

O CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DA MUNICIPALIDADE EM SITUAÇÕES DE CALAMIDADE PÚBLICA

José Carlos de Oliveira e Fernando Andrade Fernandes¹

Sumário: Introdução. O interesse público. As missões do Estado. A liberdade da Administração nas escolhas públicas. Os princípios norteadores da boa Administração. A proporcionalidade na avaliação da legalidade da atuação da Administração Pública. Elementos constitutivos da regra da proporcionalidade: a sub-regra da adequação; a sub-regra da necessidade; a sub-regra da proporcionalidade *stricto sensu*. Conclusão.

Resumo:

A Administração Pública está presente em nosso cotidiano, exercendo suas missões em diversas áreas como nos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais – visando, nos limites da lei, proporcionar à comunidade os serviços necessários para o desenvolvimento social. Quando a normalidade é rompida – especialmente em face da ocorrência de catástrofes, o gestor público se depara com a obrigação imperiosa de promover o socorro e o atendimento imediato das necessidades da coletividade. Mesmo assim, em situações extremas, o gestor público não pode se descuidar da obediência da norma e dos princípios que orientam a Administração Pública. As atividades do Administrador são demarcadas por limites legais, mesmo quando ele decide com base no juízo discricionário, a inobservância dos limites da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade pode ensejar sua responsabilidade, especialmente no que concerne a improbidade administrativa e outras sanções de natureza criminal.

Palavras-chave: legalidade, controle judicial, ato administrativo, calamidade pública.

Introdução

Por causa dos efeitos potenciais sobre a saúde humana, economia e meio ambiente, o aquecimento global tem sido fonte de grande preocupação. O aumento no número de mortos, desabrigados e perdas econômicas devido ao clima severo atribuído ao aquecimento pode ser piorado pelas densidades crescentes de população em áreas de risco, em todas as partes do mundo.

No Brasil não é diferente. Entre tantas outras de igual expressão, registraram-se nos últimos anos grandes enchentes em Cuiabá, em Santa Catarina, no Vale do Ribeira e no agreste setentrional de Pernambuco. Apenas nessa região, o excesso de chuva na

¹ **José Carlos de Oliveira**. Doutor em Direito e docente, na área de Direito Administrativo, no Departamento de Direito Público, na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais na graduação e no programa de Mestrado da UNESP- Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, campus de Franca/SP. Oliveira@franca.unesp.br - **Fernando Andrade Fernandes**. Doutor em Direito e docente, na área de Direito Penal, no Departamento de Direito Público, na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais na graduação e no programa de Mestrado da UNESP- Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, campus de Franca/SP. feranfer@uol.com.br

cabeceira dos rios, afetou mais de 56 mil pessoas e 1.129 casas foram destruídas em 28 cidades de Alagoas e 52 de Pernambuco.

Catástrofe anunciada. A chuva que atingiu o Vale do Paraíba no começo de 2010 causou danos em cidades da região e alagou severamente São Luiz do Paraitinga, fundada em 1769 e conhecida pelas festas populares, como a tradicional Festa do Divino e o Carnaval. Esse é um dos 29 municípios paulistas considerados estâncias turísticas pelo governo do Estado e, dentre seus atrativos, destaca-se, na área urbana, seu conjunto arquitetônico - visto que tem o maior número de casas térreas e sobrados tombados pelo Condephaat, dentre eles, a igreja matriz São Luiz de Tolosa, construída no século XIX, que desabou, junto com outros oito edifícios, por causa do volume de água no Rio Paraitinga. Além do prejuízo arquitetônico, era visível o drama de pequenos empresários e da população, cujo trabalho de décadas foi completamente destruído em poucas horas.

A pronta intervenção da população, de grupos locais, como os de *rafting*, e da defesa civil propiciou rápida e eficiente atuação no socorro à população, sem perda de vidas.

Em situações como essa, a prefeitura decreta estado de calamidade pública, que, com efeito meramente declaratório, demonstra que a administração, reconhecendo formal e legalmente a existência de uma situação de infortúnio público decorrente das forças da natureza, envida esforços para remover ou minorar os sérios danos causados à comunidade.

