

A REALIZAÇÃO DO DIREITO COM RECURSO A “OUTRAS VIAS” PARA ASSEGURAR O PRÓPRIO DIREITO – A EXCEÇÃO DO ART.º 1º DO CPC

Pedro Carvalho Esteves¹

“Que ninguém, quer seja fidalgo ou vilão, acoime nem tome vindicta privata por morte ou por mal, antes demande o seu direito perante o rei e as suas justiças” in “Ordenações Del-Rei Dom Duarte”

I – Introdução; II - O processo civil e a tutela jurisdicional efetiva – a realização do Direito pelas instâncias judiciais; a) Justiça Privada “vs” Justiça Pública; b) As instâncias jurisdicionais, extrajudiciais e parajudiciais; c) III – A exceção do Artº 1º do CPC - As formas lícitas de realizar (pela força) o Direito; a) a Ação Direta, a Legítima Defesa e o Estado de Necessidade; b) destrinça entre a Ação Direta e a Legítima Defesa – interesse prático.

I – Introdução

O presente relatório tem no seu âmago a prestação de prova de avaliação com vista à aprovação no Seminário Geral de Doutoramento, na área jurídico-processual. O curso de Doutoramento que se iniciou em 2013 teve como tema geral “A Realização do Direito”. De resto, diga-se, que a proposta do Professor Pinto Bronze, na esteira de Jhering, não podia ser a melhor: num momento em que se duvida do Direito e da sua Realização, estudar intensivamente a “Realização do Direito” será um empurrão na credibilização da Justiça, através da formação de eminentes juristas.

O Direito realiza-se em cada momento da vida: no nascimento, no casamento, na simples compra e venda, na circulação automóvel, no mero exercício da Liberdade (nas suas amplas aceções) até às mais complexas lides em Tribunal. É, porém, nos tribunais que o Direito se realiza em toda a sua plenitude – são estes quem tem a árdua tarefa de dizer o Direito (*ius dictio*). São estes que têm por função a realização do Direito, e é com recurso a este que o Direito se realiza.

Surgem, todavia, situações de vida em que o recurso à justiça e aos tribunais, dada a sua morosidade e ao próprio direito em causa, impõem a tomada de ações necessárias, adequadas e proporcionais que visem acautelar o próprio direito em tempo útil, o que não ocorreria caso se recorresse aos tribunais². Estas ações,

¹ Jurista, Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Forenses), Doutorando em Direito.

² Uma das formas de acautelar o Direito ameaçada é através do requerimento de providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias. Porém, mesmo estas providências cautelares, por muito urgentes que sejam, e mesmo que tenham prioridade sobre o demais serviço do tribunal, demoram o seu teu, pelo que muitas vezes se mostram inadequadas a salvaguardar o direito ameaçado.

geralmente e, que em condições normais seriam tidas como ilícitas³, adquirem por força de lei, e das próprias circunstâncias, a licitude necessária que justifica, de *per si*, a conduta do seu agente⁴. Este facto deduz-se, desde logo, do enunciado do Art.º 1º do CPC – “A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e nos limites declarados na lei”. Ora, se não é lícito o recurso à força – numa expressão imediata da *vingança privada*⁵ – haverá a necessidade de recorrer aos tribunais para dirimir eventuais conflitos de interesses que surjam. Estaremos, pois, perante um modelo de justiça pública⁶. Eis que esta norma só fará (sistematicamente) sentido se conjugado com o Art.º 2º do CPC e com o Art.º 20º da CRP. Assim, fundado no princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, a realização do Direito, na falta de acordo ou consenso só se poderá dar pela via (de ação) judicial.

No excuro do presente relatório iremos abordar a necessidade da existência de uma *justiça pública*, contrapondo-a como “arcaico” modelo da *justiça privada*⁷. Iremos ver, de forma abreviada e muito sumaríssima, qual a evolução da judicialização da resolução dos litígios e a moderna tendência para a desjudicialização da resolução de litígios através dos meios alternativos de resolução de litígios, entregando-se a justa-composição dos litígios a órgãos extrajudiciais e para judiciais, numa tendência de *privatizar* a justiça, libertando-a do monopólio estadual. Por último, faremos uma análise às formas lícitas de recurso à força para realizar ou assegurar o próprio direito, previstas na lei, incidindo o nosso estudo fundamentalmente na *ação direta, legítima defesa e estado de necessidade*. Por último, faremos uma ponte na distinção entre “*ação direta*” e “*legítima defesa*” – na medida em que nem sempre é fácil distinguir uma da outra.

II - O processo civil e a tutela jurisdicional efetiva – a realização do Direito pelas instâncias judiciais; a) Justiça Privada “vs” Justiça Pública; b) As instâncias jurisdicionais e a (neo)desjudicialização do Direito com os meios alternativos de resolução de litígios;

Em sentido geral, chama-se processo a um conjunto de atos que conduzem a um determinado resultado. Em sentido jurídico, o processo uma sequência de atos destinados à justa composição de um litígio ou conflito de interesses, por um órgão

³ É *ilícito* o facto antijurídico, ou seja, o facto violador de um *dever jurídico*, cujo desrespeito implica uma verdadeira sanção. Distingue-se da *ilegalidade*, na medida em que esta impõe a ofensa a uma norma cujo seu conteúdo envolva um *ónus jurídico*, e cuja infração acarreta uma simples desvantagem. Sobre esta questão, *vide*, por todos, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição, Almedina, *pág.* 561. Quanto à questão do *dever jurídico, ónus jurídico e sujeição*, veja-se, por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª Edição, Almedina, *pág.* 1 e ss.

