

MEIOS DE TUTELA PRIVADA¹

Tutela, Heterotutela e autotutela

I – Por *tutela* entende-se a proteção que é atribuída pela ordem jurídica às posições jurídicas dos sujeitos. Nestes termos, pode ser necessário disponibilizar mecanismos para que uma pessoa “faça valer” situações jurídicas que lhe são reconhecidas (p. ex. anular um negócio) e/ou acautelar a sua violação, ou ainda assegurar a reparação dessas mesmas situações jurídicas, se já tiverem sido lesadas (p. ex. o proprietário de um bem que tenha sido danificado, pode pedir ao autor da lesão, se tiver agido com ilicitude e culpa, uma indemnização pelos prejuízos causados – é a chamada responsabilidade civil (cf. artigos 483º e seguintes do Código Civil).

II – Como consequência e corolário lógico da institucionalização do Estado, atualmente, apenas o Estado poderá usar da força física para fazer Justiça e assegurar os direitos das pessoas; e também só a ele é legítimo reagir à violação do Direito. A regra é, portanto, a de que é ao Estado quem incumbe esse papel de tutela (através da polícia e das forças de segurança, dos tribunais...) – termos em que teremos um *predomínio da Heterotutela*, isto é, da tutela assegurada por outrem que não o titular das posições jurídicas defendidas.

Em certos casos porém, ainda que com carácter residual e extremamente limitado, continuam a ser admitidas formas de defesa do Direito e das situações jurídicas individuais pelos próprios sujeitos – fala-se então em Autotutela, Tutela Privada ou Justiça Privada.

Daremos nota, em especial, de três situações: i) a legítima defesa, ii) o estado de necessidade e iii) a ação direta.

¹ Todos os artigos sem indicação da fonte pertencem, se do contexto não se depreender o contrário, ao Código Civil Português de 1966.

Legítima Defesa, Estado de Necessidade e Ação Direta

1 – Relevância

I – Sempre que alguém recorra à força para assegurar ou defender uma situação jurídica própria, estará, por princípio, a “invadir” a esfera jurídica de um terceiro e a cometer um facto ilícito, de onde pode resultar a aplicação de uma sanção.

Assim, por exemplo, se A, trabalhador, danificar com um martelo, num acesso de fúria, todos os computadores da empresa de B, onde trabalha, comprometendo o seu funcionamento, comete um ilícito que pode gerar consequências a vários níveis:

- No plano civil, está obrigado a indemnizar B pelos prejuízos causados, intervindo assim o instituto da responsabilidade civil (arts. 483º ss). Essa indemnização, em princípio, traduz-se na reparação dos computadores ou na entrega de outros com as mesmas características (é a restauração natural, manifestação da sanção reconstitutiva, prevista no artigo 562º CC), mas pode ser substituída pelo pagamento de uma quantia em dinheiro nos casos previstos no artigo 566º CC (manifesta-se, então, uma sanção compensatória);
- No plano penal, foi cometido o crime de dano, previsto e punido no artigo 212º CP. ²Verificando-se os demais requisitos da responsabilidade criminal, poderá ser decretada a B uma pena de até 3 anos de prisão, ou uma pena de multa (manifestando-se, assim, uma sanção punitiva);
- No plano disciplinar, foi igualmente cometido um ilícito disciplinar, que, atendendo à sua gravidade e às demais circunstâncias do caso, poderá determinar, por parte do empregador (que detém poder disciplinar sobre o trabalhador) a decretação da sanção disciplinar correspondente ao despedimento com justa causa (artigo 351º, nº 2 especialmente a alínea e) CT). Temos, então, uma sanção punitiva.

O efeito da verificação (e do preenchimento de todos os pressupostos) de um meio de autotutela será assim a *justificação da conduta* do agente, operando-se a exclusão da sua ilicitude. Nestes termos, sendo a verificação da

² Podendo problematizar-se a existência de dano qualificado.

ilicitude, via de regra, condição necessária para a aplicação de sanções, não lhe poderá ser aplicada qualquer sanção. Isto quer dizer, muito simplifiadamente, que no plano civil, não será, em princípio,³ obrigado a indenizar os danos que causou (em sede de responsabilidade civil) e, no plano penal, não poderá ser condenado pela prática de crime algum.

II – Por regra⁴, a aplicação de uma sanção, quer no plano civil (através da figura da responsabilidade civil)⁵ quer no plano penal, depende, não só da **ilicitude** como também da existência de **culpa**⁶. Por isso, não se pode concluir logo que uma determinada atuação não é justificada se ela for ilícita, nomeadamente por não estarem preenchidos os pressupostos de nenhum meio de autotutela: é sempre preciso ver se, não obstante a ilicitude, ainda é possível excluir-se a culpa.

Assim, a par de causas de exclusão da ilicitude (os meios de autotutela estudados são algumas delas, mas existem mais⁷), existem também causas de exclusão da culpa:

- Para alguma doutrina, é o caso das situações próximas dos meios de autotutela mas que não preenchem todos os seus pressupostos: o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação (cf. artigo 338.º CC) e o “excesso de utilização” da mesma em certas circunstâncias (cf. artigo 337º/2). Outros Autores (cf. *infra*), porém, consideram que mesmo nessas hipótese se exclui a ilicitude;
- Independentemente das apontadas anteriormente existem outras, mais pacíficas na doutrina – a mais residual das quais é a chamada **desculpabilidade**. Esta permite a exclusão da culpa sempre que, em

³ Mas já poderá ser no caso de estado de necessidade – cf. art. 339º/2 1ª parte.

⁴ Há casos de responsabilidade civil sem culpa.

⁵ Cf. artigos 483.º ss.

⁶ Simplifiadamente, a ilicitude corresponde à violação de um dever jurídico; a culpa é o juízo de censura do Direito à pessoa que, com capacidade de entender e querer relativa aos seus atos, praticou certa atuação quando lhe era exigível que tivesse atuado de outra maneira, quando, de acordo com o comando legal, deveria ter agido de outra forma. Muito simplifiadamente, assim, quando se “desculpa” uma pessoa o que se faz é não a censurar, não lhe exigir que atuasse de modo diferente.

⁷ Em relação à responsabilidade civil temos ainda: i) o exercício de um direito (p. ex. se A tem licença para caçar no terreno de B, B não pode reclamar uma indemnização pelas peças de caça abatidas: há dano, mas não há ilicitude porque A tinha o direito de as abater), ii) o cumprimento de um dever (ex. médico que dispõe de unidades de sangue limitadas e opta por as administrar aos doentes com mais chances de sobrevivência não conseguindo salvar os outros) e o iii) consentimento do lesado (ex. um boxeur não pode pedir uma indemnização pelas violações da sua integridade física que sofra de outro, cumprindo-se as regras da modalidade, porque consentiu nelas).

face das circunstâncias do caso concreto, não fosse exigível a um indivíduo comportamento diferente daquele que adotou.

Um exemplo desta figura: suponha-se que um médico causa danos a um doente por não ter realizado uma cirurgia como deveria, mas que isso acontece porque, na sequência da uma calamidade, trabalhou 18 horas seguidas sem descanso adequado, prestando socorro aos sinistrados. Não pode invocar nenhum meio de autotutela que exclua a ilicitude mas, nas circunstâncias do caso em que trabalhava, o Direito não o pode censurar; não lhe seria exigível mais esforço/que atuasse doutra maneira.