Entretanto, exatamente nesse ponto inicia-se um problema jurídico para a Administração, ou seja, decretando o estado de calamidade pública, a municipalidade deve tomar medidas urgentes, como a contratação de empresas especializadas para diversas atividades emergenciais, compra de remédios, alimentos e água potável para os desabrigados, remoção dos escombros e lama, transporte e recuperação emergencial das vias de acesso, o pronto restabelecimento dos serviços públicos e da atividade administrativa da Prefeitura. Enfim, um enorme conjunto de serviços é exigido da municipalidade, e nessa situação emergencial alguns procedimentos legais para aquisição de bens e serviços recebem um tratamento diferenciado pela norma. A municipalidade é vista pela população em todas as suas dimensões e o gestor público deve atender a emergências como essas sem se descuidar da observância dos princípios que norteiam a Administração, pois todos os seus atos serão analisados sob a ótica da

legalidade, pelos técnicos do Tribunal de Contas, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público, além de fiscalizados pelo Legislativo local e, principalmente, pela comunidade.

Desta forma, o presente estudo visa demonstrar a obrigação de a municipalidade atuar com a observância dos princípios que norteiam a boa Administração Pública, sob pena de o seu gestor responder por improbidade administrativa, sem prejuízo das sanções de natureza criminal e também no âmbito político.

O Interesse Público.

À Política cabe a arte de interpretar os interesses da sociedade e de chegar a decisões capazes de satisfazê-los; ao Direito, a não menos difícil tarefa de concretizar em normas de observância geral e obrigatória as vivências sociais.

A submissão da ação política ao Direito trouxe, como imediata conseqüência, a unificação dos interesses sociais politicamente definidos, surgindo assim o conceito do interesse público com as características que hoje conhecemos: interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, mediante de ações políticas e jurídicas.

A expressão “interesse público” pode assumir diferentes matizes. O sentido de interesse público, vinculado ao objetivo desse estudo, surge com aparecimento da noção de Estado a partir da transferência das responsabilidades sobre a proteção e provimento do grupo social. Deve, assim, o Estado, munido do poder concedido pela coletividade, por meio de seus agentes, desempenhar as tarefas de promover o bem-estar e a paz social, dentro de determinada regularidade e nos limites da lei.

O interesse público não é o interesse de um conjunto de habitantes tomados como massa, não é um bem-estar geral, onipresente. O interesse público é apenas a soma de uma maioria de interesses individuais coincidentes - atuais e/ou futuros – e, por isso, a contraposição entre o interesse público e o direito individual é falsa se não redunde em mais direitos e benefícios para os indivíduos da comunidade. Trata-se de uma maioria de indivíduos, não da totalidade dos membros da sociedade. Deve-se tratar de interesses coincidentes *lato sensu*, isto é, homogêneos. Só há interesse público quando, entre a maioria dos indivíduos, cada um pode separar de tal interesse o seu interesse individual: o interesse público em que cada indivíduo não possa encontrar e identificar sua porção concreta de interesse individual é uma falácia (Escola, 1989).

É por meio da atividade administrativa que o Estado atende às necessidades da coletividade, visando promover o bem-estar geral. Mas, para que isso possa se realizar, a atuação do Estado deve expressar-se de modo prático, pois a estrutura administrativa é uma construção jurídica que não realiza por si as ações. Assim, para tornar efetiva a ação do Estado, a administração edita atos administrativos, que devem ser realizados de forma a se observar determinadas exigências, entre elas, o fim público, ou o atendimento do interesse público, assim entendido como aquele que satisfaz o interesse da maioria da coletividade.

O direito, no entanto, nem sempre consegue prever todas as situações possíveis nas realizações humanas. Por isso, na atividade pública, restam zonas onde a indeterminação do texto legal deixa ao administrador a faculdade de optar por uma ou outra solução, embora todas decorrentes da lei, no exercício do chamado poder discricionário, ou seja, a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (Mello, 2007).

Portanto, a efetivação do interesse público pressupõe a execução das novas missões do Estado e a atuação do gestor pautada pela liberdade das escolhas públicas e pela observância estrita aos princípios que orientam a boa Administração.

As missões do Estado

O princípio da subsidiariedade consagrado na Constituição cidadã pressupõe funções, missões e fomento como mecanismos da Ordem Econômica e, no âmbito dos princípios fundamentais, a proteção da dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie, e é expressão do interesse público a ser alcançado pela força da Administração Pública.

A realização do interesse público pressupõe um enorme conjunto de deveres-poderes e a Administração Pública², como gestora dos interesses da coletividade, passa

² Diante da crescente importância que adquiriu a Administração Pública para a sociedade, houve a preocupação em compreender detalhadamente a atividade administrativa sob o ponto de vista das ciências

a ser vista sob uma nova dimensão, ou nas palavras de Dromi (1995), o Estado assume novas missões, com base na segurança jurídica e na solidariedade social envolvendo a Administração e o indivíduo. Nesse sentido pode-se apontar as novas facetas ou as novas missões desse Estado subsidiário.

