

## Direito Administrativo Brasileiro em Tempos de Covid-19: Principais Impactos e Sua Avaliação sob a Perspectiva de uma Cláusula Geral de Estado de Necessidade Administrativa

### *Brazilian Administrative Law in Times of Covid-19: Main Impacts and Their Assessment from the Perspective of a General Clause of Administrative State of Necessity*

**EDUARDO ROCHA DIAS<sup>1</sup>**

Universidade de Fortaleza, Ceará, Brasil.

**CLARISSA SAMPAIO SILVA<sup>2</sup>**

Universidade de Fortaleza, Ceará, Brasil.

**RESUMO:** A pandemia de Covid-19 provocou a necessidade de adoção de medidas por parte da Administração Pública que restringiram direitos fundamentais, com a finalidade de proteção da saúde e da vida da população. O presente artigo se concentra na análise de medidas adotadas no plano federal, em especial em razão da Lei nº 13.979/2020, e em que medida refletiram um retorno a uma administração autoritária, diversamente do modelo consensual e dialogal que se vinha implantando. Da mesma forma, objetiva-se verificar se tais medidas mais autoritárias se justificam com fundamento em uma cláusula geral de estado de necessidade administrativa, buscando-se, ao final, identificar os limites que devem ser observados na sua implementação. Trata-se de pesquisa qualitativa e exploratória, com base em documentos e decisões do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que tanto medidas autoritárias como medidas mais consensuais se acomodam às exigências de um Estado de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Covid-19; direito administrativo; estado de necessidade administrativa.

**ABSTRACT:** Faced with the Covid-19 pandemic, public administration was forced to issue command and control regulations that affected fundamental rights aiming at protecting the population health

---

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>>.

2 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-1774-8555>>.

and lives. This paper focus on the analysis of measures adopted by Brazilian federal government, specially on the ground of Law nº 13.979/2020, and to what extent they reflect the return to an authoritarian public administration, opposed to the new model of a public administration more favorable to dialogue and to build consensus. This study also aims to ascertain whether such more authoritarian measures are justified upon a general clause of administrative state of necessity, trying to determine, at the end, what are the limits that such clause must observe. The research is of qualitative and exploratory nature, relying on documents and decisions issued by Brazilian Supreme Court. It came to the conclusion that command and control regulation as well as measures based upon consensus fall within the scope of rule of law.

KEYWORDS: Covid-19; administrative law; administrative state of necessity.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Administração Pública contemporânea e os desafios de enfrentamento da pandemia do coronavírus; 2 Panorama de providências normativas relacionadas ao enfrentamento do novo coronavírus pela Administração Pública federal; 3 A identificação de uma cláusula geral de estado de necessidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro; 4 As exigências a serem atendidas pela cláusula geral de estado de necessidade; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O ano de 2020 trouxe um grande e inusitado desafio para Estados Nacionais, governos, sociedades e cidadãos das mais diversas partes do mundo: o enfrentamento à pandemia provocada pelo coronavírus, como tal reconhecida por declaração da Organização Mundial da Saúde em 11 de março (WHO, 2020).

Os impactos acarretados pela pandemia sobre as vidas das pessoas, os sistemas de saúde, os ambientes de trabalho, os mercados e os governos são de tamanha intensidade e imprevisibilidade que há quem identifique, como é o caso de Schwarcz, em recente entrevista (2020), haver o século XX, que foi o século da tecnologia, se encerrado apenas com tal evento sanitário, da mesma forma como o século XIX encerrou-se com a Primeira Guerra Mundial, marcador escolhido, por sua vez, por Eric Hobsbawn, segundo a historiadora brasileira.

Nesse contexto, adquirem especial importância as respostas que a Administração Pública, que vivenciava uma tônica de consensualidade de atuação, necessitou, em regime de urgência, elaborar para realizar as enormes tarefas direcionadas sobretudo à prestação de assistência à saúde a um número cada vez maior de cidadãos, bem como evitar ou diminuir a transmissão do vírus, ou ao menos a velocidade de sua propagação. Tal implicou a necessidade de adotar feição autoritária e impor graves restrições às vidas das pessoas, ao funcionamento de empresas e do próprio setor público,

passando isso sem descuidar de proteger setores sociais e econômicos dos profundos efeitos causados pela grave situação sanitária vivenciada.

Para tanto, o Direito Administrativo precisou conferir o respaldo necessário a tão rápidas e importantes transformações, assistindo-se, no caso brasileiro, e com ênfase no presente texto para as providências adotadas no âmbito federal, à edição de uma normatividade própria, extensa, multifacetária, para embasar a atuação administrativa emergencial.

O presente artigo pretende verificar a existência, na ordem jurídica nacional, de uma cláusula geral de necessidade administrativa, indagando sobre seu conteúdo, bem como sobre quais elementos normativos podem levar à sua identificação, sendo esse o objetivo geral da pesquisa.

Como objetivos específicos, e a partir da análise da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, bem como de outras a ela correlatas, pretendeu-se delinear os traços configuradores de um estado de necessidade administrativa, apontar medidas que dele seriam decorrentes, bem como destacar as consequências de sua admissão e as exigências a serem por ela atendidas, considerando os postulados do Estado de Direito.

Procurou-se, também, comparar a realidade brasileira com a portuguesa, na qual o estado de necessidade administrativa encontra previsão normativa expressa, apontando as diferenças de manifestação de tal cláusula em uma e outra ordem jurídica.

Realizou-se, para tanto, pesquisa de natureza qualitativa e exploratória, com recurso à legislação produzida no âmbito federal, a título enfrentamento da Covid-19, à doutrina nacional e portuguesa, e a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

## **1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E OS DESAFIOS DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**

Ao longo das últimas décadas, a Administração Pública brasileira orientou-se, em termos de organização, pela redefinição de suas estruturas, de modo a readequá-las às exigências de redução e racionalização de gastos, próprias de um Estado Pós-Social, bem como de sua forma de atuação, tendo passado a ganhar destaque, em diversos setores, meios consensuais, que privilegiam, por sua vez, a participação do cidadão na formação das decisões estatais, como decorrência do princípio democrático, realçado pelo art. 37, § 3º, da CF.

