

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NOELYZA PEIXOTO BRASIL VIEIRA

**O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA CONFORMADO PELA
DIGNIDADE HUMANA: UMA BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TCU.**

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel.

Orientadora: Professora Mestre Juliana
Gomes Miranda

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2017**

O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA CONFORMADO PELA DIGNIDADE HUMANA: UMA BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TCU.

THE STATE OF NECESSITY CONFORMED BY HUMAN DIGNITY: A BRIEF ANALYSIS OF TCU ACTING.

Noelyza Peixoto Brasil Vieira¹

SUMÁRIO

Introdução; 1. O Estado de Necessidade Administrativa; 2. Direito Administrativo e a dignidade da Pessoa Humana; 3. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana como pressuposto da incidência do estado de necessidade administrativa; 4. O TCU como órgão de controle da necessidade administrativa; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Trata-se de uma breve análise do instituto do Estado de Necessidade sob a perspectiva do Direito Administrativo, com fundamento no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana perante a atuação do Tribunal de Contas da União. Para tanto, será analisado o princípio constitucional implícito da necessidade administrativa, que permite a Administração atuar além ou até contra o regramento legal com o objetivo de superar uma situação de crise ou anormalidade iminente real e atual. Pretende-se ainda explicitar a humanização do direito administrativo no sentido de dar ao princípio da supremacia do interesse público o seu real significado, de modo a garantir o respeito aos interesses individuais e coletivos frente à possibilidade do estado de necessidade tornar-se uma exceção à legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Necessidade. Direito Administrativo. Dignidade Humana. Fundamentos. Princípios.

ABSTRACT

Brief analysis of the institute of the State of necessity from the perspective of Administrative Law, based on the constitutional principle of human Dignity. In order to do so, the implicit constitutional principle of administrative necessity will be analyzed, which allows the Administration to act beyond or even against legal regulation in order to overcome a situation of crisis or imminent actual. It is also intended to highlight the humanization of administrative law in order to give to the principle of supremacy of public interest its real meaning, ensuring respect for individual and

¹ Artigo apresentado no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestre Juliana Gomes Miranda.

collective interests against the possibility of the state of necessity becoming an exception to legality.

KEYWORDS: State of necessity. Administrative law. Human dignity. Fundamentals. Principles.

INTRODUÇÃO

O instituto do estado de necessidade administrativa está inserido em uma das fendas mais profundas do Direito Administrativo, pois não possui legislação específica e muito menos jurisprudência abundante no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Tribunal de Contas da União (TCU). A partir dessa constatação, torna-se necessária a análise das justificativas utilizadas pela Administração Pública na invocação do instituto em tela. Discute-se na doutrina se o interesse público é hierarquicamente superior ao interesse privado, no momento em que, na atualidade, há a prevalência da ideia da centralidade da pessoa humana, sendo fortalecida pela previsão da dignidade entre os princípios da República e do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, verificou-se que a Constituição de 1988 inverteu a ordem até então vigente, na qual o Estado era autoritário na tratativa com seus cidadãos. Nesta nova ordem jurídica, constata-se que a Carta Magna priorizou os direitos fundamentais, garantindo-lhes posição de destaque e centralidade, colocando-os em patamar hierárquico superior com relação a normas referentes à estrutura, aos poderes e às competências do Estado.

Utilizando como ponto de partida a centralidade humana e sua dignidade, analisando brevemente o panorama geral dos serviços públicos brasileiros, em especial os de caráter social (saúde, educação, previdência, assistência, fundamentalmente), percebe-se a não obediência das garantias fundamentais pela Administração. Vale ressaltar que o intuito do trabalho não é a responsabilização da Administração diante de uma possível má gestão, mas sim a verificação da existência ou não de excepcionais administrativas no caso de estado de necessidade.

Vislumbrando a crise política e econômica na qual o país está inserido, afetando diretamente as relações administrativas do Estado, e motivada pela existência de um instituto pouco explorado pela doutrina e na tentativa de justificar a

habilitação de condutas inicialmente ilícitas, mas que foram vestidas da licitude trazida pelo estado de necessidade, o presente trabalho restou-se como um desafio pessoal, na tentativa de compreensão do real sentido do estado de necessidade administrativa.

Assim, o presente trabalho buscou a definição do estado de necessidade administrativa, utilizando-se da dignidade da pessoa humana como o fundamento norteador da utilização de uma excepcionalidade administrativa pela Administração Pública.

Como objetivo específico, o princípio constitucional da dignidade humana foi abordado como justificativa para a alegação do estado de necessidade, já que a dignidade é preceituada como fundamento e é considerada um dos principais alicerces dos valores da pessoa humana, que, entre outros efeitos, materializa a exigência de condições mínimas de existência.

Via de consequência, como o conceito do instituto do estado de necessidade possui contornos jurídicos diferenciados em cada esfera do ordenamento jurídico, foi enfatizado a sua aplicação na esfera administrativa, a fim de elucidar tal excepcionalidade administrativa.

Por fim, após breve explanação doutrinária, tornou-se necessária a escolha de um órgão de controle quando da invocação do estado de necessidade. Por ser o órgão responsável pelo controle administrativo do Estado brasileiro, o TCU foi o órgão escolhido para uma breve análise jurisprudencial, em que foi verificado se o egrégio tribunal confirma a tese doutrinária, ou se caminha por novos patamares.

1- O Estado de Necessidade Administrativa

A expressão “estado de necessidade” corresponde a uma cláusula geral em que espelha uma situação da vida caracterizada pela anormalidade². Como bem delimita José Manuel Sérvulo Correia:

O estado de necessidade concebe-se como um evento que se impõe como inelutável e força a agir de modo diferente do estabelecido sob

² MIRANDA, Juliana Gomes. **A teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p.18.

pena de lesão grave dos interesses essenciais visados pelas regras que normalmente se aplicam. Trata-se de uma válvula de segurança graças a qual o sistema jurídico salvaguarda suas unidades teleológica e axiológica³.

