer-se um poder-dever geral de cautela no processo administrativo com base no direito fundamental à tutela administrativa efetiva, na aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil (autorizada por seu art. 15) e na teoria dos poderes implícitos, a qual propõe uma visão sistemática das competências constitucionais a fim de possibilitar-lhes maior efetividade no cumprimento de suas missões;

6. DIREITO PÚBLICO DE URGÊNCIA SOB PARADIGMAS FUNCIONAIS DA DOGMÁTICA JURÍDICA. As técnicas de crise curvam-se aos fins normativos que vinculam a administração, havendo sempre uma ideia de finalidade subjacente a qualquer raciocínio de derrotabilidade. Porém, a tradição do nosso direito público é subjetivista, centrada na fórmula de contingência consistente na oposição entre pretensões de liberdade e pretensões de autoridade. O subjetivismo nem sempre foi o paradigma dominante do direito administrativo, o que se conclui ao observar o legado da Escola do Serviço Público e da obra de Duguit, defensor de uma concepção do direito centrada na sua finalidade e na ideia de sociabilidade. Uma reorientação funcional do direito público e especialmente do princípio da legalidade mostra-se essencial para a efetividade de um direito público de urgência, pois o raciocínio de derrotabilidade impõe a consideração das regras em sua perspectiva instrumental, sua força vinculativa depende de sua capacidade concreta de cumprir os escopos a que se destina. A aplicação das normas administrativas orientada pelas suas missões institucionais é paradigma teórico mais adequado às técnicas de crise do que a compreensão das regras como situações subjetivas estanques, válidas pelo próprio valor de garantia. As normas do direito público têm múltiplas dimensões, cumprem várias funções, então toda decisão concreta deve considerar em sua fundamentação as suas consequências em

perspectiva com essa funcionalidade plural. Motivações monoculares tendem apenas a ignorar a complexidade das situações e a esconder a indeterminabilidade natural dos institutos do direito público. A consolidação de um direito público de urgência depende, portanto, da superação dos velhos modelos tradicionais de legalidade e da adoção de um enfoque institucional dinâmico, marcado materialmente pela preservação de uma moralidade administrativa sólida (vedação a decisões arbitrárias / desvio de poder) e de um sistema de controle plural e heterogêneo, envolvendo todos os poderes, que consiga compartilhar a responsabilidade pela gestão de crises e incrementar sua determinabilidade e legitimidade. Se por um lado a incerteza dos buracos negros e cinzentos do direito público é uma realidade necessária, por outro, ela não implica a completa sublevação da ordem jurídica, mantida mesmo que tenuemente pelas fórmulas das técnicas de crise que constituem um direito público de urgência.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, 113(3), 2000. DOI: 10.2307/1342286

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. **The Yale Law Journal**, vol. 113, 2003-2004.

ACUÑA, Benjamin Marcheco. La tutela cautelar em lo contencioso-administrativo. El caso de Cuba. **Opinión Jurídica**, v. 14, n. 28, pp. 215-234, jul./dez. 2015.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória**: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer, II, 2. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **State of exception**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005

AGRA, Walber de Moura. A política econômica como instrumento para a realização da constituição econômica. **R. Fórum Dir. Fin. e Econômico – RFDFE**, ano 8, n. 14, p. 161-184, Belo Horizonte, set. 2018/fev. 2019.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999, p. 212 - 214

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**, vol. 13, n. 3, 2000

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ÁLVAREZ, Fueyo J. F. La doctrina de la Administración "de facto". **Revista de Administración Pública**, n. 2, 1950

ALVES, Catarina Barreiros. A urgência imperiosa enquanto fundamento material do recurso ao ajuste direto. **Data Vênia**, ano 4, n. 5, jan. 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** – vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco,** n. 3, 2010.

ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

AMADO, José Daniel. El estado de necesidad como vicio de la voluntad. **Themis – Revista de Derecho**, n. 1, 1984.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Ventania. *In*: ANDRADE, Carlos Drummond de. **Fala, amendoeira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. *E-book*. p. 142-143.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Disponível em: < https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf >, acesso em 09 de dezembro de 2020

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista De Direito Administrativo**, v. 236, 2004

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **RDA – revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos do. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito Processual Geral**, n. 54, Rio de Janeiro, 2001

ARAGÃO, Alexandre Santos do. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Doutrina 4ª Região**, v. 35, p. 7, 2010.

ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARÈVALO, Manuel Francisco Clavero. Ensayo de uma teoria de la urgência em el derecho administrativo. **Revista de Administración Publica**, n. 10, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano** – história e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. Transparência na administração pública para enfrentamento da Covid-19: faz-se urgente estabelecer alguns parâmetros de segurança jurídica para que o gestor público de saúde possa agir. **JOTA**. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-na-administracao-publica-para-enfrentamento-da-covid-19-24032020#:~:text=A%20transpar%C3%AAncia%20tem%20papel%20fundamental,dos%20contratantes%20com%20o%20governo. >, acesso em 25 de março de 2021.

ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, e. 21, n. 84, Brasília, out./dez. 1984.

AUTEXIER, Christian. Introduction au droit public allemand. **Revue générale du droit *on line***, 2015, numéro 22227. § 266. Disponível em: < http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/06/14/chapitre-11-la-procedure-administrative/> Acesso em: 20 de maio de 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.

BADURA, Peter. **Staatsrecht** – systematsche Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlun, 1986.

BAGLEY, Nicholas. The procedure fetish. **Michigan Law Review**, v. 118, i. 3, 2019

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, 1968

BAPTISTA, Ovídio. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4.

BARAK-EREZ, Daphne. The institutional aspects of comparative law. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, 2009.

BARBOSA, Letícia Chaves Freitas. La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de servisse public - une approche comparée entre la France et le Brésil. [Dissertação de mestrado]. **Université Paris II Panthéon-Assas**, 2018.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARGADO, Gonçalo. O estado de exceção constitucional – teoria e prática. **Revista O Direito**, 152, II, 2020, p. 260

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 115, 2018

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 142, p. 35-51, 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. A funcção do interprete. **Revista Acadêmica**, anno XIV, 1906.

BEVILAQUA, Clóvis. **Juristas philosophos**. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães, Editor, 1897.

BEVILAQUA, Clovis. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, 1903.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo** – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma. *In*: Fernando Alves Correia; Jónatas Machado; João Carlos Loureiro (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** - v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. A lei n° 14.065/2020 e o novo cenário das contratações públicas. **O Licitante**, 2020. Disponível em: < https://www.olicitante.com.br/lei-14065-20-novo-cenario-contratacoes-publicas/ >, acesso em 29 de março de 2021.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007

BONALDO, Frederico. O direito subjetivo de propriedade em face da coexistência humano. **Revista de Direito da Cidade**, vol.05, nº01. ISSN 2317-7721

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados. **Revista de Direito Administrativo**, n. 194, out./dez. 1993.

BOURDIEU, Pierre**. Él sentido práctico**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. [tese de doutorado]. **Universidade Federal da Bahia**, Salvador, 2015

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Estado de sítio** – crise revolucionária no Rio Grande do Sul, Revolta de 6 de setembro de 1893 (1893-1895) – volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1926.

BUENO, Jose Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve e C., 1857.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Ersten Senats. **BVerfGE 58, 257** – Schulentlassung. 1 BvR 640/80. 20. Oktober 1981. Disponível em: < https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058257.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. A ainda desconhecida "cautelaridade administrativa". **Jota**, 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ainda-desconhecida-cautelaridade-administrativa-19072020 > Acesso em 19 de julho de 2020

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CALAMANDREI, Piero. **Providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984.

CALVINO, Ítalo. **Por que ler os clássicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 09, n. 01

CAMPOS, Humberto Alves de. Mecanismos de defesa da ordem democrática e do Estado: uma anjálise comparada do estado de sítio e da constituição de emergência. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan/jun 2011.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituiçã**o. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y linguaje**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

CARVAJAL, Bernardo. Alcance y limitaciones del debido processo em el procedimento administrativo. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, nº 4, segundo semestre/2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo** – tomo II. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press, 2014.

CASTAÑO, Félix Fernández; VELÁSTEGUI, Francisco de Assis. La huida del derecho administrativo em la administración pública española. **Derecho y Cambio Social**, n. 47, Lima, 2017.

CATOIRA, Ana Aba. El estado de alarma em España. **Teoria y Realidad Constitucional**, n. 28, UNED, 2011.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Do Instituto dos Advogados Brazileiros, 1905.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A densificação do direito do candidato aprovado em concurso público como um instrumento de concretização do princípio do livre acesso. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, v. 1, p. 175-188, 2012.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Notas sobre a teoria da imprevisão. **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, a. 22, n. 22, Recife, 1988.

CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada** – a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: UNESP, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil** – vol.1. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHRÉTIEN, Patrice. La notion d'exécution dans l'élaboration de la jurisprudence administrative. **Revue Française d'Histoire des Idées Politique**, n. 34, 2011/2.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLEYNENBREUGEL, Pieter Van. Conduct of business rules in EU financial services regulation: behavioural rules devoid of behavioural analysis? In Alberto Alemanno; Anne-Lise Sibony (ed.). **Nudge and the law**: a European perspective. Oxford: Hart Publishing, 2015.

Code de la défense. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071307/2021-01-17/ >, acesso em 17 de janeiro de 2021.

COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. **Columbia Law Review**, v. XXXV, n. 6, jun. 1935.

COHEN-TANUGI, Laurent. Le droit sans les États?. **Arch. phil. droit**, p. 285, 2003.

CONSEIL D'ETAT. **Du 16 mai 2001, 231717**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008041585 >, acesso em 09 de março de 2021

CONSEIL D'ETAT. **Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'Etat** – Année 1948. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1948.