⁴ Falamos aqui nas causas de exclusão da ilicitude, previstas nos Artºs 336º e seguintes do Código Civil. Sobre elas, debruçar-nos-emos no local próprio.

⁵ A autotutela do Direito vem geralmente associada à ideia de *justiça privada*. Iremos demonstrar que uma coisa é a *justiça privada*, outra coisa é a *vingança privada*.

⁶ A este modelo de *justiça pública* contrapõe-se, com toda a propriedade, as formas de *justiça privada*. Veremos que são formas de *justiça privada* a arbitragem, a mediação e a transação.

⁷ Aqui, o termo *justiça privada* encontra-se conotado com a única forma que, nas civilizações mais retrogradadas, existia para realizar o Direito. Contudo, não é de mais salientar que esta “única” forma conhecida se confunde com a *vindicta privata*.

imparcial – o Tribunal⁸. Numa abordagem genérica, podemos dizer que o direito processual civil constitui a aplicação prática do direito civil no quotidiano forense⁹. Este é o ramo do direito (público) funcionalmente destinado a integrar o direito civil¹⁰.

Sendo o Direito a o conjunto de norma destinadas a regular as relações sociais dos sujeitos que coabitam em sociedade, este é muitas das vezes chamado a resolver determinados conflitos de interesses que surjam entre os sujeitos, motivados pela mais variadíssima ordem de interesses. Assim, sendo o direito um meio de ordenação racional e vinculativa das comunidades humanas, o cumprimento dessas funções ordenadoras implica o estabelecimento, por um lado, de regras materiais de ordenação e, por outro, de formas e procedimentos aplicados por certas instituições – os tribunais – nisto consistirá o monopólio estadual da função jurisdicional¹¹.

Mas nem sempre a justiça foi pública. Em tempos remotos, ainda nos primórdios das instituições jurídicas da generalidade dos povos que atualmente conhecemos, o direito de vingança, que a consciência coletiva reconhecia à vítima, constituía a forma de operar a reparação do dano e, simultaneamente, a punição do seu autor. Era, em boa verdade, uma reação instintiva contra o mal sofrido, sobretudo fundada na causalidade material, entre a violação da ordem jurídica e o dano. Associada estava também a solidariedade familiar, dos vizinhos, ou seja, da totalidade comunidade quer da vítima, quer do agressor, culminando esta numa responsabilidade coletiva. Assim, um *mal causado* seria retribuído com outro *mal*, numa função de *vingança privada*¹². Este sistema da vingança privada, assente no princípio fundamental da autodefesa e da ação direta, tendo sido largamente praticado nas sociedades primitivas, era um sistema imperfeito e manifestamente inadequado às exigências de uma comunidade civilizada na medida em que a injustiça latente poderia não compensar a justiça emergente. Ou seja, a força nem sempre se encontrava do lado de quem tinha a razão e a Lei do seu lado, fazendo esta forma de justiça claudicar em muitas situações de violação de direitos. Por outro lado, a parte queixosa, ainda que munida da força necessária, não era a entidade psicologicamente indicada para definir os poderes próprios e os deveres alheios, nem tão-pouco para fixar os termos da reparação devida, levando a vingança privada, inevitavelmente, a excessos e injustiças, que em lugar da paz social e da reposição da ordem jurídica violada, só multiplicariam e agravariam os conflitos entre particulares¹³.

Cedo se começou, então, a admitir a substituição do direito de vingança pela compra desse mesmo direito. Assim, o violador do direito entregava uma soma em dinheiro, adquirindo o direito vingança que sobre si recaía, assumindo essa quantia, simultaneamente, alcance de reparação e de punição. No direito romano, é corrente

⁸ Neste sentido, J.A. Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, 7ª edição, Almedina, pág. 11.

⁹ Cfr. A. Montalvão Machado e Paulo Pimento, *O novo processo civil*, 9ª Edição, Almedina, pág. 9

¹⁰ Assim, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra Editora.

¹¹ Assim, J.P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, Coimbra Editora, pág. 12.

¹² Assim, e por todos, Almeida Costa, *ob. cit.* Pág. 524.

¹³ Cfr. Antunes Varela *et al.* *Ob. cit.* Pág. 2 e 3.

apontar-se a Lei da XII Tábuas como ponto de transição da fase da composição facultativa para a fase da composição obrigatória, visto que em certos casos a vítima se encontrava já obrigada a aceitar a composição e a renunciar à vingança privada. Face à brutalidade que seria a *vindicta privata*, passou a verificar-se a intervenção da autoridade pública a fim de evitar as desordens e as lutas inerentes à vingança privada. A intervenção da autoridade pública operou-se pela via da fixação dos montantes das várias indemnizações, que eram impostas aos agressores e obrigatoriamente aceites pelos ofendidos, e pela via da punição de certos factos que, em virtude de não afetarem diretamente os particulares, ficavam desprovidos de sanção. Assim, os poderes públicos passaram também a punir os autores de certos prejuízos que, não obstante atingirem interesses particulares, faziam especialmente perigar a ordem pública. A história Portuguesa acompanhou de perto a evolução dos demais países europeus, pensando-se que terá tido semelhante curso¹⁴ - já ensinava Chaves e Castro¹⁵ que na lei 13ª. D., *quod metus causa* (IV,2) e na ordenação Filipina, livro IV, título XVIII, se achava consignado o princípio de que a *ninguem é permitido fazer-se restituir ao seu direito por autoridade própria*.