O Estado é regulador porque ajusta princípios e regras de convivência social e de desenvolvimento individual. O Estado regulador se expressa essencialmente pelo do Poder Legislativo e, em sua dimensão complementar, pelo Poder Executivo. O Estado conduz e a sociedade é ordenada pelas normas, que são a expressão jurídica dos valores e fins políticos. O Estado de legalidade democrática, o real Estado de direito, regula e garante os direitos sociais, individuais, públicos e privados. Nessa dimensão, como poder regulador, o Estado exerce seu papel em diversas áreas, na Ordem Econômica, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos a existência digna conforme os preceitos da justiça social. Na execução do seu poder de polícia, cabe a ele a regulação das questões ambientais, preservação das reservas legais, das áreas de preservação permanente, dos monumentos e paisagens que retratam a nossa história, a proteção à criança, ao adolescente e aos idosos, a educação em todos os níveis e tantas outras atuações, visando a um País mais justo e solidário.

O Estado fiscalizador manifesta-se pelas funções de governo e de controle. Controlar não é reduzir os direitos, mas compatibilizar e harmonizar para a convivência social. O Estado fiscalizador tem o dever indelegável de garantir o exercício dos direitos de todos. Deve controlar sem coagir, sem alterar ou extinguir os direitos. O poder do Estado de limitar a liberdade tem também suas limitações fixadas pela legalidade, e é por ela que o Estado se ajusta ao que impõe o ordenamento jurídico e os princípios conformadores da boa Administração. Os limites e as limitações impostas à atuação do Estado são as garantias dos cidadãos e dos administrados, visando a uma atuação legítima e justa por parte da Administração. O Estado deve exercer o controle porque é pressuposto da liberdade pública. Não há responsabilidade sem controle. O Estado fiscalizador manifesta-se com significativa intensidade no âmbito da Administração Pública, pelo Tribunal de Contas, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela sociedade organizada, pois a Administração, mesmo em

jurídicas, e, assim, atribuir-lhe um fundamento de ordem jurídica. Esse pensamento conduziu ao desenvolvimento do direito administrativo, disciplina jurídica do direito público, responsável por estudar os princípios, preceitos, regras e institutos que regem a atividade administrativa do Estado, e que tem por objeto a organização e funcionamento da Administração Pública, bem como a regulação desta com os seus administrados.

situações de emergência ou de calamidade, deve observar estritamente o princípio da legalidade, da finalidade e da moralidade no trato com a coisa pública. Ao mesmo tempo que a Administração é fiscalizada no cumprimento das suas missões, ela também fiscaliza a atuação de seus servidores, do comércio e da indústria, fiscaliza também as posturas municipais, os loteamentos, o respeito ao meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico e cultural, a saúde pública, a educação e a segurança, entre tantos outros, visando a propiciar ao cidadão o equilíbrio necessário para o crescimento harmônico da sociedade.

As dimensões de regulação e fiscalização pressupõem o Estado administrador. O Estado administrador é o que executa direta ou indiretamente os serviços públicos, o poder de polícia e todas as atividades de fomento. É o Estado que exerce, por si ou por meio de organizações sociais e associações, as atividades de bem estar geral. O Estado administrador estrutura-se e orienta sua ação política visando a suprir o indivíduo e as organizações sociais nos casos em eles não possam realizar com esforço próprio seus fins humanitários.

No episódio recente em São Luiz do Paraitinga, a dimensão do Estado Administrador ficou muito visível. Embora com todas as dificuldades geradas pelas forças incontroláveis da natureza, a Administração Municipal obteve êxito na condução das suas missões e, em pouco tempo, conseguiu colocar ordem no caos, conseguiu regular, fiscalizar e administrar os escassos recursos, alocando toda a sua força de trabalho para viabilizar a ordem que fora destruída pela natureza.

A dimensão do Estado protetor é aquela que cuida dos direitos e interesses da comunidade. O Estado protetor ampara e defende. As prioridades da transformação obrigam o Estado a cumprir com os meios de fomento, a proteção, a tutela e a assistência para o indivíduo e para a sociedade. O Estado deve promover e tutelar a iniciativa privada, o investimento e o trabalho e deve também impulsionar o desenvolvimento social, a promoção da família e a proteção das crianças, dos jovens e dos idosos. O Estado deve instrumentalizar políticas educativas e sociais com essa finalidade. A proteção deve abranger o indivíduo e o social.³

³ Um exemplo dessa atuação é a destinação dada ao FGTS para a reconstrução da casa própria, parcialmente destruída por enchente. A 1.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, sendo possível, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal. Ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão-somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Recurso Especial nº 380.732 - SC