Colocando-se um problema prático que combine a verificação (potencial) de vários meios de autotutela, o **preenchimento dos pressupostos do primeiro, excluindo a ilicitude da conduta, levará, em princípio, a que não já se preencham os pressupostos do segundo.**

Assim, por exemplo:

- Se A agride B para deter uma agressão deste, agindo em legítima defesa, qualquer resposta de B já não será em legítima defesa, visto que não haverá agressão ilícita à qual reagir (pois que, a legítima defesa teve, precisamente, o efeito de excluir a ilicitude);
- Se C se preparar para danificar uma coisa de D em estado de necessidade, este não poderá em legítima defesa, deter esta agressão contra o seu património, posto que não se trata de uma agressão ilícita.

Esta ideia de partida não é, contudo, uma “fatalidade” tendo sempre que verificar-se se, em face das circunstâncias do caso concreto, o preenchimento dos pressupostos de um meio de autotutela impede ou não que estejam preenchidos os de outro.

2 – Legítima Defesa

2.1 – Caracterização e situações típicas

I – Considera-se legítima defesa a atuação destinada a afastar uma agressão atual e ilícita, contra a pessoa ou o património, do defendente, ou de terceiro.

II – Como exemplos de situações típicas de legítima defesa podemos apontar os seguintes:

- a) A prepara-se para disparar sobre B, levando a mão ao bolso onde tinha a arma. B antecipa-se e dispara sobre a mão de A, evitando assim que este atire sobre ele;
- b) C desferiu um pontapé na mão de D, toxicod dependente que o assaltava empunhando uma seringa supostamente infetada;
- c) F avança sobre E com uma navalha preparando-se para o esfaquear; este antecipa-se desferindo-lhe um golpe na mão que faz a navalha voar.

III – São os seguintes os **requisitos da legítima defesa (artigo 337º/1)**:

- a) Agressão, contra a *pessoa* ou o *património*, do *agente* ou, de *terceiro*;
- b) Atual;
- c) Contrária à lei;
- d) Necessidade:
 - De defesa;
 - Do meio;
- e) Proporcionalidade.

O último dos requisitos é atualmente bastante controvertido pela doutrina, pelo menos na aceção que literalmente parece resultado do artigo 337º/1.

a) – A agressão será necessariamente uma conduta humana e consciente ou dominável pela vontade.

Ficam, assim, excluídos, **fenómenos naturais** e perigos representados por **objetos e animais** [i) p. ex., A destrói a tiros um objeto que, desgovernado, descia uma ladeira e acabaria por atropelá-lo: não há legítima defesa; ii) B acerta um barrote que encontra no estaleiro de uma obra sobre Tomix, um cão vadio que se preparava para morder C, sua filha: não há também legítima defesa] aos quais se poderá, eventualmente, reagir através de outro meio de autotutela como, p. ex., o estado de necessidade.

Ficam igualmente excluídos **comportamentos humanos inconscientes ou não domináveis pela vontade** (p. ex. A, sonâmbulo, durante o sono,

prepara-se para quebrar um vaso de propriedade de B; C, no decurso de um ataque epiléptico, estrebucha preparando-se para quebrar um objeto de D).

Entende-se que são domináveis pela vontade (sendo, conseqüentemente, passíveis de resposta em legítima defesa) aqueles comportamentos que, embora não resultem de uma vontade direcionada para a realização de uma agressão ou para a causação de um determinado prejuízo, mas para outro fim, o fazem ou podem vir a fazer. Por exemplo, quem circule em excesso de velocidade numa estrada dentro de uma localidade, para mostrar a sua perícia ao volante, não quer dizer que tenha vontade de atropelar um peão, mas pode fazê-lo. Conseqüentemente, não sendo a sua conduta inconsciente, mas dominável pela vontade, ela é passível de legítima defesa.

Mas, para efeitos de legítima defesa, já será possível responder a perigos representados por objetos e animais, **desde que tenham sido usados como instrumentos de atuações humanas**: aí, verdadeiramente é de quem os manobra que resulta a agressão (exemplos: i) A lança a B uma pedra, com o intuito de o ferir na cabeça; ii) C assola, Tomix, cão de fila, para que morda D) e é contra essa pessoa que há legítima defesa.

A agressão relevante para efeitos de legítima defesa poderá incidir tanto sobre bens pessoais, como sobre bens patrimoniais. E os pessoais incluem não só a vida, a saúde ou a integridade física, como outros bens relevantes e tutelados pelo Direito, como por ex. a imagem, ou a honra e o bom nome. Nesse caso, no entanto, podem colocar-se problemas com o requisito da proporcionalidade ou até com a atualidade da agressão (p. ex. se A esbofeteia B que insulta a sua mãe, é difícil conseguir pensar que o uso da força aconteça simultaneamente ao insulto; será sempre depois deste ser proferido, pelo que pode já não corresponder a legítima defesa mas a desforço).

Por último, a agressão pode revestir tanto a forma de uma **ação**, como de **uma omissão** – p. ex., é legítima defesa a atitude de quem coaja o motorista de um carro que se recusava a fazê-lo, a levar um ferido para o hospital: contanto que estejam preenchidos os demais requisitos – (assim, p. ex. MENEZES CORDEIRO, VAZ SERRA, PESSOA JORGE; contra: ANTUNES VARELA).

b) – Entende-se por atual a agressão que **esteja no momento a ocorrer** (p. ex., A, assaltante, está a pegar num colar de B, que vai furtar) e a aquela que seja **iminente** (p. ex. A prepara-se para disparar sobre B, levando a mão ao bolso onde tinha a arma. B antecipa-se e dispara sobre a mão de A, evitando assim que este atire sobre ele).

O requisito da atualidade permite excluir a legítima defesa contra **agressões já concretizadas e consumadas** – onde qualquer reação não passaria de vingança ou *desforço*, intoleráveis para o Direito – e contra **agressões futuras**, mesmo que planeadas e que o agente delas tenha conhecimento (suponha-se p. ex., que B e C planeiam matar A e este escuta). A ideia a reter é a seguinte: a legítima defesa visa repelir agressões, situações em que bens jurídicos tutelados pelo Direito são postos em perigo e não há forma de os acautelar com recurso aos meios jurisdicionais normais (ou, havendo, tal poderia agravar o perigo de lesão desses mesmos bens jurídicos): perante agressões perpetradas, *já não* se verifica qualquer *perigo* a afastar, cabendo aos mecanismos de heterotutela responder à violação do Direito realizada (p. ex. condenando o seu autor a reparar a situação do lesado através de uma indemnização, ou punindo-o pelo facto praticado); tratando-se de uma agressão futura/planeada, é sempre possível recorrer às autoridades competentes para evitar que ele se verifique (p. ex. avisar a polícia).

c) – A doutrina interpreta a referência a “contrária à lei” no artigo 337º/1 como exigência de ilicitude.

Haverá ilicitude sempre que a agressão que coloca em perigo bens jurídicos seja praticada violando normas e princípios jurídicos – i.e., em sentido lato, violando o Direito.

A ilicitude não tem que redundar necessariamente na prática de um crime, mas tem que consistir na violação de normas jurídicas destinadas a proteger o bem jurídico em jogo.