Vedado assim aos sujeitos o recurso à própria força para vingar as suas ofensas, gerou-se a obrigação do Estado assegurar aos seus cidadãos o recurso às entidades judiciais para verem reparados os direitos violados ou as providências necessárias à reintegração efetiva desses direitos, tendo o Estado chamado a si, exclusivamente, através dos órgãos jurisdicionais, o poder de reconhecer vinculativamente os direitos controvertidos entre os particulares e de coercivamente os realizar. Falamos já em *justiça pública* dominada pelo monopólio estadual. Para além da existência dos tribunais, existe a necessidade de garantir o direito à jurisdição. Sendo que um dos pilares fundamentais do nosso atual Estado de Direito democrático é a proteção judiciária das posições jurídicas subjetivas e dos interesses meta-individuais, o Art.º 20º da Constituição atribui a todos – mesmo os economicamente mais desfavorecidos (através do apoio judiciário), o direito de acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos - assim se consagra *direito à jurisdição*¹⁶. No mesmo sentido, o Art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Art.º 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estatuem esta garantia¹⁷. As instâncias jurisdicionais são, por definição, os próprios Tribunais. É aos tribunais que cabe administrar a justiça em nome do povo - por isso se tratar de uma justiça pública, e, assim só estes têm a competência de aplicar o Direito. Às partes, salvos os motivos excepcionais previsto na Lei, cumpre-lhes, apenas, procurar a Justiça, com recurso aos Tribunais, para realizar ou assegurar o próprio Direito. Porém, tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial. Para recorrer aos tribunais, é necessário saber que tribunais existem, e a que tribunais se pode recorrer. O Art.º 209º da Constituição elenca os tribunais existentes na jurisdição portuguesa. Assim, no nosso ordenamento jurídico existem diferentes categorias de tribunais ou ordens de jurisdição: além do Tribunal Constitucional, há tribunais judiciais, tribunais

¹⁴ Quanto a esta matéria, e apresentando uma densa bibliografia, veja-se, por todos, Almeida Costa, *ob. cit.* Pág. 524 e seguintes.

¹⁵ *A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portuguesa, ano?,* pág. 2

¹⁶ Cfr. *Código de Processo Civil Anotado, Vol I, 2ª Edição, Coimbra Editora, coord. de Lebre de Freitas.*

¹⁷ Assim, Remédio Marque, *Ob. Cit.* Pág. 21 e seguintes.

administrativos e tributários e o Tribunal de Contas, e podem existir ainda tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Este elenco resulta da do texto constitucional, que tende a assimilar quer o estatuto dos tribunais quer o estatuto dos juízes, incidindo a diferença sobretudo nas competências, tendo por base a premissa segundo a qual aos tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais subsistindo, no entanto, a separação de magistraturas¹⁸. O poder jurisdicional, Constitucionalmente consagrado, não traduz, todavia, uma reserva de juiz estadual, na medida em que a Constituição permite a criação de tribunais arbitrais, assim como também não constitui um “*sistema fechado*”, visto que permite novas formas de composição de conflitos à margem da intervenção e da decisão do juiz – falamos aqui, nomeadamente, da *mediação*. Podemos concluir que a Lei fundamental distingue as instâncias judiciais das instâncias extrajudiciais. Entendemos, ainda, que distinguem estas das instâncias parajudiciais, integrando-as, contudo, na organização dos tribunais (lato sensu). Assim, são instâncias judiciais os tribunais “*stricto sensu*”; são instâncias extrajudiciais os *tribunais arbitrais* e a *mediação*; são instâncias parajudiciais os *julgados de paz*. Quer as instâncias extrajudiciais, quer as parajudiciais, pese embora não sejam verdadeiros tribunais, uma vez constituídos adquirem a mesma força dos demais tribunais - sujeitos à mesma tutela constitucional.

Hoje, a expressão do *princípio da tutela jurisdicional efetiva* radica no *direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, uma pretensão regularmente deduzida em juízo, bem com a possibilidade de fazer executar e de obter as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão* – esta noção surge-nos, atualmente, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, mas corresponde ao que se acha consagrado no Art.º 2º do Novo Código de Processo Civil¹⁹. Assim, o Estado assegura um sistema sancionatório estadual e, por via disso, garante o recurso à tutela jurisdicional efetiva para a reintegração dos direitos violados à vítima. Justiça pública, por não serem os particulares, mas sim o Estado, mediante os órgãos judiciais próprios, quem define os seus direitos e lhes dá execução, no caso de conflito²⁰. A resolução dos conflitos de interesse através de órgãos hétero-compositivos imparciais, estaduais (tribunais lato sensu) ou privados (tribunais arbitrais) serve inegavelmente a paz jurídica, a realização efetiva das posições jurídicas subjetivas das partes, o direito objetivo e os demais valores fundamentais da comunidade²¹.

