

# REVISITANDO O ESTADO DE NECESSIDADE

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA\*

## SUMÁRIO

1. O princípio geral de direito. 2. O regime. 3. Os pressupostos. 4. Os parâmetros de actuação. 5. Os limites. 6. O controlo. 7. O conceito.

### § 1. O PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO

1. O instituto da *necessidade administrativa* não é daqueles que dão lugar a uma jurisprudência abundante: o mais recente acórdão do Supremo Tribunal Administrativo referido pelo descritor “estado de necessidade” na respectiva base de dados informática data já de 2004. E esse aresto pouco discorre sobre a figura, visto que, no caso, ela nem sequer era invocada e se evidenciava liminarmente a sua não configuração. Interessa, apesar de tudo, esse acórdão, por definir *estado de necessidade*: “actuação sob o domínio de um perigo iminente e actual para cuja produção não haja concorrido a vontade do agente”. Sobre a escassa presença da figura na nossa jurisprudência, parece sintomática a circunstância de, para reportar a

---

\* Contributo para os Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral. Abril de 2010.

definição à sua produção jurisprudencial, o STA ter ido buscar um outro aresto proferido cinco anos antes<sup>1</sup>.

2. É de todos os tempos, e ultrapassa em muito o âmbito daquilo a que hoje chamamos Direito Administrativo, o reconhecimento de que as disciplinas estabelecidas pelo legislador a pensar em situações típicas têm de poder ser validamente afastadas, de modo pontual, perante situações inopinadas e passageiras, que tornam as regras estabelecidas materialmente inaplicáveis ou de execução contraproducente. É esse o imperativo expresso no milenar aforismo *salus populi suprema lex est*.

Como tantos outros princípios gerais de direito, o *estado de necessidade* é um princípio prévio à formulação legislativa. Assim, por exemplo, no Direito Administrativo brasileiro - em tantos pontos semelhante ao nosso -, apesar de não existir uma norma escrita enunciando com âmbito geral o princípio do estado de necessidade, a consolidação deste faz-se através de uma construção jurisprudencial que o extrai, dedutivamente, de outros princípios gerais de direito e, indutivamente, de institutos ou preceitos avulsos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Acórdão do STA, 1.<sup>a</sup> S., de 4.03.2004, Proc. 01353/03; Acórdão do STA, 1.<sup>a</sup> Secção, de 11.02.1999, Rec. 36.231.

<sup>2</sup> Entre os preceitos avulsos nos quais se considera aflorar a ideia normativa do estado de necessidade, contam-se aqueles que permitem a contratação de advogados sem licitação pela Administração Pública e a contratação por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público. Cfr. GOMES MIRANDA, Juliana, *Indícios De Uma Teoria Da Excepcionalidade Administrativa: A Juridicização Do Estado De Necessidade*, pp. 50, 51, 158. Trata-se de uma obra no prelo. As citações aqui feitas reportam-se à versão copiografada da dissertação de mestrado sustentada em provas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Ao longo dos séculos, a doutrina foi detectando o *estado de necessidade* como *princípio*, que se manifesta enquanto incorporado numa prática, que ele, ao mesmo tempo, explica através da evidenciação do significado normativo de certos elementos dessa realidade factual<sup>3</sup>. Desse modo, a realidade social surge impregnada pelo imperativo de preservar a licitude de condutas que, à partida, seriam desconformes com as directrizes deônticas provenientes do sistema jurídico. Assim sucede quando, por força de circunstâncias casuísticas, a observância das regras estatuídas provocaria um mal muito maior do que aquele gerado por (ou consistindo em) comportamentos abnormes. Como figura que transcende em muito o campo do Direito Administrativo, o estado de necessidade dá corpo ao artigo 339.º do Código Civil. Trata-se aí da permissão de destruir ou danificar coisa alheia quando com isso se remova o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. No Direito Administrativo, a lesão directa não recai sobre coisa alheia, mas sobre o interesse público de que a Administração observe as regras estabelecidas. Da conduta administrativa desconforme, resultarão, eventualmente, também, prejuízos em esferas morais ou patrimoniais individualizadas. Mas é fácil surpreender um desígnio comum entre o artigo 339.º do Código Civil e o artigo 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA): o de validar comportamentos que se desviam das normas em princípio aplicáveis para com isso evitar males manifestamente superiores àqueles em que consiste o formal

---

<sup>3</sup> Cfr. COLEMAN, Jules, *The Practice Of Principle: In Defence Of A Pragmatist Approach To Legal Theory*, Oxford: University Press, 2003, pp. 6 e 8.

incumprimento e que, eventualmente, forem causados por tal incumprimento.

A comum orientação teleológica dos artigos 339.º do Código Civil e 3.º, n.º 2, do CPA articula-se com um traço manifesto do Direito da pós-modernidade: o das crescentes limitações – postas pela complexidade das estruturas e das relações sociais – ao papel da lei formal como modelo dos comportamentos devidos ou proibidos. Em particular no âmbito do Direito Administrativo, este circunstancialismo motiva o legislador a, cada vez com maior frequência, conferir às normas o papel menos ambicioso de mera legitimação competencial e de simples enunciação de directrizes finalísticas, em vez do de fonte directa dos parâmetros substantivos de qualificação e de conformação das relações administrativas. A par de outros fenómenos e metodologias, o *estado de necessidade* reflecte os limites de possibilidade (e, por vezes, de deseabilidade) da capacidade de omniprevisão e omniestatuição do legislador contemporâneo e o imperativo de compensar esse “enfraquecimento” da lei graças a outras soluções jurídicas capazes de corresponder aos requisitos do Estado de Direito<sup>4</sup>.

3. Todos os sistemas jurídicos compreendem necessariamente normas estruturadas como princípios (e, portanto, não como regras). No tempo presente (sobretudo a partir do momento em que muitas Constituições assumiram um tecido material com peso equivalente ou superior ao das

---

<sup>4</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito Administrativo*, in: Tribunal Constitucional, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 132.

suas passagens organizatórias), a tendência é para a incorporação desses princípios no Direito escrito<sup>5</sup>. A positivação não faz com que o princípio deixe de o ser, mas raramente o acolhe na sua dimensão plena.

A positivação com maior latitude de abrangência faz-se, hoje, no n.º 2 do artigo 3.º do CPA. Este preceito possui um alcance mais vasto do que a formulação que se podia encontrar anteriormente no campo do Direito Administrativo geral: a do artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21.11.1967<sup>6</sup>. Sendo certo que, subjacente, estava em causa a actuação administrativa em estado de necessidade, o preceito visava apenas a indemnizabilidade dos danos causados a particulares. Implicitamente, resultava que se tratava de conduta lícita, mas a definição dos pressupostos incorria em tautologia (o implícito estado de necessidade consistia em sacrifício justificado pelo “caso de necessidade”). Por outro lado, a norma focava apenas os danos causados a particulares, mas não a preterição de regras jurídico-administrativa, da qual tais danos constituíam o reflexo. Em consequência de tudo isto, só muito implicitamente se poderia encontrar no preceito uma habilitação de comportamento administrativo desconforme. E, no entanto, à falta de melhor, era ele, no Direito Administrativo escrito, a base mais evidente para uma teoria do estado de necessidade administrativa<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *The Argument From Injustice: A Reply To Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 68-74.

<sup>6</sup> O texto do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48.051 era o seguinte: “Quando o Estado ou as demais pessoas colectivas públicas tenham, em caso de necessidade e por motivo de imperioso interesse público, de sacrificar especialmente, no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro, deverão indemnizá-lo”.