Deste requisito decorre que ninguém poderá reagir contra agressões lícitas em legítima defesa, nomeadamente, contra **diligências de poderes públicos** ablativas de direitos fundamentais mas **legalmente legitimadas** – e, por, isso, lícitas – (p. ex., não se pode agir em legítima defesa contra os agentes da polícia que executam um mandado de detenção ou que efetuam buscas e revistas judicialmente ordenadas) e contra **condutas já justificadas por outras de justificação/por outros meios de autotutela** (p. ex. ninguém

poderá agir em legítima defesa contra outra pessoa que já esteja a atuar em legítima defesa ou em ação direta: justamente, porque essa atuação é lícita).

Tendo presente que é objetivo da legítima defesa, mais do que a defesa de posições jurídicas individuais, a defesa da integridade da ordem jurídica, **a defesa do Direito, naquele momento colocado em causa na “pessoa do agredido”**,⁸ havendo ilicitude, é possível reagir em legítima defesa contra a violação de liberdades (p. ex. a liberdade de imprensa [art. 38º CRP] e a liberdade de expressão e informação [art. 37º CRP]) ou de quaisquer valores juridicamente relevantes (p. ex. contra a atuação de alguém que se prepare para praticar um ato de poluição ou contra quem ameaçar ou matar ilicitamente animais).

Além da ilicitude, há ainda autores (p. ex. PESSOA JORGE)⁹ que exigem, enquanto requisito necessário para a resposta em legítima defesa, o carácter culposo da agressão. Este entendimento teria como consequência excluir a possibilidade de legítima defesa contra agressões perpetradas por pessoas insuscetíveis de serem objeto de um juízo de culpa (*recitus*, contra inimputáveis), mas ainda contra aqueles que agissem de molde a causar prejuízos a outrem, mas ao abrigo de uma causa de exclusão da culpa (como, p. ex., a referida “desculpabilidade”).

Basicamente, o Autor fundamenta esta tomada de posição com dois argumentos:

- Só assim se explicaria a possibilidade de desproporção entre o dano causado e aquele se evita: porque se estaria a evitar um dano que seria causado em circunstâncias censuráveis (com culpa), poderia ir-se além de uma mera proporção matemática entre dano causado e evitado;
- Assim também se explicaria que não fosse exigível ao defendente colocar-se em situações desonrosas (fugindo ou fazendo uso de meios lesivos da sua dignidade). A ordem jurídica não imporá ao defendente que se pusesse numa situação lesiva da sua dignidade

⁸⁸ É a ideia de “preservação do Direito na pessoa do agredido” avançada por STRATENWERTH e KUHLEN. Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, Parte Geral – *Questões Fundamentais do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 405.

⁹ PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 239 ss.

por uma questão de “igualdade”: porque está a reagir à atuação de uma pessoa consciente, com a mesma capacidade de entender e querer que ele; logo, seria “vergonhoso” que tivesse que fugir ou de lançar mão de uma defesa indigna. Ora, ao excluir-se o requisito da culpa da agressão, poderia haver LD contra inimputáveis e nesse caso já não existiram razões de “honra” que impedissem a fuga ou uma defesa menos digna (ex. fugir de uma criança de 5 anos), porque a fuga ou a defesa menos digna nesse caso já não seriam “vergonhosas”.

Estes argumentos são, contudo, refutáveis – cf. *infra*.

Trata-se, no entanto, de uma visão criticada por muitos autores (entre os quais, v.g., MENEZES CORDEIRO)¹⁰ pois que, desta forma, exigir-se-ia ao defendente a formulação de um juízo de avaliação sobre a culpabilidade do agressor o que, sendo a culpa uma questão-de-direito e não de facto, não seria razoável.

d) – O requisito da necessidade desdobra-se em dois vetores que cumpre analisar:

- A **necessidade da defesa** – onde cumprirá analisar se, perante uma situação concretamente considerada, é ou não possível reagir-se em legítima defesa.

A necessidade da defesa exprime, desde logo, a subsidiariedade subjacente a todos os meios de autotutela: neste sentido, a defesa não será necessária se for possível recorrer aos meios normais para deter a agressão. Por seu turno, esses meios normais tanto poderão ser i) públicos (onde avultam os mecanismos de heterotutela como a polícia e os tribunais) como ii) privados (v.g. pedir auxílio a outra pessoa, fechar uma porta para deter a agressão, etc).

Cabe considerar, também, neste domínio as situações em que se discute se pode ou não haver lugar a defesa – nomeadamente aquelas em que poderá ser exigível ao agente que opte pela fuga para evitar a agressão: é hoje

¹⁰ No mesmo sentido, para o caso do Direito Penal: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 417.

ponto pacífico na doutrina que, **por princípio, ninguém deverá ser obrigado a fugir para evitar uma agressão**, i) seja porque isso redundaria em algo de desprimoroso ou desonroso para o agente (PESSOA JORGE; MENEZES LEITÃO), ii) seja porque, deste modo, deixaria de se afirmar a legalidade contra a agressão não havendo legítima defesa e perdendo-se o efeito dissuasivo que ela representa (iii) seja ainda porque tal equivaleria a que o agente abdicasse previamente de um direito que lhe assiste: o direito de ficar (MENEZES CORDEIRO). Parece, no entanto, que a fuga já se pode impor, relativamente a ameaças representadas por inimputáveis v.g. uma criança de 5 anos encontra-se a empunhar uma arma).¹¹

Em sentido contrário, ANTUNES VARELA¹² admite a legítima defesa contra dementes ou contra atos inconscientes (ex. condutor que por desfalecimento repentino ameaça atropelar uma pessoa ou destruir uma casa).

Em qualquer caso, deve entender-se, ainda que **não pode haver legítima defesa** nas seguintes hipóteses:

- Se o defendente tiver provocado a agressão (ex. com injúrias, comportamentos agressivos, ou desafio) de tal modo que seja ele a dar causa à situação de confronto (Ex. A insulta repetidamente B).
- Quando a agressão for pré-ordenadamente provocada com o intuito de permitir ao provocador responder-lhe (ex. C, agente policial treinado para atirar a matar, provoca B, suspeito de um crime gravíssimo, para que este, acossado, saque de uma arma para se defender; C, atirador mais rápido e mais preciso, nessa circunstância, saca então da arma, atira primeiro, de forma fulminante – FIGUEIREDO DIAS)¹³.

¹¹ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 6ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 309, referindo que, nessa hipótese, qualquer resposta seria sempre desproporcional. Cf. ainda MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, IV, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 420-421) referindo que contra inimputáveis profundos ou crianças com idade inferior a 7 anos (cf. art. 488º/2) não cabe legítima defesa pois que, não cometem, em princípio, atos ilícitos, podendo haver, quando muito, estado de necessidade. Se a inimputabilidade não for aparente, pode haver LD putativa (cf. artigo 338º).

¹² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 556.

¹³ A ideia é que aqui já não haveria a defesa do lícito contra o lícito e excederia e se defraudaria os objetivos do instituto da legítima defesa.

No campo criminal, poderá, no entanto, restar ao provocador a hipótese do estado de necessidade defensivo.