Constituíram movimentos característicos de tal quadra os processos de privatização ocorridos no final da década de 1990<sup>3</sup> e a abertura de dados setores da economia, antes monopolizados; a ênfase à atividade de regulação por meio das agências reguladoras<sup>4</sup>, em substituição à execução direta de algumas atividades pelo Poder Público; uma certa fuga para o direito privado e o fomento ao terceiro setor, nomeadamente quanto ao desempenho de serviços de relevância pública.

Importante destacar que tais reformulações não podem significar, ao menos à luz do texto constitucional, uma despedida das importantes tarefas que a Administração Pública de um Estado Democrático de Direito, fundado, por sua vez, na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), recebeu por parte daquele e que se encontram enunciadas como competências, havendo, em relação a diversas delas, correspondentes direitos, como é o caso da educação e da saúde.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, embora admita, por exemplo, a possibilidade de o Estado, dentro de sua liberdade de conformação em relação à forma de prestação de serviços públicos sociais<sup>5</sup>, escolher como irá fazê-lo, expressamente ressalva a necessidade do “cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação”, o qual estará, “invariavelmente submetido ao que a doutrina contemporânea tem denominado de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado”.

Tem-se, no mínimo, um Estado de Garantia, assim designado por autores como Parejo Alfonso (2016, p. 72, 76 e 79), o qual se centra em tomar decisões políticas que venham a garantir a realização de tarefas públicas, ainda que por entidades privadas, com recurso à articulação de estruturas regulatórias capazes assegurar a realização do bem comum, mediante a colaboração eficaz entre sujeitos públicos e privados.

Por sua vez, no contexto de uma sociedade cada vez mais diversificada e complexa, ao lado das tradicionais formas de atuação estatal, com recurso aos meios unilaterais próprios do regime publicista, pode-se

---

3 Cabe mencionar, aqui, as Leis nºs 8.031, de 12 de abril de 1990, e 9.491, de 9 de setembro de 1997, que regulamentaram o Programa Nacional de Desestatização.

4 As primeiras agências criadas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pela Lei nº 9.427/1996; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, pela Lei nº 9.478/1997; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, pela Lei nº 9.472/1997. A propósito da relação entre predomínio das funções regulatórias e redução da intervenção, ver Justen Filho (2002, p. 21).

5 Serviços públicos sociais: saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). Trata-se de entendimento adotado no voto condutor do julgamento da ADIn 1.923.

observar, em inúmeros setores, o desenvolvimento de formas consensuais, que ora rendem ensejo à possibilidade cada vez maior de manifestações da sociedade civil e incorporação de seus contributos aos processos decisórios, por meio de conselhos de usuários<sup>6</sup>, audiências, consultas públicas, ora incentivam a construção de consensos, ora a resolução de conflitos por meios que não os jurisdicionais.

A participação cidadã, a seu turno, não prescinde do acesso a informações sobre os mais diversos assuntos que estejam em poder da Administração, a qual necessita zelar pela transparência na sua forma de atuação, numa perspectiva de assegurar sua *accountability*, a qual revela uma “sujeição a legítimas pretensões de controle e uma disponibilidade para lhes corresponder”, numa própria manifestação da “origem democrática da autoridade exercida”, segundo Correia (2012, p. 306).

Está-se, francamente, pois, na era da consensualidade administrativa, em que se destaca a “negociação do exercício do poder estatal”, segundo De Palma (2010, p. 128), na qual figuras como termos de compromisso, composição de conflitos com o Poder Público, inclusive com possibilidade de recurso a meios como mediação e arbitragem, têm importantes funções a desempenhar<sup>7</sup>, atentando, obviamente, para os tipos de conflitos que, de fato, venham a ter melhor gestão de forma desjudicializada, bem como para a inevitabilidade procedimental de adaptação das vias alternativas à presença da Administração Pública em um dos polos da relação, consoante alerta Oliveira (2018, p. 35, 36).

No atual contexto, há referências, pois, à existência de relações mais paritárias entre a Administração Pública e os particulares, um posicionamento mais horizontalizado que facilita a busca de soluções pela via negocial, de acordo com Barreto (2019, p. 53), ao tempo em que a atuação administrativa queda informada pela necessidade de proteção e respeito aos direitos fundamentais.

---

6 Cabe fazer referência à previsão contida na Lei nº 13.460/2017 sobre os conselhos de usuários como órgãos deliberativos, cuidando o art. 18 de disciplinar suas competências e estabelecer critérios para sua composição e forma de escolha de seus membros.

7 Convém chamar a atenção para a Lei nº 13.140/2015, que, em seus arts. 32 e seguintes, disciplinou a possibilidade de resolução de conflitos entre a Administração Pública e os particulares por meio de composição entre eles (art. 32, II), inclusive com recurso à mediação (art. 32), bem como sucessivas legislações que admitem a utilização da arbitragem para litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, bem como no âmbito da contratação pública. São os casos da Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem); da Lei nº 11.079/2005, que trata das parcerias público-privadas; da Lei nº 12.462/2011, que traz regime diferenciado de contratação pública; da Lei nº 13.867/2019, que autoriza a arbitragem para discussão de indenizações em processos de desapropriação.

Semelhante horizontalidade, ou paridade nas relações entre cidadãos e Administração Pública, não implica, e assim esclarece Machete (2007, p. 458), uma contraposição de forças que, para se equilibrarem, podem se anular, mas sim, dentro de uma relação jurídica administrativa, a “consideração simultânea das posições jurídicas da Administração e do particular”, com uma percepção diferenciada a propósito do exercício dos poderes públicos, os quais apenas podem decorrer da Constituição e da lei, e não na supremacia estatal.

Tem-se, pois de um lado, nas relações jurídico-administrativas, uma Administração Pública com tarefas ainda muito importantes a cumprir, em relação às quais há, ao menos, uma responsabilidade de garantia, e, de outro, particulares dotados de trunfos (direitos fundamentais)<sup>8</sup> que exigem proteção adequada, tanto no aspecto prestacional (direitos sociais) quanto de preservação dos espaços de não intervenção (direitos de liberdade).