<sup>7</sup> MARCELLO CAETANO reconhece esse papel ao artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48.051, embora sem deixar de sublinhar que se trata de uma intersecção entre as teorias do

A formulação do n.º 2 do artigo 3.º do CPA aproxima-se mais do conteúdo e do âmbito do estado de necessidade enquanto princípio geral de direito administrativo. A essência da figura desloca-se do ocasionamento de danos a particulares (uma consequência eventual) para o aspecto central da preterição, sem efeito invalidante, de normas em princípio aplicáveis. O âmbito não é agora apenas o da responsabilidade administrativa, mas antes o da preterição de qualquer regra estabelecida no CPA. Trata-se de um espectro de matérias muito mais vasto, dado que, para além do regime do procedimento, ficam abrangidos os princípios gerais, o regime dos órgãos e os do regulamento, acto e contrato administrativo. E não apenas estes, visto que o estado de necessidade surge, correctamente, na sistemática do CPA, como uma vertente do princípio da legalidade, aplicando-se portanto, nos termos do artigo 2.º, n.º 5, “a toda e qualquer actuação da Administração Pública ...”.

4. O estado de necessidade é, pois, um princípio geral de direito administrativo, como vertente, ou subprincípio, do princípio da legalidade administrativa.

Esta ligação umbilical à legalidade administrativa não resulta apenas da inserção do preceito sobre o estado de necessidade no artigo dedicado pelo CPA àquele princípio fundamental. O ponto é que, por força da permissão normativa (escrita ou ínsita no sistema), a actuação em estado de necessidade não implica a rejeição da legalidade, mas sim, como

---

estado de necessidade administrativa e da responsabilidade administrativa por actos lícitos. Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, II, Coimbra: Almedina, reimpr. de 1980, pp. 1305-1309.

escreve ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, a adopção de uma *legalidade excepcional*<sup>8</sup>. Verificados os pressupostos, a competência, ou o procedimento, ou a forma ou o conteúdo da conduta administrativa ou, simultaneamente, alguns destes elementos, passam a ser disciplinados pelo regime jurídico do estado de necessidade, em vez de pelo regime geral, como meio necessário à salvaguarda de interesses essenciais tutelados pelo Direito. O princípio do estado de necessidade faz, como os restantes princípios gerais de direito administrativo, parte do *bloco de juridicidade*. Desempenhando um efeito de habilitação de conduta, o princípio valida as condutas permitidas que, nessa medida, não são ilegais. Não faria sentido a afirmação de que, através do estado de necessidade, o sistema jurídico permitiria a prática de um acto ilegal, ou seja, uma excepção à legalidade. Aquilo que normas jurídicas válidas permitam é automaticamente válido também. Agindo enquadrado na hierarquia de fontes, o legislador está para a validade dos comportamentos que permite (e para a invalidade daqueles que proíbe) como o Rei Midas para o ouro: o seu toque, traduzido na incidência da norma sobre a situação concreta, exerce o efeito validante (ou invalidante).

5. À primeira vista, poderia gerar-se a dúvida sobre a qualificação do estado de necessidade como princípio ou como regra jurídica. Dir-se-ia, a favor desta segunda qualificação, que, verificados os pressupostos, não haveria lugar para um comando de optimização, mas para uma simples aplicação subsuntiva traduzida no efeito de inaplicação do regime geral.

---

<sup>8</sup> Cfr. *Erro e Ilegalidade do Acto Administrativo*, Lisboa: Ática, 1962, p. 75.

Não é, no entanto, assim. O que caracteriza o princípio enquanto norma é a exigência de que um valor ou interesse seja realizado na mais extensa medida possível à luz das possibilidades jurídicas e fácticas. Dado que os princípios são comandos de otimização, podem variar os respectivos graus de aplicação, ao passo que as regras ou são cumpridas ou não. E, havendo concorrência ou colisão de princípios, os quais têm em geral o mesmo estatuto em abstracto, há que verificar qual o peso que cada um assume à luz das circunstâncias do caso concreto, estabelecer em função disso qual terá precedência e qual a medida em que o outro possa eventualmente ter alguma aplicação graças a uma relativa cedência do princípio prevalecente<sup>9</sup>.

Às operações de ponderação (*balancing*, em inglês; *Abwägung*, em alemão) podem ser convocados mais de dois princípios de cada vez. E alguns destes, em vez de substantivos ou materiais, poderão ser formais ou instrumentais, por servirem de *standards* à ponderação entre os restantes. É, por exemplo, o caso daquele princípio que nos diz que se não deve pôr de lado uma praxis consolidada de exercício de um poder discricionário sem boas razões<sup>10</sup>. Os princípios são formais quando não têm um conteúdo substantivo para regulação final das situações concretas, consistindo o seu papel na determinação do modo como o respectivo conteúdo haverá de ser determinado<sup>11</sup>. Ora, parece-nos ser esse o caso do princípio do estado de necessidade. Ele não aponta directamente a solução a contrapor à que é ditada pela norma preterida. A sua função

---

<sup>9</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *A Theory Of Constitutional Rights*, Oxford: University Press, 2002, pp. 47-56.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 416.



consiste antes em estabelecer um padrão normativo oposto ao da prevalência absoluta da legalidade administrativa na vertente da preferência de lei e em apontar os pressupostos de uma ocasional inaplicação.

Alguns de tais pressupostos estabelecem, por seu turno, a moldura para uma operação de ponderação: quando se diz que, para evitar a produção de um mal maior, o agente terá de sacrificar um outro valor jurídico<sup>12</sup>, pressupõe-se uma comparação do peso, à luz das circunstâncias do caso concreto, do interesse público tutelado pelo Direito e submetido a um perigo iminente e actual que a aplicação da norma ordinária não arreda e, até, eventualmente, agrava, por um lado, e dos interesses de segurança e certeza jurídica e de efectividade do *indirizzo* democrático respaldados pela preferência de lei, além dos interesses específicos eventualmente servidos pela norma a preterir, por outro lado.

Como princípio formal ou instrumental, o estado de necessidade concentra em si, em cada ponderação feita à luz de um caso concreto, o peso dos interesses que serve, o qual se contrapõe ao peso próprio e instrumental de outros interesses opostos aos primeiros, concentrados na moldura oferecida pelo princípio da preferência de lei.

6. Enquanto princípio geral de direito administrativo, o estado de necessidade constitui um ponto em que se cruzam *coordenadas sistémicas* conducentes a outros institutos ou segmentos de regime cruciais para a consistência do Direito Administrativo geral, nos planos organizatório, da

---

<sup>12</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, cit., p. 1306.

responsabilidade administrativa e da execução dos actos, dos contratos e das sentenças administrativas. Não queremos com isto excluir que possam existir outros, mas estes chegam para mostrar desde logo que o Direito Administrativo geral tende a ser conformado por uma ideia de limitação da rigidez gerada pela preferência de lei e é sensível à imprescindibilidade de fórmulas de flexibilização, conciliadoras entre a generalidade e abstracção dos comandos jurídicos e a ajustabilidade destes perante situações em que a sua observância se torna nociva à colectividade.

No plano do Direito Administrativo organizatório, sobressai a solução configurada no artigo 68.º, n.º 3, da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, sobre competências e regime jurídicos dos órgãos dos municípios e das freguesias (LAL). Nos seus termos, “Sempre que o exijam circunstâncias excepcionais e urgentes e não seja possível reunir extraordinariamente a câmara, o presidente pode praticar quaisquer actos da competência desta ...”. Trata-se, pois, da permissão da preterição de quaisquer *normas sobre competências* da câmara municipal a fim de poder responder, com urgência não compatível com a convocação extraordinária, a ameaças suscitadas, por circunstâncias excepcionais, a quaisquer interesses públicos a cuja realização se destinam os poderes do órgãos colegial. O estado de necessidade constitui a fonte de um poder de substituição pontual e de brevíssima duração<sup>13</sup>.