O Estado deve estabelecer as regras que definam a estrutura e o funcionamento da sua organização, bem como organizar a sociedade - essa é a dimensão do Estado Organizador. A partir do pluralismo social e da autonomia e liberdade do indivíduo e das organizações sociais, o Estado organizará os sujeitos, seus comportamentos, porque não existe espontaneísmo social que magicamente ordene as ações, como também não existe poder totalitário que substitua a liberdade individual ou dos grupos, como se viu na cidade por ocasião dos eventos que abalaram a comunidade Luizense. Existe a ordem criada, organizada a partir da prudência, do respeito, da moralidade, para que sirva ao interesse público. Para esta tarefa o Estado instrumentará o direito, que estabelece a nova organização para que o Estado e a sociedade harmonicamente restabeleçam o diálogo entre autoridade e liberdade.

No caso de São Luiz do Paraitinga, a dimensão do Estado Servidor ficou evidenciada com a pronta intervenção das instituições sociais, por parte do governo e da Unesp que alocou recursos, profissionais e, principalmente, saberes em prol da comunidade e da Administração Pública, para alcançar, de modo eficiente e com a rapidez necessária, informações técnicas, em todas as áreas, em especial naquelas que demandavam conhecimentos específicos, como engenharia, arquitetura, hidrologia, geologia, hidráulica, documental, meio ambiente, saúde pública, educação e direito. A atuação da Universidade retrata de forma fiel o Estado Servidor. Foi significativo o seu esforço para compreender o fenômeno, visando a propor técnicas para minorar, no futuro, eventuais problemas dessa ordem e capacitar seus operadores para o pronto atendimento em outras situações que demandem colaboração imediata.

Finalmente, o Estado Distribuidor deve cumprir sua obrigação de justiça social; dar a cada um o que lhe corresponde, segundo a medida do seu direito. O Estado é árbitro e juiz da justiça social porque tem o poder e o dever de distribuir os benefícios comuns. Essa distribuição deve ser equitativa, de modo a assegurar a dignidade do homem e da sociedade. A justiça deve ser ordenada pelo próprio Estado, de forma que a justiça individual deve completar-se com a justiça social, da ordem, da paz, da educação, da seguridade, da saúde, da vivência em comunidade, do amparo aos desabrigados e do trabalho.

A liberdade da Administração nas escolhas públicas

Visando, portanto, à efetivação dessas missões, a Administração Pública atua por meio do ato administrativo que, enquanto instrumento da atividade administrativa, deve atender ao interesse público e obedecer às exigências fundamentais à sua validade, não apenas de ordem formal, mas, também de ordem material. No que se refere ao fim do ato a ser editado, nele está embutido um aspecto de grande relevância para a Administração que é o requisito da moralidade administrativa exigida em todas as ações do Poder Público, em qualquer das suas esferas.

Sem a observância da moralidade, o ato padece de vício insanável. Isto porque a moralidade jurídica passou a ser um pressuposto de validade de todo ato administrativo, indo além da legalidade e obedecendo às distinções entre bem e mal, honesto e desonesto, justo e injusto, conveniente e inconveniente, oportuno e inoportuno.

Se todo ato administrativo é o resultado prático do exercício da função administrativa, é certo que a vontade da Administração deve estar vinculada ao objetivo fundamental para o qual foi imaginada e executada: atender ao fim público, ao interesse da maioria.⁴

Existem justificativas para que o agente público atue com discricionariedade no exercício de algumas das funções de sua competência: a) a dificuldade do legislador em estabelecer soluções legais para casos muito particulares; b) a livre determinação do administrador, que deve ser preservada para casos excepcionais em períodos de modificações de naturezas diversas, como as econômicas, os fenômenos climáticos, os acidentes que provocam tragédias e outras; c) o respeito à capacidade do administrador de solucionar problemas utilizando sua criatividade, de modo que a excessiva abrangência da lei não acabe por engessar a competência do agente político; d) a

⁴ A atividade administrativa é o meio utilizado pelo Estado para atender às necessidades da coletividade, visando promover o bem-estar geral. Assim, para tornar efetiva a ação do Estado, a Administração edita Atos Administrativos, que devem ser realizados observando-se determinadas exigências, e entre elas, o fim público, ou o atendimento do interesse público. São cinco os elementos do Ato Administrativo: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade. Por agente competente entende o representante do poder público a quem a lei confere as atribuições que o tornam apto a editar os Atos Administrativos. O objeto ou conteúdo representa o efeito prático buscado pelo Ato editado ou a mudança que ele pode proporcionar na ordem jurídica. A forma é a manifestação da vontade do administrador. O motivo deve ser considerado como situação de fato ou legal que ensejou a atuação da Administração. E por fim deve-se entender a finalidade que o ato tem que atingir ou o interesse público a ser satisfeito - e que vincula a atuação do agente. Além de cumprir todas essas exigências, o Ato Administrativo deve ainda obediência à razoabilidade e à proporcionalidade, como medida de efetiva legalidade.

possibilidade de adotar medidas das quais a experiência do agente público já comprovou a eficácia (Medauar, 1986).

