

DA TUTELA DOS DIREITOS
DA ACÇÃO DIRECTA (*)

pele Dr. G. Marques da Silva

SUMARIO

CAPÍTULO I

I — *Generalidades*

1. Objecto do estudo.
2. A justiça privada — A tutela dos direitos.
3. Justiça privada e justiça pública.
4. Aspectos gerais da evolução histórica da justiça pública.

II — *A Justiça privada moderna*

Preliminar

5. Conceito de justiça privada — Razão de sequência.
6. Justiça privada subsidiária e justiça privada independente.

I — Distinção.

II — Justiça privada subsidiária ou necessitada.

III — O estado de necessidade.

IV — A justiça privada independente.

V — Conclusão.

7. A justiça privada preventiva e a justiça privada repressiva.
8. A justiça privada defensiva e a justiça privada activa.
9. Sintese das classificações anteriores.

III — *Justiça privada necessitada activa*

Preliminar.

10. Distinção das modalidades de justiça privada necessitada.
11. A acção directa no Direito alemão e suíço.
12. Natureza jurídica da acção directa.

(*) Prémio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968.

CAPÍTULO II

DA ACÇÃO DIRECTA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

IV - *O Código Civil português*: trabalhos preparatórios.*Análise da acção directa*

1. Consagração legal. Preliminar.
2. Distinção entre legítima defesa e acção directa.
3. Carácter geral da acção directa.
4. Pressupostos da acção directa.
 - A -- Existência de um direito privado.
 - B -- Indispensabilidade de recurso à acção directa para evitar a inutilização prática do direito.
 - C -- Impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais.
 - D -- Necessidade de verificação cumulativa de todos os pressupostos.
5. O fim da acção directa.
6. Meios lícitos de exercício da acção directa.
 - A -- Acto análogo.
 - B -- Meios contra as coisas.
 1. Apropriação de uma coisa.
 2. Destruição ou deterioração de uma coisa.
 - C -- Meios contra as pessoas.
 - A -- Eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito.
7. Erro acerca dos pressupostos.
8. Limites da acção directa.
9. As partes -- Capacidade e legitimidade.
10. Efeitos da acção directa.
 - A -- Efeitos civis.
 - B -- Efeitos penais.

CAPÍTULO I

I — GENERALIDADES

1. *Objecto do estudo*

Vamos estudar o instituto da «acção directa», consagrado na Parte Geral do Código Civil de 1966, arts. 336.º e 338.º do Título II, Subtítulo IV, sob a epígrafe «Do exercício e tutela dos direitos».

Do art. 336.º ressalta antes de mais este traço: recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito. Daqui se vê imediatamente que a «acção directa» é uma forma de garantia dos direitos subjectivos, uma forma de realização coactiva do próprio direito, uma forma de «justiça privada».

Dividiremos o nosso trabalho em quatro partes. Na primeira trataremos de alguns conceitos necessários ao enquadramento científico do estudo e, também em linhas muito gerais, dos aspectos da evolução da justiça privada em geral. Seguidamente estudaremos o conceito e formas de justiça privada, a «Justiça privada necessitada», e, finalmente, a justiça privada no direito civil português.

2. *A justiça privada — A tutela dos direitos*

I — O direito privado outorga às pessoas direitos e impõe-lhes deveres.

Tendencialmente os direitos são acatados e os deveres cumpridos voluntariamente. Todo um conjunto poderoso de factores sociais — sentimentos, aspirações, receios, tradições e até a imitação — age regularmente sobre os homens no sentido de os levar à submissão às normas jurídicas.

Acontece, porém, que as normas jurídicas são por essência violáveis. As normas jurídicas não são expressão de relações necessárias entre fenómenos, são normas de conduta juridicamente valoradas, que se dirigem à inteligência e à vontade dos homens. Estes devem respeitá-las, mas a plena conformidade com esse dever é apenas a regra. Se normalmente o direito se realiza espontaneamente, há, porém, muitos casos em que surgem obstáculos a essa realização. Quando surgem essas resistências é necessário removê-las, que característica essencial do jurídico é a susceptibilidade de realização coactiva, a possibilidade de remover, pela força se necessário for, os obstáculos impeditivos da efectivação final da Ordem Jurídica.

II — Deste modo se, por exemplo, uma pretensão é discutida ou, não sendo discutida, não é cumprida pelo devedor, ou então é violado qualquer outro direito, o titular do direito tem que se defender ou deve defendê-lo o Estado. Há um conflito de interesses; um conflito de interesses hierarquizado pelo direito objectivo, mas que apesar dessa hierarquização não está plenamente solucionado na medida em que o titular do interesse sacrificado se opõe, resiste à composição definitiva do conflito de interesses.