O estado de necessidade, analisado aqui como instituto, possui contornos jurídicos diferenciados em cada esfera do ordenamento jurídico.

No Código penal a previsão legal do instituto em análise está enunciada no artigo 24 do CP, “considera-se em Estado de Necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual quem não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O instituto do estado de necessidade possui regra própria delineada no código penal com o objetivo de conceituar uma situação de conflito entre dois bens jurídicos em perigo. Sendo considerada uma cláusula excludente da ilicitude, conforme disposto no artigo 23 do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

No âmbito do direito civil, o estado de necessidade está assentado na redação do artigo 188, inciso II, do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Acrescente-se continuamente o parágrafo único do mesmo artigo 188, o qual preceitua que na hipótese do inciso II, “o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”. No direito civil a necessidade exclui a antijuridicidade do ato.

Contudo, na esfera do direito administrativo, não existe previsão expressa na legislação pátria atinente ao estado de necessidade. Destarte, “a consolidação do estado de necessidade sob a hipótese não prevista aparentemente em lei deu-se por meio de uma construção jurisprudencial e interpretativa dos princípios gerais do

³ MIRANDA, op. cit., p.18.

Direito e dos princípios específicos da Administração Pública”⁴. Assim, tem-se que os fundamentos para a concretização do estado de necessidade administrativa surgem da lacuna existente no próprio ordenamento jurídico.

Neste ínterim, os princípios constitucionais possuem papel primordial na estruturação dos conceitos não codificados do Direito Administrativo, cujo princípio da legalidade é premissa balizadora no sentido de se estabelecer tanto na doutrina como na jurisprudência de que a Administração apenas atua sob o amparo de norma legal expressa⁵.

Em que pese não haver previsão expressa na legislação pátria atinente ao estado de necessidade administrativa, há normas contidas na Constituição Federal que traduzem bem a sua ideia. Citemos o título V o qual dispõe sobre a defesa do Estado e das Instituições Democráticas, prevendo o estado de sítio e de defesa. Institutos considerados pela doutrina como sistemas constitucionais de crise, os quais são requisitados em casos de guerra, desordem social e institucional, calamidades públicas, insegurança urbana, terrorismo⁶.

Convém observar, que na seara do direito administrativo o mais comum é a incidência de crises que não estão previstas normativamente, *numerus clausus*, como por exemplo, a falta de medicamentos para se combater uma doença ou uma catástrofe natural que cause instabilidade.

Nesse diapasão, os institutos dos sistemas constitucionais de crise acima abordados, regulados nos artigos 136 a 141 da Constituição Federal, obedecem: um rol taxativo de legitimados previstos na nossa Carta Magna; possuem uma abrangência local, regional ou nacional e, em geral, aplica-se a um número indeterminado de situações. De outro lado, o princípio da necessidade administrativa insere-se na ocorrência de crises de menor gravidade, quando comparada com o estado de sítio e de defesa; possui um rol amplo e exemplificativo de legitimados;

⁴ MIRANDA, op. cit., p.64

⁵ MIRANDA, op. cit., p. 67

⁶ PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; ALMEIDA, Isabel Arice Koboldt de. **Princípio do Estado de Necessidade Administrativo: concepção, fundamentos, justificativas e controle**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=88f0bf2899c59514>>. Acesso em: out. 2017. p.7

envolve situações singularmente consideradas e sua aplicação exige uma ampla fundamentação por parte do administrador⁷.

Os fundamentos para a legitimação do princípio da necessidade administrativa surgem a partir da insuficiência legislativa do ordenamento jurídico. O princípio da legalidade restringe a atuação da Administração Pública no momento em que essa só poderá agir frente a uma regra legalmente expressa.

De tal arte, importante destacar que a necessidade administrativa será legitimada através do privilégio da pessoa humana e sua dignidade. Assim, leciona Luís Roberto Barroso:

O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover. (...) quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental (...) o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública (...)⁸.

A necessidade administrativa possibilita a adaptação do Direito à realidade social, que busca o equilíbrio da situação de fato e do interesse essencial a se preservar.

O estado de necessidade é um “princípio prévio à formulação legislativa, sua consolidação faz-se através de uma construção jurisprudencial que o extrai, dedutivamente, de outros princípios gerais do direito e, indutivamente, de institutos ou preceitos avulsos”⁹.

⁷ PAULA; ALMEIDA, op. cit., p.7-8.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.95-96.

⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Revisitando o Estado de Necessidade**. (Contributo para os Estudos em Homenagem ao professor Doutor Freitas do Amaral). Coimbra: Edições Almedina, 2010. p.2.

Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia o estado de necessidade pode ser definido como:

A permissão normativa de atuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e atual para um interesse público essencial, causado por circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade de tal conduta da observância de parâmetros de proporcionalidade e brevidade e da indenização dos sacrifícios por essa via infligidos a particulares¹⁰.

Mas, para que o estado de necessidade se configure, impõe-se a existência de um fato ou de uma situação de exceção temporária, que se envolve em meio de legitimação de poderes excepcionais moldados em uma ideia material de direito¹¹.

O posicionamento adotado pela a maioria doutrinária é a de que o estado de necessidade é um princípio geral de direito administrativo, como vertente, ou subprincípio, do princípio da legalidade administrativa. A atuação em um estado de necessidade não implica a rejeição da legalidade, mas sim a adoção de uma legalidade excepcional¹².

