PRESENTE E FUTURO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: O QUE APRENDER COM A CRISE DE COVID-19?

PRESENT AND FUTURE OF SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW: WHAT TO LEARN FROM THE COVID-19 CRISIS?

Recebimento em 28/09/2020
Aceito em 01/10/2020

Edilson Pereira Nobre Junior¹

RESUMO

O presente artigo, elaborado em virtude da pandemia de COVID-19, traz uma visão de presente e futuro para o direito administrativo sancionador. Analisa especialmente as questões inerentes à consensualidade e adequação de medidas excepcionais em períodos de normalidade. De utilidade para o desenvolvimento do texto o exame, ainda que superficial, das regras sobre o tema tanto no sistema pátrio quanto em ordens jurídicas estrangeiras.

Palavras-chaves: Pandemia. Direito Administrativo Sancionador. Presente. Futuro. Consensualidade.

ABSTRACT

This article, prepared due to the COVID-19 pandemic, brings a vision of present and future for sanctioning administrative law. It analyzes especially the issues inherent to the consensus and adequacy of exceptional measures in periods of normality. Useful for the development of the text is the examination, although superficial, of the rules on the subject both in the national and in foreign legal orders.

Keywords: Pandemic. Sanctioning Administrative Law. Present. Future. Consensus.

¹ Professor titular da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco. Mestre e Doutor em Direito Público. Realiza investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a supervisão do Professor Doutor Licínio Martins. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. A temática do presente trabalho se amolda ao âmbito do Projeto de Pesquisa “O controle das funções estatais na atualidade e o combate à corrupção”, sendo ainda o autor o líder do Grupo de Pesquisa “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea

1 INTRODUÇÃO

A função administrativa, no quadro dos poderes estatais, visa à concretização do interesse público, delineado normativamente, inclusive e principalmente em sede constitucional.

Versando sobre o interesse público, uma das primeiras afirmações é a de que não é fixo e imutável, podendo se manifestar – e frequentemente se manifesta – de uma forma contingente, circunstancial.

Num instante de exímia precisão, Hartmut Maurer deixa claro: “Os <<interesses públicos>> não são imutáveis, mas sim mudam ao longo do tempo e são, frequentemente, objeto de controvérsias em cada momento histórico”².

Ainda quanto ao interesse público, o qual identifica pelo uso da expressão “interesse geral”, Didier Truchet exara idêntica percepção, mencionando: “Seu conteúdo é contingente, dependente das circunstâncias de tempo e de lugar, e das escolhas políticas, e, portanto, variável”³.

A pandemia do COVID-19, evento inesperado, mesmo numa sociedade altamente desenvolvida cientificamente, é um exemplo categórico disso, ou seja, de que o interesse coletivo não se esboça em movimento numa linha reta permanente, cujo traço de previsibilidade é guiado unicamente pela bússola das lições acumuladas no passado.

Apanhou-nos, a crise, como uma armadilha surpresa, incapaz de ser notada à mais arguta das presas, conduzindo-nos à interrogação de sempre: o que fazer?

O Direito, como fenômeno que surge e se desenvolve socialmente, a ela não pode ficar indiferente. A sua faceta sancionadora muito menos.

Por isso, as indagações que me foram propostas para consideração. Passo a formular, ainda que de forma aligeirada e não completa, uma tentativa de resposta.

2 PANDEMIA E CONSENSUALIDADE

²Los <<intereses públicos> no son inmutables, sino que cambian a lo largo del tiempo y son a menudo objeto de Controversia en cada momento histórico”. *Derecho administrativo - parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 50. Tradução coordenada por Gabriel Doménech Pascual.

³“Son contenu est contingent, dépendant des circonstances de temps et de lieu et des choix politiques, et donc variable” (*Droit administratif*. 7^a ed. Presses Universitaires de France, 2017, p. 47).

O primeiro dos questionamentos diz respeito à circunstância de que a crise é capaz de provocar a superação do traço adversarial que prepondera nas relações entre o Poder Público e os administrados, ou transportará para os confins do esquecimento as tentativas anteriormente desenvolvidas de afirmação da consensualidade.

Apesar de sua sistematização recente, contemporânea da rebeldia da burguesia francesa, é sabido que o direito administrativo apresentou notável evolução, decorrente da necessidade de melhor captar as velozes transformações de que foram alvos os dois últimos séculos.