III — O estudo dos sistemas ou processos por meio dos quais se procede à composição destes conflitos, dos litígios, corresponde ao estudo das formas fundamentais que através dos tempos a realização coactiva do direito tem revestido.

À função de realizar coactivamente a composição dos litígios, ou seja, aos processos de efectivar a realização coactiva do direito, dá-se genericamente o nome de justiça ⁽¹⁾ e de tutela ⁽²⁾.

(1) Prof. Paulo Cunha, *Lições de Processo Civil e Comercial*, pág. 75 e Prof. Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, pág. 37.

(2) Prof. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 125.

3. *Justiça privada e justiça pública*

A função de composição dos litígios pode pertencer ao Estado ou aos particulares; a justiça pode ser pública ou privada. Esta distinção faz-se em função das entidades que a exercem.

Se o vencimento da resistência à efectivação do direito estiver entregue ao próprio titular, que directamente o faz com a própria força ou com o auxílio da força privada de que possa dispor, ter-se-á a justiça privada. Se, pelo contrário, a realização coactiva do direito incumbir não já aos particulares mas a órgãos do Estado para tal efeito organizados, ter-se-á a justiça pública.

Entre os dois extremos oscilam, em combinações mais ou menos complexas, todas as mais soluções, que se limitam a ser formas mistas ou intermédias — justiça simultaneamente privada e pública.

4. *Aspectos gerais da evolução histórica da justiça privada*

I — Não faremos mais do que um breve esquema da evolução da justiça privada através dos tempos, limitando-nos apenas a apontar o que possa ter interesse imediato para este estudo.

II — Pode dizer-se que nos primórdios da vida social a defesa dos direitos pertencia exclusivamente aos particulares. Se alguém se sentia lesado nos seus direitos, procurava restituir-se ao estado anterior à lesão pelos meios mais directos e repelir a força pela força, afastando de qualquer modo a resistência oposta à satisfação do seu direito.

À medida que o poder político se vai fortalecendo, começa a intervir na regulamentação da justiça privada. A princípio incumbia ainda aos particulares o vencimento da resistência à satisfação dos seus direitos, mas o Estado intervem para assinalar limites à actuação da justiça privada ou para fixar o formalismo a que a justiça privada devia obedecer.

Nesta fase da evolução procurava-se infligir ao infractor um sofrimento igual ou maior do que aquele a que ele se sujei-

taria cumprindo voluntariamente o dever. Assim se conseguia por intimidação compelir os homens ao respeito da lei.

III — A evolução prosseguiu.

A justiça humanizou-se e formou-se a ideia de se dever actuar sobre o património do infractor em vez de se actuar sobre a sua pessoa. Assim se entrou na fase das «composições»: a vítima da lesão ou os seus parentes faziam «composição» com o violador do direito, mediante a entrega feita por este de certos bens.

As composições, que terão começado por ser voluntárias, depressa passaram a ser obrigatórias, registando-se assim uma nova intervenção do poder político no exercício da função da justiça.

É à medida que se vai consolidando o poder político vai-se acentuando a sua intervenção na composição dos conflitos de interesses, desenvolvendo-se a ideia de que a composição dos litígios não é mera questão de interesse particular, mas matéria de interesse público, donde a proibição genérica da justiça privada, admitida apenas em casos excepcionais.

Para que o Estado possa proibir a justiça privada deve, porém, intervir ele próprio; fá-lo através do processo. O Processo Civil serve precisamente para as partes prosseguirem os seus direitos, comporem os litígios, mas serve também o interesse do Estado na manutenção da Ordem Jurídica e o estabelecimento e conservação da liberdade e da paz jurídica.

IV — O que importa sobremaneira realçar nesta evolução da justiça privada através dos tempos é que a limitação da justiça privada em favor da justiça pública acompanha o desenvolvimento e fortalecimento do poder político⁽³⁾.

Como vimos, a justiça privada é o modo primário de tutela jurídica, historicamente o mais antigo e o único nos tempos primitivos. Esta forma de tutela jurídica tem, porém, graves defeitos, porque nem sempre o titular do direito é o mais forte. Com frequência permite que se imponha a força ao direito e

(3) Prof. Paulo Cunha, *op. e loc. cit.*

fracassa quando se deva alcançar algo mais que a simples realização da pretensão do titular do direito. Daí que o Estado à medida que se vai organizando e consolidando politicamente vá ao mesmo tempo chamando a si a tarefa de administrar a justiça, impondo a justiça pública e proscurendo a justiça privada, segundo a máxima de que «ninguém deve fazer justiça por suas próprias mãos» (4).

II — A JUSTIÇA PRIVADA MODERNA

Preliminar

Que a justiça privada tem graves defeitos, concebe-se facilmente. No entanto afigura-se-nos uma tendência exagerada para a simplificação considerar as formas consideradas superiores como preferíveis em todos os casos concretos.