O estado de necessidade configura-se como um direito, e não um estado de exceção ao direito, mas um estado em que a necessidade determina o afastamento das normas jurídicas e obriga a sujeição a um direito como um todo, como um bloco de princípios interligados¹³. Desempenhando um efeito de habilitação de conduta, o princípio valida as condutas permitidas que, nessa medida, não são ilegais¹⁴.

Contudo, diante da possibilidade de coexistência de um sistema de legalidade ordinário e outro extraordinário, Juliana Miranda assevera que o estado de necessidade administrativa:

busca sua razão de ser dentro do próprio sistema de legalidade, sendo essa legalidade ajustada à nova realidade jurídica da

¹⁰ CORREIA, op. cit., p.39-40.

¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do; GARCIA, Maria da Glória. **O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, vol.II, Ao 59º, abril 1999. p. 469.

¹² CORREIA, op. cit., p.6-7.

¹³ AMARAL, Diogo Freitas do; GARCIA, Maria da Glória, op. cit., p. 469.

¹⁴ CORREIA, op. cit., p.7.

juridicidade. Pois, o sistema jurídico é um conjunto coeso de proposições unitárias, fundado em um pressuposto padrão que valida todo o ordenamento jurídico: a Constituição Federal¹⁵.

O termo necessidade administrativa não é definido pela Constituição, nem pelas leis esparsas na ordenação jurídica. Portanto, sua interpretação se procede com a reunião de elementos sólidos do Direito Administrativo, levantados em uma teoria de excepcionalidade administrativa¹⁶.

A necessidade pública mostra-se quando a Administração se depara com um problema inadiável, para cuja solução é indispensável o sacrifício de interesses particulares ou coletivos, possibilitando a atuação necessária da Administração Pública, no sentido de suspender um direito ordinário, assinalando assim uma legalidade de exceção¹⁷.

O estado de necessidade administrativa é demonstrado resumidamente por uma espécie de fórmula, em que:

(...) está pautada na presença de um perigo iminente e atual que ameace interesses coletivos protegidos pelo Direito, procedendo a administração na preterição de regras jurídicas ordinárias, a fim de evitar mal maior à sociedade e sacrificando outras esferas subjetivas; quando essa ação necessária administrativa resulta em prejuízo aos particulares, deve a Administração indenizá-los na parte excedente¹⁸.

Neste interim, em situações excepcionais, o que normalmente seria ilícito torna-se válido a fim de resguardar um interesse jurídico de efeito mais gravoso. Haverá assim uma colisão de interesses, configurada pelo sacrifício de um valor jurídico, mesmo que isso implique o sacrifício de direitos e interesses particulares.

2. O Direito Administrativo e a dignidade da Pessoa Humana

Um dos valores primordiais trazidos pela consciência histórica, que condiciona e dá sentido a práxis humana é o valor da pessoa humana, cujo

¹⁵ MIRANDA, op. cit., p. 118.

¹⁶ MIRANDA, op. cit., p. 120.

¹⁷ MIRANDA, op. cit., p. 121.

¹⁸ MIRANDA, op. cit., p. 121-122.

significado sobrepuja o processo histórico e conscientiza a espécie de sua dignidade ética¹⁹.

Destarte, a dignidade é considerada um dos principais alicerces dos valores da pessoa humana, que, entre outros efeitos, materializa a exigência de condições mínimas de existência, sendo amparado inclusive na Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948 e suas derivações normativas²⁰.

Por se tratar da fonte de todos os direitos da pessoa humana, a dignidade está prevista expressamente nas normas da Constituição Federal, em especial no artigo 1º, que indica os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, nas palavras de José Afonso da Silva:

a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo a ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito²¹.

Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que a universalização do respeito à dignidade da pessoa humana foi desenvolvida em, aproximadamente, três fases:

num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da

¹⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 295.

²⁰ BOBBIO, Norberto; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 93.

²¹ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 91, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: nov. 2017. p 91.

igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado ²².

Por se tratar de um valor espiritual e moral inerente a pessoa, a dignidade da pessoa humana é definida de maneiras diversas. Para Ferrari:

Quando se fala em dignidade humana, se quer dizer a dignidade de todo e qualquer ser humano, individual e concreta, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua vida, independentemente de ser titular de direitos, de ter reconhecida sua personalidade, em termos jurídico civis, porque mesmo antes de adquiri-la já existe um ser humano cuja dignidade merece proteção. O direito à dignidade humana independe da aquisição de personalidade jurídica ²³.

Assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana deve ser assimilado como um direito, não apenas individual, mas também coletivo de proteção: seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos.

A dignidade da pessoa humana consiste no “espaço integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência, estando associado aos direitos fundamentais e à noção do mínimo existencial” ²⁴.

Importante destacar que para os teóricos do constitucionalismo contemporâneo a dignidade da pessoa humana é um superprincípio, como uma norma dotada de maior importância e hierarquia que as demais, que funcionaria como elemento de comunhão entre o direito e a moral ²⁵.

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a

²² BOBBIO, op. cit., p. 20.

²³ FERRARI, Regina Maria M. Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 570

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 536-537

²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. p. 298-299.

pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade (...) ²⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui vinculação com todo o ordenamento jurídico, pois é inerente ao ser social. Assim, tal fundamento ramifica-se nas relações jurídicas, em especial, nas relações entre a Administração Pública e os administrados.

Na esfera do direito administrativo, os serviços públicos, em especial os de caráter social (saúde, educação, previdência, assistência, fundamentalmente), possuem relação direta com o respeito à dignidade da pessoa humana, como mínimo existencial ²⁷.