Se, num primeiro instante, assistiu-se a um direito administrativo caracterizado por uma separação entre Administração e administrado, o surgimento do Estado interventor fomentou uma maior aproximação entre sociedade e Poder Público, o que somente veio a ser reforçado com o Estado garantidor ou pós-social.

Novos mecanismos de relacionamento para os partícipes do liame jurídico-administrativo foram criados, à medida que o legislador conferiu espaço às soluções de controvérsias entre aqueles lastreadas no consenso, inclusive na esfera sancionatória⁴.

Contrastando com o desenvolvimento do arcabouço legal, não é desconhecido se apresentar, no estágio contemporâneo do direito administrativo brasileiro, o fato de que ainda não há uma sólida cultura que permita um melhor desenvolvimento dos mecanismos consensuais para a solução dos conflitos entre a Administração e o particular.

A recíproca visão do administrado e da autoridade como adversários é algo que persiste e, lamentavelmente, numa feição ainda majoritariamente preponderante. A ausência de um clima político capaz de nos proporcionar uma incorporação dos postulados informadores do Estado constitucional, somente tardiamente propiciada a partir da promulgação da Constituição de

⁴ Caio Tácito (Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*, volume 209, p. 2-3, julho/setembro de 1997) enfatizava que, enquanto no apogeu do liberalismo, o direito administrativo se caracterizou como uma prestação unilateral do Estado, a evolução do direito público, especialmente ao depois dos dois conflitos bélicos mundiais, veio acrescer novos direitos de viés comunitários, o que se reforçou com as inovações tecnológicas e os novos canais de comunicação. Isso fez com que o direito administrativo, em abandonando a sua vertente autoritária, pendesse por valorizar a participação dos administrados na formação da vontade da Administração, passando a trilhar modelos colaborativos. A tendência está – diz – espelhada em constituições promulgadas ao depois da decorada de regimes políticos autoritários, tais como a Constituição da República Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978 e a nossa Lei Maior de 1988. Também sobre o tema discorre Maria Sylvania Zanella di Pietro (Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, volume 191, p. 26-30, janeiro/março de 1993), em texto digno de leitura, enfatizando que, mesmo no Estado Liberal de Direito, verificou-se a adoção de institutos mediante os quais o particular exercia determinados serviços públicos mediante delegação do Poder Público, sendo um exemplo a concessão.

1988⁵, favoreceu ao predomínio de um laivo cultural tendente a prestigiar muito mais a autoridade do que a liberdade, com inegáveis reflexos sobre a regência dos liames jurídico-administrativos⁶.

Então, a crise que ora vivenciamos justifica o abandono dos esforços até então desenvolvidos em torno da consensualidade? Penso que não. Antes demanda o seu reforço.

Explico. Os apuros atualmente vivenciados, para que sejam minorados, reclamam soluções criativas. Estas, por sua vez, não podem desprezar as energias do passado, ainda que recente⁷.

O direito administrativo sancionador que a ordem constitucional vigente informa não despreza os direitos fundamentais. E nem poderia fazê-lo, pois estes estão no cerne da própria noção de interesse público.

Ademais, a preservação dos direitos fundamentais, na perspectiva de seu conteúdo essencial, não é incompatível com as restrições às liberdades exigidas para a boa convivência social, cabendo a sua devida harmonização. Nem mesmo nas situações de crise o parâmetro é de ser afastado.

⁵O diploma, no curso do texto, será identificado pelo uso da sigla CRFB. De fato, o clima político vivenciado com a Constituição do Império do Brasil de 1824, cuja elaboração foi influenciada pela Constituição francesa de 1814, bem como pela recepção doutrinária do direito administrativo francês de então, não permitiu uma aura de consensualidade, o que se seguiu na Constituição de 1891, cujo modelo político, afiançado pela Política dos Governadores, reforçou o traço político oligárquico, representativo do caudilhismo tupiniquim.