Distingue-se assim a *vingança privada* da *justiça pública* porquanto, na primeira exerce-se a autotutela do direito e na segunda a hétero-tutela do direito. Por autotutela entende-se o recurso a meios próprios da vítima, com os perigos já acima enunciados; por hétero-tutela entende-se o recurso aos meios jurisdicionais para a resolução de litígios. A hétero-tutela judicial pode ser garantida através do recurso a vias extrajudiciais (*arbitragem e mediação*) e parajudiciais (*julgados de paz*).

¹⁸ Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 4ª edição*, Coimbra Editora.

¹⁹ “O texto atual corresponde, sem alterações, ao anterior Art.º 2º do CPC”. Cfr. Abílio Neto, *Novo Código de Processo Civil Anotado, Junho de 2013, Ediforum*.

²⁰ Neste sentido, Antunes Varela *et al. Ob. cit. Págs 3 e seg.*

²¹ Assim, com remissão para bibliografia nacional e estrangeira, Remédio Marques, *ob. cit. Pág.19*.

Tende-mos aqui a distinguir então *vingança privada* de *justiça privada*. Enquanto a primeira radica na autotutela, a segunda radica na hétero-tutela com recurso a meios privados de justacomposição dos litígios. Estamos perante o novo paradigma da administração da justiça. As ideias-força deste novo paradigma assentam na proximidade relativamente aos litigantes, a celeridade e a informalidade dos procedimentos, a eficiência económica, a ativa intercomunicabilidade e participação dos litigantes, equidade, a responsabilidade e a reparação efetiva dos direitos violados. Descentralizar-se-á, assim, o monopólio do exercício estadual da jurisdição, reconhecendo-se a autonomia privada e vontade das partes na resolução dos litígios, recorrendo-se à *arbitragem, diga-se, tribunais arbitrais*, ou à autocomposição dos litígios com recurso à intervenção de terceiros imparciais - *falamos aqui da mediação*²². Estas são as duas formas de realizar o direito com recurso à *justiça privada*. Julgamos poder aqui falar de *justiça privada na aceção de justiça privada enquanto forma de privatização da justiça*. Mas não poderemos confundir esta privatização da justiça com a *justiça privada* enquanto expressão da *vingança privada* que já acima tratamos porquanto os tribunais arbitrais têm por objeto e objetivo a hétero-composição dos litígios, prevalecendo a hétero-tutela do Direito – provendo à realização da *justiça privada*²³. Muitos podem ser os motivos pelos quais as partes submetem os seus litígios à apreciação de um tribunal arbitral, mas a principal razão, e a que nos interessa é a que vê na intervenção do tribunal arbitral uma espécie de composição do conflito por terceiros imparciais substitutiva da própria autocomposição das partes é a vontade das partes em transigir²⁴. Todavia, as partes teriam outras formas de obter acordo sobre o litígio em curso, através, nomeadamente da *mediação*. As sentenças dos tribunais arbitrais são, para todos os efeitos, sentenças com valor de sentenças judiciais, o que assegura a *seriedade destas instâncias* e a *coercibilidade necessária* para o cumprimento das mesmas. Distingue-se claramente da autocomposição dos litígios, prevalente na *vingança privada*, com a autotutela do Direito e com todas as consequências perversas ou paradoxais que a mesma abarca, e que tivemos já, também, a oportunidade de ver.

Por outro lado, podem as partes no decurso da ação transigir sobre o objeto da ação, total ou parcialmente, valendo tal acordo como forma de pôr um fim na lide. A transação, prevista no Art.º 1248º e seguintes do Código Civil, é o *contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões, podendo as concessões envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido*. Alguns autores, olhando para o carácter funcional ou para o fim do instituto do contrato de transação tendem a admitir uma equivalência entre este e uma sentença²⁵, pelo que este contrato é na verdade, um *contrato de justiça privada*²⁶. A transação é um contrato formal, sujeito a forma especial – Art.º 1250º Código Civil,

²² Neste sentido, e desenvolvidamente (ainda que destualizado), *Remédio Marques, ob. cit. Pág. 24 e seguintes*.

²³ Neste sentido, *Remédio Marques, Ob. Cit. Pág. 54*.

²⁴ Assim, *Idem, pág. 42*, remetendo para bibliografia estrangeira.

²⁵ Neste sentido, e na senda de Carnelutti, *in La transazione é um contrato?, vide Antunes Varela/Pires de Lima em anotação ao Art.º 1248º, in Código Civil Anotado, Vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora*.

²⁶ Tal como Menezes Leitão o qualifica em *Direito das Obrigações, Vol. III, Almedina*. Sobre este contrato de *justiça privada*, vejam-se as páginas que Menezes Leitão dedica a este tema.

quer seja realizada preventivamente ou extrajudicialmente – Art.º 1250º Código Civil, quer judicialmente – Art.º 290º NCPC, tendo as partes ampla margem da estipulação das recíprocas concessões – limitadas, claro, pela própria lei – Art.º 1249º Código Civil e Art.º 289º NCPC. A transação pressupõe a existência de uma situação litigiosa, destinando-se a eliminá-la. Não haverá transação, mas apenas compromisso, se as partes, em lugar de eliminarem o litígio, se limitarem a estabelecer a forma de ele ser resolvido, designadamente através da *arbitragem*.