Desta maneira, acerca do direito à prestação de serviço público de educação infantil, o STF concluiu que:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, **deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra**

²⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016. p. 20

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: < <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-administrativo-e-dignidade-da-pessoa-humana-Maria-Sylvia-Zanella-Di-Pietro.pdf> >. Acesso em: out. 2017. p.7.

insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (STF. AgRg no Ag no RE 639.337/SP, 2ª Turma, j. 23.08.2011, v.u, rel. Min. Celso de Mello, Dje 15.09.2011, grifo nosso)

A Administração Pública deve tratar o indivíduo como sujeito de direitos e alvo final de sua atuação, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser compreendido como norteador das relações da administração.

O indivíduo não é súdito da administração, deve ser considerado e tratado, e conseqüentemente serem reconhecidos direitos subjetivos e o respeito a seus interesses juridicamente protegidos²⁸. Da dignidade da pessoa humana derivam significativos direitos aos administrados em toda e qualquer atividade desempenhada pelo poder público. O uso do poder pela Administração Pública não deve conduzir a frustração dos direitos e interesses assegurados à população²⁹.

3. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana como pressuposto da incidência do estado de necessidade administrativa

Ao longo dos anos, e com as ininterruptas mudanças vividas pela sociedade moderna, o Direito Administrativo transita por constantes e sensíveis transformações. Com a evolução social, surgem novos interesses, que devem ser satisfeitos pelo Estado a partir da criação de novos instrumentos administrativos.

Dentre as principais inovações no Direito Administrativo, podemos citar:

²⁸ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral**. 14 ed. Traduzido por Luís Afonso Heck. Barueri: Manoele, 2006.p. 22-23

²⁹ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 281.

- a) *democratização*, pelos instrumentos da participação, processualização, motivação, transparência;
- b) *humanização*, pela defesa da centralidade da pessoa humana, a exigir razoabilidade (necessidade, adequação e proporcionalidade) entre as restrições aos direitos individuais e a proteção do interesse público;**
- c) *privatização*, pela busca de instrumentos próprios do direito privado, como consenso e contratualização (em detrimento dos atos unilaterais, imperativos e autoexecutórios), substituição de pessoal estatutário por terceirizados, gestão de serviços públicos pela iniciativa privada, parcerias com o terceiro setor;
- d) *constitucionalização*, seja pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias próprias da legislação ordinária, seja pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias próprias da legislação ordinária, seja pela irradiação dos efeitos de princípios e valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, com consequências sensíveis em matéria de interpretação da Constituição³⁰. (grifo nosso)**

A constitucionalização do Direito Administrativo acarreta o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais e a centralidade dos direitos fundamentais³¹.

Com a transformação do novo e moderno Direito Administrativo, opta-se “por destacar os princípios fundamentais aqueles que matizam os demais do Direito Administrativo. É pertinente asseverar o princípio do interesse público e sua correlação subordinada à dignidade da pessoa humana”³².

A dogmática jurídica do Direito Administrativo brasileiro sustenta que “dentre aqueles princípios que regulam a relação entre o Estado e o particular está o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”³³.

O princípio do interesse público não pode ser invocado “como mecanismo de desacato ou descumprimento do arranjo democrático do Estado, muito menos para

³⁰ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 235.

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Editora Método, 2017. p.16.

³² MIRANDA, op. cit., p. 83.

³³ ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reformado Estado (RERE)** Salvador, Instituto Brasiliense de Direito Público, nº11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: nov. 2017. p.01.

atropelar os pilares protetivos dos direitos fundamentais”³⁴. Assim, “esse princípio carrega e agrega em seu núcleo essencial a subordinação das ações administrativas à dignidade humana, conseqüentemente aos direitos fundamentais”³⁵.

Segundo parte da doutrina vigente, a ideia de centralidade da pessoa humana é fortalecida pela previsão da dignidade da pessoa humana, prevista entre os princípios do Estado Democrático de Direito, levando à proposta de substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo princípio da supremacia da pessoa humana ou supremacia dos direitos fundamentais³⁶.

A supremacia do interesse público³⁷, em sua definição mais clássica, é caracterizada pela preponderância das atividades administrativas desenvolvidas pelo Estado em confronto com as atividades realizadas pelo particular, sendo justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Nessa linha, leciona José dos Santos Carvalho Filho que o “indivíduo não é em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social como um todo, devendo o indivíduo ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, serem equiparados aos direitos sociais”³⁸.

Ocorre que em determinados momentos as relações sociais irão ocasionar confrontos entre o interesse público e o interesse individual, nos quais, via de regra, prevalecerá o interesse público. Contudo, é importante salientar que a incidência da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico também deve respeitar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade³⁹, ou seja, não ultrapassar os

³⁴ MIRANDA, op. cit., p. 83-84.

³⁵ MIRANDA, op. cit., p. 84.

³⁶ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 221.

³⁷ A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configura-lo como conceito jurídico indeterminado, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos de fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar balizas do que seja o interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto cuida-se de conceito determinável (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.32).

³⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p.32.

³⁹ Conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello: Princípio da razoabilidade: enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibrada e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Princípio da proporcionalidade: enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para

limites do razoável e, por conseguinte, ferir os demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Não deve a supremacia do interesse público ser concebida como válvula tendente à arbitrariedade ou reflexo de uma concepção autoritária de Administração Pública⁴⁰.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público não deve ser considerado absoluto e sem limitações, de forma que sua aplicação concreta deve ocorrer nos termos da Constituição Federal, devendo o Poder Público pautar-se sempre pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, pelo respeito da dignidade humana. A promoção estatal dos direitos fundamentais representa a satisfação das finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição”⁴¹.

A ideia de centralidade da pessoa, valorada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entranha-se em todas as questões relativas ao estado de necessidade administrativa.