A justiça privada que encontramos consagrada no Código Civil alemão e suíço e no Código Civil português de 1966, não é a justiça selvagem dos tempos primitivos, mas um instituto bem delimitado, que apresenta todas as garantias e, portanto, o sinal, a marca da civilização dos nossos dias.

Vamos neste capítulo proceder a um esboço de teoria geral da justiça privada moderna.

(4) «Não foi só no sentido exposto que a evolução da justiça se efectuou. A evolução fez-se também em outro sentido que é paralelo a este e que de algum modo o completa — o sentido que se encontra reflectido nas palavras seguintes:

«Em toda a sociedade humana, a solução pacífica e justa dos conflitos e dos litígios que no transcurso das relações sociais inevitavelmente hão-de suscitar-se, corresponde, a bem dizer, a uma necessidade primária e essencial, ou melhor, constitui o limite de uma tendência geral, profunda, dominante — tendência que de começo, na fase rudimentar da vida social, não distinguiremos talvez senão na forma inconsciente e difusa de aspiração quase instintiva, irrealizada e inexpressada ainda, mas a cuja lenta incubação e ulterior desenvolvimento iremos assistindo depois, volvidos os tempos e gastas energias apreciáveis, à medida que o grupo social se for transformando e evoluindo» — Prof. Paulo Cunha, *op. cit.*

A Justiça vai-se firmando consequentemente como uma necessidade colectiva, uma necessidade pública que ao Estado cumpre satisfazer e, daí a sua intervenção cada vez maior no exercício da função de composição dos litígios.

Procederemos a algumas classificações e à apreciação das vantagens e inconvenientes da justiça privada nas suas diversas formas.

Finalmente, procuraremos caracterizar a «acção directa» em confronto com a «legítima defesa» e tentaremos uma breve exposição da acção directa no direito alemão e suíço.

5. *Conceito de justiça privada — Razão de sequência*

1. Como se sabe, a justiça pública desenvolve-se normalmente em duas fases: uma, tendente a fazer certos e incontestáveis os direitos invocados perante o tribunal, que é a fase declarativa da justiça pública, e outra, tendente a dar efectividade aos direitos e deveres emergentes da decisão judicial, que é a fase executiva.

Esta distinção que nem sempre aparece a plena luz nas diversas espécies de justiça pública tem uma importância muito limitada na justiça privada.

A fase declarativa na justiça privada passa-se como que internamente, isto é, sem reflexos externos que não sejam a actividade de execução. Geralmente pouco importa a declaração privada do direito; essa declaração não terá, em princípio qualquer relevância. O mesmo não pode dizer-se da fase executiva. Esta sim, a fase executiva da justiça privada vai ter extrema relevância. O particular ao usar da força para se restituir ao exercício dos seus direitos, ao executar esses direitos, afirmados por si mesmo ou tornados certos pelos tribunais através de um processo declarativo, vai colidir com a esfera jurídica de outrem e daí a sua importância para o direito.

Logo se vê do que deixamos dito que à justiça privada não importa tanto o vencimento da resistência intelectual como a resistência material à plena satisfação dos interesses, segundo a hierarquização feita pelo direito substantivo. «Só se adequa à resistência material — deixa sem solução (talvez por nos tem-

pos antigos se lhe não ligar grande importância) a resistência intelectual»⁽⁵⁾.

II — Procuremos agora uma definição que delimite o campo de análise deste trabalho, definição que abranja os casos que vão ser contemplados e que são, afinal, os casos de justiça privada consagrados no Código Civil.

A justiça privada consiste na actuação do titular de um direito para, por sua própria iniciativa e sem a intervenção das autoridades, proteger ou executar o seu direito, violado ou em vias de violação⁽⁶⁾.

III — Desta definição procurámos desde logo excluir a justiça diferida pelas partes — arbitragem — não porque excluamos «in limine» a possibilidade de qualificar a justiça arbitral como justiça privada, mas porque na arbitragem acaba sempre por haver a intervenção da autoridade e também porque o particular não é, assim, juiz e parte na sua própria causa, na medida em que são terceiros imparciais que decidem o litígio.

Há ainda a acrescentar como razão para afastar a arbitragem deste estudo o facto de na arbitragem haver colaboração das partes para a solução do litígio, mais não seja para o acordo inicial, o compromisso arbitral, enquanto os casos de justiça privada que vamos estudar pressupõem uma actuação unilateral do titular do direito violado ou na eventualidade de violação, actuação para vencer a resistência material da outra parte à efectivação do seu direito.

Procedamos seguidamente ao estudo de algumas classificações da justiça privada.