⁶Num ataque à postura preponderantemente de rivalidade até então praticada, Juarez Freitas (Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, volume 275, p. 27-28, maio/agosto de 2007) enumera como ideias-chave para uma nova configuração do Estado-administração diante da litigiosidade as seguintes: a) a não utilidade da cultura de hostilidade entre Estado e sociedade, tendo em vista colidir, às escâncaras, com os princípios da impessoalidade, confiança recíproca, economicidade, eficiência, eficácia, moralidade e dignidade; b) o agente público tem de se comportar como autêntico representante do Estado, ao invés de atuar como mero “soldado” governativo; c) os males decorrentes das disputas em série, envolvendo a Administração Pública, têm de ser eliminados, com duração razoável e processualização mínima, na própria esfera administrativa, diante dos encargos, diretos e indiretos, associados ao litígios em profusão; d) o sistema multiportas apresenta um futuro promissor, desde que não venha a conviver com o obstáculo do congestionamento; e) as soluções negociais são aquelas que se apresentem como compromissos eficientes e eficazes para viabilizar a implementação de políticas públicas num tempo útil, sejam promotores da probidade, não invadam a esfera do irrenunciável e que representem benefícios líquidos; f) a advocacia, contanto que eticamente exercitada, encontra-se deontologicamente preordenada à prevenção e solução da litigiosidade, sempre que possível extrajudicialmente.

⁷Numa fuga rumo à literatura, recordo-me de Jorge Luis Borges (*El tango. Cuatro conferencias*. 2ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2016, p. 141), quando, escrevendo sobre a música que celebrizou a Argentina mundialmente, afirmou que teve a ideia de inventar a estória na qual um desconhecido que chega a um determinado lugar e desafia o guapo local, o qual não aceita o repto, vindo o forasteiro a ser morto por um terceiro que surge inesperadamente. Ao depois, o autor reconheceu que esta sua invenção, como todas as que sucedem no campo literário, já havia sido inventada por outro. Eis, portanto, a falibilidade do novo. Por isso, o melhor é enfatizar a natureza mítica do tempo, na qual o passado, o presente e o futuro, mesclam-se invisivelmente.

Os momentos de dificuldade exigem um maior entendimento entre as partes envolvidas num conflito, na qualidade de um componente indispensável para que se possa atingir a realização do interesse público concreto⁸.

No caso como o da presente pandemia, é natural a prevalência de um regime jurídico especial, acentuadamente mais restritivo, tanto que se promulgou a Lei 13.979/2020, em cujo art. 3º há atribuição de competências às autoridades sanitárias para a imposição das medidas restritivas que enumera.

Isso, no entanto, não faz com que reste proscrito, por parte da Administração, o recurso às providências que impliquem a busca de uma solução amigável nos casos concretos que àquela se anteponham.

À guisa de ilustração, é possível se formular alguns exemplos, extraídos de nosso ordenamento.

Um deles recai no dever de transparência ativa nos termos previstos na Lei 12.527/2011, franqueando-se à população em geral, em procedimentos objetivos e ágeis, informações em linguagem clara e de fácil compreensão sobre os riscos provocados pela pandemia e sobre as principais cautelas a serem adotadas voluntariamente, bem como e principalmente as medidas governamentais.

Num segundo lugar, tem-se no particular art. 26 da LINDB, disposição que, em revelando uma tendência constante das leis de procedimento administrativo estrangeiras⁹, traduz-se uma baliza geral para a Administração Pública brasileira, no sentido de adotar o consenso quando de suas decisões, sendo uma das hipóteses principais de sua incidência justamente a que visa à eliminação de irregularidades, o que sobreleva em importância para o direito administrativo sancionador.

Uma incompatibilidade que o texto legal apresenta diante de situações de emergência está, a nosso sentir, circunscrita à realização de prévia consulta pública, mas o próprio legislador condicionou a adoção desse requisito para quando o caso comportar, permitindo-se que se conclua que a sua dispensa é sobremodo admissível nas hipóteses que ora versamos.

⁸Muito embora aborde a questão mais sob o plano político, interessante afirmação de Yuval Noah Harari (*Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 5. Tradução: Odorico Leal), alude à importância da cooperação internacional para a aplicação de medidas eficazes, especialmente a quarentena, realçando, na espécie, a relevância da consensualidade.

⁹É o caso, a um título exemplificativo, da Lei Alemã de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), de 25 de maio de 1976 (§§54 e 55), da italiana *Legge* 241, de 07 de agosto de 1990 (art. 11), do Decreto-lei lusitano 04/2015 (artigo 57º), de 07 de janeiro de 2015, e da espanhola *Ley* 39, de 01 de outubro de 2015 (artigo 86).