Para utilizar-se da necessidade administrativa é necessário a observar o princípio da proporcionalidade e da legalidade, pois, violando-se uma lei, visa-se preservar o máximo de direitos, atento para a otimização do interesse público, da economicidade do processo e a igualdade⁴². A Administração deve atuar não apenas conforme à regra ou ao direito formal, mas a princípios expressos ou não no ordenamento.

A atuação administrativa é concebida como um dever instrumental (o dever-poder de agir) para satisfação das necessidades coletivas e necessariamente pautar pelo compromisso inarredável de respeito ao ser humano em todas as suas realizações⁴³.

cumprimento da finalidade de interesse público a que são atreladas. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p.99.)

⁴⁰ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 225.

⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., p.47.

⁴² PAULA; ALMEIDA, op.cit., p.8

⁴³ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 281.

Walace Paiva Martins Junior destaca que, “a luz do sentido positivo a dignidade da pessoa humana obriga a Administração a romper com a inércia e a omissão, fornecendo a comunidades as prestações devidas”⁴⁴ Assim,

o princípio da dignidade humana deve ser compreendido pelo estado e pela Administração Pública como norte em sua vocação de provedor de utilidades públicas. Ele tem carga suficiente para alijar a omissão estatal lesiva aos direitos constitucionais⁴⁵.

Neste íterim, indaga-se quais são os limites da relativização dos princípios administrativos frente ao estado de necessidade, quando apurado. Nas palavras de Miranda, “os Poderes Públicos são interpretes legitimados sob o crivo da soberania popular, para sopesar os valores em conflito ou em concorrência e os bens jurídicos a proteger”⁴⁶.

Defende-se ainda a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que visa à sua proteção contra o arbítrio dos Poderes Públicos, especialmente do legislador⁴⁷. Desta maneira:

O estado de necessidade administrativa, compreendido como norma habilitadora de preterições ou criações, com ou sem previsão constitucional, não pode corromper a supraconstitucionalidade das normas garantidoras dos direitos fundamentais essenciais, formalmente deslocadas a uma imperatividade supranacional congente, representando uma substância principiológica fundamental vinculadora para toda a Comunidade Internacional, especialmente às ordens internas, cuja expressão ainda mais evidente encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴⁸.

A Constituição brasileira está voltada fundamentalmente à proteção dos interesses do indivíduo, enaltecendo a proteção da pessoa humana e sua dignidade. “Somente é possível a cogitação de diversificar direitos fundamentais por direitos

⁴⁴ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 283.

⁴⁵ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 284.

⁴⁶ MIRANDA, op. cit., p. 151.

⁴⁷ Sob a ótica da teoria absoluta, consiste em um núcleo determinado para cada direito intangível e aferível em abstrato. Por outro lado, a teoria relativa reconduziria o núcleo essencial à verificação do princípio da proporcionalidade (CANOTILHO, p. 1265-1266, apud, MIRANDA, op.cit., p.171).

⁴⁸ MIRANDA, op. cit., p. 152.

coletivos em situações cuja forma encontra-se expressa ou compreendida, sistematicamente, em norma constitucional”⁴⁹.

Nesse condão, só se configurará o estado de necessidade administrativa quando invocado de forma correta, ou seja, não se pode utilizar arbitrariamente tal princípio como justificativa suficiente para a adoção de qualquer medida administrativa.

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preambulo e direitos fundamentais)⁵⁰.

Ao invés de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural; se são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos⁵¹.

Para Miranda, “em lugar do termo supremacia, que leva a compreensão de incompatibilidade, à preterição de um pelo outro, opta-se pelos postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática, que caminham lado a lado em busca de uma realização eficiente dos bens jurídicos”⁵².

Na atuação Administrativa nos casos de excepcionalidade, deve-se haver uma maior preocupação com a invocação correta da supremacia do interesse público, para que haja a garantia e a proteção dos direitos fundamentais.

Oportunamente, não podemos pensar em garantir os direitos fundamentais apenas sobre o ponto de vista dos particulares, dos indivíduos. “Merecem ser mirados do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir, em grande medida por intermédio da ação do Estado”⁵³.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.96.

⁵⁰ ÁVILA, op. cit. p.13.

⁵¹ ÁVILA, op. cit. p.13-14.

⁵² MIRANDA, op. cit., p. 85.

⁵³ MIRANDA, op. cit., p. 87.

A atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico, e também pela ponderação e máxima realização dos interesses coletivos⁵⁴.

4. O TCU como órgão de controle da necessidade administrativa

Partindo da definição de que o “estado de necessidade compõe-se da colisão de interesses entre dois bens jurídicos” e que sua “solução se encontra no arbitramento em favor do interesse cuja lesão seria de maior proporção e afetação à sociedade, ao Estado”⁵⁵, surge a necessidade de definição de um órgão de controle que atue direta e especificamente sobre as excepcionalidades administrativas, como no caso da invocação do estado de necessidade administrativa.

De acordo com o disposto na a Constituição Federal, o TCU é o órgão responsável pelo controle administrativo do Estado brasileiro. Trata-se de órgão autônomo, de extração constitucional que pode funcionar de ofício ou por provocação.

Apenas a título comparativo, suas funções seriam equiparadas as funções exercidas pelo Supremo Tribunal Administrativo de Portugal. Em melhor definição temos que:

O Tribunal de Contas da União é um **tribunal administrativo**. Julga as contas de administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, bem como as contas de qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Tal competência administrativa-judicante, entre outras, está prevista no art. 71 da Constituição brasileira. Conhecido também como Corte de Contas, o TCU é órgão colegiado. Compõe-se de nove ministros. (...). Trata-se de órgão autônomo e independente cuja missão principal é a de **promover a defesa da ordem jurídica**. (...) As funções básicas do Tribunal de Contas da União podem ser agrupadas da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. Algumas de suas atuações assumem ainda o caráter educativo. (...) Compreende ainda representação ao poder competente a respeito de irregularidades ou abusos apurados (...) ⁵⁶. (grifo nosso)

⁵⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 48.