E, para cumprir suas atribuições constitucionais e legais, há maior leque de formas de atuação administrativa, as quais, ao reclamarem permanentes contribuições do cidadão, reforçam não apenas as posições juridicamente protegidas dos direitos fundamentais na vertente do *status ativo* (participação na formação da vontade política), como na do *status ativos processualis*, dimensão procedimental dos direitos fundamentais, que demanda estruturas organizacionais e procedimentos para a realização daqueles.

Todavia, tais novas modalidades relacionais não invalidam e nem eliminam a possibilidade de atuação unilateral da Administração Pública, consoante alerta Machete (2007, p. 459), consoante ficará bastante evidente a propósito da análise das medidas autorizadas pela ordem jurídica no combate à pandemia provocada pelo coronavírus.

Por outro lado, na Administração Pública contemporânea, convivem clara tendência de redução de gastos (e, no caso, brasileiro, importante chamar a atenção para o teto de gastos públicos imposto pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, e que instituiu o Novo Regime Fiscal dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União) com remodelações nas suas estruturas e forma de atuação, de modo que ela precisa ser, a um só tempo, eficiente, democrática, dialógica, transparente, para realizar os próprios fins que justificam sua existência.

---

8 Sobre direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, ver Novais (2006, p. 17).

É exatamente tal Administração Pública que vem se deparar com a inescapável realidade de enfrentamento à pandemia provocada pelo coronavírus, para a qual se farão necessárias diversas medidas que, à partida, não estariam em consonância com um paradigma de austeridade fiscal, com a desejada postura dialógica, com a não intervenção estatal na esfera privada.

Com efeito, ver-se-á a Administração Pública na contingência de aumentar o gasto público, facilitar a realização de contratações diretas, decretar medidas unilaterais, autoritárias, como imposição de quarentenas, isolamentos, requisição de bens, bem como reduzir, ou mesmo impedir, em alguns casos, o direito de ir e vir dos cidadãos.

Ou seja, parece se estar a falar de uma Administração Pública de outras épocas, com outros instrumentos e formas de atuação. Sai de cena, aparentemente, a Administração Pública Dialogal, manifestação da “transição democrática na gestão pública”, de acordo com Lima (2013, p. 103), e retorna a Administração Pública ancorada na *puissance publique*? Como se sabe, tal concepção, oriunda do Direito Administrativo francês, em sua formulação original, refere-se à atuação do Estado por meio de ordens, interdições, regramentos unilaterais, numa manifestação de vontade de comando, segundo Gaudemet (2001, p. 33).

Passa-se a elencar algumas das importantes medidas adotadas pela União (não serão aqui, apenas por razões de corte metodológico, enunciadas medidas adotadas pelos Estados e Municípios brasileiros) para enfrentamento da pandemia do coronavírus à guisa de analisar os fundamentos normativos, na ordem constitucional brasileira para o deflagrar desse novo modo de ser e de atuação administrativas, bem como suas exigências e limites.

## **2 PANORAMA DE PROVIDÊNCIAS NORMATIVAS RELACIONADAS AO ENFRENTAMENTO DO NOVO CORONAVÍRUS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**

Com a declaração, pela Organização Mundial da Saúde, da situação de pandemia relacionada ao novo coronavírus (Covid-19) e a confirmação de casos no território brasileiro, seguiu-se, por parte do Governo Federal, também a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministro de Estado da Saúde.

Desde então, tem havido produção de extensa legislação (denominada Legislação Covid-19), a abranger os mais diversos setores sociais e

econômicos que podem ser afetados pelo grave quadro sanitário decorrente da pandemia em questão, contendo desde as medidas gerais a cargo da Administração Pública destinadas a evitar ou diminuir a propagação do vírus, quanto aquelas necessárias para prestar atendimento às pessoas que necessitem de tratamento, sem deixar de considerar, ainda, relevantes aspectos econômicos e estruturais oriundos da situação pandêmica.

Observa-se, pois, no sítio do Governo Federal ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br))<sup>9</sup>, a compilação de uma legislação específica sobre o tema, denominada de Legislação Covid-19, a qual contém toda uma gama de providências normativas, com graus hierárquicos diversos (leis, medidas provisórias, decretos, resoluções, instruções normativas, portarias). Os impactos decorrentes da grave emergência sanitária são, portanto, transversais multilaterais, e de uma profundidade que não pode nem de longe ser antecipada.

Centra-se a presente análise nas medidas trazidas pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e em algumas normas posteriores a ela correlatas, que dispõem sobre as medidas a serem adotadas pela Administração Pública, para enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pelo coronavírus cujas disposições afetam diversos aspectos das vidas dos cidadãos, consoante se passa a expor de forma panorâmica.

Cabe citar, de início, medidas que atingem os *direitos fundamentais de primeira geração*, como a possibilidade de imposição de isolamentos<sup>10</sup>, quarentenas<sup>11</sup>, realização compulsória de exames médicos ou laboratoriais, coleta de amostras, tratamentos médicos, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, restrição de circulação dentro e fora do território nacional, todas previstas no art. 3º, incisos I, II, III, da referida legislação.

Dentre os direitos afetados, tem-se a liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, *caput* e XV); a integridade física, a intimidade, vida privada das pessoas (CF,

---

9 A título de exemplo, os seguintes temas aparecem na recente compilação legislativa: orçamento público, saúde e exercício da profissão de médico, matéria trabalhista, previdenciária e assistência social, infraestrutura de transportes (terrestre, aviação civil, setor portuário), setor elétrico, matéria tributária, relações internacionais, importação e exportação, chaves públicas e certificações, serviço de telecomunicações, dados e informações, licitações e contratos, além de outras matérias de direito administrativo, turismo, educação, direito societário, matéria penitenciária, ambiental, direito processual, emprego das Forças Armadas, juros bancários. A depender das providências veiculadas, tem-se o uso das espécies legislativas lei e medida provisória, além de atos normativos de competência da Administração Pública.