Além de necessária, a defesa terá que dirigir-se obrigatoriamente contra aquele que coloca os bens jurídicos em perigo e não contra terceiros: assim, p. ex., se A, em fuga de B que se prepara para o esmurrar, empurra C fazendo-o cair e fraturar um braço, não age, em relação a este último em legítima defesa, porquanto não era ele o autor da agressão que procurava afastar. A sua conduta poderá ou não ser justificada através de outras causas de exclusão de ilicitude (p. ex. o estado de necessidade); mas não por legítima defesa.

- A **necessidade do meio** – que obriga, dentro da panóplia de meios disponíveis para conter a agressão, a escolher o mais adequado.

Dir-se-á que, em princípio, o mais adequado é o meio menos agressivo e menos contundente e que não se poderá avançar para meios mais agressivos sem passar primeiro por meios menos agressivos ou sem que estes se revelem ineficazes. Mas, tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto: o meio adequado há-de ser aquele que faculte ao **defendente uma satisfatória segurança**, aquele que lhe permita repelir efetivamente a agressão sem correr riscos. Ninguém é obrigado a “*pecar por defeito*” tentando primeiro um meio menos agressivo que se venha a revelar ineficaz, sobretudo porque, se ele falhar e não conseguir repelir a agressão, pode não ter segunda hipótese de defesa ou pode aumentar muito mais o risco que corria (p. ex. se A é ameaçado de morte por B, que empunha uma pistola e procurar primeiro deferir-lhe um soco na mão para a arma cair, caso seja mal sucedido, o risco de que a ameaça representada por B se concretize aumenta; se C, ameaçado por D que pretende sová-lo se limita a empurrá-lo, e tal se revelar inócua, é provável que a ira do agressor aumente).

Neste sentido, para selecionar o meio que no caso venha a revelar-se adequado, terão que necessariamente avaliar-se particularidades como a condição física dos envolvidos (ex. A, baixo e de aspeto frágil é ameaçado por B com uma faca: se tem uma arma ao seu dispor, pode ser legítimo disparar para as pernas, p. ex., se a mera ameaça não for dissuasiva, não se exigindo

que entre primeiro em confronto físico com uma pessoa “mais forte”, correndo os riscos inerentes) os propósitos subjacentes à agressão (p. ex., uma pessoa determinada a intencionalmente, matar outra, se não for detida, acabará por lograr os seus objetivos), o risco de reiteração ou repetição da ameaça se não for detida por um meio suficientemente eficaz, o grau de perigosidade dos agressores, entre outros.

A defesa tem que ter a medida necessária para **neutralizar a agressão**.

A necessidade do meio nada tem que ver com a proporcionalidade onde o que se mede é a utilização feita desse mesmo meio.

e)- Resulta da parte final do disposto no art. 337º/1 que o prejuízo causado pelo ato de legítima defesa não pode ser “*manifestamente superior ao que pode resultar da agressão*”, sendo de tal trecho que se costuma retirar um pretensão requisito de proporcionalidade da legítima defesa. Importa, desde logo, notar a inexistência de exigência de paralela na legítima defesa prevista no artigo 32º CP.

Esta proporcionalidade representa uma mera comparação de prejuízos, interesses ou bens jurídicos que, embora não seja matemática, lida à letra, impediria que se utilizassem meios muito contundentes (como p. ex. uma faca ou uma arma de fogo) para reagir a agressões que apenas podem pôr em causa valores como a propriedade, ou a autodeterminação sexual, porquanto, desses meios poderia sempre resultar prejuízo para a vida ou a integridade física, bens sempre superiores aos ameaçados por aquelas agressões (assim, *v.g.*, ninguém poderia defender-se a tiro de um assalto, porquanto do tiro poderá sempre resultar a morte do agressor).

Tendo presente o que acaba de referir-se a doutrina divide-se, entre:

- Os autores que consideram aplicável o requisito da proporcionalidade na aceção do art. 337º/1 (p. ex. PESSOA JORGE, OLIVEIRA ASCENSÃO, MENEZES LEITÃO, ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA);
- Os autores que rejeitam a proporcionalidade conforme enunciada nessa disposição legal (p. ex. MENEZES CORDEIRO, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, FIGUEIREDO DIAS).

De entre os segundos, haverá que distinguir: i) os argumentos no sentido da inconveniência da solução resultante do art. 337º/1 (que têm que ver, basicamente, com as disfuncionalidades valorativas resultantes da existência de diferentes regimes, em sede civil e em sede penal), do ii) expediente proposto para fundamentar o desaparecimento de tal solução: que é a revogação de tal trecho pelo artigo 32º do CP, por se tratar de diploma sobre a mesma matéria, que omite tal requisito e é cronologicamente posterior ao preceito do CC.

MENEZES CORDEIRO aponta os seguintes argumentos no sentido da inconveniência do pretense requisito de proporcionalidade:

- Não faria sentido o Direito permitir a defesa contra agressões ilícitas se não franquear ao defendente os meios necessários para essa defesa. Ademais, porque uma defesa que ficasse, por exigências desta proporcionalidade, aquém do necessário para neutralizar a agressão, aumentaria os riscos para o defendente porque seria de esperar uma atuação mais violenta do agressor (a ideia é esta: se o agressor não é neutralizado, a defesa falhada o que vai fazer é que use ainda de mais força contra o defendente);
- É a própria possibilidade de haver uma manifesta superioridade dos danos causados em face dos que se pretendem evitar que torna a defesa eficaz (é o facto de o agressor saber que pode ser substancialmente mais lesado do que aquilo que pretende lesar, que torna a defesa dissuasora/eficaz);
- No atual momento histórico em que se verificam lacunas na capacidade do Estado defender os cidadãos e garantir a sua segurança, o Direito deve dar respostas;
- A discrepância entre o regime da LD do CC e do CP, além de contradição axiológica, poderia levar a uma “espiral de violência” (secunda, aqui, CONCEIÇÃO VALDÁGUA): alguém pode estar em LD no plano penal mas não no civil; logo seria possível o agressor responder-lhe (cometeria um crime, mas não um ilícito civil); o defendente não poderia ripostar face à lei civil, mas poderia face à penal e assim sucessivamente.

A isto poderá, contudo, objetar-se que, sendo diferentes os objetivos prosseguidos pelo Direito Civil e pelo Direito Penal e sendo o Direito Penal um Direito de última *ratio* (i.e., que só intervém em situações limite, para assegurar valores da comunidade que não seriam satisfatoriamente salvaguardados de outra forma), não haveria contradição alguma entre regimes: o que é penalmente justificado (ie, o que não é crime) não quer dizer que seja lícito face à ordem jurídica no seu conjunto.¹⁴

De notar que, para estes autores, o facto de não se considerar aplicável o referido segmento do art. 337.º/1 não quer dizer que não existam exigências de proporcionalidade: só **que não é esta** proporcionalidade (a do art. 337.º/1). Será uma proporcionalidade ligada com a ideia de *necessidade*¹⁵ e adequação – é proporcional o que for necessário e adequado para deter a agressão, não mais do que isso.