⁵⁵ MIRANDA, op. cit., p. 111.

⁵⁶ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Conheça o funcionamento do TCU. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>> Acesso em: nov. 2017.

Nos casos em que os princípios constitucionais sejam invocados equivocadamente, em especial as excepcionalidades administrativas, cabem aos órgãos de controle a apreciação e a correção de conceitos jurídicos indeterminados⁵⁷.

Neste condão torna-se necessária a indagação de qual seria o tribunal responsável pela análise das excepcionalidades administrativas. Seria mesmo o TCU responsável pela análise da invocação do estado de necessidade administrativa? Ou seria o Supremo Tribunal Federal, visto que a incidência da dignidade da pessoa humana é indissociável dos preceitos da Administração Pública?

Com o intuito de elucidar a utilização do estado de necessidade administrativa conformado pela dignidade humana, tendo em vista o grande número de processos e a vastidão de nosso ordenamento jurídico, houve a necessidade de escolha de um órgão de controle que abrangesse as questões da Administração Pública.

Por ser o TCU o tribunal administrativo brasileiro, nada mais justo do que elegê-lo como tal para uma breve análise da “juridicização” do estado de necessidade administrativa. Entretanto, não podemos descartar que existam outros tribunais legitimados para julgar e processar tal instituto.

Nessa senda, após breve pesquisa jurisprudencial no renomado tribunal administrativo, verificou-se a presença da expressão “estado de necessidade” em apenas 147 acórdãos, no período de 25 anos⁵⁸, de tal forma, que o instituto fora utilizado pela primeira vez apenas no ano de 1992, no processo 574.002/1991-0574.007/1991-1⁵⁹, que possui sua última sessão datada no dia 14 de outubro do referido ano.

⁵⁷ DI PIETRO; MARTINS, op. cit., p. 225.

⁵⁸ Foi-se necessária à delimitação temporal extensiva, devido a quantidade mínima de acórdãos encontrados nos últimos anos, que não seriam balizadores suficientes para esse estudo.

⁵⁹ Tribunal de Contas da União (TCU). Tomada de Contas Especial. Sumário: Prefeitura Municipal de Xambê PR. Recurso contra Decisão do TCU que fora pela imputação de débito e cominação de multa ante o desvio de finalidade na aplicação de recursos do FNDE. Alegação de que não houve locupletação pessoal. Reconsideração em parte da Decisão anterior e manutenção da multa. Contas irregulares. ACÓRDÃO 77/1992 – PLENÁRIO. Relator: ADHEMAR PALADINI GHISI Processo:

Partindo da ideia que o TCU foi criado oficialmente em 1893, percebe-se que o estado brasileiro demorou deveras para incorporar em seu ordenamento jurídico a figura do estado de necessidade, na esfera administrativa. Contudo, é importante destacar que o estado de necessidade administrativa é um instituto bastante atual nas argumentações e acórdãos dos tribunais brasileiros como um todo.

Ainda assim, no processo supracitado, o estado de necessidade foi invocado diante de irregularidades cometidas pela figura de ex-prefeito municipal, em benefício próprio. Ou seja, no caso em tela, não foi vislumbrado o estado de necessidade na esfera administrativa, em que a Administração Pública, e não o indivíduo é a parte invocadora do instituto.

Após rasa análise dos resultados retornados pela pesquisa jurisprudencial no sítio do TCU, percebe-se que o estado de necessidade foi invocado apenas nas esferas penal e civil, e não na esfera administrativa, conforme esperado. A tentativa é a mesma em praticamente todos os casos onde o instituto foi citado, quer seja, a exclusão da ilicitude do ato praticado pelo indivíduo em benefício próprio e egoístico.

Em outras palavras, o estado de necessidade foi explicitado apenas para justificar a conduta ilegal de um único indivíduo, a fim de justificar a ilicitude de seus atos frente à Administração Pública.

A busca por precedentes torna-se ainda mais escassa quando adicionado o princípio da “dignidade humana” ou “dignidade da pessoa humana”. Apenas 04 processos distintos invocam o instituto de necessidade administrativa e o princípio da dignidade humana de maneira uníssona.

Assim, a título exemplificativo, iremos analisar brevemente o caso nº 150009/2009-6, em que existe a tentativa de invocação do estado de necessidade administrativa conformado pela dignidade humana.

Em apertada síntese, nos termos do relatório do TCU, trata-se de prestação de contas da Universidade Federal de Juiz de Fora (exercício de 2008), na qual

houve descumprimento de determinação do TCU dirigida à universidade em processo de representação, havendo a conclusão pela irregularidade e aplicação de multa, entre outras ocorrências, em virtude da contratação de professor substituto sem amparo legal.

Em grau de recurso a recorrente alegou que houve defasagem entre o aumento de demandas da Universidade e, conseqüentemente, o déficit de Recursos Humanos para acompanhar tal crescimento. Justificou a contratação irregular pela incidência do estado de necessidade, alegando que as contratações feitas não geraram qualquer prejuízo ao erário, permitindo a observância do princípio da Continuidade da Prestação dos Serviços Públicos, em especial aqueles que, como a Educação e a Saúde, têm relação direta com os Direitos Humanos Fundamentais, à dignidade da pessoa humana, à educação, à saúde e, portanto, antes e acima de tudo, à própria vida. Finalizou pontuando que as contratações tiveram como base legal o disposto na Lei n. 9.784/99 (art. 2º, caput, incisos VI e XIII) que reza que a Administração Pública observará os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo buscar o atendimento do interesse público.