Quando o administrador edita um ato com a finalidade aparente de atender ao interesse público, mas cujos resultados práticos acabam por servir a interesses particulares, ocorre o que a doutrina convencionou chamar de “desvio de poder”, também conhecido como “desvio de finalidade”. O desvio de poder é um vício de legalidade, vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes são usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para o qual a lei os conferiu.

As atividades do agente público são demarcadas por limites legais, mesmo quando ele decide com base no juízo discricionário. A inobservância dos limites da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade pode ensejar responsabilidades ao gestor público, especialmente no que concerne a improbidade administrativa e a outras sanções de natureza criminal.⁵

Os princípios norteadores da Boa Administração

Na efetivação do interesse público como meta objetiva de suas missões, o gestor público deve-se pautar, nas escolhas públicas, pelos princípios que norteiam a boa Administração.

Orientados por esses princípios e pela ideia de que o Estado deve ser guiado por valores imanes da sociedade e por um critério maior de justiça, o Legislativo, a doutrina, a jurisprudência e o administrador público concordaram na possibilidade de amparar a estrutura administrativo-estatal⁶ por um conjunto de princípios que permitem

⁵ Decreto-Lei 201/1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores elencando os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais. Lei 8.666/93, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, elencando, dentre outros, os crimes envolvendo procedimentos licitatórios, como a dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, dentre outras condutas. Lei 8.429/ 92, Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Lei Complementar 101/ 2000, Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Código Penal. Decreto-Lei 2.848/1940, especialmente quando trata dos crimes contra as finanças públicas.

⁶ Paulo Otero faz uma crítica ao desenvolvimento contraditório do direito administrativo ao longo do século XX. Ele afirma que ao mesmo tempo que há um renovado esforço para vincular a atuação administrativa aos interesses legítimos dos particulares, paradoxalmente, há um curioso fenômeno de

auxiliar na resolução dos problemas práticos que gravitavam em torno da Administração Pública e dificultavam a concretização da atividade administrativa.

Com isso, viu-se aumentado o rol dos princípios jurídicos que regem a Administração Pública. Por isso, algumas vezes, os princípios encontram-se inseridos no corpo das constituições de maneira explícita - como no caso do Brasil, que arrola no art. 37, *caput*, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Porém, também podem ser localizados em outros artigos da Constituição princípios que se aplicam à Administração Pública, tais como: Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, 2ª parte), responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6º) e controle judicial do ato administrativo (art. 5º, XXXV). Existem aqueles princípios estabelecidos por leis esparsas, como na Lei Federal nº 9784/99, que regulamenta o Processo Administrativo Federal, especificamente no artigo 2º, que estabelece a Administração Pública federal, obediência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. E também os princípios reconhecidos pelas cortes de justiça e pela doutrina.⁷

atrelar a Administração Pública ao Direito Privado. Este regresso da Administração Pública ao direito privado, beneficiando-se aquela dos princípios da liberdade e da igualdade que a caracterizavam, visa favorecer o desenvolvimento das atividades administrativas sem as limitações decorrentes de um Direito Administrativo *atrelado* aos direitos e garantias dos administrados. Assim, se de um lado aumentam as garantias dos particulares, impedindo que o Direito Administrativo seja visto como um simples repositório de prerrogativas de autoridade, de outro lado, a Administração tenta 'escapar' a um grau mais elevado de respeito por essas garantias, que se encontram consagradas em normas administrativas passando a pautar a sua atuação em amplos setores por regras e princípios alheios ao Direito Administrativo que, deste modo, vê reduzido o seu campo regulador da atividade administrativa. (2003, p. 282-283).