Saliente-se que, mesmo de entre os Autores que defendem a vigência da proporcionalidade que se recorta do artigo 337.º/1 enquanto requisito, há muitos (eventualmente, até a maioria, se bem que nem todos o escrevem expressamente) no entanto, que ainda que considerem a aplicável, não parecem entendê-la exatamente como o juízo de comparação entre valores e bens jurídicos que resulta literalmente da lei, referindo que não poderá tratar-se de uma “*equivalência material absoluta entre o ato pretendido pelo agressor e o praticado pelo defendente*”, e convocando-se uma ideia de *racionalidade* (OLIVEIRA ASCENSÃO, secundado por MENEZES LEITÃO). Assim, como explica MENEZES LEITÃO, a defesa, embora possa exceder a lesão que resultaria da agressão, tem que corresponder em termos de racionalidade a esta, não podendo ser desproporcionada – e dá o seguinte exemplo: não seria lícito abater a tiro alguém que faz um pequeno furto, mas já seria possível dar esse tiro se essa pessoa pretendesse perpetrar uma violação ou ofensas corporais graves.

Da posição desse Autor dir-se-á que, efetivamente, torna as exigências de proporcionalidade compreensíveis e equilibradas; simplesmente, uma leitura deste género de tal requisito não parece ser uma interpretação que literalmente possa ter apoio no texto do artigo 337.º/1, pois que, nos exemplos dados, o

¹⁴ Neste sentido: TERESA QUINTELA DE BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 59 ss.

¹⁵ Que pode retirar-se, p. ex., do princípio da boa fé, com referência ao artigo 334.º CC.

prejuízo causado indubitavelmente excede de forma manifesta o que se pretende evitar.

2.2- Outras possibilidades de justificação.

I – O preenchimento dos pressupostos da legítima defesa importará a justificação da conduta do deficiente pela via da exclusão da sua ilicitude. Mas não estando preenchidos esses pressupostos, ficam ainda duas hipóteses que poderão facultar uma justificação a tal conduta:

- a) A legítima defesa putativa;
- b) O excesso de legítima defesa.

II – A **legítima defesa putativa** caracteriza-se pelo facto de alguém atuar dentro dos figurinos que materialmente corresponderiam a uma situação de legítima defesa, em virtude de ter representado que os pressupostos de tal figura se encontravam preenchidos, apesar de não estarem (isto é, estando em erro sobre os pressupostos da LD).

O erro (isto é, a falsa representação da realidade) tipicamente incide sobre a existência de uma agressão (p. ex., A pensa que está a ser assaltado, quando B lhe apontava um pistola de carnaval, por brincadeira), mas pode igualmente recair sobre outros pressupostos, como a ilicitude (p. ex. C pretende defender a integridade de um objeto de sua propriedade contra uma agressão de D, que reputa ilícita; no entanto, não é, porque D age ao abrigo do estado de necessidade).

Tal situação encontra-se prevista no artigo 338º que faculta, em certos casos, a justificação da conduta. Este preceito poderá ser objeto de duas interpretações:

- De acordo com o que literalmente resulta do preceito (sufragando tal leitura encontramos, p. ex. MENEZES LEITÃO) a conduta praticada em legítima defesa putativa seria ilícita (pois já não seria legítima defesa) mas poderia ser desculpável (ou seja, não se excluindo a ilicitude, poderia excluir-se a culpa).

Uma vez que, a par da ilicitude, a culpa é um pressuposto indispensável da responsabilidade civil, mas também da

responsabilidade criminal¹⁶, embora tivesse agido ilicitamente, o agente não seria, em princípio, objeto da aplicação de qualquer sanção – ou seja, não indenizaria os danos que tivesse causado, nem seria punível pela prática de crime algum.

Para que a justificação opere será, no entanto, necessário que se preencham dois requisitos que resultam do artigo 338º:

- que o agente esteja em erro;
- que esta erro seja desculpável. Tal “desculpabilidade” aferir-se-á por confronto com o padrão de diligência que resulta do artigo 487º/2: o erro é desculpável (ou seja, não é censurável, não é exigível ao agente que tivesse agido de outra maneira) se o *bom pai de família*, colocado na sua situação, tivesse sido levado a pensar o mesmo (também tivesse sido levado a pensar estarem reunidos os requisitos para agir em legítima defesa).

Neste caso, a verdadeira causa de justificação, não é a legítima defesa mas o **erro desculpável** (cf. o artigo 16º CP no campo penal).

- Outro caminho possível é considerar-se que a legítima defesa putativa ainda se inscreve nas malhas da legítima defesa, pelo que excluiria a ilicitude. Neste sentido, defende MENEZES CORDEIRO que quem crie uma aparência (acrescente-se: credível) deve suportar os inerentes riscos. Refere o autor que a legítima defesa é justificante quando a aparência justificante não seja imputável ao agente (defendente).¹⁷

III – Há **excesso de legítima defesa** quando a atuação defensiva se situa já fora das malhas da legítima defesa. A delimitação desta situação depende da interpretação que se fizer sobre quais são exatamente os pressupostos da legítima defesa:

- Assim, para quem defenda que se aplica a medida de proporcionalidade que resulta literalmente do artigo 337º/1 (além de outras situações) há

¹⁶ E até da responsabilidade contra-ordenacional (cf. art. 8º do Regime Geral das Contra-Ordenações) e da disciplinar.

¹⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado I/IV... cit.*, p. 434.

logo excesso de legítima defesa quando a conduta defensiva importar prejuízos que excedam manifestamente os que visou acautelar;

- Para quem considerar que tal requisito não se aplica porque o artigo 337.º/1 foi parcialmente revogado, só haverá legítima defesa quando a resposta exceda o que for necessário para deter a agressão: i) prolongando-se depois de esta já estar neutralizada (**excesso extensivo**: ex. A continua a esmurrar B que o ia agredir, mesmo depois de este já estar prostrado no chão), ou ii) respondendo a esta de forma mais intensa do que o que seria necessário (**excesso intensivo**: ex. D atira logo a matar sobre alguém que lhe assaltava a casa).

A conduta praticada em excesso de legítima defesa poderá ser justificada:

- se o defendente se encontrar numa situação de **medo** ou **perturbação**;
- que não sejam culposos (isto é, numa situação em que o bom pai de família também se encontraria se colocado no lugar do defendente).

Mais uma vez se põe o problema de saber se essa justificação opera por exclusão da ilicitude, ou de culpa:

- no sentido da exclusão da culpa: p. ex., MENEZES LEITÃO e TERESA QUINTELA DE BRITO – teríamos aquilo a que em Direito Penal se chama **excesso astênico de legítima defesa**; por isso, alguns autores (MENEZES LEITÃO) referem que a causa de justificação será verdadeiramente, não a legítima defesa, mas o **medo invencível** (i.e., o medo que não se consegue dominar e que não é censurável que não se consiga).
- no sentido da exclusão da ilicitude: p. ex. ANTUNES VARELA, MENEZES CORDEIRO e PESSOA JORGE. Este último Autor apenas concebe a possibilidade de justificação na hipótese de utilização errada do meio de defesa; se se violar o princípio da proporcionalidade (na aceção que resulta literalmente do artigo 337.º/1), a defesa é sempre ilegítima.

Da exposição de MENEZES CORDEIRO parece resultar o seguinte: acionado o artigo 337.º/2 e o “excesso justificante” aí previsto, excluir-se-ia a

ilicitude; na existência de “medo” ou “perturbação” (requisitos da figura) é que não pode haver culpa – a avaliar pela bitola do *bom pai de família*.

3 – Estado de Necessidade

3.1 – Caracterização e situações típicas

I – Considera-se feita em estado de necessidade a atuação de quem destrua ou danifique coisa alheia com o propósito de afastar perigo de um dano manifestamente superior para si ou terceiro.