Avanço importante na direção da consensualidade em matéria de direito sancionador administrativo sucedeu no que concerne à improbidade administrativa. Se, num momento inicial, o legislador, por ocasião da redação originária do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, afastou, de forma peremptória, a cogitação de transação, acordo ou conciliação, a recente Lei 13.964/2019, em alterando a redação do preceptivo, explicitou a admissibilidade, para evitar o ajuizamento das ações previstas no referido diploma legal, da celebração de acordo de não persecução cível¹⁰.

Tal, uma vez à primeira vista nada opor, poderá suceder tanto a nível do Ministério Público quanto da pessoa jurídica de direito público ou administrativa interessada. Penso que o dispositivo, a despeito de autoaplicável, poderia ter estatuído requisitos para que assim pudesse se proceder, bem como deveria ter elencado situações incompatíveis com a consensualidade, tal qual fez o legislador processual penal (art. 28 – A, Código de Processo Penal). Teria incorporado, sem sombra de dúvida, uma maior dosagem de segurança jurídica quanto à aplicabilidade e eficácia do ajuste¹¹.

Ao depois, a observação, através da imprensa, de que os setores econômicos que se evidenciaram como os mais atingidos com as medidas de combate à pandemia coincidem no pequeno e médio empresário, faz com que se evidencie o prestígio da regra constante do art. 55, §§ 1º e 9º, da Lei Complementar 123/2006, diploma que, por injunção constitucional (art. 170, IX, da CRFB), institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Consagra, no rumo do tratamento diferenciado apontado constitucionalmente, um instituto que deveria ser representativo de uma característica geral para a atividade fiscalizadora. Consiste no fato de que a fiscalização da micro e pequena empresa, no que se reporta aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo, deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

¹⁰ À guisa de notícia, é de se referir que, ao instante da redação originária do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, Rita Tourinho (O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Fórum Administrativo -Direito Público*, nº 30, ano 3, p. 2.644-2.648, agosto de 2003) defendeu uma abertura à consensualidade em torno da questão, aludindo à possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, o qual não se iguala à transação. A sua destinação, no entender da autora, estaria reservada a medidas de ordem patrimonial e sua aplicação se voltaria a atos de improbidade de menor potencial ofensivo.

¹¹ A ausência de uma melhor explicitação pelo legislador poderá levar a uma multiplicidade de orientações no âmbito dos diversos órgãos do Ministério Público e das consultorias das pessoas políticas, podendo conduzir até mesmo ao questionamento sobre a validade de tais acordos, de maneira a acarretar, na prática, resultados menos satisfatórios do que os do panorama anterior à inovação legal. O correto, diante da não especificação legal, é que o indicativo da formalização de tais ajustes se balize pelo art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92, observando-se, assim, a extensão do possível dano causa e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Nessa linha, sufraga-se como regra o critério da dupla visita para a lavratura dos autos de infração dos quais puder resultar a aplicação de pena de multa, o que, em caso de seu descumprimento, poderá desaguar na invalidade da atuação lavrada em detrimento do administrado.

A dupla visita somente vem reforçar o laivo orientador e informador que deve preponderar na atividade fiscalizatória que realiza o órgão competente para o exercício do poder de polícia. A consequência punitiva deve, portanto, ser vista como uma exceção.

O caráter acentuadamente orientador a ser imprimido às fiscalizações revela mais um argumento favorável à aplicação da consensualidade no campo do direito sancionador, a qual não é de ser proscria nas situações nas quais se tenta arrostar situações de calamidade pública, ressaltando-se a imposição de medidas cautelares quando a urgência assim o requerer.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS *VERSUS* O PORVIR.

A curiosidade não para por aqui. Prossegue com a perspicaz interrogação sobre se a experiência do direito administrativo sancionador em tempos de crise há que ser observada unicamente como uma excepcionalidade, de sorte a mostrar-se inadequada para guiar práticas futuras.

Retorno ao assunto versado numa nota de rodapé, na qual afirmei que o tempo não pode restar dissociado da sua nuance mítica. Daí porque continuo a compreender que passado, presente e futuro hão que ser examinados conjuntamente.

O que se faz preciso é que sempre estejamos atentos a uma visão geral do nosso modelo administrativo-sancionatório. O Direito há que conviver – e com uma nota de frequência – com as situações excepcionais, porque elas nunca deixaram de se encontrar presentes.