Com base nessas considerações, frente à invocação dos princípios constitucionais, o relator Ministro Raimundo Carreiro foi contundente quanto a utilização equivocada do recorrente, vejamos:

Quanto ao estado de necessidade, ou seja, "*necessitas non habet legem*" (a necessidade não tem lei) não se pode admitir esse brocado ao pé da letra, pois tal **seria justificar qualquer irregularidade no cumprimento dos procedimentos legais previstos para a Administração Pública**, que, via de regra, trata de interesses diretamente ligados às necessidades básicas da população, tais como merenda escolar, moradia, fornecimento de água, luz, educação, saúde etc.(...) Ademais, não foram trazidos aos autos evidências de que o gestor teria tomado todas as providências legais e regulamentares, a seu alcance, para solucionar a questão de contratação temporária de maneira legal. Não vieram aos autos qualquer solicitação, da época, às instâncias superiores, de criação das vagas tidas como necessárias, nem da autorização ministerial para a contratação temporária. Não se pode, assim, constatar a inexigibilidade de conduta diversa. (...) Quanto às atenuantes alegadas para a conduta reprovada, constata-se que não são consistentes. As situações em que a contratação de professor substituto é admitida estão discriminadas uma a uma nos textos legais, constituindo de forma clara e inofismável, em disposição legal *numerus clausus*, que, por definição, é restritiva àquelas

situações legalmente discriminadas e não admite a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica, a exemplo do argumento do 'estado de necessidade', ou de atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao cumprimento do dever legal da Instituição. **Não há, portanto, excludente de ilicitude nem excludente de culpabilidade nesse caso, não restando configurado o estado de necessidade alegado.** Acerca dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tal alegação do recorrente subverte o princípio constitucional administrativo básico da legalidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, o qual restringe a atuação do administrador às normas legais e regulamentares. **A interpretação "conforme" a Constituição não pode se conformar em "cheque em branco assinado" para o gestor público atuar nas áreas de educação, saúde e assistência social, ao arrepio das leis, sob risco do autoritarismo ou da anarquia.** No Estado Democrático de Direito, segundo Kelsen, as normas legais e regulamentares servem exatamente para regular a aplicação das normas fundamentais. Assim, antes de se aplicar qualquer critério de proporcionalidade para avaliar a ação do gestor, deve-se ponderar como parâmetro básico de razoabilidade a possibilidade de aplicação da lei.

Destarte, nas palavras do Ministro relator, a solução para a excepcionalidade administrativa da situação em voga (carência temporária de recursos humanos para atender as novas demandas acadêmicas) estava regulada nas normas transgredidas, isto é, havia previsão legal para a contratação temporária de servidores. Ao mesmo tempo, não foram afastadas as possibilidades de cumprimento das garantias constitucionais e do exercício dos direitos fundamentais, por meio da aplicação das referidas normas legais e regulamentares. Portanto, não se pode imputar qualquer razoabilidade à ação do gestor, tampouco avaliar sua eventual proporcionalidade.

Continuando a análise da postura do TCU, podemos destacar também o caso nº 014.504/2016-2, que trata sobre auditoria de conformidade realizada nas obras do Sistema de Esgotamento Sanitário de Porto Velho/RO.

Nos termos do relatório, foram constatadas três irregularidades na condução do empreendimento, consubstanciadas nos seguintes achados de auditoria: (i) sobrepreço no orçamento base da licitação e, por conseguinte, no contrato; (ii) inobservância dos requisitos legais para adoção do regime de contratação integrada;

e (iii) restrição à competitividade da licitação em razão de critérios inadequados de habilitação técnico-operacional.

Com o intuito de justificar a escolha equivocada da modalidade licitatória, a própria empresa ilicitamente contratada alegou que:

ante a situação grave em que se encontra o município, com quase a totalidade da sua população desassistida de saneamento básico, àquela **Administração teria buscado meios para a contratação dos projetos na forma tradicional da Lei 8.666/1993, o que teria frustrado a execução do empreendimento**. Assim, percebeu que (...) haveria sim itens que poderiam constituir, em uma interpretação reverente ao **interesse público e à necessidade administrativa**, inovação técnica, ainda que não em todo o conjunto do projeto, mas em itens específicos (...) Alegou que os direitos fundamentais, por seu turno, especialmente quando sob sua dimensão objetiva, **exigiriam da administração pública uma postura subserviente ao princípio da dignidade humana**, como nota legitimadora de todas as ações estatais, e que se há uma imposição constitucional de que a Administração realize concretamente os direitos fundamentais, deve se admitir que a mesma Constituição teria outorgado poderes instrumentais à Administração para que o faça, e com essa perspectiva é que os instrumentos jurídicos colocados à sua disposição haveriam de receber compreensão, oferecendo-se como servis às necessidades públicas e não como senhores de si mesmos.⁶⁰ (grifo nosso)

Após análise das argumentações em sede recursal, tem-se um ente privado fazendo o papel da Administração Pública ao invocar o instituto de estado de necessidade administrativa; na tentativa desastrosa de vestir-se com o manto da legalidade com intuito de justificar a sua contratação ilícita, quando da não observação dos princípios constitucionais e licitatórios.

Diante dos dois casos expostos, verifica-se a tentativa frustrada de justificar um ato ilegal cometido pela Administração Pública, utilizando-se da proteção constitucional do princípio da dignidade humana, na clara tentativa de comoção o órgão controlador.

⁶⁰ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1308/2017. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 21/06/2017. <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/necessidade%2520adj%2520administrativa/COPIARELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> (GRUPO I – CLASSE V – Plenário. TC 014.504/2016-2 Órgãos/Entidades: Ministério das Cidades; Caixa Econômica Federal; Estado de Rondônia. Relator: Ministro Bruno Dantas).