6. *Justiça privada subsidiária e justiça privada independente*

I — DISTINÇÃO

Por mais perfeito que seja o sistema de justiça pública e por mais cuidado que o Estado ponha na tutela preventiva

⁽⁵⁾ Prof. Castro Mendes, *op. cit.*, pág. 38.

⁽⁶⁾ Vallimeresco, *La justice privée en droit moderne*, pág. 14; Demogue, *Les Notions Fondamentales du droit privé*, pág. 622.

dos direitos, haverá sempre certas emergências em que não é materialmente possível recorrer à protecção dos poderes públicos e outros em que a intervenção destes se torna impotente ou insuficiente.

A justiça privada necessitada abrange apenas os casos em que a justiça pública se revela ocasionalmente impotente ou deficiente para a satisfação das pretensões do titular do direito violado ou ameaçado, surgindo então a justiça privada como complemento indispensável para suprir as suas faltas ou insuficiências.

Por sua vez, sob a noção de justiça privada independente abrangem-se todos os demais casos de justiça privada que não se reconduzem à ideia de necessidade ou de urgência de actuação para satisfação ou garantia do direito, mas que a Ordem Jurídica admite excepcionalmente em concorrência com a justiça pública, por razões de ordem prática, ditadas pela ideia de simplicidade, de rapidez ou de economia.

II - JUSTIÇA PRIVADA SUBSIDIÁRIA OU NECESSITADA

Comecemos por apontar alguns exemplos.

Se ao passar num lugar solitário for assaltado por um bandido, é manifesto que para obstar à violação do meu direito de existência ou de propriedade será no momento irrelevante a acção da justiça pública. Do mesmo modo, se o meu vizinho vier esbulhar-me violentamente da posse da minha casa, será também solução deficiente para protecção do meu direito, ter de aguardar que a justiça pública venha a conhecer do caso.

Se o meu devedor vai a fugir para o estrangeiro levando consigo todos os seus bens, será também irrelevante a justiça do Estado para proteger o meu direito de crédito.

Em todos estes casos a justiça pública não garante eficazmente o meu direito e, por isso, se quer garantir-se o direito, torna-se indispensável permitir a actuação da justiça privada. Isto é, no momento em que falta a força dos poderes públicos,

em que a defesa privada pode ser eficaz, enquanto a justiça pública não o seria, há necessidade de actuação da justiça privada para evitar a inutilização prática do direito. É uma aplicação do provérbio vulgar: a necessidade não tem lei.

III — O ESTADO DE NECESSIDADE

Fomos, através dos exemplos anteriores, reconduzidos à ideia de estado de necessidade. Vejamos então da sua relevância na questão que nos ocupa.

O estado de necessidade em sentido amplo caracteriza-se fundamentalmente por uma alternativa: suportar uma lesão ou omitir o comportamento que seria devido.

Este conceito amplo de estado de necessidade compreende as situações previstas nos arts. 336.º, 337.º e 339.º do Código Civil de 1966. Estamos, porém, a considerar apenas o estado de necessidade na sua relevância com a justiça privada e, por isso, não nos importam os preceitos do art. 339.º.

Com efeito, a situação prevista no art. 339.º, embora abrangida no conceito amplo de estado de necessidade, não é compreendida no conceito de justiça privada. Há o propósito do agente, ao omitir o comportamento inicialmente devido, de evitar um mal maior, mas porque não houve aqui violação ou agressão de direitos que justificasse a omissão daquele comportamento devido, porque não há, afinal, litígio, o instituto cai fora do conceito de justiça privada.

Pode dizer-se que o problema jurídico fundamental suscitado pelo estado de necessidade é um problema de colisão de interesses: para evitar que o perigo faça perecer determinado valor, o agente terá de sacrificar um outro valor jurídico de que não é senhor (7). Colisão de interesse que não somente interesses privados. Se bem que haja em primeiro lugar um conflito de interesses entre o titular do direito, o agente e o titular dos interesses sacrificados, há primordialmente — vista a questão sob o aspecto da composição dos litígios, que é a que ora nos

(7) Prof. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 737.

interessa — um conflito de interesses privados e interesses públicos, o interesse do titular do direito em garantir o seu direito subjectivo e o interesse público de que os litígios sejam compostos de modo pacífico, que leva os Estados a imporem a justiça pública.

Parcece-nos que nestes casos, em que ou se admite a justiça privada ou se nega a garantia do direito, não há outro remédio senão admitir como legítima a intervenção da justiça privada, sob pena de se negar o próprio direito.