⁷ O reconhecimento dos princípios não-escritos é uma resposta ao positivismo jurídico, que, por causa de sua rigidez, não conseguia acompanhar uma administração pública voltada para estruturar a sociedade ao modelo de justiça social. De outro lado, há de ser lembrado que também não é possível um sistema de princípios totalmente aberto, pois há risco de o casuísmo e oportunismo tomarem conta da disciplina jurídica administrativa. Portanto, é sempre bom considerar que apesar de o direito ser fruto da consciência social e cultural de uma determinada sociedade, ele deve se estruturar sobre bases objetivas, claras e seguras, para abranger o sentido real de justiça. Portanto, os princípios jurídicos não escritos constituem ponto de apoio para acomodar, atualizar e vivificar o direito positivo as ideias fundamentais da realidade dada, evitando, conforme alerta Forsthoft, o perigo no qual o normativismo sempre cai: que é a perda de contato com a esfera do ser (1958, p. 238).

A proporcionalidade na avaliação da legalidade da atuação da Administração Pública

No direito administrativo atual, a proporcionalidade é o meio para avaliar se o ato administrativo está em condição de atender o fim previamente fixado, com o menor sacrifício dos interesses em conflitos, requerendo um comportamento equilibrado da Administração Pública.

A aplicação da regra de proporcionalidade exige inicialmente que sejam estudados alguns pressupostos, sem os quais não há possibilidade de proceder ao exame mais apurado daquela.

Um primeiro aspecto a ser verificado é que o emprego da regra de proporcionalidade depende da existência de um caso *in concreto* que favoreça a aplicação de uma medida concreta destinada à realização de uma finalidade pública, cuja utilização poderá ou não restringir os direitos e necessidades básicas do administrado. Outra avaliação prévia para aplicação da regra de proporcionalidade é a exigência de que tanto o meio utilizado quanto o fim perseguido sejam lícitos.

Tais objetivos somente serão alcançados por meio da observância de determinados parâmetros que compõem a proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

Elementos constitutivos da regra de proporcionalidade

A doutrina, de modo geral, na apreciação da regra de proporcionalidade descreve o Triplo Teste de Proporcionalidade, uma técnica de aplicação de princípios que tem por fim a segurança jurídica (Ramirez-Escudero, 2004).

Assim, não é qualquer ordem que será estabelecida no caso concreto – há uma ordem predefinida em que as sub-regras se relacionam entre si. A aplicação ocorre de modo sucessivo e escalonado. Trata-se de juízo cumulativo que atua com caráter eliminatório. Desse modo, a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que antecede a análise da *proporcionalidade stricto sensu*. Portanto, primeiro deve ser verificado se a medida adotada pelo administrador é adequada (ou idônea). Caso não seja, a medida deverá ser imediatamente descartada. Se, pelo contrário, as exigências desta primeira etapa forem superadas, a medida deverá ser submetida à análise da necessidade. Transpassada esta nova fase, finalmente a medida será submetida ao

minucioso exame da proporcionalidade em sentido estrito. Caso esta fase não seja superada, a medida será considerada *desproporcional*.

A sub-regra da adequação

Portanto, o administrador público, antes de adotar determinada ação, deverá se perguntar qual meio (medida) entre as várias opções à sua disposição, deverá utilizar e qual é o mais adequado (idôneo e apto) para obtenção de uma determinada finalidade legítima (Alexy, 2002).

A partir desta indagação, defronta-se com o primeiro elemento a ser analisado para se verificar a regra de proporcionalidade – a sub-regra da adequação (ou idoneidade ou conformidade).

Assim, o administrador público, para responder se a medida utilizada é adequada e útil para obter determinado fim, deverá verificar: 1) se está em conformidade com o ordenamento jurídico; 2) se é apropriada para obtenção da finalidade pública; 3) se mantém uma relação medida/fim lógica.

Se a resposta for positiva a essas três indagações, o meio será adequado para a obtenção da finalidade legítima. Assim, conceitua-se que a regra da adequação é a adoção da medida mais apta para realizar o fim prosseguido pela Administração. Uma decisão proporcional requer à coerência do meio empregado para produzir o resultado previsto pela Administração Pública.

A sub-regra da adequação trata de averiguar a conformidade do meio empregado pela autoridade administrativa, o que implica uma valorização relativa ao resultado do ato que se pretende adotar – é juízo quantitativo, qualitativo e probabilístico⁸, dirigido a consentir a Administração de especificar as soluções suscetíveis de perseguir ao resultado prefixado. Além disso, a adoção da adequação somente é aceitável quando há possibilidade de aferir nas fases posteriores os diferentes graus ou intensidades de realização da finalidade com o benefício ou sacrifício imposto pela restrição (Avila, 2005).

⁸ Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menor, igual ou maior certeza o fim do que outro meio. Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível quantitativo, qualitativo ou probabilístico (Avila, 2005, p. 117).