CONSEIL D'ÉTAT. **Du 19 février 1875, Prince Napoléon**. Disponível em: < https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon > acesso em 27 de novembro de 2020

CONSEIL D'ÉTAT. D**u 28 février 1919, 61593**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637155/ > acesso em 27 de novembro de 2020.

CONSEIL D'ÉTAT. D**u 28 juin 1918, 63412**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637204/ > acesso em 27 de novembro de 2020

CONSEIL D'ETAT. **Du 30 mars 1916, 59928**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/ >, acesso em 27 de março de 2021

CONSEIL D'ETAT. **Du 6 février 1903, 07496**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634922/ >, acesso em 21 de maio de 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn). disponível em: < https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf >, acesso em 12 de dezembro de 2020

Constituição Belga de 1831. Disponível em: < https://www.senate.be/doc/const_fr.html> acesso em 10 de dezembro de 2020

Constituição Brasileira de 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >, acesso em 17 de janeiro de 2021

Constituição da República Italiana de 1947. Disponível em < https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf >, acesso em 27 de janeiro de 2021

Constituição da República Portuguesa de 1974. disponível em < https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> acesso em 26 de novembro de 2020

Constituição Espanhola de 1978. Disponível em < https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu %C3%A9s.pdf >, acesso em 27 de janeiro de 2021

Constituição Francesa de 1958 (Constituição da Quinta República). Disponível em < http://www.professorregisprado.com/resources/constitui%C3%A7%C3%A3o %20francesa.pdf> acesso em 10 de dezembro de 2020

CORREA, Andry Matilla. **La buena administración como noción jurídico-administrativa**. Madrid: Dykinson, 2020.

CORREIA, António Damasceno. **Estado de sítio e de emergência em democracia**. Lisboa: Veja, 1989.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In Augusto de Athayde; João Caupers; Maria da Glória F. P. D. Garcia. **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. ***Revista Consultor Jurídico**, 2016.* Disponível em < https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia > Acesso em 05 de agosto de 2020

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 237, jul./set. 2004

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 179, Rio de Janeiro, jan./jun. 1990

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 4 ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

CRETELLA JÚNIOR, J.. Conceito moderno do serviço público. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, *61*(2), 1965.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juíza**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DA MAIA, Alexandre. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na História do Direito pela legalidade e pelo conceito de Direito Subjetivo. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. (Org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado** – vol I – Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria %C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html >, acesso em 23 de janeiro de 2021

Decreto-lei nº 4/2015, de 07 de janeiro. Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo= > Acesso em 23 de novembro de 2020

DERRIDA, Jacques. **Acts of religion**. Nova York/Londres: Routledge, 2002.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Rogues**: two essays on reason. Stanford: Stanford University Press, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** – vol. 2 – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antonio do Passo. **Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais** - Dos Procedimentos às Técnicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a Crise Contemporânea da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Imobiliário**, [s.l.}, v. 54, p.1-20, jan. 2003. DTR\2003/719.

DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, n. 108, jan./abr. 2007.

DROGULA, Fred. Imperium, Potestas, and the Pomerium in the Roman Republic. **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, Bd. 56, H. 4 (2007).

DUARTE, Zulmar. Art. 15. *In* Fernando da Fonseca Gajardoni (et ali.). **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015. [ePUB]

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel** – Tome 2. 2ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1923.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação**: o TCU e a infraestrutura. São Paulo: Editora Singular, 2020. [E-Book]

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986

EHRHARDT SOARES, Rogério Guilherme. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume 57, 1981

ELY, John Hart. **Democracy and distrust** – a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ELYACHAR, Julia. Regulating crisis. **Valuation Studies**, v. 1, n. 2, 2013.

Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >, acesso em 04 de março de 2021

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo** – volumen I. Buenos Aires, Depalma, 1989.

FAVOREU, Lois; et ali. **Droit constitutionnel**. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2018.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, Volume 2, Issue 2, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. León Duguit en España y en español. **Revista de Administración Pública**, Madrid, sep./dec. 2010

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 – v. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O ativismo na justiça constitucional. **O Direito**, a. 151º, v. II, 2019.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

FIUZA, Eduardo *et al*. Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública. In Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão**. Brasília: Ipea, 2020.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1933.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedade industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRAGA, Vitor Galvão. Devido processo legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 11, 2018.

FRAGA, Vitor Galvão. Human rights: a systemic perspective. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. **Revista de Informação Legislativa**, a. 44, n. 174, abr./jun. 2007

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS DO AMARAL, Diogo; GARCIA, Maria Glória. O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, 59, II, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do estado. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 66, maio/ago. 2010.

FREITAS, Juarez. L'interprète et le devoir de concrétiser les objectifs fondamentaux de la constitution. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 5, out./dez. 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. The hidden side of the legal decision and duty of justification. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 9(3):240-249, set./dez. 2017

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. El contrato de concesión de servicios públicos: reglas para su debida estructuración. In: Andry Matilla Correa; Bruno Cavalcanti (coords.). **Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP**. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, a. 8, n. 31, p. 208-253, Belo Horizonte, jan./mar. 2008.