10 Definido pela lei como a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou propagação do coronavírus” (art. 2º, I).

11 Definida pela lei como a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus”.



art. 5º, *caput*, X); a liberdade de crença religiosa quanto ao livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VIII); a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII); a liberdade de reunião pacífica em locais públicos (CF, art. 5º, XVI).

A legislação referida autoriza ainda, no tocante aos direitos de primeira geração, a afetação do direito de propriedade, ao veicular a possibilidade da requisição de bens e serviços, ressalvada a justa, porém posterior indenização, nos termos do art. 3º, VII.

Há, pois, uma afetação, em bloco, de diversos direitos fundamentais, de modo a que o exercício deles, durante o período da pandemia, não venha a colocar em risco o valor *saúde pública*, dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, como bem denotam as disposições constitucionais relativas ao Sistema Único de Saúde, com destaque para as suas atribuições previstas no seu art. 200<sup>12</sup>.

Observa-se, também, um agravamento dos deveres, em especial aquele relativo aos cuidados com a própria saúde, assomando, assim, a sua vertente como dever fundamental, já que não há espaço para se alegar o direito à não submissão a tratamentos médicos, a preservação da incolumidade física, pois se está diante de situação referida pelo Supremo Tribunal Federal, em que “o interesse público se sobrepõe ao individual, como a das vacinações obrigatórias, em épocas de epidemias”<sup>13</sup>.

São os deveres fundamentais posições jurídicas decorrentes da Constituição, ainda que implicitamente. Nem sempre são eles simétricos ou sinalagmáticos em relação aos direitos, podendo ser autônomos e impondo aos indivíduos tarefas positivas ou que se abstenham de agir (Nabais, 1998, p. 35). O dever de proteção à saúde, evitando a contaminação das outras pessoas, o dever de cuidar do meio ambiente, o dever de pagar impostos e o dever de votar são exemplos de tal figura. Os deveres fundamentais

---

12 “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015); VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

13 Tratou-se o caso do julgamento do *Habeas Corpus* nº 71.373/RS, no qual se discutiu o direito de recusa de paciente em não permitir a retirada de sangue para fins de investigação de paternidade.

exigem a mediação concretizadora do legislador, até em face da necessidade de que a liberdade deve ser limitada nos termos da lei, e marcam uma compreensão adequada do relacionamento entre o indivíduo e a coletividade, superando uma visão individualista e atomística do sistema de direitos fundamentais. Acima de tudo, demarcam exigências de solidariedade que vinculam mutuamente as pessoas. Não se trata, por outro lado, de uma tentativa de funcionalizar a liberdade ou de vincular os direitos a concepções autoritárias. Os deveres se fundamentam na liberdade, na dignidade da pessoa e na igualdade (Canotilho, 2003, p. 531, 532).

Como manifestação de tal dever, tem-se também a imposição feita a todas as pessoas da obrigação de comunicação às autoridades sanitárias sobre possíveis contatos com pessoas infectadas, bem como circulação em áreas consideradas contaminadas (art. 5º), para que possa haver rastreamento de novos casos, permitindo quer a adoção de medidas preventivas, quer a alocação de recursos materiais e humanos para tratamento.

Ainda analisando a afetação a direitos fundamentais, nesse caso, o sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), convém, destacar a edição da Medida Provisória nº 954/2020, que estipulou a obrigatoriedade de compartilhamento de dados pessoais, por parte das empresas operadoras de telefonia fixa e móvel, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, durante a emergência provocada pelo coronavírus, apenas para tal entidade e com fins exclusivos de “produção de estatística oficial, com o objetivo de realizar estatística em caráter não presencial, no âmbito de pesquisa domiciliar” (art. 2º, § 1º). Todavia, e consoante será abordado mais adiante, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 6.387/2020, suspendeu tal disposição por violação a diversos dispositivos constitucionais.

No tocante às atividades administrativas, há a autorização para relativização de algumas medidas de polícia sanitária, com a única finalidade de promover e preservar a saúde pública, como é o caso da autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária, a despeito da não existência do respectivo registro perante a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (art. 3º, VIII).

Para compensar tal exceção, encontra-se prevista, todavia, a necessidade de atendimento a exigências de segurança mínima, as quais precisam estar cumulativamente presentes, como o registro do produto perante autoridade sanitária estrangeira e a previsão em ato do Ministério da Saúde, nos termos do art. 3º, VIII, *a e b*, da lei em questão.

Quanto às licitações e contratações públicas, são previstas medidas significativas, como a admissão de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços necessários ao enfrentamento do coronavírus (art. 4º), com algumas regras especiais, como: a exigência do gerenciamento de risco do contratos administrativos apenas durante a sua execução (art. 4º-D); a adoção de termo de referência simplificado (art. 4º-E); a excepcional dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço (art. 4º-F); redução pela metade dos prazos dos procedimentos licitatórios (art. 4º-G); dispensa da audiência pública para as hipóteses do art. 39 da Lei nº 8.112/1990 (art. 4º, § 3º); estipulação do prazo de 6 (seis) meses para validade dos contratos administrativos firmados para a finalidade em questão (art. 4º-H); ampliação, neles, dos poderes exorbitantes da Administração Pública (art. 4º-I).

No que diz respeito ao sancionamento administrativo, tem-se o estabelecimento da suspensão dos prazos prescricionais no tocante às medidas de polícia, bem como ao regime disciplinar de servidores e empregados públicos, de acordo com os arts. 6º-C e 6º-D, de modo a que as dificuldades provocadas pela pandemia não venham a contribuir para a perda do poder punitivo da Administração Pública em razão do decurso do tempo.

Quanto ao direito à informação, observa-se o estabelecimento do dever de compartilhamento entre as administrações federal, estadual e municipal de dados sobre pessoas infectadas (art. 6º), dentro de uma cooperação federativa; atendimento prioritário relativamente às informações relacionadas ao enfrentamento do coronavírus (art. 6º-B); suspensão dos prazos de informação a cargo de servidores que estejam em regime de teletrabalho, ou mesmo quarentena (art. 6º, § 1º); não admissão de recursos contra negativa de respostas fundadas no motivo imediatamente referido (art. 6º, § 3º), o que implica, por sua vez, restrição ao direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito administrativo.