Em todo o caso, o efeito de reconhecimento do estado de necessidade na Ordem Jurídica é o de justificar uma conduta que realizada em circunstâncias diversas seria ilícita: é equiparar a acção ilícita às acções praticadas de acordo com o Direito, como resulta dos arts. 336.º e 337.º do Código Civil. A salvação do interesse ameaçado exige um comportamento contrário às regras normalmente orientadoras da conduta jurídica, uma omissão do comportamento normalmente devido, omissão justificada, porém, pelo propósito do agente, ao omitir essa conduta, pretender evitar a inutilização prática do seu direito ou afastar uma agressão actual e contrária à lei contra a sua pessoa ou o seu património ou de terceiros (*).

O agente pratica um acto que seria ilícito se não ocorresse a causa de justificação, que é o fim de evitar uma lesão, lesão que não poderia evitar de outro modo, em virtude da impossibilidade material da intervenção da autoridade.

Estamos aqui numa zona de interferência entre a exigência de ordem pública e os interesses privados. Interesses privados de satisfação dos direitos subjectivos, que nos surge também como algo de interesse público, interesse na efectiva garantia dos direitos. Este interesse vai justificar a quebra do princípio de direito público de que ninguém deve fazer justiça pelas suas próprias mãos.

Quando não é possível a actuação do poder público para garantir os direitos, então deve poder actuar a justiça privada. No momento em que falta a força do Estado começa o direito

(*) Doutor Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, pág. 547.

dos particulares de se servirem da força privada para garantia dos seus direitos. Parece-nos este um princípio fundamental.

A própria evolução histórica da justiça vai neste sentido. À medida que se vai consolidando o poder político, à medida que o Estado vai tendo mais força e maiores possibilidades de intervenção na via jurídica, vai limitando a justiça privada e substituindo-a pela justiça pública. Se os órgãos do Estado são, porém, insuficientes para tutelarem os direitos, parece que o direito de usar a força permanece intacto e o Estado não pode proibir que alguém se defenda, sob pena de negar o próprio Direito.

Há, pois, como que uma lei de necessidade, uma lei que aflora nos arts. 336.º e 337.º do Código Civil a propósito da justiça privada.

A justiça privada necessitada é também denominada por alguns autores «justiça privada subsidiária», marcando, assim, que ela representa uma forma auxiliar da justiça pública, perfeitamente compatível com os estádios mais avançados da civilização jurídica e até por eles postulada. Repetimos, porém, que o campo da justiça privada necessitada abrange apenas aquelas situações em que a justiça pública se revela ocasionalmente impotente, surgindo então a justiça privada como complemento indispensável para suprir as suas faltas e insuficiências (°).

IV — A JUSTIÇA PRIVADA INDEPENDENTE

Enquanto a justiça privada necessitada se caracteriza pela autorização excepcional da prática de certos actos que seriam ilícitos, mas que a carência de autoridade pública torna indispensáveis, nesta categoria de justiça privada não se trata de carência de poderes públicos nem de autorização de actos, que seriam ilícitos não fora a existência do estado de necessidade.

Agora o problema é outro. Trata-se simplesmente de saber se em certos casos não será preferível a justiça privada à justiça

(°) Prof. Paulo Cunha, cit., cit.

pública. A possível vantagem da justiça privada pode resultar de variadas razões e sempre que haja necessidade de uma execução rápida e barata.

Vejam os alguns exemplos.

Dispõe o n.º 1 do art. 1366.º do Código Civil que é permitido ao dono do prédio vizinho arrancar e cortar as raízes que se introduzirem no seu terreno e o tronco ou ramos que sobre ele propenderem, se o dono da árvore, sendo rogado judicial ou extrajudicialmente, o não fizer dentro de três dias.

É evidente que aqui não é a carência de poderes públicos, e consequente necessidade de actuação do particular, que justifica que os prejudicados possam eles mesmos efectuar o corte dos ramos ou raízes que penetrem no seu prédio. Os prejudicados poderão sempre recorrer eficazmente aos tribunais, até porque só poderão proceder ao corte depois de pedirem ao dono das árvores que proceda ao respectivo corte e esperarem três dias. A razão que leva o legislador a admitir esta forma de justiça privada é outra, necessidade ainda, mas necessidade de justiça barata e simples.

Um outro exemplo decorre da possibilidade de execução extrajudicial de certos créditos penhoratícios. Se o credor for um Banco ou Casa Bancária, ou uma instituição de socorros mútuos, pode proceder à execução do seu crédito de capital e juros no caso de não cumprimento da obrigação de juros, por mera actividade particular do credor.

Também aqui não parece serem razões de carência de autoridade a justificarem a actuação do credor. Serão razões de economia e de tempo, porventura, mas não de carência de autoridade.

As vantagens e desvantagens da admissão destas formas de justiça privada podem ser de ordem geral ou de ordem particular.

São vantagens de ordem particular, por exemplo, as resultantes da economia de tempo e de custas. Note-se que a economia de custas aproveita a ambas as partes. São vantagens de ordem pública, fundamentalmente, a diminuição dos processos nos tri-

bunais, quando a justiça privada pode ser eficaz e sem perigo de excessos ou de erros, sem que a ordem pública seja perturbada.