A raridade da presente crise, por sua dimensão global, não exclui – e nem poderá excluir – a existência de outras, de menor proporção, localizadas em determinados países ou em pontos de alguns deles. É de se recordar – e não faz muito tempo assim – que, no final do ano de 2008, aproximadamente sessenta municípios do Estado de Santa Catarina foram alvo de enchentes que

acarretaram fortes ameaças à segurança e vida das pessoas, bem como gravíssimos danos à atividade econômica¹².

Por isso, o importante é saber se o nosso sistema jurídico se encontra apto para permitir o correto exercício da competência sancionatória, a qual, com certeza, mostrar-se-á necessária em situações incomuns, nas quais há que ser exercitadas com algumas peculiaridades.

Isso decorre da afirmação, que não poderá ser desconhecida, segundo a qual a atividade estatal – mesmo e principalmente a punitiva – há que ser desenvolvida a partir de limites fixados constitucionalmente. A primeira preocupação recai na definição de qual o instrumento jurídico há que ser empregado para a definição de infrações e, de conseguinte, as respectivas sanções.

No nosso direito, por força expansiva da eficácia que é conatural aos direitos de defesa ou de primeira dimensão, prepondera o princípio da legalidade, na forma da reserva da lei, tal qual se tem no domínio dos crimes ou delitos.

A unidade do direito de punir do Estado atrai, grosso modo, a incidência dos direitos fundamentais penais às situações sancionatórias em geral¹³, dentre os quais o disposto no art. 5º, XXXIX, da CRFB¹⁴.

¹²Prova disso é que um dos exemplos reais de aplicação do instituto do estado de necessidade foi defendido por Diogo Freitas do Amaral e por Maria da Glória F.P.D. Garcia (O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 59, p. 447-518, 1999), o qual decorreu das cheias que, no Alentejo, nos meses de outubro e novembro de 1997, atingiram as localidades de Garvão, Santana da Serra, Torre Vã, Farela e Aldeia de Palheiros, integrantes do Município de Ourique. Discutia-se a legalidade da disponibilização pela Câmara Municipal de verbas com outra destinação no orçamento para socorrer os munícipes atingidos, anteriormente à liberação das parcelas de contrato de empréstimo ajustado com a Caixa Geral de Depósitos.

¹³Gostaria de advertir que não se presta para afirmar que o Supremo Tribunal Federal teria abandonado o princípio da legalidade estrita em sede de infrações administrativas o julgamento da ADI 3.330 (Plenário, maioria, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 03-05-2012). A forma mediante a qual se encontra redigida a ementa, bem como o item 43 do voto do relator, leva a um provável engano, o qual, a meu sentir, é amenizado pelo consignado no item 44 do referido pronunciamento. É que, no caso concreto, o art. 9º da Lei 11.096/2005, um dos dispositivos desta inquinados de inconstitucionalidade, estatui tanto a tipificação da infração quanto a das sanções a serem infligidas pela Administração. O debate – e, com maior razão, a assertiva – somente se justificaria caso tais assuntos tivessem sido remetidos para o regulamento e, dessa forma, tivesse sido esgrimida a alegação do arguente. A solidez da convicção sobre a transposição da necessidade da exigência de lei formal para fins da competência sancionatória não criminal é demonstrada pela doutrina. Prova disso está em Alexandre Freire Pimentel (*Propaganda eleitoral. Poder de polícia e tutela provisória nas eleições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 35-36) quando, enfocando o tema da propaganda eleitoral, afirma: “Em matéria de propaganda eleitoral, constitui decorrência desse princípio a impossibilidade de se aplicar qualquer sanção que não derive, expressamente do texto de lei federal”. Acrescenta, de conseguinte, que a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral não poderá suprir o requisito.

¹⁴A questão da reserva legal em matéria de sanções administrativas – é preciso que não se esqueça – é de ser examinada de acordo com as peculiaridades do correspondente sistema jurídico. Por exemplo, no direito português, expõe Licínio Martins (Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Justiça Administrativa*, nº 106, julho/agosto de 2014) que a compreensão prevaiente é a de que ao direito contra-ordenacional (ou direito de mera ordenação social) é recusado o caráter de direito penal, muito embora se lhe reconheça como sendo direito sancionatório de âmbito punitivo.