Cabe chamar também atenção para importante intervenção, via Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, sobre a responsabilização dos agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados com a pandemia do Covid-19. Tal regulação restringiu as responsabilidades civil e administrativa aos casos de dolo ou erro grosseiro (art. 1º), considerando insuficiente o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento, por ação ou omissão, para provocar a responsabilidade (art. 2º), e trouxe, ainda,

critérios para a caracterização de erro grosseiro (art. 3º)<sup>14</sup>, com clara inspiração no art. 22 da Lei nº 13.655/2018<sup>15</sup>, que incluiu na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficácia na criação e aplicação do direito público. Referida medida provisória foi submetida a controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conforme será mencionado mais adiante.

Conforme se faz possível perceber, há um regime jurídico diferenciado que acentua as prerrogativas da Administração Pública e, ao mesmo tempo, restringe vários direitos do cidadão, com a única finalidade de conter ou minimizar o avanço da pandemia causada pelo coronavírus, bem como assegurar uma retomada de algumas competências administrativas sem prejuízos ou solução de continuidade que poderiam ser eventualmente provocados pelo quadro pandêmico.

### **3 A IDENTIFICAÇÃO DE UMA CLÁUSULA GERAL DE ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O longo elenco das medidas acima referidas evidencia, claramente, estar-se diante de uma legislação de exceção para o adequado enfrentamento do quadro pandêmico vivenciado, abordando aspectos os mais diversos e com importantes afetações aos direitos fundamentais.

Embora tenha havido o reconhecimento, pelo Ministério da Saúde, da situação de Emergência em Saúde Pública, por meio da já citada Portaria nº 188/2020, tal declaração, logicamente, não se equipara, quanto à competência, fundamento, finalidade e âmbito de restrição de certos dos direitos fundamentais ao Estado de Defesa<sup>16</sup>, previsto no art. 136 da CF, e muito menos ao Estado de Sítio, regulado pelo art. 137 da CF.

---

14 “Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I – os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; II – a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III – a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV – as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V – o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.”

15 “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

16 Relembrando, nos termos do art. 136 da CF, o Estado de Defesa é decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com a finalidade de “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. A forma utilizada é o decreto (§ 1º do art. 136) e os direitos fundamentais passíveis de serem afetados são: “I a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica”. O tempo de duração de referida medida poderá ser, no máximo, de 30 (trinta) dias, admitindo prorrogação por igual período, se subsistirem as razões.

Há de se buscar, primeiramente no texto constitucional, fundamento para a edição da normatividade emergencial, bem como as exigências que ela deve preencher para estar em conformidade e compatibilidade com a Constituição.

Sobre a possibilidade de edição de ato normativos, pelo Poder Executivo, com força de lei, em situações de relevância e urgência, tem-se as medidas provisórias, previstas no art. 62 da CF. Todavia, conforme ressaltado anteriormente, a legislação sobre a Covid-19 abrange, além de medidas provisórias, leis e atos normativos da Administração Pública. A propósito, as providências administrativas contempladas no tópico anterior foram feitas por lei, no caso, a de nº 13.939/2020, a qual não deixa de revelar uma situação de urgência, um estado de necessidade administrativa, cujos contornos serão adiante traçados. Uma urgência para além da situação que enseja edição de medidas provisórias.

Na sequência da análise do texto constitucional, também se faz possível destacar, no capítulo dos direitos fundamentais, a autorização para atuação administrativa diante situação de iminente perigo público, como é o caso da requisição de propriedade particular por autoridade competente (CF, art. 5º, XXV). Trata-se de uma medida administrativa, prevista na Constituição.

No âmbito da legislação infraconstitucional encontra-se, por exemplo, no art. 65, II, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal), a previsão de, em caso de calamidade pública, reconhecida ora pelo Congresso Nacional (no caso da União), ou por Assembleia Legislativa (no caso do Estado membro), haver a dispensa do “atingimento de resultados fiscais e a limitação do empenho”.

A própria Lei Geral das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) já contemplava, em seu art. 24, IV, dentre as hipóteses de dispensa de licitação, o atendimento a situações de “emergência ou calamidade pública”.

Já a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), em seu art. 45, autoriza a Administração a, em caso de *risco iminente*, “promover a adoção de medidas acauteladoras, sem prévia manifestação do interessado.

Outros diplomas normativos em que se identificam situações vinculadas a esta necessidade administrativa são referidas por Miranda (2010, p. 64), como a Lei nº 8.745/1993, que cuida da contratação temporária de pessoal, o Decreto-Lei nº 3.365/1941, a Lei nº 4.132/1962 e a Lei nº 8.112/1990.

São hipóteses, pois, que remetem à existência de uma “cláusula geral de necessidade administrativa”, a autorizar, nos respectivos casos, a edição de atos legislativos contendo medidas excepcionais relativamente à atuação da Administração Pública, quer, uma vez configurada a situação de risco.

Por “cláusula geral de estado de necessidade” compreende-se, na lição de Correia (2019, p. 136 e 139), um “princípio geral do direito administrativo, vertente ou subprincípio do princípio da legalidade”, implicando a adoção de uma legalidade excepcional”. Ainda segundo o autor português (2019, p. 147), a ideia que preside referida cláusula é a da

justiça da preterição das normas em geral aplicáveis, quando, perante circunstâncias excepcionais, a respectiva observância provoque danos a interesses públicos essenciais, com isso gerando inconvenientes de dimensão francamente superior aos benefícios que resultariam da aplicação.

Também na doutrina portuguesa, Otero (2016, p. 133) traz como elementos característicos do estado de necessidade administrativa a existência de circunstância factuais extraordinárias, não provocadas pela Administração, as quais implicam ameaça ou perigo grave a bens essenciais, de modo a exigir dada intervenção administrativa, indispensável e urgente, que só pode se fazer “através da preterição das normas habitualmente reguladoras da Administração Pública”.