Ao contrário do que sucedia com o Decreto-lei n.º 48.051, de 21.11.1967, o actual Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31

---

<sup>13</sup> Cfr. PAULO OTERO, *O Poder De Substituição Em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático – Constitucional*, II, Lisboa: Lex, 1995, p. 392-399. .

de Dezembro, já não arvora autonomamente o dano causado pelo exercício de *poderes de necessidade*<sup>14</sup> em fonte específica de *responsabilidade administrativa*. A ausência de uma referência expressa justifica-se. Em primeiro lugar, não é um diploma sobre o regime da responsabilidade administrativa o assento próprio, em termos sistemáticos, para habilitar em geral a Administração a preterir, em estado de necessidade, os comandos legais normalmente aplicáveis. Em segundo lugar, nem sempre tal actuação causa danos a particulares. E, em terceiro lugar, porque o estado de necessidade é apenas um contexto entre outros para indemnização pelo sacrifício causado por acto lícito. A licitude do exercício de poderes de necessidade tem por fonte um princípio geral que se positiva no CPA. O interesse do artigo 16.º do RRCEE para a estruturação do estado de necessidade enquanto instituto do Direito Administrativo é o de deixar claro que os danos decorrentes para particulares do exercício de poderes de necessidade são indemnizáveis. A qualificação, no mesmo artigo, dos danos indemnizáveis como *especiais e anormais* coaduna-se perfeitamente com a essência da necessidade administrativa, porque esta é um meio de resposta a situações anormais e, traduzindo-se na inaplicação casuística da norma geral, quando gerar danos, não poderão estes deixar de ser especiais<sup>15</sup>.

O CPA não enuncia um regime autónomo dos *actos e operações materiais* da Administração enquanto forma típica de conduta administrativa que, na

---

<sup>14</sup> A expressão, feliz pelo seu sintetismo, é de JULIANA MIRANDA; *ob. cit.*, p. 7, entre outras.

<sup>15</sup> Sobre a aplicação aos danos causados em estado de necessidade do artigo 16.º do RRCEE sobre a indemnização pelo sacrifício, cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 305 s.

realidade, são. Compreende-se por isso que seja no âmbito de um preceito dedicado à execução dos actos administrativos – o artigo 151.º - que, no respectivo n.º 1, se situe uma proibição geral da prática de actos ou operações materiais, de que resulte limitação de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, sem a moldura prévia de um acto administrativo. E entenda-se igualmente que se abra uma excepção a tal proibição para o caso de estado de necessidade.

Existe um certo paralelismo entre a estatuição do artigo 3.º, n.º 2, e a do artigo 151.º, n.º 1, do CPA, se bem que o primeiro regule a prática de actos administrativos e o segundo a de operações materiais. Na verdade, ambos libertam a conduta administrativa de um vínculo que, em princípio, a emolduraria: o acto administrativo praticado em estado de necessidade não depende de norma ou normas jurídicas que em princípio se aplicariam; a operação material restritiva justificada pelo estado de necessidade poderá encontrar em si mesma os fundamentos da sua validade, visto que não terá de os haurir em acto administrativo antecedente. Em rigor, não estamos, porém, perante normas integralmente paralelas: esgotado o efeito próprio do artigo 151.º, n.º 1, que é o de dispensar a sequência procedimental entre acto administrativo habilitante e operação material, poderá o teor desta última ter de, ao abrigo da permissão do artigo 3.º, n.º 2, divergir de uma configuração normativa de aspectos materiais da operação por força da anormalidade

da situação. Teremos, então, uma aplicação sucessiva ou em cascata do princípio do estado de necessidade<sup>16</sup>.

Não é usual a consideração dos poderes do contraente público de *modificação unilateral das cláusulas do contrato administrativo* relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações, por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias exigentes (*Código dos Contratos Públicos - CCP -*, artigos 302.º, c), e 312.º, b)). E o mesmo se diga quanto ao paralelo *poder de resolução* do contrato por razões fundamentadas de interesse público (CCP, artigos 302.º, e), e 334.º, n.º 1)). Na verdade, porém, pelo menos naqueles casos em que diverjam, quanto à modificação ou à resolução, o interesse público de que é portadora a entidade administrativa contraente e os interesses do co-contratante e, ou, de terceiros em cujas situações se repercute a execução do contrato, não parecerá totalmente descabida a análise da decisão de modificação ou resolução com o contributo da teoria geral do estado de necessidade. O exercício destes poderes envolve a preterição da velha máxima *pacta sunt servanda*, reproduzida em termos adaptados no artigo 286.º do CCP. E, porque vinculativas também para o contratante público, as cláusulas do contrato administrativo surgem

---

<sup>16</sup> ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM observam, por seu turno, que, mesmo sem a possibilidade de organização de um procedimento, a prática de um acto administrativo antecedendo a operação material não se deverá considerar dispensada desde que ele possa ser emitido ao abrigo do regime próprio do estado de necessidade. Cfr. *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 721. Ver, também, CARLA AMADO GOMES, *Contributo Para O Estudo Das Operações Materiais Da Administração Pública E Do Seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 188 - 193.

englobadas no “bloco de juridicidade”<sup>17</sup>. O motor e a justificação da decisão terão de residir na superioridade do peso do específico interesse público incompatível com a continuidade do contrato (ou a sua continuidade no molde originário) em face do peso dos interesses na estabilidade do pactuado, também eles dotados de tutela jurídica. Dir-se-á haver aqui uma diferença básica em relação ao estado de necessidade porque, em vez de normas de habilitação em um tal quadro, os artigos 302.º, c) e e), 312.º, b), e 334.º, n.º 1, do CCP são, quando muito, normas excepcionais em face do dever de cumprir o contrato, sublinhado pelo artigo 286.º. Mas trata-se, no mínimo, de situações próximas, visto que, para poder prevalecer sobre o dever de cumprir (ou seja, de executar o contrato tal como estatuído), o interesse público subjacente à decisão de modificação ou de resolução não poderá ser um qualquer, mas terá de surgir nimbado da *essencialidade* requerida para que se confirme a necessidade de preterir aquilo que foi pactuado. E a situação em que se perfila o interesse público servido pelo *ius variandi* terá de se revestir também de *anormalidade*: a legítima expectativa do co-contratante e dos terceiros beneficiados pela execução do contrato é a de que este se mantenha estável até ao termo final pactuado. A decisão unilateral de o modificar ou extinguir prematuramente não poderá, por isso, ser algo com que se conte desde o início em cada contrato concreto. Só a verificação de circunstâncias que não sejam as comuns ao longo da execução daquele tipo de contrato administrativo constituirá pressuposto admissível.

---

<sup>17</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL (c. Colaboração de LINO TORRAL), *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra: Almedina, 2001, p. 48.

No regime geral do estado de necessidade, a exigência de *boa fé* significa a irrelevância do perigo iminente e actual imputável à Administração. Trata-se de um limite compreensível dos poderes em causa do contraente público. É certo que este contraente pode estar na origem de uma nova visão da essencialidade do interesse público relevante para efeito da modificação ou resolução: basta pensar nas situações de nova ponderação das circunstâncias existentes (CCP, artigo 312.º, b)). Mas, mesmo aí, não se desvanece o requisito da boa fé: ele significará, em face das particularidades da situação em causa, uma exigência de objectividade, na acepção de que a nova ponderação deva ser genuína e prévia à decisão de modificação, em vez de mera cobertura de uma decisão motivada pela vontade de afastar a incomodidade causada pela vinculação a estipulações contratuais<sup>18</sup>.