«Pensamos mesmo que se pode traçar uma linha de separação entre a execução que convém reservar ao Estado e aquela que pode ser privada, dizendo: quando se pretenda dar segurança ao devedor, impedindo os processos injustificados ou demorando a apreciação final do conflito, impõe-se a execução pública. Mas quando se pretenda rapidez, garantias de execução rápida e poucas despesas pode aceitar-se uma execução que se aproxime mais da justiça privada»⁽¹⁰⁾. Se a justiça pública com a sua organização própria pode dar melhores resultados, se pode oferecer mais segurança, apresenta-se também muito mais lenta. Se é mais sábia, é também mais complexa. Ora, se é assim, não admira que ao lado desta justiça complexa se forme uma outra menos justa talvez, um pouco mais parcial, mas mais simples, mais rápida e mais barata⁽¹¹⁾.

A humana aspiração a uma justiça pronta, a uma aplicação segura, fácil e gratuita da sanção civil, transforma-se numa necessidade quase imperiosa.

A admissibilidade da justiça privada em concorrência com a justiça pública acarreta muitos problemas que importa ter sempre bem presentes. Mas, devidamente regulamentada, tomadas todas as precauções necessárias, parece-nos que mesmo a justiça privada concorrente é de admitir — e note-se que tem sido sempre admitida por todas as ordens jurídicas — porque contida nos devidos limites, a justiça privada revivifica o direito, restaura a sua plena dignidade.

Não pensamos, conseqüentemente, que os casos de justiça privada independente admitidos na lei, sejam, pelo menos na grande maioria dos casos «imperfeições e sobrevivências ainda não definitivamente eliminados do quadro das instituições jurídicas»⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ e ⁽¹¹⁾ Demogue, *ob. cit.*, pág. 643.

⁽¹²⁾ Prof. Paulo Cunha, *ob. cit.*, pág. 75.

V. — CONCLUSÃO

Vamos findar estas considerações sobre a admissibilidade — de «jure condendo» — da justiça privada subsidiária e independente concluindo que, muitas vezes, tanto o interesse público como o privado concorrem para que seja admitida a justiça privada. Naturalmente serão casos excepcionais, onde as considerações que invocamos não são de uma força decisiva. Mas o que importa reter sobremaneira é que a proibição da justiça privada como tal não pode ter carácter absoluto quando se pesam as vantagens tiradas das necessidades práticas. E isto até em virtude da sólida organização política das sociedades modernas, onde os poderes públicos ao mesmo tempo que podem limitar os casos de justiça privada admitidos, têm força bastante para reprimir os abusos e até para os evitar.

7. *A justiça privada preventiva e a justiça privada repressiva*

I — A distinção entre justiça privada preventiva e justiça privada repressiva parece poder fazer-se do seguinte modo: é preventiva sempre que a acção tende a prevenir futuras possíveis violações do direito; é repressiva se a acção consiste numa reacção post-factum, depois de efectuada a violação de um direito. Quer dizer, a justiça privada é preventiva sempre que as providências tomadas se destinam a evitar que se chegue a um estado de violação do direito subjectivo, é repressiva quando as providências são tomadas só após a efectiva violação do direito subjectivo.

II — É da maior importância a delimitação rigorosa dos termos desta distinção dado que ela vai ter, juntamente com a classificação que estudaremos a seguir, a maior importância para este trabalho, na construção do conceito de acção directa.

Vamos em seguida passar em revista algumas distinções dos conceitos que estamos a analisar.

Começemos pelo Prof. Cabral de Moncada. Para este autor, a defesa dos direitos «tanto pode ser uma defesa privada como

uma defesa judiciária; tanto pode ser uma defesa preventiva como repressiva»⁽¹³⁾. «Diz-se preventiva se tende a prevenir futuras possíveis violações do direito; diz-se repressiva, se consiste numa actuação «post-factum», depois de efectuada a violação do direito»⁽¹⁴⁾.

«A defesa judiciária por meio de acção tanto pode ser, porém, preventiva como repressiva. É preventiva sempre que se trata de pôr termo a certos estados de incerteza que ameaçam os direitos, como acontece com todas as acções conservatórias e declarativa e ainda com os chamados actos preventivos e preparatórios para algumas causas, por exemplo, o embargo de obra nova e o protesto»⁽¹⁵⁾.

Também o Sr. Prof. Dias Marques faz uma distinção em termos semelhantes: «As medidas destinadas a tutelar as normas jurídicas podem funcionar de dois modos diferentes: umas vezes, ex-ante, impossibilitam, dificultam ou tornam inconveniente para o sujeito a violação da norma ou grupo de normas cujo cumprimento se trata de garantir; outras vezes, actuando ex-post, criam para o violador da norma jurídica um sacrifício maior que o que resultava da falta de lhe ter obedecido.»