Para o autor (Otero, 2016, p. 129, 130), existem diversas modalidades de Estado de necessidade administrativa, desde aquelas fundadas em declaração formal de estado de sítio ou de emergência, nos termos da Constituição, ou de grave “anomalia constitucional”, suscetível de levar a elas; além das situações de exceção constitucional, haveria também o “imminente risco financeiro de *default* do Estado, bem como o estado de necessidade administrativa *tout court*, representada, precisamente, pela situação prevista no art. 3º do Código de Processo Administrativo.

Com efeito, a ordem jurídica portuguesa contempla o “estado de necessidade administrativa no art. 3º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo da seguinte forma:

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.

A previsão normativa feita no Código de Processo Administrativo, embora feita em aberto quanto às situações que caracterizam estado de necessidade administrativa, bem como às medidas a serem adotadas a seu título, não dispensa o preenchimento de determinados requisitos como: a existência de um perigo iminente e atual; a impossibilidade de recusa à proteção de um interesse público essencial; a provocação do estado de perigo por circunstâncias excepcionais, não tendo, pois, sido provocada por agente público, bem como o fato de conformar-se inadequada a aplicação da regulamentação utilizada para situações normais (Correia, 2019, p. 150 e 154).

O regime jurídico da cláusula de necessidade administrativa no Direito Administrativo português impõe, como parâmetros de atuação, a observância de princípios como a proporcionalidade, a transitoriedade da situação, a indenização pelo sacrifício, sendo proibida a afetação de direitos fundamentais que não podem ser afetados mesmo em caso de declaração de estado de sítio ou de estado de emergência constitucional, sendo, ainda, necessário assegurar a sua sujeição a “mecanismos de *accountability*” (Correia, 2019, p. 154-157).

Embora no ordenamento jurídico administrativo brasileiro não haja, como no caso português, previsão como a contida no art. 3º, nº 2, do Código de Processo Administrativo, o que deve ser lembrado no presente contexto de combate ao Covid-19, como faz Netto (2020), as medidas normativas remodeladoras de importantes aspectos da atuação da Administração Pública em função do coronavírus, bem como os exemplos extraídos da Constituição e da legislação, autorizam concluir existir *uma cláusula geral de necessidade administrativa* implícita.

Tal cláusula é, pois, deduzida da ordem jurídica constitucional, podendo ser justificada a partir do dever de proteção aos direitos fundamentais, a exigir nos planos normativo, procedimental e administrativo a adoção de medidas que expressem, se não o máximo, nem o mínimo, uma tutela razoável daqueles<sup>17</sup>, inclusive perante comportamentos de terceiros potencialmente violadores de posições jusfundamentais alheias.

---

17 O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 4066/DF, que teve como objeto o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, que autorizava a exploração de amianto crisólito, entendeu pela configuração de inconstitucionalidade por proteção deficiente dos direitos fundamentais à vida e à saúde das pessoas. Conferir: “À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter suprallegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o

Os deveres de proteção, decorrentes da vertente objetiva dos direitos fundamentais vão além da mera vedação de omissões, não admitindo sua proteção ineficiente, tal como esclarece, na doutrina brasileira, Sarlet (2003).

A proibição, por sua vez, do *déficit de proteção* tem especial cabimento na apreciação das prestações a cargo do Poder Público, sendo tratada, por Novais (2019, p. 179 e 181), na doutrina portuguesa, como forma autônoma de controle de constitucionalidade por omissão de prestações que se encontrem a cargo do Poder Público. A seu turno, constituem parâmetros, segundo o autor, para a densificação de tal princípio a garantia da realização de um mínimo e a proibição de desrazoabilidade (2019, p. 211).

No Brasil, Dimoulis e Martins (2014, p. 121 e 127) vinculam a proibição de insuficiência aos deveres de proteção, que devem ser cumpridos principalmente pelo Poder Legislativo, sendo uma das faces do princípio da proporcionalidade. A referência à proibição de insuficiência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece ter se iniciado a partir de 2006 e, principalmente, depois de 2008, em grande parte em decisões do Ministro Gilmar Mendes (Macêdo, 2012, p. 7039).

Assim, tanto no que diz respeito à necessidade de resguardar a vida e a integridade física diante comportamentos perigosos de terceiros que, contaminados ou supostamente contaminados com o coronavírus, não adotem as medidas de isolamento ou sanitárias adequadas, bem como quanto ao grau de eficiência das prestações a cargo do Poder Público para enfrentar os diversos efeitos da pandemia, o dever de proteção dos direitos fundamentais labora em favor da legitimação da cláusula do estado de necessidade administrativa.

Além do dever de proteção dos direitos fundamentais, a cláusula do estado de necessidade administrativa pode ser retirada das próprias competências atribuídas às entidades federadas pela Constituição, como é o caso de seu art. 23, II, que traz como competência comum de União, Estados, Municípios e Distrito Federal “cuidar da saúde e da assistência pública”. Não poderia haver, em especial em situação de pandemia, a desoneração do cumprimento de tal incumbência quando a população, justamente, precisa dela como nunca. E, se os meios usuais não estão aptos a entregar respostas satisfatórias, outros precisam ser elaborados e acionados.

---

conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da relatora” (Tribunal Pleno, DJE 07.03.2018).



Por fim, o estado de necessidade administrativa possui fundamento, também, no princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*), o qual reclama uma atuação de resultados a se refletirem na diminuição do contágio, no oferecimento de tratamentos de saúde adequados, atuais ao maior número possível de pessoas; na redução do número de mortes; na diminuição dos impactos sociais e econômicos provocados pela pandemia, no que estiver a cargo da Administração Pública.

Assim, são justificáveis, além de outras medidas: 1) esforços para incrementar financeira, materialmente e com recursos humanos a máquina pública com a *exclusiva finalidade* de promover as ações e serviços de saúde, aqui se incluindo as de prevenção à expansão do vírus; 2) uma certa compressão do princípio da concorrência, em tema de contratações públicas; 3) a simplificação de procedimentos; a orientação finalística da prestação de informações a hipóteses relacionadas ao enfrentamento da pandemia; 4) o resguardo do poder sancionatório da Administração Pública, com a suspensão de prazos prescricionais.