Creemos ainda que também a figura da *causa legítima de inexecução de sentença administrativa*, quando constituída por excepcional ou grave prejuízo para o interesse público, representa uma ramificação do instituto do estado de necessidade. A Administração encontra-se vinculada ao cumprimento dos deveres que as sentenças lhe imponham, desde logo por imperativo constitucional (CRP, artigo 205.º, n.º 2). Mas uma velha experiência, primeiramente explicitada na jurisprudência do Conselho de

---

<sup>18</sup> Sobre a ponderação entre o princípio da prossecução do interesse público e o da protecção da confiança perspectivada já a propósito de um momento logicamente subsequente ao da decisão de modificar, que é o do dever de indemnizar sob a modalidade específica da reposição do equilíbrio financeiro inicial, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Propósito Do Regime Do Contrato Administrativo no "Código Dos Contratos Públicos"*, in: PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 34.

Estado francês<sup>19</sup>, mostra que, perante circunstâncias excepcionais, o mal causado pela execução a interesses dignos de tutela pode ser claramente superior ao benefício colhido com a materialização da injunção jurisdicional. Em vista disso, admite-se a legitimidade da imposição à parte vencedora do sacrifício da não execução, sob condição da substituição da tutela reconstitutiva pela tutela ressarcitória (Código de Processo nos Tribunais Administrativos - CPTA - artigos 45.º, 163.º e 178.º). Na letra dos dois primeiros preceitos, a terminologia difere: “excepcional prejuízo”, no artigo 45.º, n.º 1, e “grave prejuízo” no artigo 163.º, n.º 1. Dado que o legislador se refere a um só e mesmo requisito, teria sido preferível a uniformidade terminológica. E o adjetivo “excepcional” parece mais indicado do que o de “grave”, precisamente por nos encontrarmos perante uma modalidade de estado de necessidade: não se trata, aqui, de preterir as leis estatuídas para as condições normais (entre as quais a que impõe a execução das sentenças pela Administração) sempre que da sua execução resultem consequências negativas, mas de reservar a adopção de soluções inspiradas pelas circunstâncias do momento às hipóteses em que, da aplicação das primeiras, resultaria ferido um interesse público *essencial*. Retomando a qualificação usada no

---

<sup>19</sup> O “*grand arrêt*” do *Conseil d’État* que encabeça esta jurisprudência é o Acórdão *Couitéas*, de 1923. Em face das perturbações graves que suscitaria a expulsão de norte-africanos de terras de que se consideravam legítimos detentores desde tempos imemoriais, para demarcação de uma concessão a favor de um colono, e da conseqüente recusa de assegurar o concurso das forças armadas para executar uma decisão judicial de expulsão, o C.E. observou que, perante tais circunstâncias, o governo se tinha limitado a exercer os seus poderes de preservação da ordem e da segurança públicas. No entanto, desde que esta recusa perdurasse, o particular deveria ser indemnizado, cabendo ao juiz determinar a medida em que o encargo decorrente daqueles factos deveria incumbir à colectividade e não ao imediatamente afectado. Cfr. LONG/WEIL / BRAIBANT/DEVOLVÉ/GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10.ª ed., Paris : Sirey, 1993, pp. 238 s.



artigo 45.º, n.º 1, do CPTA, o prejuízo para o interesse público surge como “excepcional” quando o interesse em causa se destaque pela sua essencialidade. Isto significa, por outras palavras, que só em situações anormais, e não em situações correntes, se poderá enveredar pela inexecução<sup>20</sup>.

7. A conclusão (provisória) que se pode extrair das páginas antecedentes é a de que, no Direito Administrativo contemporâneo, o estado de necessidade não é um meio de intervenção jurídica circunscrito a situações sociais extremas – como o estado de guerra ou as calamidades naturais – com as quais anda frequentemente associado. A ideia que lhe preside 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. A essência do estado de necessidade reside, pois, num comando jurídico, com natureza de princípio, ele também uma vertente do princípio da legalidade. Esse comando tem por objecto a permissão, ou mesmo o dever, de ponderar, com emprego das máximas

---

<sup>20</sup> Como escrevem AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, colocando-se claramente sob a perspectiva do estado de necessidade (embora o não mencionem), “O afastamento dos deveres a cujo cumprimento a Administração estaria, à partida, adstrita, só é, naturalmente, admissível ... em *situações-limite*”. Os Autores referem-se à modalidade de causa legítima de inexecução do *grave* prejuízo para o interesse público na execução da sentença, no artigo 163.º, n.º 1, do CPTA. Cfr. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 933. A permissão normativa da inexecução da sentença administrativa é referida como afloramento do princípio do estado de necessidade em: SÉRVULO CORREIA, *Legalidade E Autonomia Contratual Nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 283.

de proporcionalidade, entre a adesão ao princípio da preferência de lei e a admissão de exceções, a fim de evitar decisões totalmente desrazoáveis, lesivas de interesses essenciais da colectividade e, portanto, contrárias à ideia de Direito que preside ao bloco de juridicidade administrativa. O *princípio do estado de necessidade* aflora em todos os grandes planos do Direito Administrativo geral: do Direito organizatório, ao Direito das formas típicas de conduta administrativa (acto administrativo, contrato administrativo, operações materiais), do Direito do procedimento administrativo ao Direito do processo administrativo. Ele enquadra-se, também, como uma entre várias manifestações, na tendência contemporânea para, em número crescente de situações, o sistema jurídico se auto-conter a um papel de habilitador de condutas delineadas em função de directivas finalísticas e *standards*, como o da proporcionalidade, deixando o aplicador administrativo ou judiciário a densificação concretizadora.

O breve exame levado a cabo até este momento evidencia a adequação do princípio do estado de necessidade às ideias estruturantes dos grandes sectores do Direito Administrativo geral. Como factor de interdependência, serve à reflexão prospectiva e à construção sistémica deste ramo de Direito. O nosso exame mostra também que o princípio preside à inaplicabilidade ocasional de normas administrativas de todo o tipo: organizatórias, de procedimento, de regulação substantiva e de processo administrativo. Nas páginas seguintes, veremos como a Teoria geral da necessidade administrativa permite compreender melhor alguns aspectos de institutos conexos, do mesmo passo que a reflexão sistémica

nestes baseada projecta alguma luz sobre perfis mais obscuros do regime do estado de necessidade.

## § 2. O REGIME

8. O acolhimento do valor normativo da ideia de estado de necessidade implica em seu redor a arquitectura de um regime mínimo, que clarifique tanto os pressupostos de aplicabilidade quanto os efeitos de direito, ou seja, os termos em que se traduzirá a supremacia da justiça material sobre o legalismo formalista. A prevalência de um Direito mais justo e funcional para as circunstâncias excepcionais em detrimento do ditame da lei geral e abstracta desmente, designadamente no âmbito do Direito Administrativo, a velha máxima *dura lex, sed lex*. Mas, para que não nos quedemos sob o arbítrio do decisor, necessário se torna dispor de parâmetros normativos para determinar em que condições a lei geral se torna insuportavelmente “dura” e até onde se pode caminhar, quando assim suceda, ao encontro de parâmetros alternativos de juridicidade para a conformação da situação anormal. Sendo uma figura incontornável, o estado de necessidade administrativa carece de um tratamento dogmático cuidadoso: trata-se, por certo, de uma das poucas áreas do Direito em que os fins justificam os meios. Assim sendo, o essencial será uma elaboração jurisprudencial e doutrinária que permita distinguir entre meios legitimados e os restantes e reconduza os primeiros às duas coordenadas de sempre no Direito Administrativo: a tutela dos direitos dos

particulares em face do exercício do poder e a promoção das condições de eficiente realização dos interesses públicos.