Não há necessidade de que o meio utilizado se mostre inteiramente ou plenamente como o melhor possível ou o mais adequado. Bastará que a medida interventiva se mostre propícia para contribuir na obtenção da finalidade pública, ainda que parcialmente, para ser considerada adequada. Se, entretanto, o resultado da medida se mostrar indiferente, inócuo ou negativo, tendo por referência a aproximação da finalidade desejada com a restrição imposta, ela será considerada liminarmente inadequada.

Finalmente, o ato administrativo será adequado ou não para alcançar os fins perseguidos somente diante de fatos concretos – valorização fática – em que é possível provar a existência de nexo de causalidade entre a medida e o fim. Portanto, deverá existir um nexo causal que conduza a ação do ato impugnado em direção ao fim estabelecido, restando para o lesado demonstrar que tal nexo se encontra viciado.⁹

A sub-regra da necessidade

Após apurar a adequação (ou idoneidade) do meio para atingir determinada finalidade, busca-se medida alternativa que também satisfaça à finalidade pública, sem causar dano gravoso ao cidadão. O objetivo é verificar se haverá ou não, em relação à medida efetivamente escolhida, a possibilidade de se utilizar outra, que em princípio demonstre ser tão eficaz, idônea ou adequada como aquela adotada, porém, sensivelmente mais benigna ou menos agressiva. Como é possível observar, sempre que se menciona a sub-regra da necessidade, subentende-se a comparação entre medidas adequadas, o que leva à conclusão de que a sub-regra da necessidade se edifica sobre a sub-regra da adequação, que é o pressuposto lógico daquela (Alexy, 2002).

⁹ A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. A razoabilidade encontra ressonância na providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario *sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser". A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado. REsp nº 728999/PR – < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=728999&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 20. set. 2010.

A sub-regra da necessidade prescreve que diante de dois ou mais meios adequados, a Administração Pública escolha o mais benigno ao interesse particular (que sofrerá a restrição), desde que promova igualmente o interesse público.

A análise da sub-regra da necessidade – também conhecida por *regra do mínimo sacrifício possível* (ou *regra da indispensabilidade*, ou *regra do meio mais benigno*) – é a comparação de várias medidas que estejam aptas a fomentar um fim determinado e que tenham a mesma intensidade. Contudo, a escolha somente recairá sobre aquela medida que restringir o menos possível os direitos do indivíduo. Portanto, a utilidade da comparação é determinar a escolha da medida menos ofensiva.

Por utilizar um processo de valorização comparativo, as medidas apresentadas deverão ser *apropriadas e não hipotéticas* – devem reunir características suficientes de realização. E, ao mesmo tempo, devem ser possíveis em termos materiais e jurídicos. Isso somente poderá ser verificado no caso *in concreto*, não sendo questão que pode ser resolvida *in abstracto*.

Diante destas avaliações, é possível perceber que não é tão fácil proceder a exame da sub-regra da necessidade. Principalmente porque algumas dificuldades podem surgir no transcorrer da apreciação (Alexy, 2002).

A primeira dificuldade, diz respeito à possibilidade de ocorrer situações em que tanto o tipo da medida quanto os bens e interesses conflitantes sejam *exatamente* iguais, variando apenas quanto ao número de pessoas, aos impactos econômicos (custo-benefício) e à dimensão temporal e territorial. Como se solucionará? Neste caso, para resolver o problema, deve-se recorrer aos instrumentos de intensidade e qualificação. E a medida considerada necessária será exatamente aquela que trazer menor lesão às pessoas, além do menor custo econômico e da dimensão temporal e espacial.

Finalmente, quanto à vertente subjetiva do caso, deve ser realizada uma apreciação maior e mais cuidadosa em razão da incidência que a decisão administrativa poderá ter sobre os direitos fundamentais, os direitos subjetivos e os interesses legítimos dos cidadãos. Isto porque, conforme varie o grau de realização do fim perseguido, também variam os efeitos que a medida restritiva causará.

Portanto, como é possível observar, todo esse conjunto metodológico acaba por dar um grau de complexidade maior à sub-regra da necessidade, o que demanda maior poder de argumentação por parte do administrador para justificar o seu ato.

Em fim, ao aplicar a regra de proporcionalidade e suas sub-regras, o que se procura é tentar corrigir as deformações oriundas da ideia de superioridade do Poder

Executivo sobre todos os outros e estabelecer limites à atuação estatal de maneira racional, (com o mínimo de interferência das paixões e ideologias) contando para isso com a ajuda da própria lei e do direito.