Analisou-se, até agora, a cláusula de estado de necessidade administrativa sob a perspectiva da fundamentação da edição de toda uma legislação excepcional que impactou diversos aspectos da atuação da Administração Pública, bem como o exercício dos direitos fundamentais para o enfrentamento da pandemia que marcou o início do século XXI.

Outra perspectiva muito importante trata-se da análise de possível habilitação da Administração Pública para, com base na cláusula implícita de necessidade administrativa, atuar afastando o “direito ordinário, resultado de situações e circunstâncias normais”, consoante pontua Miranda (2010, p. 118). Tal poderia resultar em atuações *praeter legem* e, inclusive, *contra legem*.

Para a autora brasileira (2010, p. 119), acaso não haja tempo para as adaptações legislativas, “à iminência de um perigo e sua gravidade”, restaria ou a aplicação do direito ordinário, com produção de efeitos de custos bastante elevados e em outra direção do esperado ou, então, a adoção de “atuações necessárias, dada a emergência ou urgência considerada pela Administração Pública”.

Ou seja, tratar-se-ia, para Miranda (2010, p. 122-130), de atuação administrativa fundada diretamente na cláusula de necessidade, para cuja configuração seriam exigidas a reunião, a concorrência simultânea, dos seguintes elementos: o caráter teleológico da medida, em que há o irrecusável reclame de ação da Administração Pública para proteção de valores como

a continuidade da vida do Estado, a ordem pública, a manutenção mínima dos serviços públicos; o elemento fático, representado pela situação de real perigo, cujo livre desenrolar, sem intervenção, estatal, resultaria em danos a tais valores e, por fim, o elemento temporal, e que expressa a urgência de atuação imediata para evitar as consequências do perigo.

Em síntese, a cláusula do estado de necessidade administrativa, à míngua da não edição de uma normatividade própria que confira à Administração Pública uma gama de poderes não previstos no direito ordinário, pode, também, ser hipótese própria de fundamentação de atuação administrativa diretamente na Constituição, com manifestações diversas, certamente, em cada ordem jurídica nacional. Sobre o tema, no Direito português, ver Otero (2003, p. 736-740). No Direito brasileiro, conferir Mello (2005, p. 344) e Silva (2009, p. 46-49).

#### **4 AS EXIGÊNCIAS A SEREM ATENDIDAS PELA CLÁUSULA GERAL DE ESTADO DE NECESSIDADE**

O fato de se ter uma cláusula de estado de necessidade não dispensa o cumprimento de exigências próprias de um Estado de Direito. Primeiramente, é preciso haver norma habilitadora da atuação administrativa (quer expressa, como no caso português, quer implícita, como se propõe no caso brasileiro). Mirando para as atuações administrativas para enfrentamento da pandemia, as restrições, em bloco, a diversos direitos fundamentais foram feitas por meio de lei (no caso, a de nº 13.979/2020), sendo importante acentuar que, no caso brasileiro, não há uma autorização geral para atuação administrativa fora da normatividade vigente, como há no caso português; os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a submissão aos diversos tipos de controle (interno, jurisdicional, social).

Além da fundamentação normativa, relativamente ao caso das atuações administrativas face ao Covid-19, observou-se o respeito às competências próprias das entidades federadas as quais não foram flexibilizadas<sup>18</sup> pelo estado de necessidade administrativa, muito embora, na doutrina (Otero, 2003, p. 999, Miranda, 2010, p. 121), habilitações extraordinárias, modificações de normas de competência, apareçam como suas possíveis manifestações.

---

18 Com efeito, a flexibilização das competências dos entes federados não apareceu como medida necessária à atuação do poder central, no caso, da União, tendo havido, nos termos da decisão do STF, o realce à importância de atuação de todos eles.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341<sup>19</sup>, tendo como objeto o § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, conferiu-lhe interpretação conforme “a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do art. 198, I, da Constituição, o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre serviços públicos e atividades essenciais”.

Considerando-se a excepcionalidade da situação ensejadora do estado de emergência, também deve ser assegurada a nota de *transitoriedade das medidas*, consoante referido no caso português, as quais se justificam apenas em razão de uma dada circunstância e enquanto durarem seus efeitos.

Ainda sobre o controle jurisdicional das medidas adotadas em estado de emergência, conforme mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a providência trazida pela Medida Provisória nº 954/2020, quanto à obrigatoriedade de compartilhamento, pelas empresas de telefonia fixa e móvel, dos números, endereços, telefone de seus clientes para o IBGE, para o fim de realização de estatísticas, consoante relatado anteriormente, entendeu não preenchidas as exigências do princípio da proporcionalidade-adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito, pelo fato de que “não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Tampouco esclarece a necessidade de disponibilização dos dados e nem como serão utilizados”<sup>20</sup>. Restou utilizada, pois, pauta própria do Estado de Direito, em situação de normalidade.

Veio a ser também submetida ao controle direto de constitucionalidade a Medida Provisória nº 966/2020, que estabeleceu, conforme visto, regime diferenciado de responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos envolvidos em atos relacionados ao enfrentamento da emergência de saúde pública causada pela Covid-19, bem como no combate aos seus efeitos econômicos e sociais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, por maioria (Brasil, 2020), concedeu parcialmente medida cautelar em sete ações diretas de incons-

---

19 Da decisão da Presidência, em pós confirmada pelo Pleno, consta o seguinte trecho: “O que nela (na Lei nº 13.979/2020) se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente em termos de saúde, dos Estados e dos Municípios”.