Se bem que estas classificações se reportem a conceitos mais amplos que os de justiça, como meio de composição de litígios, para o Prof. Cabral de Moncada trata-se duma classificação das formas de defesa dos direitos e para o Prof. Dias Marques das formas de tutela das normas jurídicas, pensamos, porém, que ambas as classificações são passíveis de aplicação à distinção que procuramos estabelecer dentro da justiça privada.

Para estes autores cairia no âmbito da justiça privada repressiva a legítima defesa, o direito de retenção, a «exceptio non adimpleti contractus ...»⁽¹⁶⁾.

«Quase todas as garantias que a técnica jurídica qualifica como preventivas buscam, como finalidade primordial, o asseguramento do gozo de um direito por parte de quem o tem ou adquire. Por sua vez é qualificado como garantia que visa o

(13) e (14) Prof. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, II.

(15) Prof. Dias Marques, *ob. cit.*, pág. 136.

(16) *Ob. cit.*, cit.

restabelecimento de uma situação jurídica, a legítima defesa, que portanto, é considerada como exemplo de justiça privada repressiva⁽¹⁷⁾.

Outros autores não seguem o mesmo critério de distinção. Rocco considera a legítima defesa como uma manifestação da justiça privada preventiva. Distinguindo a justiça privada repressiva da preventiva: no primeiro caso, a força do particular é empregada licitamente para reintegrar um direito já violado, enquanto no segundo ela é empregada também licitamente para prevenir a violação de um direito⁽¹⁸⁾.

III — Parece-nos não se afastar fundamentalmente desta ideia o Sr. Prof. Castro Mendes, que distingue a acção directa da legítima defesa precisamente com base na distinção entre justiça privada preventiva e repressiva: «A acção directa supõe uma agressão já finda e consumada e tem, portanto, carácter repressivo; a legítima defesa supõe uma agressão actual, iniciada mas não consumada, e tem portanto carácter preventivo.»⁽¹⁹⁾

Para o Sr. Prof. Castro Mendes parece pois haver justiça privada preventiva sempre que as providências sejam tomadas antes de consumada a agressão, será repressiva se a agressão está já consumada. Precisa-se a distinção introduzindo o elemento de agressão consumada ou não consumada, e este elemento era fundamental em virtude do Sr. Prof. Castro Mendes distinguir a legítima defesa da acção directa precisamente com base nesta classificação da justiça privada. Importava assim precisar a distinção — como é próprio do jurídico — para evitar a imprecisão dos conceitos, que, ora permitiam incluir a legítima defesa na justiça privada preventiva, ora na repressiva. Com efeito, se o instituto é sem dúvida preventivo para a distinção do Sr. Prof. Castro Mendes, não há dúvida também ser repressivo para a distinção do Sr. Prof. Cabral de Moncada.

(17) *Nueva Enciclopédia Jurídica*.

(18) A. Rocco, *Princípios de Direito Comercial*, pág. 416.

(19) *Ob. cit.*, pág. 40.

IV — Estamos em crer, porém, que o Sr. Prof. Castro Mendes procurou apenas um critério de distinção da legítima defesa da acção directa sem tomar posição no problema mais geral da construção do conceito de acção directa. «Agressão consumada ou não consumada» são características que importam necessariamente à legítima defesa, não tanto à acção directa.

É requisito da legítima defesa a resistência a um acto positivo (mediante omissão, v. g., não cumprimento de uma obrigação, não podem agredir-se ou atacar-se uma pessoa ou bens alheios) capaz de prejudicar uma pessoa ou bens alheios (agressão) ⁽²⁰⁾. Trata-se, pois, de uma ofensa — não meramente jurídica — com carácter material à pessoa ou bens de terceiro.

Ora bem, não é essencial à acção directa ter havido uma «agressão», mas tão somente uma violação actual ou eventual de direito subjectivo.

Importa consequentemente é estudar se dentro do conceito de justiça preventiva e repressiva — e não só de prevenção de uma agressão ou repressão de uma agressão consumada — há lugar para a acção directa.

V — Veremos mais adiante que um dos princípios fundamentais que dominam a «acção directa» é que todos os meios permitidos à justiça pública serão permitidos ao agente da acção directa, salvo expressa exclusão da lei.