Já quanto aos julgados de paz, não tenderemos a falar de uma *justiça privada* mas antes de uma movimento de *desjurisdificação* na medida em que se tende a entregar a estes órgãos parajudiciais – porque sendo órgãos hétero-compositivos de litígios, e cujas decisões são vinculativas e com força de sentença judicial, não se integram nas hierarquias dos tribunais judiciais. Os julgados de paz são tribunais estaduais não incluídos na orgânica e na estrutura dos tribunais judiciais, estando porém expressamente mencionados no Art.º 209º, nº 2 da Constituição – que, com já vimos, elenca e enumera as categorias de tribunais. Todavia, sendo eles verdadeiros tribunais, com todas as notas características próprias dos tribunais quanto à capacidade para “dizer o Direito”, estes formam uma categoria autónoma de tribunais estaduais. Por isso dizemos que se trata de instâncias parajudiciais²⁷.

Muitas vezes, os tribunais, devido à impossibilidade funcional de promover a resolução e a justacomposição dos litígios a eles submetidos originam a necessidade de recurso a “*outras vias*” que não as jurisdicionais para realizar ou assegurar o próprio direito. Em princípio, estas ações tendentes à realização do direito por outras vias que não as judiciais é reprimida pela ordem jurídica, mas admite exceções, que iremos seguidamente ver.

III – A exceção do Artº 1º do CPC - As formas lícitas de realizar (*pela força*) o Direito; a) A Ação Direta, a Legítima Defesa e o Estado de Necessidade; b) Destrição entre a Ação Direta e a Legítima Defesa – interesse prático.

O sistema de justiça pública, impõe necessariamente a proscrição da *vingança privada*. A violação dos direitos da vítima não dá permissão à própria vítima para recorrer à ação direta, às vias de facto, não sendo, em princípio, lícito ao lesado reintegrar por meios violentos o direito ofendido, fazer justiça pelas próprias mãos, em suma, vencer pela sua própria força ou com auxílio da força de outrem a resistência oposta pela contraparte à realização do seu legítimo interesse²⁸. No início do NCPC, que contem as normas instrumentais que permitem a cada um fazer atuar o seu direito em juízo, a enunciação daquele princípio parece perfeitamente justificada, principalmente numa época em que têm ocorrido acontecimentos que fazem lembrar essa nefanda prática da *vindicta privata*, sendo absolutamente negada pela ordem jurídica²⁹.

²⁷ Neste sentido, *idem*.

²⁸ Assim, Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, Coimbra Editora, pág.1 e seg.

²⁹ Neste sentido, J.F. Rodrigues Bastos em anotação ao Art.º 1º do CPC in *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 3ª edição, Lisboa, 1999,

Temos vindo a ver, ao longo desta exposição que, a par da proibição do recurso à força para a realizar ou assegurar o próprio direito – *princípio da proibição da autodefesa*- ao Estado cabe proporcionar os meios jurisdicionais necessários para a justacomposição dos litígios. A par, vimos também, está a garantia constitucional e processual *de obtenção, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar*. E quando esse recurso aos tribunais é difícil, morosa e não acautela as necessidades dos sujeitos visados pela violação dos seus direitos? O Art.º 1º do NCPC, na senda do que vinha já previsto no CPC de 1939, e a par do que acontece na maioria dos países (*ditos*) civilizados, prevê uma exceção, e uma ressalva ao exercício da *vingança privada – salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei*.

Nestes termos, só é excecionalmente admissível e consentida ao titular o direito de autotutela quando, sendo-lhe impossível o recurso em tempo útil aos tribunais, o recurso à força privada apareça como o meio adequado a realizar ou assegurar o direito, de outro modo ameaçado de inutilização prática³⁰, contanto que esse exercício seja modelado no respeito pelos *princípios da proporcionalidade e da adequação*. No mesmo sentido segue o Art.º 21º da Constituição quando, no tratamento do *direito de resistência* impõe que os cidadãos resistam contra ordens ofensivas dos direitos, liberdades e garantias, podendo repelir pela força qualquer agressão, sempre e quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

A legislação civilística Portuguesa não é alheia a esta realidade consagrando, para além das situações da (auto-)tutela dos direitos, previstas nos Art.º 336º e seguintes do Código Civil – e às quais dedicaremos o resto do nosso estudo – apresenta situações em que, não sendo seguramente possível recorrer aos tribunais em tempo útil, são efetivamente necessárias para realizar o direito, consagrando-se nas inúmeras disposições os mesmos princípios relativos à autotutela. Assim, veja-se, por exemplo, a realização de atos de apreensão de bens pelo agente de execução – Art.º 719º NCPC, a exceção de não cumprimento – Art.º 428º, nº1 CC, direito de retenção – Art.º 754º e segts. CC, compensação – Art.º 847º e segts. CC, execução de penhor através da venda extrajudicial – Art.º 675º CC, cessão de bens aos credores – Art.º 831º, arranque e corte de raízes pelo proprietário de prédio vizinho – Art.º 1366 CC, embargo extrajudicial de obra nova – Art.º 397º NCPC³¹. Quanto ao recurso à ação direta, o Art.º 336, e neste encaço, os Art.ºs 1277º, 1314º e 1315º, todos de CC. Quanto à legítima defesa, o Art.º 337º CC. Quanto à atuação em estado de necessidade, o Art.º 339º CC. É a estes três últimos que dedicaremos estas últimas páginas. O recurso a estas medidas, pelo motivo da *necessidade imediata de atuar sob pena de perder a utilidade do direito não afasta a obrigatoriedade que sobre o agente impende de recorrer às instâncias judiciais no sentido de regularizar esse mesmo direito, quer por razões de legalidade quer por razões de certeza e segurança jurídicas*³².