II – Como exemplos de situações típicas de estado de necessidade podemos apontar os seguintes:

- a) Automobilista que, confrontado com um peão que lhe surge inesperadamente pela frente, e não podendo já parar, guina a direção colidindo com outro carro para evitar atropelá-lo;
- b) Capitão de navio que, em caso de tempestade, lança carga ao mar (com previsão específica).¹⁸;
- c) D mata a tiro o tigre que se escapa da sua jaula no jardim zoológico e se prepara para devorar a filha de E.

III – São os seguintes os **requisitos do estado de necessidade (artigo 339º/1)**:

- a) Perigo atual de ocorrência de um dano para o agente ou para terceiro;
- b) Dano que seja manifestamente superior ao causado pelo agente (Proporcionalidade);
- c) Comportamento danoso necessário e destinado a remover esse dano.

IV – Da legítima defesa, mantêm-se a possibilidade de agir também em benefício de terceiro e a **necessidade de atualidade** do perigo: compreensivelmente pois que, o objetivo do estado de necessidade é remover ou neutralizar um perigo ou risco; se esse perigo já se materializou em resultados danosos concretos ou se ainda não se manifesta, então haverá que

¹⁸ Cf. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Apontamentos*, AAFDL, Lisboa, p. 107.

recorrer aos meios normais, para obter uma resposta para os danos, ou para evitar que venha a surgir uma situação de perigo.

Subjacente a todos os requisitos continua a estar a exigência de **subsidiariedade**: se for possível recorrer aos meios normais (ex. chamar a polícia, os bombeiros...) não se agirá em estado de necessidade. De resto, deve dizer-se que a verificação dos requisitos desta figura é relativamente difícil e será ainda mais difícil quando se vise acautelar riscos de terceiros: em princípio, ninguém pode interferir na esfera alheia, cabendo a cada um determinar os riscos que quer ou não correr; a conduta mais adequada, passará assim, à partida, por fazer intervir os meios de tutela normais (se for possível) que melhor poderão avaliar se esses riscos são ou não legítimos (p. ex. perante o incêndio de uma propriedade de terceiros, a resposta mais adequada é, em princípio, chamar os bombeiros) – a não ser em casos excepcionais, em que se verifique, p. ex., uma grande expressão dos danos ou grande demora de atuação dos meios normais.

A proporcionalidade, enquanto comparação entre valores e bens jurídicos, é aqui requisito mais pacífico na doutrina, o que tem que ver com o próprio fundamento da figura: não está em causa repelir uma agressão ilícita, apenas, numa lógica de solidariedade entre as pessoas, a distribuição de danos (ou riscos).

Essa avaliação far-se-á comparando um dano potencial (risco) – o que se evita – com um dano real – que efetivamente se causa. A avaliação será feita pelo próprio agente de acordo com os elementos de que disponha no momento, mas atendendo às bitolas gerais de valor (p. ex. não se pode considerar inferior um bem de muito maior valor comercial face a outro de valor comercial ínfimo, apenas porque, para o agente, tem valor “sentimental”).

V – Tendo em conta a referência legal a “*destruir ou danificar coisa alheia*” (cf. art. 339º/1) aparentemente, o estado de necessidade apenas seria invocável perante danos patrimoniais. Pergunta-se, no entanto, se não se pode considerar igualmente justificada uma conduta que provoque danos pessoais, para evitar outros danos de maior expressão (suponha-se, p. ex., que A empurra B fazendo-a cair, para fugir de C, que se prepara para espancá-lo ou matá-lo).

Em termos sistemáticos, poderá ser adotada uma de duas leituras:

- Recusar tal possibilidade, afirmando que o estado de necessidade apenas justifica a lesão de bens patrimoniais, tendo em conta, designadamente, a letra do artigo 339º/1 (“*destruir ou danificar coisa alheia*”) e o que resulta dos trabalhos preparatórios do Código Civil. Assim: PESSOA JORGE, referindo que de *iure condendo*, a solução deveria ser outra e MENEZES LEITÃO, referindo que os exemplos apontados para justificar o alargamento, na verdade, o que permitem excluir é a culpa;
- Aceitá-la, atendendo não só ao fundamento do estado de necessidade (de distribuição de riscos e ponderação de interesses e bens juridicamente tutelados, tendo em vista a salvaguarda dos mais importantes numa situação de confronto)¹⁹, como ao confronto sistemático com a figura do direito de necessidade no Direito Penal (cf. artigo 34º CP) a qual comporta claramente essa via de solução (assim: ALMEIDA COSTA, TERESA QUINTELA DE BRITO, MENEZES CORDEIRO).

Há, no entanto, que ter presente uma distinção importante quanto aos danos envolvidos, que aqui se deixa consignada na senda de ALMEIDA COSTA:²⁰

- O sacrifício de bens pessoais para **assegurar bens patrimoniais** – será possível mas de difícil verificação, só acontecendo naquelas situações, dir-se-á, clamorosas de superioridade do bem patrimonial salvaguardado perante o bem pessoal sacrificado (suponha-se, p. ex., que alguém empurra uma pessoa que se preparava para destruir uma preciosa coleção de quadros);
- Tratando-se de sacrificar bens pessoais para **assegurar outros bens pessoais** – aí a ponderação dos bens envolvidos será mais fácil e as correspondentes situações de mais fácil verificação.

VI – O estado de necessidade poderá ser **defensivo** ou **agressivo**, consoante se destrua ou danifique a própria coisa fonte do perigo ou outra.

¹⁹ Neste sentido, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 573-574. Igualmente nesse sentido, depõe TERESA QUINTELA DE BRITO.

²⁰ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito...* cit., p. 574.

Não há estado de necessidade na destruição ou danificação de coisas próprias (naturalmente: aí não se comete ilícito algum) – pelo que, a única maneira de quem o faça ser ressarcido pelos prejuízos é invocar a gestão de negócios (artigos 464.ºss).

Discussão homóloga da reportada no ponto anterior, vem a ser de saber se o elenco das atuações franqueadas pela ação em estado de necessidade se esgota na destruição de coisas, ou poderá ir além disso, incluindo, p. ex., o simples uso, a detenção ou apropriação ou a ofensa de direitos de crédito existentes sobre uma coisa. Mais uma vez a doutrina divide-se:

- a) No sentido da taxatividade legal das situações abrangidas pelo estado de necessidade: CAVALEIRO DE FERREIRA, embora considerasse estar implícita a possibilidade de *mero uso* da coisa;²¹
- b) PESSOA JORGE é o Autor que vai mais longe e admite *uso, retenção ou apropriação* (ex. A prende uma animal de B para evitar que cause danos) de coisas alheias e, bem assim, *ofensa de direitos de crédito sobre a coisa destruída ou danificada* (ex. locador destrói uma coisa sua antes de a entregar ao locatário, para evitar um dano maior).
- c) Já numa posição intermédia encontra-se ANTUNES VARELA que, por igualdade ou maioria de razão, considera igualmente legítimo também a *apropriação ou o uso* de coisa alheia.²²

VII – Ao contrário do que acontece no âmbito de outros meios de autotutela, o preenchimento dos pressupostos de aplicação do estado de necessidade importa a justificação da conduta (pela via da exclusão da sua ilicitude), mas **não exclui necessariamente o dever de indemnizar** pelos prejuízos causados – que resulta do disposto no artigo 339º/2 – precisamente devido ao fundamento da figura: operar uma distribuição solidária de riscos e permitir afastar risco de danos superiores.