Esquecem os administradores que para haver uma situação real de estado de necessidade administrativa são necessários três requisitos:

em *primeiro lugar*, é preciso que seja uma situação realmente excepcional; em *segundo lugar*, é preciso que se prove não ter a Administração possibilidade de agir de acordo com o princípio da legalidade; em *terceiro lugar*, o interesse que afasta a observância do princípio da legalidade tem de ser suficientemente importante para justificar o sacrifício do princípio ⁶¹.

Não se permite que a Administração Pública aja de forma desproporcional e irrazoável, pois sempre deve aplicar a Lei da forma mais equilibrada o possível, verificando, ainda, qual medida é a mais correta para efeitos de conformação dos interesses coletivos. O administrador deve buscar a harmonia destes interesses em contenda, para fins da máxima realização de ambos, dentro de um quadro de valores a serem tutelados equanimemente pelo Direito ⁶².

Portanto, a invocação do estado de necessidade administrativa deverá ser utilizada de maneira inequívoca, para que não haja a banalização dos princípios constitucionais e para que se preserve a segurança jurídica da coletividade.

Em rasa pesquisa, não foram localizados quaisquer acórdãos no TCU em que o estado de necessidade administrativa tenha sido configurado e admitido como justificador para a proteção da coletividade, e conseqüentemente sua dignidade.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos mencionados no decorrer desse trabalho, face ao novo panorama social de uma sociedade dinâmica e complexa, conclui-se que o Estado não pode ignorar valores imprescindíveis à satisfação da dignidade da pessoa, uma vez que possui o dever poder de proporcionar a plena realização destes.

⁶¹ GARCIA; AMARAL; op. cit. p. 474.

⁶² HORA, Marco Aurélio Senko. **A relativização da supremacia do interesse público em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, 2011.

A Administração Pública, via de regra, trata de interesses diretamente ligados às necessidades básicas da população, como saúde, educação e segurança, sendo que essas necessidades são garantias fundamentais previstas na carta magna. A dignidade humana é o núcleo duro da Constituição Federal, e todas as relações jurídicas devem obediência a este princípio. Não há como dissociar o estado de necessidade administrativa do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Reforce-se, ainda que os direitos fundamentais delineados pela dignidade da pessoa humana devem ser analisados fundamentalmente sobre a perspectiva da coletividade, pois não existem direitos individuais que possam ser exercidos de forma ilimitada em detrimento do social.

Ante todas as considerações, percebe-se que o instituto do estado de necessidade administrativa é muito recente na esfera do ordenamento jurídico brasileiro. Sua invocação tem sido efetivada de maneira equivocada, na tentativa de justificar qualquer irregularidade no cumprimento dos procedimentos legais previstos.

Nos casos explicitados, os administradores encontraram, no estado de necessidade administrativa, um conforto para respaldarem as suas ilicitudes, utilizando-se do argumento da dignidade da pessoa a fim de legitimarem seus atos.

A dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada para forjar a necessidade de atendimento da legalidade e dos princípios da administração pública.

Portanto, verifica-se que o Tribunal de Contas da União tem protegido de maneira veemente as normas legais, confirmando a tese da doutrina, no sentido em que o estado de necessidade administrativa não pode ser invocado ao livre arbítrio da Administração, desguarnecido de dignidade da pessoa humana e de todos os elementos fáticos, valorativos explicitados neste artigo. A administração necessita perpassar por todos os elementos a fim de evocar o estado de necessidade administrativa. A tese do estado de necessidade é a pregação de uma legalidade excepcional ou de uma legalidade alternativa, mas que jamais será utilizada para encobrir ilicitudes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do; GARCIA, Maria da Glória. **O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, vol. II, Ao 59º, abril 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)** Salvador, Instituto Brasiliense de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. edição São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 5 edição** São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Art. 23 e 24. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Art. 188. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 1º, inciso III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 136 a 141. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>.

Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1308/2017. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 21/06/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/necessidade%2520adj%2520administrativa/COPIARELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1950/2017. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 06/09/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/estado%2520adj%2520de%2520adj%2520necessidade%2520adj%2520administrativo/%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>

Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2432/2015. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 12/5/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1500920096.P ROC%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT %2520desc/false/1/false>>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Conheça o funcionamento do TCU. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>>

Acesso em: nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Revisitando o Estado de Necessidade**. (Contributo para os Estudos em Homenagem ao professor Doutor Freitas do Amaral). Coimbra: Edições Almedina, 2010. Disponível em: <<https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Revisitando-o-Estado-de-Necessidade/2428/>>. Acesso em: nov. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120º)**. 5ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-administrativo-e-dignidade-da-pessoa-humana-Maria-Sylvia-Zanella-Di-Pietro.pdf>>. Acesso em: out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS, Wallace Paiva Junior. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria Geral e Princípios de Direito Administrativo**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRARI, Regina Maria M. Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

HORA, Marco Aurélio Senko. **A relativização da supremacia do interesse público em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2011.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral**. 14ª edição Traduzido por Luís Afonso Heck. Barueri: Manoele, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª edição rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Editora Método, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; ALMEIDA, Isabel Arice Koboldt de. **Princípio do Estado de Necessidade Administrativo: concepção, fundamentos, justificativas e controle**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=88f0bf2899c59514>>. Acesso em: out. 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 25ª edição São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Cristiano. **Aplicação Prática do estado de necessidade no Direito Civil**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/56805/aplicacao-pratica-do-estado-de-necessidade-no-direito-civil>>. Acesso em: nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 91, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: nov. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nºs 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.