GAMEIRO, Ian Pimentel. O direito entre o Estado e o Estado de Direito: revisitando a teoria do direito e do Estado de Léon Duguit. **Interfaces Científicas - Direito**, Aracajú, v. 2, n. 3, jun. 2014.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolution francaise et administration contemporaine**. Paris: Economica, 1996.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de direito administrativo** - I. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Alejandro Nieto. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2011.

GARCÍA, Manoel Calvo. **Teoria del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1992

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Constituição ex machina. **Revista jurídica virtual**, Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999

GARCIA, Vicente Alvarez. **El concepto de necessidad en el derecho publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

GARNER, Bryan. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Minnesota: West Group, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo. Malheiros. 2013

GLÜCK; *et al*. Unorthodox lawmaking, unorthodox rulemaking. **Columbia Law Review**, v. 115, n. 7, 2016

GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. **Observatório Almedina**. Disponível em: < https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/#notah_h >, acesso em 20 de maio de 2021

GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de direito administrativo** – vol. 1. Coimbra: Almedina, 2019.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – parte general – tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas** – la defensa del usuário y del administrado – tomo 2. 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Estado de exceção no direito constitucional** – uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020 [E-Book].

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

GRAU, Eros. O futuro do direito. *In* António José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). **O direito e o futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008.

GROSS, Oren. The normless and exceptionless exception: Carl Schmitt's theory of emergency powers and the "norm-exception" dichotomy. **Cardozo Law Review**, v. 21, 2000

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, a. 2016, n. 71. Disponível em < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle >, acesso em 29 de março de 2021.

HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 102, No. 1, pp. 27-68, 1977.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. Prolegômenos de um entendimento da constituição "adequada ao tempo". **DPU**, n. 56, mar./abr./2014

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HAMILTON, Alexander. Federalist twenty-five. *In* Alexander Hamilton; James Madison; John Jay. **The Federalist**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 35ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014.

HART, Herbert. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949)

HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação** – ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito** – parte I. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEGENBERG, Leônidas. Notas sobre questões de metodologia e a ciência econômica. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 207-16, abr./jun. 1985.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte II. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 67, 2011.

HESPANHA, António Manuel. **Direito luso-brasileiro no antigo regime**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUNGRIA, Nelson. Arts. 19 a 21. *In* Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUNGRIA, Nelson. Arts. 22 a 24. *In* Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUNGRIA, Nelson. Título II. *In* Nélson Hungria; Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao código penal** – volume I – tomo II – arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IHERING, Rudolf Von**. A Finalidade do Direito**. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1929.

JÈZE, Gaston. Essai d'une théorie dénérale des fonctionnaires de fait. **Revue de Droit Publique et de la Science Politique em France es a L'Etranger**, tome XXXI, nº 1, Janv./Fév./Mars 1914.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo** – I – la técnica jurídica del derecho público francês. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948.

JORDÃO, Eduardo. The three dimensions of administrative law. **A&C – Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL**, a. 19, n. 75, Belo Horizonte, jan./mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos -** Lei 8.666/1993. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Um novo modelo de licitações e contratações administrativas? A MP 926 pode funcionar como experimento para a reforma das licitações. *In* Marçal Justen Filho (et al.). **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. [E-Book]

JUSTINIANO. **The Digest of Justinian** – vol. 1. Trad. Alan Watson. Pensylvania: University of Pennsylvania Press, 1998

JUSTINIANO. **The Digest of Justinian** – vol. 4. Trad. Alan Watson. Pensylvania: University of Pennsylvania Press, 1998.

KAGAN, Elena. Presidential administration. **Harvard Law Review** 114, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KIRCHHOF, Paul. **Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache**. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

KOSELLECK, Reinhart; RICHTER, Michaela W. Crisis. **Journal of the History of Ideas**, Vol. 67, No. 2, Apr. 2006.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental** – controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KULICK, Andreas. **Global public interest in international investment law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

LAURENT, Elyssa. L'equilibre des interets lors de la disparition de l'acte illegal createur de droits. [Tese de doutorado]. **Universté des Antilles**, Schœlcher, 2015.

Lei Constitucional Brasileira de 1937. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >, acesso em 13 de dezembro de 2020.

Lei Constitucional Brasileira de 1967. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >, acesso em 04 de março de 2021.

Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo= >, acesso em 20 de maio de 2021

Lei nº 67/2007. disponível em < https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/431/202101031540/165635/diploma/indice?p_p_state=maximized >, acesso em 03 de janeiro de 2021

LEIJTEN, Ingrid. **Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights**. Cambridge / New York: Cambridge University Press, 2018.