A sub-regra de proporcionalidade *stricto sensu*

Após superar os exames da adequação e da necessidade, é preciso analisar se a medida não representa carga excessiva para os afetados, posto que ela deva ser equilibrada quanto aos custos e benefícios que apresentará para o cidadão. Isso significa que devem ser medidas e pesadas as vantagens e as desvantagens advindas da medida.

A sub-regra da proporcionalidade *stricto sensu* aprecia quais as desvantagens ocasionadas e orienta para que elas não sejam desproporcionais em relação aos objetivos a serem auferidos.

Na sub-regra da proporcionalidade *stricto sensu*, verifica-se a maior realização possível em relação às possibilidades jurídicas, o que se determina a partir de princípios que atuam em sentido contrário, de forma semelhante à da lei de ponderação.

Ao contrário do que acontece nas sub-regras da adequação e da necessidade – exclusivamente centradas na apreciação do *bem* e ditando, à parte, como *bom* ou, pelo menos, inquestionável, o *fim* visado –, na proporcionalidade sentido estrito é indispensável que seja realizada uma valoração das duas grandezas ou termos da relação em causa, ponderando-se a gravidade da restrição em associação à importância e à imperatividade das razões que a justificam (Alexy, 2002).

Assim, diante da sub-regra da proporcionalidade *stricto sensu*, a Administração Pública deve ponderar a magnitude dos prejuízos que inflige sobre os interessados em relação ao benefício obtido para o interesse público, em vista de outros bens, valores e interesses que devem ser considerados. No que diz respeito à extensão e à intensidade desta sub-regra, há o entendimento que aquelas variam de acordo com a natureza da intervenção e a esfera de proteção dos direitos básicos envolvidos. Portanto, para ponderar, balancear e equilibrar os interesses conflitantes, a Administração Pública deverá utilizar determinados critérios objetivos de valorização, quais sejam: intensidade da intervenção; peso e a urgência do interesse público; interesse individual objeto de proteção pelo ordenamento.

Por fim, a não observância da sub-regra de proporcionalidade *stricto sensu* apresenta como resultado, entre outros, a invalidação da decisão administrativa,

podendo também constituir, em alguns casos, ação para reivindicação de danos (prejuízos) provenientes do Estado, caso a autoridade interessada conhecesse ou pudesse ter conhecido a essa ação que violou essa sub-regra.

Conclusão

A expressão controle tem tamanha amplitude que, a bem dizer, a vida social, ela própria, não é senão um processo contínuo de interação e controle. Seu conceito é um instrumento necessário da ideia de ordem e organização. Na linguagem jurídica, que é de certo modo um uso especializado da linguagem comum, a expressão é tomada ora em tal sentido amplo, ora em sentido mais restrito, como reexame de uma atividade programada em correlação com um processo de correção dos seus eventuais desvios. Em um primeiro momento, a Administração controla atividade do particular, tendo em vista seus efeitos sociais. Em outro momento, a atividade controlada é a atividade da própria Administração. O regime jurídico desse controle pode ser preventivo ou repressivo, de legalidade ou de mérito, sobre a atividade material ou o ato jurídico. O controle é preventivo quando antecede a emissão do ato controlado ou de seus efeitos e é repressivo quando incide sobre um ato já executado ou em execução. No controle de legalidade, o ato controlado é aferido por uma norma legal, no controle de mérito, por sua conveniência, oportunidade, ou critérios de ordem técnica.

O controle, portanto, é elemento essencial à democracia, é controle da legalidade exercido sobre os atos da Administração de maneira ampla e abrangente. Evidentemente não se espera que o Judiciário se substitua ao Poder Executivo, entretanto, pretende-se, sim, que o Judiciário marque adequadamente o limite em que se deverá confinar a discricionariedade do administrador, nas escolhas públicas – especialmente em episódios como as enchentes, deslizamentos e catástrofes climáticas que abalam a paz da comunidade e que merecem a pronta e eficaz atuação do gestor público. O que interessa ao jurisdicionado é a tutela do interesse público. Não basta apenas aplicar qualquer solução válida perante a lei, tem-se que optar pela melhor escolha, sempre visando ao interesse público. O controle judicial dos atos da Administração não é, portanto, a negação das escolhas públicas pelo administrador senão o contrário: à avaliação desses limites, tendo como suporte normativo e os princípios e as regras da razoabilidade e da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, *Revista española de derecho constitucional*, p. 27, v 22, n. 66, sep./dic. 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: 2005.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2004

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995

EMILIOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: a comparative study*. London; Boston: Kluwer Law, 1996.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: 1989.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração, *Revista dos Tribunais* n. 610, 1986, pp. 38-45.

MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2007

MODERNE, Franck. *Principios generales del derecho público*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2005

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003

RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.