Por isso, faz preciso saber se há lei prevendo, para os diversos segmentos da atividade fiscalizatória, a prática de infrações, sendo, desse modo, recomendável a adoção de tipos sancionadores em branco, a serem complementados por normas administrativas, porquanto são suscetíveis de reprimir a não observância de deveres e proibições com uma previsibilidade abrangente, prestando-se, assim, tanto para situações de normalidade quanto excepcionais.

Nesse particular, é indispensável que se distinga, para fins inerentes à persistência do seu complemento, se a hipótese é de carácter permanente ou transitório, de maneira a balizar os efeitos de sua revogação, especialmente quanto à retroatividade benéfica¹⁵.

Nas situações de excepcionalidade, a sua conjuntura impõe a preferência pela transitoriedade dos diplomas integrativos, de maneira que a cessação dos seus efeitos não implica numa retroatividade em favor do infrator.

Outra preocupação se mostra quanto à competência para legislar sobre o tema, bem como para o exercício da atividade material de polícia. A estrutura federativa do Estado brasileiro faz com que tal aspecto não deva ser menosprezado.

E daí uma circunstância interessante, que vem ocorrendo com crescimento paulatino a partir da Constituição de 1934, responsável pela instituição entre nós do federalismo de

Isso, segundo o autor, faz com que se lhe confira uma conformação constitucional específica, em razão de se traduzir apenas na aplicação de coimas (multas) e não em privação de liberdade, nem mesmo por conversão. Daí que o artigo 165º, alíneas *c* e *d*, da Constituição da República Portuguesa (CRP), ao enumerar as matérias exclusivas do Parlamento, salvo autorização ao Governo para a edição de decreto-lei, reporta-se à definição de crimes, penas e medidas de segurança, mas que, quanto às infrações disciplinares e aos ilícitos de mera ordenação geral (IMOS), restringe-se à delimitação do seu regime geral. Entretanto, com a preponderância do âmbito regulatório das autoridades reguladoras independentes, passou-se a assistir não somente à multiplicação dos ilícitos de mera ordenação social, mas sim a uma mudança do perfil substancial destes, os quais deixaram de “bagatelas penais”, implicando na aplicação de multas elevadíssimas e de fortes restrições de direito. Por essa razão, na doutrina uma preocupação que vem emergindo condiz com a necessidade de se reforçar o regime de garantias substantivo e procedimental em favor dos administrados, com uma maior incidência de um colorido criminal e processual penal, como se tem em Pedro Paulino (O direito das contra-ordenações e a atividade sancionatória das autoridades reguladoras independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa, nº 3, p. 91-94, setembro/dezembro de 2018). De observar que, ao disciplinar medidas emergenciais quanto à COVID-19, em tipificando como IMOS punível com multa de 120 a 350 euros, o descumprimento da obrigatoriedade do uso de máscaras ou viseiras para o acesso ou permanência nos espaços e estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, nos serviços e edifícios de atendimento ao público, em estabelecimentos de ensino e creches pelos funcionários docentes e não docentes, ou ainda pelos alunos maiores de seis anos, laborou-se mediante a edição do Decreto-lei 20/2020 (art. 3º), para acrescentar um artigo 13-B ao Decreto-lei 10-A/2020. Aliás, este diploma, com a adição de vários outros, traça uma disciplina minuciosa para os comportamentos sociais exigíveis durante o presente período de excepcionalidade. A edição de tais diplomas – nos quais se insere a tipificação do IMOS – lastrou-se no artigo 198º, nº 1, *a*, da CRP, que atribui competência ao Governo para editar decretos-leis em assuntos não reservados à Assembleia da República, justamente por se evidenciar que, quanto à instituição de um IMOS, não há que se cogitar de reserva relativa do Parlamento.

¹⁵Essa inteligência embasou o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 68904 (Segunda Turma, rel. Carlos Velloso, unânime, DJU de 03-04-92).

cooperação, é a voltada à ampliação das matérias de competência comum ou concorrente dos entes políticos.

No que concerne à perspectiva da saúde, mostrou-se significativo que, inicialmente, o art. 23, II, da CRFB, proclama ser da competência comum – de natureza material, portanto – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e da assistência pública.

Em reforço, o art. 24, XI, afirma competir concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre, entre outros, a defesa da saúde. Desse modo, compete, nessa província, à União a elaboração de normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal, para o atendimento de suas peculiaridades quanto ao tema¹⁶.