LESSA, Antônio Carlos. A Quinta República em 2008: o que se comemora no marco da Constituição Francesa de 1958. **Meridiano 47**, n. 99, out. 2008

LIMA, Gustavo Massa. O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho da administração pública exercido pelos tribunais de contas. Dissertação (Mestrado em Direito). **Universidade Federal de Pernambuco CCJ**, Recife, 2009.

LOBEL, Jules. Emergency Power and the Decline of Liberalism. **The Yale Law Journal**, vol. 98, 1989,

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350/2021-01-17/ >, acesso em 17 de janeiro de 2021

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. La reforma de los decretos leyes em Italia y sus posibles lecciones em España. **Revista de Derecho Politico**, n. 98, 2017.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado** – volume 1 – parte geral (arts. 1º a 232). 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Elementos da evolução do processo administrativo. **Revista Forense**, vol. 415. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. London: Laccademia Publishing, 2020.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2ª ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACLEAN, James. Transcending the Discovery-Justification Dichotomy**. International Journal for the Semiotics of Law**, Vol. 25, No. 1, 2012.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n 239, Rio de Janeiro, jan./mar. 2005

MAIRAL, Hector. **As raízes legais da corrupção** – ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combate-la. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MALFATTI, Anita. **A Ventania**. 1917. Pintura, óleo sobre tela. 48 x 60 cm.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Edson Amaro de Souza. 2018. (E-pub). ASIN: B079H26BS8

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da Realeza e da República. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan./dez. 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%AAmicas%20imparciais%20e%20emp%C3%ADricas. >, acesso em 29 de março de 2021.

MÁRQUEZ, Piedad Garcia-Escudero. **Sinopsis artículo 86**. Disponível em < https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=86&tipo=2 >, acesso em 27 de janeiro de 2021.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Medida provisória: aspectos jurídicos da legalidade do uso em questões tributárias. **RAP**, Rio de Janeiro, 33(1), jan./fev. 1999.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo. *In* Juan Pedro Machado Arias (coord.). **Procedimiento y justicia administrativa en América Latina**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009.

MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (I). **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009.

MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La defensa politica de la constitucion. Constitución y estados excepcionales. (II) Um estúdio de derecho constitucional comparado. **Revista de Derecho UNED**, n. 5, 2009.

MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira >, acesso em 03 de janeiro de 2021

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MCCORMICK, John P. **Carl Schmitt's critique of liberalism**: against politics as technology. Cambridge: Cambridge University Press, 1997

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELENDO, Sentis. Couture y su obra procesal. **Derecho PUCP**, (16), 1957.

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

MELO, Lígia Maria Silva. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Comares, S. L., 2004.

MERRILL. Presidential administration and the traditions of administrative law. **Columbia Law Review**, v. 115, n. 7, 2016

METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, vol. 91, June 2013.

MICHEL, Geoffroy. **La notion d'urgence em droit administratif de l'environnement**. Université de Limoges [tese de doutorado], 2006.

MILHAT, Cédric. Entre contraintes et interdits: l'administration et l'exécution de ses actes. **Droit et cultures**, n. 57, p. 93-118, 2009.

MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição. **O Direito**, a. 149º, v. I, 2017

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, 189, Rio de Janeiro, jul./set. 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo IV – direitos fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo V – actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

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

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – parte geral – tomo I – pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007

MONTGOLFIER, Jean-François. L'urgence et le Conseil constitutionnel. **Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n. 54, Jan. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, 230, Rio de Janeiro, p. 347-356, out./dez. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n.231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. **RDA – revista de direito administrativo**, rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2013

MORÓN, Miguel Sánchez. El principio de participación en la Constitución española. **Revista de administración pública**, n. 89, p. 171-206, 1979.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Derecho administrativo español** – tomo I – introducción al derecho administrativo constitucional. Oleiros: Netbiblo, S. L., 2008.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Araña. Sobre las transformaciones del derecho público. **Revista de Administración Pública**, Madrid, jan./abr. 2013

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. La reiteración de los decretos-leyes em Italia y su análisis desde el ordenamento constitucional español. **Revista de Estudios Políticos**, n. 99, 1998

NELMS, Taylor. The zombie bank and the magic of finance or: how to write a history of crisis. **Journal of Cultural Economy**, vol. 5, n. 2, may 2012.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, n. 93, São Paulo, 2014

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. Requisitos de validade das requisições administrativas. *In* Marçal Justen Filho (et al.). **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020. [E-Book]

NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo. **Revista de administración pública**, n. 76, p. 9-30, 1975.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A LINDB e a influência da realidade na função administrativa. O texto versus o contexto. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, set./out. 2020.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A escola do Recife e a comparação jurídica. **Consultor Jurídico**, 15 de março de 2021. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2021-mar-15/direito-civil-atual-escola-recife-comparacao-juridica >, acesso em 01 de abril de 2021