Importa, pois, distinguir dois tipos de situações:

²¹O autor veio depois a rever a sua posição admitindo uma extensão da letra do artigo 339º.

²² Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 2000, p. 558.

- num primeiro plano, se **houver culpa exclusiva (artigo 339.º/2/1ª parte)** da pessoa que age em estado de necessidade é ela que responde sozinha por todos os danos (p. ex., A queima uma carta da amante para que a mulher não a leia, mas perde o controlo das chamas e acaba por incendiar a casa, arrombando a porta da casa de B para de lá retirar um extintor). Nesse caso, a indemnização é fixada de acordo com as regras de responsabilidade civil: artigos 562.º ss.

Se houver um culpado exclusivo que não a pessoa que agiu em estado de necessidade (ex. A provoca um touro que investe contra si; para evitar que o touro mate A, B, que até a advertiu do perigo que representava inquietar o animal, abate-o a tiros em estado de necessidade) aí já cairemos na segunda parte do n.º 2 do artigo 339º, com as valorações a seguir apresentadas.

- num segundo plano, **não havendo culpa exclusiva do agente (artigo 339º/2/ 2ª parte)**, então há liberdade de avaliação do tribunal – o que claramente resulta da expressão legal “pode”. Essa liberdade manifesta-se no seguinte:
 - o tribunal pode decidir **se há ou não** lugar obrigação de indemnizar;
 - se decidir que há, pode decidir ainda **quem onerar** com essa obrigação de indemnizar – podendo ser alguma, algumas ou todas estas pessoas: i) o agente (quem agiu estado de necessidade), ii) quem tirou proveito do ato, iii) quem contribuiu para o estado de necessidade;
 - O tribunal é ainda livre de **fixar o quantum da indemnização** (que poderá ser inferior aos danos).

Essa liberdade não é arbítrio, pois ela deve ser tomada de acordo com a **equidade**, isto é, de que acordo com que for mais justo no caso concreto.

Sobre este ponto, a doutrina também não é pacífica. No sentido do texto – isto é, afirmando que estes três aspetos são valorados segundo a equidade – PESSOA JORGE. Diferentemente, ANTUNES VARELA, parece conceber que quanto aos primeiros dois aspetos há discricionariedade judicial (pelo que o critério de

solução do caso é a discricionariedade e não a equidade) e que só o quantum da indemnização é calculado segundo a equidade.

Assim, enquanto na situação anterior a indemnização era calculada de acordo com as regras gerais de responsabilidade civil, aqui é calculada segundo a equidade.

VIII – Pode perguntar-se qual o fundamento da obrigação de indemnizar no caso previsto no artigo 339.º/2 2ª parte, visto que o agente atua licitamente. Há quem fale numa responsabilidade pelo **risco** (PESSOA JORGE), mas poderá também sustentar-se que essa responsabilidade resulta de um princípio de **justiça comutativa** “que manda compensar o titular do interesse justamente sacrificado ao interesse superior (ANTUNES VARELA)”²³.

De resto, poderá ainda dizer-se (ALMEIDA COSTA)²⁴ que só nesta segunda hipótese, em que pode não haver indemnização, é que o estado de necessidade funciona, verdadeiramente, como causa de justificação. Independentemente desse debate – a que não pode ser estranha a ideia de que existem, noutros pontos do ordenamento, outras hipóteses de responsabilidade civil por factos lícitos (cf. p. ex. art. 1349º/3) – é preciso ter presente que, mesmo com o dever de indemnizar, o **preenchimento dos pressupostos do estado de necessidade não é irrelevante**: assim, excluindo-se a ilicitude, fica vedada, p. ex., a possibilidade de alguém agir em legítima defesa contra essa conduta.

3.2 – Outras possibilidades de justificação.

I – A lei não contempla expressamente a possibilidade de justificação das condutas de quem aja representando estarem preenchidos os pressupostos do estado de necessidade (geraria um *estado de necessidade putativo*) ou em *excesso de estado de necessidade* (que decorreria, tanto da lesão de interesses e valores de ordem superior aos que se procuram salvaguardar, como numa lesão que exceda o necessário para afastar um perigo).

Assim sendo, poderá seguir-se um de dois caminhos:

²³ *Das Obrigações*, I, cit. p. 560, nota 2.

²⁴ Cf. *Direito das Obrigações*, cit., p. 575.

- Ou se nega tal possibilidade, com o argumento de que, se o legislador desejasse prevê-la, tê-lo ia feito (cf. artigo 9º/3 CC);
- Ou se admite a mesma, por interpretação extensiva ou analogia – aplicando analogicamente as regras relativas ao excesso de legítima defesa (artigo 337º/2) e o disposto no artigo 338º relativo ao erro sobre os pressupostos da LD e da ação direta. Neste sentido: MENEZES CORDEIRO – o Autor apela às razões subjacentes à figura do erro sobre os pressupostos da legítima defesa e legítima defesa excessiva justificante, que também valeriam para o estado de necessidade – com a vantagem de que admiti-los como possibilidade de justificação não excluía automaticamente o dever de indemnizar, podendo nessa sede fazer-se as ponderações adequadas.

Poder-se-á ainda considerar que o estado de necessidade putativo, se assente num erro em que o *bom pai de família* também teria incorrido, cai nas malhas da figura geral do **erro desculpável** (portanto: permite excluir a culpa). Mas aí já nada tem que ver com estado de necessidade, é uma normal causa de exclusão da culpa.

Se se admitir que há excesso e estado de necessidade putativo justificantes, os raciocínios a fazer quanto à exclusão da ilicitude ou da culpa, são os explanados a propósito da legítima defesa.²⁵

II – Um argumento razoável para não admitir o estado de necessidade putativo encontramos em PESSOA JORGE²⁶ (Autor que, ao contrário de MENEZES CORDEIRO, não o admite): o eventual erro poderia ser levado em conta pelo juiz na apreciação equitativa que fizer em sede de artigo 339/2 2ª parte pelo que, no fundo, a solução legal de não prever a figura seria acertada.

²⁵ Neste ponto, a adesão de MENEZES CORDEIRO à ideia de que a ocorrência putativa excluía a ilicitude e não a culpa já não é clara (pois escreve, a p. 446 “na convicção, não culposa”). Mas a solução é também defensável.

²⁶ É o seguinte o pensamento do Autor: se não há sempre obrigação de indemnizar quando o perigo é real, na hipótese de ter sido provocado com culpa exclusiva, mais terá que haver quando o perigo é imaginário. Se o erro sobre a existência de perigo não for censurável, não há culpa, logo uma eventual responsabilidade civil é objetiva (pelo risco). Nessa medida, na apreciação da situação, poderá aplicar-se o artigo 339/2 2ª parte e levar em conta a existência de um erro para atenuar ou mesmo afastar o dever de indemnizar.

Tendo em conta que, na interpretação da lei, se deve presumir que as soluções legislativas consagradas são razoáveis, esta parece-nos ser a “boa” solução (cf. artigo 9.º/3 CC).