9. Constituindo o estado de necessidade um dos paradigmas de um sistema de direito administrativo aberto, que não pretende encerrar nas suas normas toda a visão da realidade a conformar e todo o sentido dessa conformação, também o preenchimento, em cada caso concreto, da *norma de necessidade* requererá do aplicador uma série de exercícios de apreciação valorativa, prognose e ponderação. Deste modo, o regime mínimo não pode assentar nem no elencamento de pressupostos tipificando situações de facto, nem na estatuição de efeitos de direito específicos. Pelo contrário, tanto no plano da previsão (*factispecie* ou *Tatbestand*), como no da determinação dos efeitos de direito a produzir, o elemento nuclear reside em *ponderações* levadas a cabo segundo as máximas (ou algumas delas) em que se desdobra o princípio da proporcionalidade.

Os pressupostos abstractos que formam a estrutura da *previsão* confluem para uma pesagem entre dois males. De um lado, perfila-se o mal resultante de se aplicar a uma situação anormal a regra que sobre esta tendencialmente continua a incidir, não obstante o preceito haver sido concebido em função de situações normais. Do outro lado, avulta o mal da inobservância dessa vertente do princípio da legalidade administrativa que é a *preferência de lei*, ou sejam, os inconvenientes que sempre decorrem de uma actuação administrativa *prima facie contra legem*.

No lado da *estatuição*, ou determinação dos efeitos de direito da *norma de necessidade*, haverá que proceder também a uma ponderação visando a

escolha do conteúdo do *poder de necessidade* a exercer. Assim será, pelo menos, naqueles casos em que a alternativa se não coloque em termos simples de sim ou não (cumprir ou não um certo requisito procedimental, por exemplo).

É, no entanto, manifesta a indissolubilidade das ponderações a levar a cabo nos planos da previsão e da estatuição: a comparação entre os custos ou inconvenientes de cumprir rigidamente a legalidade ordinária ou de enveredar para uma actuação de necessidade depende também de uma avaliação da essência e dos efeitos da medida que irá dar corpo ao poder de necessidade.

### § 3. OS PRESSUPOSTOS

10. A expressão *estado de necessidade* corresponde a uma *cláusula geral* em que, para efeito de condicionar uma actuação administrativa, se espelha uma situação da vida caracterizada pela anormalidade. Na destriça dogmática dos seus elementos essenciais, a jurisprudência desempenha um papel imprescindível. Mas, a essa avaliação, por essência casuística, da relevância normativa de componentes que se manifestam na dimensão material, segue-se o esforço doutrinário dos “fazedores de sistemas”. Da teorização justificativa de uma *legalidade excepcional* resulta a identificação de *pressupostos*, que constituem categorias abstractas às quais se haverão de reconduzir os factores da situação real da vida. No artigo 3.º, n.º 2, do CPA, o legislador preferiu não definir *estado de necessidade*, deixando assim uma cláusula totalmente aberta à densificação jurisprudencial e

doutrinária. Parafrazeando MARCELLO CAETANO<sup>21</sup>, o já referido Acórdão do STA de 4.03.2004 (a última pronúncia deste Tribunal que nos foi dado encontrar sobre a figura) define-o como *actuação sob o domínio de um perigo iminente e actual para cuja produção não haja concorrido a vontade do agente*.

Convém atentar em que se justificam *dois conceitos concêntricos de estado de necessidade*. Com o mais amplo, proceder-se-á a uma síntese do próprio instituto, estruturado em termos de *factispecie* (previsão de uma situação tipificada) e de efeitos de direito a produzir em face dela. Embora imperfeitamente, a definição transcrita fá-lo, porque abre a porta a uma actuação, não se cingindo à descrição da situação em consideração da qual se permite um comportamento. Mas, em sentido mais restrito, o *estado de necessidade* é precisamente essa situação típica. E é desta que, por ora, nos ocuparemos, procurando elencar os pressupostos da habilitação para a inaplicação de uma norma jurídica administrativa injuntiva.

11. À nossa posição metodológica anticonceptualista, repugna tomar as definições como ponto de partida da destrinça dos filões dogmáticos: a definição deve representar a síntese de um instituto jurídico, ou de alguma sua parcela, e não a respectiva pré-compreensão desinserida do tecido normativo. Há, no entanto, que reconhecer o problema colocado pela escassez de material normativo, um problema comum aos princípios gerais de direito que o legislador menciona mais do que densifica. É, por isso, da análise da razão de ser da figura, apoiada, aqui ou ali, em aspectos

---

<sup>21</sup> *Manual de Direito Administrativo*, II, cit., p. 1305.

dos seus afloramentos normativos positivos e da sua praxis aplicativa, que se extrairão os componentes da situação, isto é, daquele estado, (no sentido de estado de coisas) de interesses e valores capaz de tornar imperativa, à luz da ideia de direito, a preterição, na conduta administrativa, das regras jurídicas estabelecidas.

Esses *pressupostos*, cuja reunião forma o *estado de necessidade* enquanto situação típica, são os seguintes:

- perigo iminente e actual,
- para um interesse público essencial,
- causado por circunstância excepcional,
- não provocada pelo agente,
- só contornável ou atenuável pela inaplicação, pela Administração, de regra estabelecida.

12. “*Perigo iminente e actual*” era, como vimos, uma ideia utilizada pela doutrina clássica (MARCELLO CAETANO) e da qual continua a socorrer-se o STJ.

O *perigo* consiste num risco objectivo de lesão ou ofensa, ou seja, na probabilidade razoável de que o evoluir de uma situação presente conduza ao resultado lesivo.

A qualificação do perigo como *iminente* introduz a noção de *urgência* no estado de necessidade. A urgência significa que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos. É, por outras palavras, indispensável que não haja tempo para tentar com probabilidade de êxito uma solução que

não implique a preterição de norma vigente no caso concreto: na ponderação entre princípio da preferência de lei e princípio da legalidade excepcional, o primeiro prevalecerá, a menos que não haja qualquer possibilidade de conciliar a sua observância com a salvaguarda do interesse público essencial. A urgência significa a “exigência do imediatamente” e a recusa da realização diferida<sup>22</sup>. No estado de necessidade, a urgência não vale como estado de espírito do agente, mas como situação determinável através de um raciocínio de prognose repetível e infirmável. Não é, assim por acaso que, no n.º 3 do artigo 68.º da LAL, o legislador circunscreve a preterição das competências da câmara municipal pelo respectivo presidente à verificação de “circunstâncias ... urgentes”.

Mas, além de iminente, o perigo deverá ser *actual*. As duas qualidades são conexas, mas não se confundem. Na teoria do estado de necessidade, a actualidade do perigo vale sobretudo como transitoriedade ou ocasionalidade. Não se trata de uma situação permanente, que ao legislador caberá enfrentar com medidas gerais e abstractas, mas de algo que se cristaliza no presente de uma situação concreta. Por outro lado, também não releva o perigo que se estima que só possa vir a colocar-se mais tarde, porque um tal juízo de probabilidade não tem peso para justificar a inaplicação da lei no momento presente. Só a existência concretizada das circunstâncias que poderão conduzir à ofensa justifica a decisão de inaplicar a lei.