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites. **Interesse Público – IP**, ano 9, n. 43, Belo Horizonte, Fórum, maio/jun. 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de [et al.]. **O abuso de poder do estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e disregard doctrine. **Revista ESMAFE** – Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região, n. 16, Recife, 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo** – temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Divisão de poderes – entre o legislador e o juiz. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 14/2020, Jul - Ago/2020.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Medidas provisórias**: controles legislativos e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional italiana e do STF). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista Trimestral de Direito Público**, 46, Malheiros Editores, 2004

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira... [et al.]. **Comentários à Lei do Processo Administrativo Federal** – 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano. O Estado Administrativo Norte Americano em xeque? Reflexões baseadas na doutrina e jurisprudência. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas**, Faculdade Eduvale, Avaré, v. 2, n. 2, maio/ago. 2021

NOBRE JÚNIOR, Edilson. Expropriação dos bens utilizados para fins de tráfico ilícito de entorpecentes. **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles. A nova lei de licitações, credenciamento e *e-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. **O Licitante**. Disponível em < https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas/ >, acesso em 24 de março de 2021.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. A Constituição Dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 195-228, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-gradução em direito. In: **Sua Excelência, o Comissário**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. O peixinho dourado e o samurai: sujeito empírico e sujeito epistemológico em Michel Foucault. **Lua Nova**, n. 99, São Paulo, 2016

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. São Paulo: MÉTODO, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, v. 15, n. 180, dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. A segurança jurídica e a qualidade das contratações públicas no contexto do marco legal brasileiro. **Portal Licitação & Contrato**. Disponível em < http://www.licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_17.pdf >, acesso em 29 de março de 2021

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2003.

PAINE, Thomas. **The rights of man**. Digital edition. Enhanced Media, 2016. [E-book]. ISBN 1500541605.

PARADA, Rámon. **Concepto y fuentes del derecho administrativo**. Madrid: 2008.

PARGA, Milagros Otero. Divisón de poderes. Antes y ahora. **Boletín de la facultad de derecho**, n. 12, 1997.

PARRA, Daniel Castaño. La protección cautelar em el contencioso administrativo colombiano: hacia um modelo de justicia provisional. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, nº 4, segundo semestre/2010.

PATO, José Antonio Tardío. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo. **Revista Jurídica de Navarra**, n. 38, jul./dez. 2004.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de direito do império**. 4ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1890

PECZENIK, Aleksander. Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem. **Ethical Theory and Moral Practice**, Vol. 3, No. 3 (Sep., 2000)

PEIXINHO, Manoel Messias. Os direitos fundamentais nas constituições francesas. In: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2012, Niteroi - RJ. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 7, 1955.

PEREIRA, Jonas Patrezzy Camargos; OLIVEIRA, Hevelym Silva de et al. Contratação de professores substitutos em inobservância à Constituição Federal e suas conseqüências jurídicas: o caso das universidades federais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 430, 10 set. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5679. Acesso em: 12 mar. 2021.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINA, Rafael de; LARRAÑAGA, José Castillo. **Instituciones de drecho precesal civil**. 29ª ed. México: Editorial Porruá, 2007.

PINÉSE, Graciela Gloria. El derecho de emergência o el derecho en emergência. **Sistema Argentino de Información Juridica**. Disponível em: <

http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc050009-pinese-derecho_emergencia_derecho_en.htm> Acesso em 12 de maio de 2020

PISANESCHI, Andrea. **Diritto Constituzionale**. Torino: Giappichelli Editore, 2016.

PLATON, Sébastein. From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France. **Verfassungsblog**, abr. 2020. Disponível em < https://verfassungsblog.de/from-one-state-of-emergency-to-another-emergency-powers-in-france/ >, acesso em 12 de dezembro de 2020

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967** – tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972

POSNER, Eric. The constitution of the Roman Republic: a political economy perspective. **University of Chicago Public Law & LegalTheory Working Paper** No. 327, 2010,

POULANTZAS, Nico. **State, Power, Socialism**. Londres: Verso, 2000

PRIBERAN. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2011. (E-pub) ISBN: 978-989-96820-2-3

QIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. 4ª ed. Lisboa: Gradiva, 2005

RANGEL, Paulo Castro. Arbitragem e constituição: um novo lugar e um novo fundamento. *In*: Fernando Alves Correia; Jónatas Machado; João Carlos Loureiro (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** - v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

RICCI, Jean-Claude. **Droit administratif**. 4ª ed. Paris: Hachette, 2004.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. Los Principios Generales Del Derecho en El Derecho Administrativo Francés Contemporáneo. **Revista de Administración Pública**, n 6, CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 60, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A pandemia e os efeitos nos contratos administrativos. In Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. La mediación em el derecho administrativo. **Revista de Derecho Político**, v. 74, 2001

ROITMAN, Janet. **Anti-crisis**. Durham: Duke University Press, 2014.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ROMIEU, Jean. Conclusions Romieu sur Société immobilière Saint-Just, Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just c. Préfet du Rhône, requête numéro 00543, rec. **Revue générale du droit on line**, n. 29480, 2018. Disponível em < www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29480> , acesso em 30 de março de 2021.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional dictatorship** – crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 2013 [E-Book].