E quanto ao excesso de estado de necessidade? Poderá dizer-se que a mesma razão levaria a não atropelarmos o silêncio do legislador; de resto, a ausência de possibilidade de justificação de um excesso nem seria particularmente injusta: se foi o agente que provocou o perigo, ele já teria que sempre que indemnizar, mesmo preenchidos todos os pressupostos do EN, pelo que, por maioria de razão, também o terá se um desses pressupostos falta; no caso de o agente não ser o culpado exclusivo, se houver circunstâncias atendíveis que justifiquem o excesso, elas podem ser consideradas na apreciação que o tribunal fizer, de acordo com a equidade, ao abrigo do artigo 339.º/2/2ª parte.

4 – Ação Direta

4.1 – Caracterização

I – Considera-se justificado em ação direta a conduta de quem recorrer à força para assegurar ou realizar direito próprio, revelando-se tal indispensável.

II – O género de condutas que constitui ação direta é explanado no artigo 336º/2 e podem ser as seguintes:

- Apropriação de uma coisa (ex. A apropria-se de um cachecol que B lhe furtou, retirando-o do seu carro);
- Destruição de uma coisa (ex. A, relojoeiro que vê B, que lhe havia furado há 1 hora atrás alguns relógios, preparar-se para entrar num carro e fugir, fura-lhe os pneus para evitar a fuga);
- Eliminação de resistência imposta ao exercício de um direito (ex. C, inquilino, empurra B, senhorio, que o impedia de retirar da casa as coisas que pertencem ao sair desta, não tendo sobre elas qualquer direito de retenção)²⁷;

²⁷ Exemplos de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, cit., pp. 554-555.

- Outros atos de natureza análoga (ex. detenção de uma pessoa que furtou coisas, se houver fundada suspeita que pretende ocultar-lhes o paradeiro).²⁸

Fora isso, existem previsões específicas de situações de ação direta dispersas pelo Código Civil, designadamente nos artigos 1314º, 1315º, 1277º, 1039/2º, 1125º/2, 1133/2º e 1188º/2.

III – São os seguintes os **requisitos da ação direta (artigo 336º/1/3)**:

- a) Estar em causa a realização ou proteção de um direito do próprio agente;
- b) Impossibilidade de recorrer, em tempo útil, aos meios normais;
- c) Indispensabilidade da atuação para evitar a inutilização do direito;
- d) Atuação estritamente necessária: não se exceder o necessário para evitar o prejuízo [336º/1 até aqui];
- e) Não sacrificar interesses superiores aos que o agente vise assegurar [336º/3].

IV – Do estado de necessidade vem a ideia de **proporcionalidade enquanto comparação de valores ou bens jurídicos**; diferentemente do que acontece no domínio deste ou da legítima defesa, **só se podem assegurar interesses próprios** (não mais de terceiros) e **cai o requisito da atualidade**. De resto, poderá dizer-se que este é o aspeto que permite uma distinção mais clara entre esta figura e a da legítima defesa: de algum modo, a ação direta pode começar onde já não houver uma “agressão atual” e, portanto, já não for possível agir em legítima defesa.

O segundo e o terceiro requisitos hão-de interpretar-se conjuntamente: poderá ser possível recorrer aos meios normais, mas o tempo de espera pela

²⁸ Admitido por ANTUNES VARELA, na senda de ENNECERUS-NIPPERDEY, se bem que o detentor tem que promover a entrega do suspeito às Autoridades. Mas como o Direito Português é diferente do Alemão (os Autores citados são alemães) PESSOA JORGE recusa essa possibilidade, exceto nos casos previstos no Código de Processo Penal, só admitindo atos que **limitem a liberdade** (ex. subtração de um passaporte).

intervenção destes comprometer a situação do direito: pode intervir, então, a ação direta!

V – A ação direta é uma espécie de “figura-fonte” de onde decorrem as outras. Daí que os seus **pressupostos sejam mais apertados**, mas as suas **possibilidades de atuação mais amplas**: por isso, só deve ponderar a eventualidade de aplicação da ação direta, **se não se puder aplicar nenhum outro dos outros dois meios de autotutela**.

VI – A referência a “*próprio direito*” não pode ser encarada como uma referência apenas a direitos subjetivos (MENEZES CORDEIRO): preenchidos os demais pressupostos, poder-se-ão assegurar em ação direta outras posições jurídicas ativas do próprio agente, desde que suficientemente precisas. Contudo, a posição a defender deve ser suscetível de coerção jurídica (o que quer dizer na prática: deve ser suscetível de ser judicialmente defendida; assim, fica excluída, p. ex., o direito ao cumprimento de uma obrigação natural).

Discute-se, no entanto, se se poderá **utilizar a ação direta para defender um direito de crédito** (ex. A deve a B 5000 euros que B pela compra de um carro. Pode B assegurar o seu direito por ação direta?). Na linha de SANTOS JÚNIOR²⁹ vamos distinguir duas situações:

- a) O credor, em ação direta, obrigar o devedor a cumprir (ex. alguém coage, pela força, uma pessoa a pagar uma dívida);
- b) O credor retira, em ação direta, bens do devedor para assegurar o cumprimento da obrigação.

Quanto à primeira hipótese, ela é rejeitada pela doutrina. A segunda já é mais controversa – em sentido favorável: PESSOA JORGE; contra, p. ex. MENEZES LEITÃO e SANTOS JÚNIOR. O principal argumento é o de que, sendo a ação direta subsidiária, o credor deve recorrer aos meios normais para satisfazer o seu crédito (nomeadamente, ir a tribunal). SANTOS JÚNIOR, contudo, admite a hipótese b) na seguinte situação: se o devedor estiver a retirar bens do seu património para que não tenha com o que responder pela

²⁹ EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações*, I, *Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, AAFDL, Lisboa, 2012, pp. 316-317.

dívida³⁰ (ex. A, “dono” de uma “empresa” “insolvente” (= falida) retira da fábrica as máquinas e materiais de escritório, único ativo que restava e que permitia garantir o pagamento dos salários em atraso dos trabalhadores: estes podem impedi-lo em ação direta).

VII – A verificação dos pressupostos da ação direta ao **excluir a ilicitude** da conduta exclui, também, o dever de indenizar os danos causados.

4.2 – Outras possibilidades de justificação

I – Neste caso a lei prevê expressamente a ocorrência putativa (artigo 338º) mas não o excesso de ação direta.

Quanto ao primeiro caso, ele pode reportar-se a qualquer requisito (à existência do direito, à impossibilidade de recorrer aos meios normais...). As vias de solução são análogas às da legítima defesa putativa.

II – Quanto ao **excesso de ação direta**, não estando previsto, MENEZES CORDEIRO admite que possa ser desculpável, se ocorreu em ambiente de especial tensão, mas refere a necessidade de se providenciar quanto à distribuição dos danos (o que sugere a hipótese de, mesmo assim, se poderem imputar alguns danos ao agente).

³⁰ No nosso Direito, o que responde pelo cumprimento de uma dívida de uma pessoa é o seu património. Isto quer dizer que se a pessoa não pagar, o credor pode executar o património: vai a tribunal, os bens do devedor são penhorados (= apreendidos) e, no limite, vendidos por ordem do tribunal que depois retira do produto da venda o valor da dívida e o dá ao credor.