³⁰ Cfr. *Código de Processo Civil Anotado, Vol I, 2ª Edição, Coimbra Editora, coord. de Lebre de Freitas*.

³¹ Assim, com mera atualização de normas legais, Remédio Marques, *Ob. cit. Pág. 14*.

³² Neste sentido, Anselmo Castro, *Direito Processual Civil Declaratório, Vol. I, 1981, cit. Pág. 20*, e apoiada por Antunes Varela/Pires de Lima, em anotação ao Art.º 336º, *in Código Civil Anotado, Vol. I. Contra, Remédio Marques, Ob. cit. Pág. 14*.

O exercício da autotutela dos direitos através da prática de atos, que por sua natureza seriam ilícitos implica a inerente responsabilidade civil do agente pela prática desses mesmos atos. A violação de um direito subjetivo de outrem ou de uma norma destinada a proteger interesses alheios constituem em regra um facto ilícito. Todavia, pode acontecer de o facto violador ou ofensivo esteja a coberto de uma qualquer causa justificativa do facto, capaz de afastar a sua aparente ilicitude³³. As causas de exclusão a ilicitude são aquelas causas que, em circunstâncias devidamente justificadas, retiram ao evento que produziu o dano o elemento *ilicitude*, excluindo assim a responsabilidade civil do agente. O próprio Art.º 483º, nº1 CC pressupõe a possibilidade de violação lícita de direitos de outrem ou de normas dirigidas a proteger interesses alheios, o que corresponde à intervenção de uma causa justificativa³⁴. De um modo geral, pode-se dizer que o facto, embora prejudicial aos interesses de outrem ou violando o direito alheio, se considera justificado, e por conseguinte lícito, sempre que é praticado no exercício regular de um direito, ou no cumprimento de um dever. A par destas, as causas especiais justificativas do facto que se consagram a propósito do exercício e tutela dos direitos. Serão estas, em situações muito excepcionais, e apenas no caso de ser absolutamente impossível recorrer à instancias jurisdicionais para assegurar ou realizar o direito, que serão consideradas lícitas na medida em que se encontram abrangidas por causas de exclusão da ilicitude. Por conseguinte, não só se exclui a ilicitude, como se realiza o direito. Estas causas justificativas não são uma pura aplicação ou corolário do princípio de que o exercício do direito ou o cumprimento do dever legitimam a prática do dano, antes constituem mais a expressão do *agere licere* do que o exercício de um verdadeiro direito subjetivo³⁵.

Vamos analisar então as causas justificativas da ilicitude, todas elas formas de autotutela do direito, pela ordem como elas se apresentam no Código Civil: *Ação Direta; Legítima Defesa; Estado de Necessidade*³⁶.

A *ação direta* consiste no recurso à força com fim de assegurar ou realizar o próprio direito. Teve, como já vimos, um largo campo de aplicação nos sistemas primitivos e que em tempos primitivos teve tão larga importância, mas perdeu a sua importância à medida que se aperfeiçoou a garantia jurisdicional dos direitos. Trata-se, em boa verdade, numa forma primitiva e grosseira de realizar a justiça e o direito, que falha com os mais fortes e conduz a excessos, com grande dano para a paz pública, contra os mais fracos. Mas, pode tornar-se necessária, pela impossibilidade de os meios estaduais de tutela do Direito chegarem a tempo de evitar prejuízos irreparáveis. Em matéria de exercício de direitos, vimos já, o princípio fundamental consiste na *proibição da autodefesa*, daí que a consagração da ação direta em termos gerais tenha sido feita com grande cautela, e seja admitida em termos cautelosos.

³³ Assim, Antunes Varela, *das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, pág. 552

³⁴ Assim, Almeida Costa, *ob.cit.* pág. 567 e segs.

³⁵ Neste sentido, Antunes Varela, *das Obrigações em Geral*. Pág. 553.

³⁶ Sobre estas figuras, veja-se Antunes Varela, *das Obrigações*, Pág. 552 e Almeida Costa, *Ob. cit.* pág. 567, ambas as obras citadas com remissões para textos fundamentais sobre o assunto, referências essas às quais aderimos.

Encontra-se explicitamente regulada no Art.º 336º do Código Civil, em termos genéricos, mas em condições muito apertadas. Conforme os nºs 1 e 3 da norma citada, para que a haja licitude da ação direta, faz-se mister a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos:

- a) Fundamento real: é necessário que o agente seja titular dum direito próprio, que procura realizar ou assegurar;
- b) Necessidade: o recurso à força terá de ser indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais – judiciais ou policiais, para evitar a inutilização prática do direito do agente, ou que o recurso a esses meios não possa evitar a inutilização prática do direito.
- c) Adequação: que o agente não exceda o estritamente necessário para impedir ou evitar o prejuízo, só sendo permitida nos termos estritamente necessários à defesa do direito.
- d) Valor relativos dos interesses em jogo: por esta “via”, não pode o agente sacrificar interesses superiores aos que se visa realizar ou assegurar, ou seja, interesses que se visam defender.