ROUSSET, Michel; ROUSSET, Olivier. **Droit administratiff I** – l'action administrative. 12ª ed. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2004

RÜTHERS, Bernd. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts. **IRP -Rechtspolitisches Forum**, n. 15, Trier, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003.

SALAS, Javier. Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia. **Revista de administración pública**, n. 51, p. 41-96, 1966.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Marcos André Couto. O processo administrativo e as reformas processuais no Brasil – a litigância em face do poder público. **Revista dialética de direito processual**, v. 110, São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado - REDE**, 32, out./nov./dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo; PEDRA, Adriano. Democracia e "emendismo" constitucional em tempos de pandemia. **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2020.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 2, p. 83-118, 2006.

SAUVÉ, Jean-Marc. **Le Conseil d'Etat et la protection des droits fondamentaux**. Disponível em < https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-protection-des-droits-fondamentaux >, acesso em 07 de janeiro de 2021.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee** – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2006.

SCHMITT, Carl. **Dictatorship** – from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014.

SCHMITT, Carl. **Political theology** – four chapters on the concept of sovereignty. Cambridge/London: The MIT Press, 1985.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1996.

SCHOH, Friedrich. Das >>intendierte Ermessen<<. **JURA-Juristische Ausbildung**, v. 32, n. 5, p. 3258-362, 2010.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI. **Themis – Revista da ESMEC**, v. 18, n. 1, 2020

SERRANO, Pedro. Pedro Serrano: É a ciência, estúpido! - não adianta alegar razões econômicas para sabotar a quarentena. Bolsonaro tem o dever de seguir as recomendações das autoridades sanitárias. **O Vermelho**, 21 de maio de 2020. Disponível em < https://vermelho.org.br/2020/05/21/pedro-serrano-e-a-ciencia-estupido/ >, acesso em 03 de janeiro de 2021.

SERRANO, Pedro; BONFIM, Anderson; SERRANO, Juliana. Legalidade extraordinária e constituição. *In* Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

SHAW, Malcom N. **International law**. 17ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 88

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOMEK, Alexander. Necessity; Or: The Tyranny of Goals. **CoronaJournal**, 2020. Disponível em < https://crisis-diary.net/2020/04/14/necessity-or-the-tyranny-of-goals/ >, acesso em 21 de maio de 2021

SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe. In Susan Rose-Ackerman; Peter L. Lindseth. **Comparative administrative law**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SPELLMAN, Barbara; SCHAUER, Frederick. Legal reasoning. In Keith J. Holyoak; Robert G. Morrison (ed.). **The Oxford handbook of thinking and reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

STOPPINO, Mario. Ditadura. *In* Norberto Bobbio; Nicola Matteuci; Gianfranco Pasquino. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

STORY, Joseph. **Commentaries on the constitution of the United States**: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the adoption of the constitution – vol. I. 4ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1878.

STRAUSS, Peter. Presidential rulemaking. **Chicago-Kent Law Review**, v. 72, I 4, oct. 1997

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11493. Acesso em: 10 abr. 2020.

STRECK, Lênio. Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral!. **Consultor Jurídico**, 11 de maio de 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anistia-geral >, acesso em 03 de janeiro de 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (coord.). **As leis de processo administrativo** (Lei Federal 9;784/99 e Lei Paulista 10.177/98). São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101 (885), 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**, ed. 115. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp >, acesso em 11 de março de 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira turma. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 33227 PA**. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgamento 22/11/2011. DJE 06/12/2011)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. **AgRg no REsp 1223220/RJ**. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 17/04/2012, DJe 09/05/2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. **AgRg no RMS 34189/GO**. Relator Min. Castro Meira. Julgado em 26/06/2012, DJe 21/08/2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Sessão. **Conflito de Competência 108.284/MG**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 25/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Recurso em Mandado de Segurança 11729/RS**. Relator Min. Victor Nunes. Julgamento em 16/10/1963. DJ 14/05/1964.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 231**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 13/11/1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.116 AP**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 14/04/2011. DJE 23/05/2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.210-1 PR**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 11/11/2004. DJ 03/12/2004

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.764**. Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão monocrática de indeferimento em 23/03/2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 939-7/DF. Rel Min. Sydney Sanches. Julgado em 15/12/1993. DJ 18/03/1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 300**. Relator Min. Costa Barradas. Julgado em 27/04/1892

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira turma. **Agravo de Instrumento 767.024 AGR/PE.** Julgamento 13/03/2012. DJE 24/04/2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. **Mandado de Segurança 33.340 / DF**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 26/05/2015

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 705.140-RS**. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE 05/11/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda turma. **Recurso Extraordinário 555.141-AgR/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 08/02/2011. DJE 24/02/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Cível Originária 3.393-MC-Ref/MT**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 24/06/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.717/DF**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 15/02/2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.599/DF**. Relator Min. Edison Fachin. Julgado em 26/10/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162-1/DF (liminar)**. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 14/12/1999. D.J. 19/09/97.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tribunal pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 890/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 11/09/2003. DJ 06/02/2004

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.500-1 ES**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 19/06/2002. DJ 16/08/2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 25.295/DF**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 05/10/2007

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 28279-DF**. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento em 16/12/2010. DJe 29/04/2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 35.506-DF**. Relator Min. Marco Aurélio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal pleno. **Reclamação 7.028-AgR/MG**. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 16/09/2009. DJE 16/10/2009.