---

<sup>22</sup> Cfr. DA FONSECA, Isabel Celeste, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 124.



13. *Perigo para um interesse público essencial* significa a necessidade de qualificar o interesse público em risco.

A essencialidade do interesse público a preservar pressupõe logicamente, que se trate de interesse juridicamente tutelado. Mas não será a preservação de qualquer interesse juridicamente tutelado da colectividade que justificará que, em nome da sua preservação contra uma lesão previsível, se postergue o Direito estatuído. Esse interesse deverá ter um peso tal que possa, à luz das circunstâncias do caso, prevalecer sobre o interesse à legalidade na vertente da preferência de lei, a qual proíbe as decisões administrativas *contra legem*. Este último prende-se, nomeadamente, com valores como os da certeza e segurança jurídicas e o princípio democrático, que implica a sujeição da actividade administrativa ao *indirizzo* do legislador democraticamente legitimado. Para poder prevalecer, ainda que ocasional e pontualmente, contra uma tal carga jurídico-constitucional, o interesse público em causa deverá reportar-se a aspectos essenciais da vida colectiva. A jurisprudência francesa começou por identificar como bens tuteláveis a tal propósito a ordem pública e o funcionamento dos serviços públicos<sup>23</sup>. Mas a tipologia de origem jurisprudencial nunca poderá proporcionar um elenco exaustivo. O que será necessário é que, para além de ancorar dogmaticamente a sua essencialidade na proveniência constitucional da tutela, o interesse

---

<sup>23</sup> Cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, I, 13.<sup>a</sup> ed., Paris : L.G.D.J., 1994, p. 608.

público em causa mereça, à luz das circunstâncias, a conclusão de que a interferência contra ele resultante da aplicação das regras estatuídas seria mais séria ou forte do que o efeito negativo que se produziria sobre os valores e bens protegidos pela legalidade ordinária em caso de não-aplicação<sup>24</sup>.

14. *Perigo causado por circunstância excepcional*, significa que a permissão dada à Administração para ignorar na sua conduta o comando de regras estatuídas não pode resultar de uma simples avaliação positiva quanto à instrumentalidade da conduta anormalmente relativamente à preservação do interesse público em causa. É, ainda, indispensável que a situação se enquadre num condicionalismo social que não corresponda ao habitual. A *excepcionalidade* significa para este efeito também *anormalidade*: o Estado de direito democrático não se compaginará com a normalidade do incumprimento da lei estatuída, porque ela contenderia com a separação de poderes, o imperativo de respeito dos direitos dos cidadãos e a certeza e segurança no tráfego jurídico. Mas, ao contrário do que ainda se faz em França (o berço da “teoria das circunstâncias excepcionais”), a excepcionalidade das situações não deverá ser tomada como sinónimo apenas de conjunturas cataclísmicas, como a guerra, as catástrofes naturais ou as sérias perturbações sociais<sup>25</sup>. Aquilo que importa é que a exegese das normas preteridas revele com segurança que elas terão sido concebidas para regular situações habituais da vida social, e não outras

---

<sup>24</sup> Sobre esta metodologia da ponderação, v. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 405s.

<sup>25</sup> Cfr. TRUCHET, Didier, *Droit Administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris : PUF, 2009, p. 213.

que, cabendo formalmente no seu âmbito de incidência, se revistam também de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral.

Isto mesmo se aplica também à previsão, no artigo 68.º, n.º 3, da LAL, do exercício, pelo presidente, de competências da câmara municipal, quando circunstâncias *excepcionais* o exijam. São, afinal, circunstâncias perante as quais não teria feito sentido continuar a reservar a competência ao órgão colegial, quando não existem condições para o fazer funcionar.

15. O *princípio da boa fé*, a que a Constituição hoje expressamente sujeita a Administração, não é consentâneo com a aplicação do regime do estado de necessidade a situações provocadas pelo próprio ente ou órgão administrativo, que, assim, delas se pudesse servir para voluntariamente se eximir à lei geral. O princípio do estado de necessidade é, a par do princípio da boa fé, um fruto, ou instrumento, do *valor da materialidade subjacente*<sup>26</sup>. Mas a permissão de outra conduta que não a formalmente prescrita deixaria de se coadunar com uma exigência de verdade material quando pudesse resultar de uma manipulação das circunstâncias pelo agente. Com o atentado à verdade material, distorcer-se-ia a necessidade e violar-se-ia paralelamente a boa fé.
  
16. Um último pressuposto do estado de necessidade reside na *adequação* da inaplicação da regra estabelecida. A invocação da adequação, como

---

<sup>26</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, cit., p. 138.

máxima de proporcionalidade, significa um juízo sobre a funcionalidade ou instrumentalidade da não-aplicação das regras estatuídas quanto ao preenchimento do objectivo do afastamento ou, ao menos, da atenuação, do perigo iminente e actual para um interesse público essencial. Sem essa funcionalidade, a preterição da legalidade ordinária perderia justificação.

#### § 4. OS PARÂMETROS DE ACTUAÇÃO

17. Dificilmente se encontrará uma estatuição com maior abertura do que a do princípio - norma do estado de necessidade. Se abstrairmos de afloramentos específicos, o *efeito de direito* em causa consiste tão só na permissão da preterição de regra estabelecida. O texto do n.º 2 do artigo 3.º do CPA é a esse respeito bem elucidativo. Abstraindo por agora da referência ao dever de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade administrativa, a letra do preceito apenas acrescenta, como requisito de validade do acto administrativo praticado em estado de necessidade, que “os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo”. Esta passagem é obscura. Um análise crítica logo mostra que se não pode tratar de todos e quaisquer resultados visados pelo acto concreto. Dada a razão de ser do instituto, há que entender “os seus resultados” como a concretização de fins visados pelas normas preteridas. Esta adstrição finalística do poder de necessidade à norma preterida constitui uma delimitação do âmbito admissível para o sentido da decisão. Mas não o define por si só.

Numa parte significativa dos casos, o sentido da decisão resultará da natureza da norma preterida. Assim sucederá quase sempre quando se trate de preterir normas de competência, de procedimento ou de forma. Tratar-se-á então de assunção a título excepcional da competência pelo agente (caso da substituição da câmara municipal pelo respectivo presidente, nos termos do artigo 68.º, n.º 3, da LAL), ou de agir de modo informal (caso do artigo 151.º, n.º 1, do CPA). Noutras hipóteses, a preterição traduzir-se-á pura e simplesmente em conduta omissiva, como sucede com a inexecução da sentença administrativa (artigos 45.º, 163.º e 175.º do CPTA), sem prejuízo, naturalmente, do dever de indemnizar.

A complexidade aumenta quando se trata do afastamento de uma norma sobre o conteúdo do acto, havendo então que encontrar um outro conteúdo, adequado em termos de legalidade excepcional<sup>27</sup>. Na jurisprudência do Conselho de Estado francês, podem recensear-se a este propósito decisões como as de requisição, ordem de abandono de um local, actos de polícia e outras restrições de liberdades individuais<sup>28</sup>.

A ausência de directivas normativas quanto ao conteúdo dos poderes de necessidade é compensada pela força estruturante do *princípio da proporcionalidade*. Este enquadra através das suas três vertentes a conduta administrativa sob invocação de necessidade. Isso significa desde logo que o comportamento adoptado se não pode mostrar funcionalmente inadequado à preservação e promoção dos interesses públicos que deixaram transitoriamente de poder ser servidos pela conduta decorrente

---

<sup>27</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 283.