20 Despacho da Ministra Rosa Weber, de 24.04.2020.

titucionalidade movidas contra tal ato normativo<sup>21</sup>, para atribuir interpretação conforme a dispositivos dele integrantes, no sentido de que os atos dos agentes públicos praticados durante a pandemia de Covid-19 devem respeitar critérios técnicos e científicos emitidos por entidades médicas e sanitárias. Deverá haver autocontenção na hipótese de dúvida sobre a eficácia ou o benefício de medida a ser implementada. Segundo o relator, Ministro Roberto Barroso, o art. 2º da medida provisória deve ser interpretado conforme à Constituição no sentido de que há erro grosseiro no ato que afetar os direitos à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado se não observar normas ou critérios científicos e técnicos.

A responsabilização da Administração pelos danos provocados por medidas adotadas sob o fundamento do estado de necessidade administrativa constitui, na ordem jurídica portuguesa, um dos elementos de seu regime.

No caso brasileiro, tal não poderia ser diferente, pois a responsabilidade civil da Administração Pública também possui *status* constitucional (CF, art. 37, § 6º) e constitui uma das principais garantias do cidadão perante o Poder Público, verdadeiro marcador civilizatório da submissão do Estado à ordem jurídica. Ao cidadão subsiste a possibilidade de mover ação contra o Estado, com fundamento em referida previsão constitucional. Não contra o servidor, já que o STF entende que a previsão funciona também como uma garantia do servidor, de que somente responderá por dolo ou culpa em ação de regresso. Ao apreciar tal ação de regresso e também a responsabilidade administrativa do servidor é que caberá avaliar se este agiu com dolo ou com erro grosseiro, assim entendido o atuar que ignora critérios técnicos e científicos, conforme restou decidido pelo STF.

Todavia, a estatura do princípio da responsabilidade civil do Estado não implica a impossibilidade de existência de qualquer regulamentação do art. 37, § 6º, da CF, e que, de fato, não existia no Direito brasileiro, sendo importante verificar se o núcleo essencial de tal garantia restou preservado, a qual reside, por sua vez, na indeclinável responsabilização da pessoa estatal, por danos causados pelos seus agentes, ainda que o direito, do Estado, de regresso em relação aos últimos apenas venha a ocorrer em razão de atos relacionados ao enfrentamento da Covid-19, nos casos de dolo ou erro grosseiro.

---

21 São elas as de nºs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431 e foram movidas por partidos políticos e pela Associação Brasileira de Imprensa – ABI.

## CONCLUSÃO

A partir do exame da legislação e da doutrina brasileira, pode-se concluir que a existência de uma cláusula geral do estado de necessidade administrativa encontra amparo na Constituição, considerando, sobretudo, o dever de proteção dos direitos fundamentais, a carga do Estado, nada obstante não haja, como na ordem jurídica portuguesa, a positivação daquela.

Assim, em situações de emergência e de perigo, a adequação da normatividade infraconstitucional, hipótese analisada como manifestação da cláusula do estado de necessidade, sem desconsiderar ser possível que ela tenha outras dimensões, como a habilitação direta do atuar administrativo, aqui não explorada com a profundidade devida, impõe considerar medidas mais restritivas, vinculadas à proteção da vida e da saúde, conforme se verifica no contexto da pandemia de Covid-19. O próprio princípio do Estado de Direito e o da eficiência impõem também o ajuste das medidas estatais face às circunstâncias enfrentadas.

Cumprido, ainda, reconhecer os limites de tal normatividade excepcional, como a observância de previsão normativa para sua edição (não havendo, repita-se, no caso brasileiro uma autorização geral para atuação administrativa fora da normatividade vigente, como há no caso português), sua transitoriedade ou temporariedade, a proporcionalidade das medidas adotadas, o dever de indenizar por prejuízos causados e a possibilidade de responsabilização do Estado. Mesmo sendo evidente que os direitos fundamentais podem ser restringidos, ainda mais em um contexto de crise, tal possibilidade não afasta a observância dos “limites aos limites”, como a legalidade e a proporcionalidade.

Por fim, a normatividade excepcional emitida com fundamento na cláusula de estado de necessidade administrativa mitiga a chamada consensualidade administrativa, marca do direito administrativo contemporâneo, mas não destoa do que se deve esperar de um Estado de Direito, face a situações excepcionais que podem ocorrer a despeito de toda prevenção e precaução, e ante a fragilidade inerente à condição humana como a pandemia de Covid-19 bem demonstrou. Trata-se de reconhecer uma geometria variável ao Estado de Direito, capaz de acomodar tanto uma normatividade mais restritiva e autoritária quanto medidas obtidas consensualmente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional

decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm)>. Acesso em: 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Declara Emergência de Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BARRETO, Júlia d'Alge Mont'alverne. *Consensualidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Sérvulo J. M. *Escritos de direito público*. Coimbra: Almedina, v. 1, 2019.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2014. 481f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: L.G.D.J., t. 1, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

MACÊDO, Fabrício Meira. O princípio da proibição de insuficiência no Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a. 3, n. 9, p. 7029-7072, 2014.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios estruturantes do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28-44, 2018.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, v. I, 2016.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado y Derecho em processo de câmbios*. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. O direito à ciência, a ADI 6.341 e a competência dos entes federados. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-j->>. Acesso em: 5 jul. 2020.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro*. Aprova o Novo Código de Procedimento Administrativo. Disponível em: <<https://data.dre.pt/eli/dec-lei/4/2015/01/07/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

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

SCHWARCZ, Lilia. *100 dias que mudaram o mundo*. Entrevista concedida a Camila Brandalise e Andressa Rovani. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/coronavirus-100-dias-que-mudaram-o-mundo/#100-dias-que-mudaram-o-mundo>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STF. Habeas Corpus nº 71.373 RS 0000845-13.1994.0.01.0000, Relator Ministro Francisco Rezek, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ 22.11.1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 22 maio 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO *Director-General's opening remarks at the media briefing on Covid-19* – 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 22 maio 2020.

**Sobre o autor e autora:****Eduardo Rocha Dias** | *E-mail:* eduardordias@hotmail.com

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

**Clarissa Sampaio Silva** | *E-mail:* sampaioclarissa@hotmail.com

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professora do Mestrado em Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Advogada da União.

Data de submissão: 12 de julho de 2020.

Data do aceite: 4 de novembro de 2020.