Quando se verificarem cumulativamente os requisitos elencados, além de se tornar lícito o facto, não há sequer lugar a qualquer indemnização, uma vez que a lei compreensivelmente não o exige. Não se verificando algum ou alguns dos requisitos exigidos, o agente é obrigado a indemnizar os danos causados. Se o agente tiver agido na convicção errónea de que se verificam os pressupostos justificativos da ação direta e o erro for desculpável, o agente não será obrigado a indemnizar os prejuízos causados. Nestes casos de erro sobre a verificação dos pressupostos, a ação direta não deixará de ser lícita – tratar-se-á então de uma *ação direta putativa*. Constituindo, porém, este um expediente de emergência, a ação direta subentende a ulterior necessidade de o agente regularizar a situação, não ficando o agente dispensado da necessidade de regularizar a situação através do recurso aos meios coercivos normais – execução, penhora, arresto, etc. – e deverá fazê-lo, logo que esse recurso seja possível, sem prejuízo da conservação da prática do direito em causa e sem prejuízo da exequibilidade prática do direito.

A ação direta poderá consistir na apropriação de uma coisa, que outrem se proponha ilegitimamente *destruir ou ocultar*, na destruição dela, quando a outra pessoa pretendesse utilizá-la para fins ilícitos, *na sua deterioração*, quando, por ex., se queira impedir a saída de um veículo com importantes artigos furtados, *na eliminação de certas resistências ao exercício do direito*, se o senhorio impede o inquilino de retirar da casa as coisas que pertencem a este, sem aquele dispor de qualquer direito de retenção, *ou em outros atos de natureza análoga*, por ex., a própria detenção do obrigado, caso haja fundada suspeita de este pretender evadir-se para ocultar o paradeiro de coisas que deve restituir³⁷.

³⁷ Claro que, nestes casos, o detentor terá, nessa altura, de promover a rápida entrega do detido às autoridades, sob pena de incorrer nas sanções penais correspondentes. Sobre esta questão, e com remissões para bibliografia especializada, veja-se Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, *Verbo*, págs. 265 e seguintes.

A *legítima defesa*³⁸ define-se, de modo geral, como a reação, realizada pelo titular do direito ou por terceiros, destinada a afastar a agressão atual e ilícita a esse direito – pessoal ou patrimonial, quando não for possível, em tempo útil, o recurso à autoridade pública. A defesa considera-se legítima na medida em que não podendo o Estado, apesar de todo o seu arsenal de meios de prevenção, evitar a prática de factos ilícitos, justo é que se reconheça aos particulares a faculdade de, em certos termos, se defenderem de alguns factos ilícitos recorrendo ao seus próprios meios. Dada a importância desta figura na realização do direito, não é despicienda ainda a sua previsão no texto constitucional – Art.º 21º, segunda parte.

Prevista esta figura no Art.º 377º do Código Civil, para que se possa lançar mão dela, e para que se verifique esta causa justificadora é necessário que, para além dos bens pertencerem ao agressor, se observem os seguintes requisitos cumulativos previstos na norma. Assim:

- a) Agressão – que haja uma ofensa contra a pessoa ou os bens, do próprio ou de terceiro, por consequência de uma ação e não de uma simples omissão;
- b) Atualidade e ilicitude – que a agressão, contra a qual se reage, seja atual – presente ou iminente - e não meramente provável ou previsível, e ilícita, ou seja, contrária à lei.
- c) Necessidade de reação – que não seja viável nem eficaz o recurso aos meios normais, ou seja, que não seja possível ao defendente recorrer aos meios normais para afastar a agressão.
- d) Adequação – que haja uma certa proporcionalidade entre o prejuízo que se causa e aquele que se pretende evitar, de modo a que o ato não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão, ou seja, o meio usado não provoque um dano manifestamente superior ao que se pretende afastar. Ao contrário do que acontece na ação direta, pode na legítima defesa haver desproporção entre os prejuízos, desde que esta não seja *manifesta*.

Na legítima defesa, a reação do agente pode visar a defesa do próprio ou de terceiro, e nada impede que se dirija contra o próprio titular do direito, desde que se não trate de um direito disponível ou desde que o titular haja excedido os limites da sua livre disponibilidade. Tem, todavia, de ser sempre dirigida contra o autor da agressão. Também na legítima defesa, à semelhança da ação direta, além de ser lícito o ato de quem se defende, o autor é isento de responsabilidade dos danos que causar. Apenas responderá se houver erro da sua parte acerca da verificação dos pressupostos que legitimam a defesa e o erro não for desculpável.

A legítima defesa constitui uma atitude de reação - e não de ataque ou de iniciativa como acontece nas figuras da legítima defesa ou na ação em estado de necessidade – que poderá ocasionar danos na pessoa ou no património do agente agressor, sobretudo quando haja excesso de legítima defesa. A defesa excessiva pode resultar da impropriedade do meio utilizado - o meio utilizado ser mais graves do que o necessário para afastar a agressão – como do facto dos interesses do atacante se

³⁸ Esta figura é, geralmente, mais intensivamente tratada pela doutrina do Direito Criminal. Assim, por todos, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil*, Lisboa, 1990 e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, Coimbra, 1995.

apresentarem manifestamente superiores aos interesses do defendente. Considera-se justificado o excesso de legítima defesa sempre que este excesso se deva a perturbação ou medo culposo e não censurável com que o agente atuou. Neste caso, opera-se uma isenção de responsabilidade civil do defendente.