<sup>28</sup> Cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, I, cit., p. 610 ; CHAPUS, *Droit administratif*, I, 15.ª ed., Paris : Montchrestien, 2001, p. 1088.

das normas permanentes. Acresce – como aliás resulta da própria denominação do instituto – que o comportamento adoptado tem de ser o necessário em face da inoperância dos poderes ditados pelas normas vigentes. Como imperativo de proporcionalidade, a necessidade manifesta-se segundo duas vertentes, conexas mas distintas. Os poderes excepcionais só surgem porque, sem a alternativa que representam, os interesses públicos visados pelas normas de incidência habitual quedariam desprotegidos. E esses poderes só poderão ir até ao ponto em que tais interesses passem a estar salvaguardados. Por outro lado ainda, os poderes de necessidade terão de ser razoáveis ou proporcionais em sentido estrito: os novos inconvenientes que da sua execução devam resultar não poderão ter uma amplitude susceptível de neutralizar os benefícios esperados.

Perante as circunstâncias da necessidade, a metodologia assente no princípio da proporcionalidade estabelece uma *ponte obrigatória entre previsão e estatuição*, ou seja, entre o juízo sobre a existência do estado de necessidade e a escolha do sentido da decisão excepcional. Em rigor, a decisão de agir com preterição da norma estatuída não pode ser tomada por si só: o balanceamento entre custos e benefícios da preterição da norma estatuída passa necessariamente pelo exame das virtualidades da solução alternativa quanto à salvaguarda do interesse público essencial em risco.

18. Como parâmetros da actuação em estado de necessidade, valem, a par da proporcionalidade, a *transitoriedade da actuação* e a *indemnização pelo sacrifício*.

O estado de necessidade não se confunde com a caducidade da norma preterida, ou seja, a cessação da sua vigência por terem desaparecido os pressupostos da sua aplicação. Não há (aqui) extinção da norma pelo desaparecimento do seu objecto mas, tão só, a absoluta inconveniência da sua aplicação a um caso concreto ou a um feixe de casos temporalmente delimitados<sup>29</sup>. Em caso de caducidade de uma norma jurídica administrativa, haverá, então, que procurar no sistema a norma ou normas que passam a abranger, com generalidade e abstracção, o tipo de situação na sua incidência.

19. Se os afectados pelo exercício dos poderes de necessidade não poderão, devido à licitude deste, contar com a tutela jurisdicional anulatória ou injuntiva contra ofensa ilegal de posições subjectivas, deverão poder contar com a *tutela indemnizatória*. Para que assim seja, será naturalmente necessário que a intervenção de poderes de necessidade (em lugar dos poderes comuns) seja especificamente causadora de encargos ou danos especiais ou anormais para certos particulares. Em tais hipóteses, a igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos imporá a indemnização dos sacrificados em prol da preservação da *salus publica*. Trata-se, no fundo, de mais uma situação em que tem lugar a *indemnização*

---

<sup>29</sup> Cfr. JULIANA MIRANDA, *Indícios De Uma Teoria De Excepcionalidade Administrativa*, cit., pp. 128 e 129.

*pelo sacrifício, ou seja, a compensação pela ocorrência de danos eventualmente resultante da prática de actos administrativos legais ou de operações materiais lícitas da administração, que sacrifiquem, de acordo com parâmetros de juridicidade, interesses particulares ao interesse público.*

## § 5. OS LIMITES

20. Pela negativa, conta ainda como parâmetro do conteúdo dos poderes de necessidade a *proibição de afectação dos Direitos Fundamentais que, nos termos do artigo 19.º, n.º 6, da CRP, não possam ser constrangidos mesmo em caso de declaração do estado de sítio ou de estado de emergência*. Trata-se de limites absolutos de suspensão, mesmo em casos de *necessidade constitucional*, ou seja, de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública. Estas situações provocarão também, quase inevitavelmente, necessidade administrativa, não se vendo que interesses públicos a prosseguir através da actividade administrativa possam justificar restrições ainda mais severas do que as que se destinem a restabelecer a normalidade constitucional<sup>30</sup>.

Isto significa que nenhum de tais direitos poderá ser levado à ponderação com interesses públicos alegadamente preservados pelo exercício de poderes de necessidade. Ainda que parcialmente, não poderão ser aqueles

---

<sup>30</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 164 a 169.



direitos sacrificados para efeito da enunciação de fórmulas de concordância prática. Quanto aos outros, serão passíveis de restrição, mas a observância a tal propósito dos requisitos do regime geral dos Direitos Fundamentais terá, ela também, a natureza de parâmetro de juridicidade do conteúdo dos poderes de necessidade.

## § 6. O CONTROLO

21. A compatibilidade da figura e do regime do estado de necessidade com o princípio do Estado de Direito depende também essencialmente da sua sujeição a mecanismos de *accountability*.

Em primeiro lugar, merece uma curta menção o *controle político*. A decisão administrativa de agir com preterição das normas estatuídas contende formalmente com o *indirizzo* democrático. É, pois, necessário que os órgãos competentes analisem as razões materiais da decisão e a real instrumentalidade desta em relação com o interesse público essencial que se pretende proteger. Um bom exemplo dá-no-lo, mais uma vez, o artigo 68.º, n.º 3, da LAL, quando subordina a validade das decisões do presidente no exercício excepcional de competências da câmara municipal a uma ratificação do órgão colegial.

22. Essencial à compatibilidade da necessidade administrativa com o Estado de Direito é, por seu turno, o *controle jurisdicional*.

É certo que os *pressupostos* do estado de necessidade se traduzem em conceitos indeterminados, preenchíveis através de juízos de valor (*essencialidade* do interesse público a preservar) ou de prognose (*perigo*). Habitualmente, quando o legislador tipifica com emprego de conceitos jurídicos indeterminados os pressupostos de uma certa conduta administrativa – designadamente sob a forma de acto administrativo – ele reserva por esse meio à Administração uma *margem de livre apreciação*, em cujo exercício não deve o juiz substituir-se, cabendo-lhe tão só controlar a “legalidade externa” (competência, procedimento e ausência de erro de facto) e a legalidade substantiva decorrente dos princípios fundamentais da conduta administrativa (em particular, a idoneidade ou adequação enquanto máxima de proporcionalidade no juízo de avaliação).

Quanto à *estatuição* da norma sobre o estado de necessidade, ela caracteriza-se por uma abertura praticamente total, quando se trata de ignorar uma norma de *legalidade ordinária* que dite o sentido material de uma conduta administrativa. A *legalidade alternativa* passa apenas pela permissão abstracta de uma conduta diferente da legalmente estabelecida sem a tipificar. Em geral, nas normas jurídicas administrativas, a abertura da estatuição (ou “lado dos efeitos de direito” – *Rechtsfolge*seite, em alemão) é considerada como fonte de discricionariedade. Isso significa mais uma vez a natureza limitada do controlo jurisdicional, que incide sobre as “zonas de legalidade” do acto administrativo, mas não envolve um poder de substituição no exercício das opções em que a discricionariedade se traduz.

Ora, o *paralelismo estrutural* entre o *estado de necessidade*, a *margem de livre apreciação* e a *discricionariedade administrativa* é patente. No caso da *discricionariedade*, a proximidade aumenta ainda se tomarmos em conta uma nova modalidade, detectada em anos recentes pela jurisprudência germânica em algumas soluções arquitectadas pelo legislador. Referimo-nos à *intendiertes Ermessen* (“poder discricionário orientado” na tradução para francês de MICHEL FROMONT). Trata-se da concessão, pelo legislador, de uma *discricionariedade parcial* ou “*meia discricionariedade*”, visto que o preceito esquematiza qual seja o sentido em geral pretendido para a conduta administrativa, mas admite que, excepcionalmente, o aplicador decida de outro modo à luz da incongruência entre o sentido normativo da decisão e as circunstâncias do caso<sup>31</sup>.