Por isso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal na pandemia que ora se enfrenta. Por maioria, o seu Plenário, nos autos da ADI 6341¹⁷, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, deferiu liminar para que fosse conferida interpretação conforme ao art. 3º da Lei 13.979/2020, com o propósito de reconhecer que a competência legislativa da União sobre o tema não afasta a autonomia, nesse particular, dos Estados, bem como que a possibilidade de o Presidente da República definir, mediante decreto, as atividades essenciais, cujo funcionamento há que ser resguardado, não invalidaria, por completo, a mesma competência por parte dos entes locais.

Um aspecto que é capaz de permitir que a competência sancionadora se mostre com a eficácia indispensável em tempos de anormalidade e que, com a mesma razão, evidencie-se satisfatório em tempos normais, é o pertinente ao disciplinamento da medida cautelar administrativa.

São situações nas quais há um abrandamento das garantias procedimentais, dentre as quais a exigência de uma motivação prévia, recaindo nas situações onde a doutrina se reporta à presença da discricionariedade tática¹⁸, caracterizando-a como uma margem de liberdade de que dispõe a Administração Pública para adotar decisões rápidas e eficazes diante de hipóteses fáticas emergenciais.

¹⁶ Não olvidar ainda que o art. 30 da CRFB, nos seus incisos I e II, alude a que os municípios podem legislar sobre assuntos de interesse locais, bem como suplementar a legislação federal no que couber.

¹⁷ Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 15-04-2020.

¹⁸ Miguel Sánchez Morón (*Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994, p. 130).

Uma competência geral cautelar, na esfera administrativa, é contemplada pelo art. 45 da Lei 9.784/99¹⁹, a qual, mesmo dispensando a prévia manifestação do interessado, não prescinde, todavia, da sua motivação.

Na Administração Pública paulista, a Lei estadual 10.177/2018, ao estabelecer as diretrizes para o procedimento sancionatório, prevê, no parágrafo único, do seu artigo 62, disciplina semelhante, excluindo o contraditório nesses casos, cujo *caput* enfatiza como regra²⁰.

Finalizando a pretensa resposta, não se pode deixar de aludir à necessidade de que o regime jurídico-administrativo não prescindir de norma que, diante de situações de excepcionalidade, afaste ou amenize a responsabilidade do gestor quando este se vê, invencivelmente, na necessidade de tomar decisões em casos urgentes e que, para atingir o interesse público, haja que não observar formalidades legais.

O direito português, para tempos de normalidade, plasmou instituto jurídico que, igualmente, possui inteira afinidade para os períodos de excepcionalidade, a fazer comprovar, estreme de dúvidas, que a disciplina jurídica de ambas as situações pode guardar parâmetros uniformes.

Trata-se do estado de necessidade previsto no artigo 3º, nº 2²¹, do Código de Procedimento Administrativo, instituído pelo Decreto-lei 04/2015, mas que já constava do anterior, aprovado pelo Decreto-lei 442/91 (artigo 3º, nº 2).

Comentando o instituto, diz Pedro Gonçalves²² que o princípio do estado de necessidade funciona como norma de competência, autorizando a Administração à prática de atos não previstos numa regra jurídica para uma situação específica.

¹⁹Na legislação federal é possível se verificar, antes mesmo da Lei 9.784/99, a previsão, para situações específicas, de medidas cautelares. Uma delas é o afastamento do servidor em caso de instauração de procedimento administrativo disciplinar (art. 147, Lei 8.112/90), mesma medida contemplada pelo art. 44, *caput*, da Lei 8.443/92, permitindo ao Tribunal de Contas da União afastar o responsável quando “existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”. No âmbito da regulação das atividades de consumo de bens e serviços, a Lei 8.078/90 enumera, no seu art. 56, II e III, as sanções de apreensão e inutilização de produtos, as quais, na verdade, têm um preponderante colorido preventivo.

²⁰**Artigo 62** - Nenhuma sanção administrativa será aplicada à pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório. **Parágrafo único** - No curso do procedimento ou, em caso de extrema urgência, antes dele, a Administração poderá adotar as medidas cautelares estritamente indispensáveis à eficácia do ato final. Disponível em: www.al.sp.gov. Acesso em: 03 maio 2020.

²¹Artigo 3º Princípio da legalidade (...). 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 indenizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 03-05-2020.