Igualmente lícito é o ato que, praticado em *estado de necessidade*, se destina a remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, do agente ou de terceiro, destruindo ou danificando coisa alheia. Por maioria de razão, tende a admitir-se igualmente lícito o ato daquele que, em vez de destruir ou danificar coisa alheia, se limitar a usar – sem autorização – um bem alheio. Assim, o estado de necessidade consiste na situação de constrangimento em que age quem sacrifica coisa alheia, com o fim de afastar o perigo atual de um prejuízo manifestamente superior. Dado o conteúdo da norma do Art.º 339º do Código Civil, parece que o referido preceito apenas admite o sacrifício de coisas ou direitos patrimoniais alheios. Assim, O perigo aqui patente pode dizer respeito à pessoa ou aos bens do agente ou de terceiro, mas o dano só pode incidir sobre coisa ou direito patrimonial.

Para que se possa lançar mão da figura da ação em estado de necessidade, e para que se verifique esta causa justificadora, faz-se mister que se observem os seguintes requisitos cumulativos previstos na norma. Assim:

- a) Atualidade – exige-se a existência de um perigo atual. Por atual entendemos que o perigo seja presente ou eminente, e não meramente provável ou previsível;
- b) Ameaça – o perigo que se visa afastar deve ameaçar um direito ou um bem jurídico relativo à pessoa ou ao património do agente ou de terceiro;
- c) Necessidade de reação – a conduta do agente deve constituir meio necessário para preservar o direito ou bem jurídico em causa;
- d) Superioridade dos interesses – os interesses defendidos devem ser manifestamente superiores aos interesses sacrificados.

Na ação em estado de necessidade, o agente atua ou por ataque ou como meio de defesa contra um perigo não proveniente de agressão de outrem, pelo que o perigo é devido, as mais das vezes, a caso fortuito, sendo o ato praticado contra interesses de terceiros. Assim, excluída que seja a ilicitude do ato praticado em estado de necessidade, não há legítima defesa contra a prática deste. Caso haja oposição ou resistência à sua prática, poder-se-á, em última análise, recorrer à ação direta.

Nas ações praticadas em estado de necessidade, uma vez que se sacrificam legitimamente interesses legítimos de outrem, impõem-se soluções diversas quanto ao ressarcimento dos danos causado, consoante a situação de necessidade seja ou não criada por culpa exclusiva do autor da destruição, danificação ou uso da coisa alheia. No primeiro caso, ele fica obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, ao passo que no segundo caso, pode o tribunal fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade – assim, poderá condenar só o autor do ato, só o causador do estado de necessidade, só o terceiro que beneficiou do ato, quer um e outros simultaneamente. As situações podem variar de tal modo e ser tão

diferentes a liberdade de determinação e de ação das pessoas que o legislador optou assim por entregar ao julgador a tarefa de decidir não só sobre o montante da indemnização, mas também sobre a própria atribuição dela e a determinação das pessoas responsáveis. Há, portanto, obrigação de indemnizar sempre que a situação de perigo tenha sido provocada por culpa exclusiva do autor da destruição, danificação ou uso da coisa alheia, sendo que, verdadeiramente, apenas na segunda hipótese existe um estado de necessidade justificativo do facto danoso.

A distinção entre a figura da *ação direta* e da *legítima defesa*, dada a proximidade das figuras culmina no facto de nem sempre ser fácil distinguir uma da outra. Esta dificuldade na distinção ocasionará, por vezes, má aplicação do direito, levando a injustiças quando, na verdade, a lei e o direito se encontram do lado de quem atua a coberto de uma causa justificadora da ilicitude. E acontecerá, por vezes, que dada a factualidade assente, a responsabilidade do agente seja mal atribuída e definida, importando incerteza e insegurança quanto ao exercício dos direitos, sendo, de facto, este o interesse prático na distinção de ambas as figuras. Assim, enquanto a *ação direta* consiste no recurso à força, sob a forma de ataque, para realizar ou assegurar um direito próprio e, por autoridade própria sancionar a violação de um direito do agente, na *legítima defesa* apenas se reage contra um agressão *atual* e *ilícita* que provoque a lesão do direito do próprio ou de terceiro, defendendo-se e conservando-se assim o bem ou interesse ameaçado, reagindo-se apenas contra quem criou a situação de perigo. É aqui que radica a distinção entre uma e outra.

Bibliografia:

- M.J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição, Almedina;
Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª Edição, Almedina;
Antunes Varela, *das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina;
J.A. Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, 7ª edição, Almedina;
A. Montalvão Machado e Paulo Pimento, *O novo processo civil*, 9ª Edição, Almedina;
Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição, Coimbra Editora;
J.P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 2007*, Coimbra Editora;
Código de Processo Civil Anotado, Vol I, 2ª Edição, Coimbra Editora, coord. de Lebre de Freitas;
Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 4ª edição, Coimbra Editora;
Antunes Varela/Pires de Lima, Código Civil Anotado, Coimbra Editora;
Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, Coimbra Editora;
J.F. Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil, Vol. I*, 3ª edição, Lisboa;
Anselmo Castro, *Direito Processual Civil Declaratório, Vol. I*, 1981;
Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal, Vol. II, Verbo*³⁹;

³⁹ Pese embora tenha havido o cuidado na indicação das fontes bibliográfica, *errare humanum est*.