Estas situações de fronteira, em que a Administração deve normalmente fazer algo que o legislador lhe prescreve, mas se encontra ao mesmo tempo habilitada por este para agir diferentemente em casos excepcionais, ficando então ao seu critério a determinação do sentido da conduta, chamam a atenção para a proximidade das figuras do estado de necessidade e da *discricionariedade* em Direito Administrativo. Polarizando-as em conformidade com as suas características mais comuns, a diferença entre elas consiste em que, na *discricionariedade*, o legislador prescinde em regra de programar o conteúdo da conduta

---

<sup>31</sup> Sobre esta “nova figura jurídica” e a perplexidade por ela causada em certos sectores da doutrina, v., a título de exemplo: KOCH/RUBEL/HESELHAUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., München: Luchterhand, 2003, p. 215; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 2006, p. 137 e a tradução para francês, por MICHEL FROMONT, de uma edição anterior da mesma obra: *Droit Administratif Allemand*, Paris: L.G.D.J., 1994, pp. 129 e 130.

administrativa correspondente a certa situação que tipifica, ao passo que, no estado de necessidade, se trata apenas de permitir que uma conduta legislativamente determinada para certo tipo de situação possa, em razão da excepcional mas intolerável disfuncionalidade do regime legal, ser substituída por outra não determinada.

Dir-se-ia que a afinidade estrutural que a abertura da estatuição gera entre estado de necessidade e discricionariedade administrativa ganha vigor acrescido graças à modalidade de discricionariedade consistindo na *intendiertes Ermessen* (que, numa tradição não literal, preferiríamos traduzir por *discricionariedade excepcional*). Esta nova figura dogmática aproxima-se muitíssimo do estado de necessidade, visto que, em ambos os institutos, se trata de substituir casuisticamente o regime geral por uma solução *ad hoc*, devido à excepcional inadequação finalística daquele em face das características peculiares de uma situação concreta (ou de um feixe de situações concretas).

Mas, não obstante a abertura que caracteriza a norma de necessidade administrativa na previsão e, ainda mais, na estatuição, não cremos que esta possa ser considerada como uma modalidade da margem de livre avaliação e de livre decisão administrativa. A *diferença* reside, desde logo, na *natureza dos juízos que presidem à avaliação da situação como sendo de estado de necessidade* e, em consequência disso, à *determinação do sentido da conduta administrativa conteúdo do poder de necessidade*.

A razão de ser do princípio do estado de necessidade administrativa não é o deixar ao critério da Administração a opção entre a aplicação do Direito

legislado e a passagem para um plano de legalidade excepcional. O estado de necessidade concebe-se como um evento que se impõe como inelutável e força a agir de modo diferente do estabelecido, sob pena de lesão grave dos interesses essenciais visados pelas regras que normalmente se aplicariam. Trata-se de uma válvula de segurança, graças à qual o sistema jurídico salvaguarda a sua unidade teleológica e axiológica. Instrumentos de flexibilização do ajustamento do tratamento jurídico à realidade própria de cada situação concreta da vida, tal como os conceitos de *essencialidade* do interesse a proteger graças à opção por uma legalidade alternativa e do *perigo* que o ameaça, terão, para efeito de passagem ao estatuto do estado de necessidade, de ser concretizados não através de um raciocínio causal-teorético, mas sim de um raciocínio teorético-discursivo, ou seja, com emprego de uma metodologia conducente ao apuramento da única solução juridicamente correcta. Não haverá, pois, aqui, lugar, para opções entre várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro, das quais nenhuma objectivamente infirmável e todas elas juridicamente aceitáveis. O *perigo* não constituirá, a este propósito, o objecto de uma prognose fática, mas de uma densificação tipológica enunciada segundo uma metodologia interpretativa.

O mesmo se diga no tocante à operação de fixação do sentido da decisão a tomar quando se tenha concluído que a situação configura estado de necessidade. Também a este propósito, não seria correcto entender que a norma-princípio do estado de necessidade remete o sentido da decisão para o critério autodeterminado do aplicador administrativo. Em muitos casos, a invocação do estado de necessidade vem legitimar a preterição de regras de competência ou de procedimento. Nessas hipóteses, a

alternativa surgirá quase sempre circunscrita pela natureza das coisas a uma só conduta: preterir, omitindo-o, um procedimento que normalmente deveria ter sido observado; ser o órgão ou agente que, à luz das circunstâncias, tem capacidade de actuar imediatamente, a fazê-lo em lugar do titular da competência legal, que as circunstâncias factuais impedem de agir com a brevidade que se impõe. Em tais hipóteses, é patente que o estado de necessidade não abre um leque de alternativas ao dispor da entidade actuante. Já as coisas se não porão com a mesma nitidez quando se esteja perante a necessidade de adoptar um conteúdo de decisão administrativa diferente daquele que a lei prevê. Mas, também a este propósito, a conclusão que se impõe é de não haver, por parte da norma de necessidade, a atribuição ao agente do poder de proceder, segundo os seus critérios político-administrativos e de experiência, a uma ponderação de interesses de cuja hierarquização dependerá o resultado. A norma de necessidade é uma daquelas em que a barreira lógica entre previsão e estatuição se atenua fortemente devido à necessidade de extrair o sentido da decisão dos pressupostos que integram *ab initio* o *Tatbestand*. O quadro de pressupostos cuja junção forma uma situação de estado de necessidade é todo ele normativo: não cabe à Administração completá-lo segundo o seu critério com a junção de outros aspectos da realidade concreta por ela livremente escolhidos. A conclusão quanto ao sim ou não de um certo estado de necessidade resultará de, na situação em causa, se reunirem os pressupostos normativos da figura. Daqui resulta que o conteúdo do acto administrativo que o estado de necessidade impõe decorra objectivamente do modo como, no caso, estão preenchidos os pressupostos normativos. Ao contrário do que sucede no âmbito da

discricionariedade administrativa, não caberá ao aplicador qualquer liberdade de extrair da realidade outros factores alheios a um elenco incompleto de pressupostos normativos para, graças à sua inclusão numa operação de ponderação de interesses, encontrar de modo não arbitrário um sentido da decisão. A razão da impossibilidade (material ou axiológico-finalística) de uma actuação segundo o modelo legalmente estabelecido aponta de per si qual o sentido de decisão que em seu lugar se impõe como modo de preservar os interesses essenciais visados pelo legislador e cujo perigo de frustração o cumprimento formal da lei apenas viria concretizar.

Ora, tratando-se de um sentido de decisão a extrair do sistema jurídico segundo uma metodologia jurídica, ele é totalmente revisível e infirmável. Neste domínio, a última palavra cabe, portanto, na totalidade ao juiz. Ao contrário do que sucede com a discricionariedade, não existe, no estado de necessidade, uma zona de autodeterminação decisória que o juiz apenas possa controlar na medida em que se não trate de rever critérios metajurídicos de decisão.

## § 7. O CONCEITO

23. Em face da análise do estado de necessidade tal como ele emerge do nosso sistema jurídico, estamos, finalmente em condições de proceder a uma definição: *Estado de necessidade é a permissão normativa de actuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e actual para um interesse público essencial, causado*

*por circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade excepcional de tal conduta da observância de parâmetros de proporcionalidade e brevidade e da indenização dos sacrifícios por essa via infligidos a particulares.*