SURGIK, Aloisio. Do conceito romano de IMPERIUM e seus desvios jurídico-políticos. **Revista jurídica**, Curitiba, v. 4, p. 17-32, 1985.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan**: redeeming the Administrative State. Cambridge: The Belknap Press of Havard University Press, 2020. [E-Book]

TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 176, abr./jun. 1989.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, 166, Rio de Janeiro, out./dez. 1986.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 117, jul./set., 1974

TAVARES, Ana Lúcia de Lira. A Constituição Brasileira de 1988: subsídio para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 37, p. 97–110, jul./dez., 2009

TAVARES, André Ramos. A defesa da Constituição de Weimar. *In* Gilberto Bercovici (org.). **Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalidades na nova Lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, a. 19, n. 72, p. 117-141, Belo Horizonte, jan./mar. 2021

TEIXEIRA, Sergio Torres; ANTÃO, Julienne Diniz (Org.). **Garantias constitucionais do processo e instrumentalidade processual**. 1ªed.Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

THÉNAULT, Sylvie. L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi. **Le Mouvement Social**, n. 218, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **The Ancien Régime and the French Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TOMÁS, Francisco et al. La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español. **Anuario de historia del Derecho español**, n. 50, p. 721-752, 1980.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. *In* Walfrido Warde; Rafael Valim (coord.). **As consequências da COVID-19 no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

TORRES DEL MORAL, Antonio. Terrorismo y principio democrático. **Revista de Derecho Político**, n. 78, UNED: mai./dez. 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TREVISAN, Diego. *Volonté générale* e a autonomia da vontade. A presença de Rousseau na origem político-jurídica da filosofia moral de Kant. **Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade**, 22(3).

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. **Acórdão 1122/2017**. Processo 020.514/2014-0. Rel. Benjamin Zymler. Sessão de 31/05/2017

TRIBUNAL DES CONFLITS. **Du 2 décembre 1902, 00543**. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007607585/ >, acesso em 07 de janeiro de 2021

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Lawless v. Ireland (No. 3)**. App. 332/57. Judgment. Strasbourg, 01 de julho de 1961.

TUTIKAN, Cristiano. Prevensão geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, a. 45, n. 177, Brasília, jan./mar. 2008.

UNITED STATES SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 4 Wheat. 316 316 (1819).** Disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/ >, acesso em 05 de agosto de 2020

UNITED STATES SUPREME COURT. **United States v. Wunderlich, 342 U.S. 98 (1951)**. Disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/98/ >, acesso em 30 de janeiro de 2021.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VARELA GIL, Carlos. **El Estatuto jurídico del empleado público en derecho romano**. Madrid : Dykinson, 2008.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1961

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituinte**. 1ª ed. Madrid: 1988.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Northwestern University Law Review**, n. 109, n. 3, 2015

VERMEULE, Adrian. Our schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de direito administrativo**. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017

VIEIRA, Danilo Miranda. O princípio da legalidade administrativa como limite ao uso das contratações públicas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável: uma análise à luz da jurisprudência do TCU. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 23-33, out. 2017.

VIEIRA, Rafael. A Constituição de 1891 e o laboratório jurídico-político brasileiro do estado de sítio. **Historia Constitucional**, n. 12, 2011

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILANOVA, Lourival. Lógica, ciência do Direito e Direito. **Revista de Informação Legislativa**, out./dez. 1972.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras** – 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011. [E-book].

VILLA, Marco Antonio. **A história em discursos**: 50 discursos que mudaram o Brasil e o mundo. São Paulo: Planeta, 2018

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito** – definições e fins do direito, os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VIZEU, Rodrigo. **Os presidentes**.: a história dos que mandaram e desmandaram no Brasil, de Deodoro a Bolsonaro. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2019.

WAHL, Rainer. O primado da constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, A. 47, (1), Abril 1987.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção** – como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington de 1965: a escolha do direito aplicável na arbitragem sobre investimentos internacionais regidos pelo ICSID. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 89, n. 2, p. 161 – 183, 2017.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

WOOD, Ian. Teutsind, Witlaic and the history of Merovingian precaria. *In* Wendy Davies; Paul Fouracre (eds.). **Property and power in the Early Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A lei, o direito e a constituição. **Anuário Português de Direito Constitucional**, vol. III, 2003.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. Marketplace digital para compras públicas. **IJDL – International Journal of Digital Law**, ano 1, n. 1, abr. 2020, Belo Horizonte, Fórum.