Ao contrário do que se possa supor, diz o autor que não se está a patrocinar uma atuação *contra legem*, mas, em face da excepcionalidade da situação de risco que se procura enfrentar, tal comportamento integra o bloco de legalidade, traduzindo-se numa legalidade excepcional ou extraordinária²³. Com isso, justifica-se a conduta do agente público.

O instituto, consoante Sérvulo Correia²⁴, exige, para a sua caracterização, o perfazimento de alguns requisitos. Estes são: a) perigo iminente ou atual; b) para um interesse público essencial; c) causado por circunstância excepcional; d) não provocada pelo agente; e) somente contornável ou atenuável pela inaplicação, pela Administração, de regra estabelecida.

Quem sabe ser possível que alcancemos tal objetivo mediante o desenvolvimento da atividade interpretativa em torno do art. 22, *caput*, da LINDB, ao conclamar que se atente para a consideração dos obstáculos e dificuldades reais do gestor.

A tal preceito, numa sequência, acrescenta-se o correspondente § 1º, dispondo que, no exame da regularidade de uma conduta ou de validade de um comportamento, serão – e não poderão deixarem de ser – consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente

Isso mostra que a elaboração de normas que visem, com maior adequação, ao tratamento do direito administrativo sancionador em situações de excepcionalidades, a estas não se restringem, de modo que a sua experiência pode ser, com as adaptações exigíveis, plenamente transplantada para os períodos nos quais predominem a tranquilidade. O inverso igualmente se evidencia viável.

4 À GUIA DE REMATE

²² *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2019. Volume 1, p. 388.

²³ Uma noção esclarecedora da importância do estado de necessidade para o dia-a-dia do administrador é fornecida pelo autor com a passagem adiante: “O surgimento, na vida real, de uma situação excepcional e anormal, extraordinária, conjugada com outros requisitos, vai, pois, legitimar a preterição – a não aplicação ou a violação – das regras estabelecidas, idealizadas para dirigir a ação administrativa em tempos de normalidade, assim como pode legitimar medidas e atos da Administração que adotam um conteúdo não definido, nem de forma aproximada, por uma norma jurídica prévia (*ex ante*). A excepcionalidade da situação vem, assim, a autorizar a excepcionalidade das soluções” (*loc. cit.*, p. 388).

²⁴ Revisitando o Estado de Necessidade. In: *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 734. Org.: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D.

Ciente de que a ciência – inclusive a jurídica – evolui no domínio das dúvidas e não no da certeza absoluta, somos da opinião de que:

- a) a crise ora inesperadamente vivenciada ostenta potencialidade para o reforço da consensualidade, preservando os contributos já desenvolvidos com o objetivo de fazer sucumbir o ranço de animosidade na relação jurídico-administrativa;
- b) o aprendizado haurido pelo direito administrador durante tempos difíceis haverá que ser usado como vantagem para as práticas do futuro.

Muito obrigado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 59, 1999.

BORGES, Jorge Luis. **El tango. Cuatro conferencias**. 2. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o Estado de Necessidade. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. (org.). **Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010.p. 734.

ECO, Humberto. **Pape SatànAleppe**: crônicas de uma sociedade líquida. Rio de Janeiro: Editora Record, 2017. Versão para o idioma português por Eliana Aguiar.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 275, maio/ago. 2007.

HARARI, YuvalNoah. **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade**. Tradução: Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MARTINS, Licínio Lopes. Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. **Justiça Administrativa**, n. 106, jul./ago. 2014.

MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo**: parte general.Tradução: Gabriel Doménech Pascual.Madri: Marcial Pons, 2011.

MORÓN, Miguel Sánchez.**Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madri: Tecnos, 1994.

PAULINO, Pedro. O direito das contra-ordenações e a atividade sancionatória das autoridades reguladoras independentes. **Revista de Direito Administrativo**, Lisboa, n. 3, set./dez. 2018.

PIETRO, Maria Sylva Zanella di. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 191, jan./mar. 1993.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **Propaganda eleitoral. Poder de polícia e tutela provisória nas eleições**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, jul./set. 1997.

TOURINHO, Rita. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. **Fórum Administrativo, Direito Público**, ano 3, n. 30, ago. 2003.

TRUCHET, Didier. **Droit administratif**. 7. ed. Presses Universitaires de France, 2017.