O art. 403.º do Código de Processo Civil qualifica como preventivo o arresto. «Não obsta ao pedido de arresto a circunstância de a dívida não ser exigível, de não ter chegado o dia estipulado no contrato ou fixado na lei para o vencimento da obrigação» ⁽²¹⁾. Do mesmo modo pensamos para a acção directa. «O direito não carece de ser vencido e incondicional: mesmo os direitos não vencidos ou condicionais poder servir de base à acção directa» ⁽²²⁾. «Se o credor tem razão para recluir que a satisfação do seu crédito se não dê e não pode obter a tempo o auxílio da autoridade (sabe, por exemplo, que o devedor, pos-

⁽²⁰⁾ Prof. Vaz Serra, est. cit., *Boletim cit.*, pág. 49.

⁽²¹⁾ Manuel Baptista Lopes, *Procedimentos Cautelares*.

⁽²²⁾ Prof. Vaz Serra, *ob. cit.*, pág. 77.

suindo apenas certos bens móveis, os vai dissipar ou esconder antes de poder intervir a autoridade, afigura-se razoável o recurso à acção directa, mediante o acto de se apoderar de coisas suficientes para segurança do crédito. Agora o acto do credor desempenha uma função análoga à do arresto⁽²²⁾. Poder-se-á dizer que houve já agressão? Cremos que não. Neste caso pode ter havido violação do direito mas não houve agressão.

VI— A questão acaba por cifrar-se afinal em saber em que momento se deve considerar violado o direito. Se se entender que o simples perigo de lesão por causa imputável ao devedor é suficiente para caracterizar a violação do direito, pois então parece dever entender-se que a justiça privada é sempre repressiva.

Não cremos, porém, dever ser assim.

Recordemos o exemplo dado anteriormente. O credor tem razão para recear que a satisfação do seu crédito se não dê, porque sabe que o devedor vai dissipar ou esconder os seus bens antes de poder intervir a autoridade. Haverá já violação do direito de crédito? Cremos que ainda não, nem sequer uma causa de exigibilidade antecipada. As providências a tomar nesta situação têm carácter preventivo, visam impedir que se chegue a uma violação do direito do credor.

A própria qualificação legal vai neste sentido (art. 403.º do Código de Processo Civil) e não cremos haver qualquer vantagem de ordem doutrinária para afastar a qualificação legal.

Pensemos noutro exemplo. O devedor vai emigrar clandestinamente levando consigo todos os seus bens. Promete nomeadamente ao credor que em se vencendo a sua dívida cumprirá. Haverá já uma violação do direito do credor? Pensamos que não e no entanto a lei permite já o arresto preventivo, que neste caso só poderia ter lugar por meio da acção directa. Carácter preventivo ou repressivo? Mais uma vez julgamos estar perante a justiça privada preventiva.

(22) *Ob. cit.*, cit.

VII — Fica aqui expresso o nosso pensamento. A questão prende-se de perto com os meios e fins da acção directa que só adiante podemos desenvolver. Adiantamos uma conclusão, que teremos oportunidade de voltar a referir.

8. *A justiça privada defensiva e a justiça privada activa* ⁽²⁴⁾

I — Os autores traçam uma terceira distinção dentro da justiça privada entre justiça privada defensiva e justiça privada activa.

Deve notar-se desde já não ser unívoco o critério da distinção. Para alguns autores esta distinção vem a coincidir com a que traçamos anteriormente (preventiva - repressiva), enquanto para outros a distinção se faz em termos diferentes, segundo critério diverso, embora nem sempre uniforme ^(25, 26).

Assim, por exemplo, para o Sr. Prof. Paulo Cunha a distinção entre justiça privada defensiva e justiça privada activa deve estabelecer-se nestes termos: será defensiva quando tem por objecto reparar um prejuízo sofrido ou evitar um dano iminente, será activa quando tem por objecto, não repelir uma agressão, mas antecipar-se a garantir uma pretensão que espontaneamente não seria realizável ⁽²⁷⁾.

Demogue ⁽²⁸⁾, por sua vez, distingue a justiça privada defensiva da activa nos seguintes termos: o indivíduo pode assegurar a execução do seu direito de um modo puramente defensivo, utilizando a legítima defesa, a «*exceptio non adimpleti contractus*» ou o direito de retenção, por exemplo. Ao lado dos actos de execução privada que têm um carácter defensivo, há outros que têm um carácter ofensivo mais acentuado, e apre-

⁽²⁴⁾ Preferimos a distinção entre justiça privada defensiva e activa à distinção mais corrente entre justiça privada defensiva e agressiva pelas razões que aponta o Sr. Prof. Paulo Cunha, *ob. cit.*, pág. 75: «A justiça activa chama-se por vezes justiça agressiva e justiça ofensiva sem se reparar que os sentidos que os termos agressivo e ofensivo comportam na língua portuguesa não são compatíveis com a ideia de justiça.»

⁽²⁵⁾ Demogue, *ob. cit.*, pág. 645.

⁽²⁶⁾ Betti, pág. 47 e segs.

⁽²⁷⁾ Prof. Paulo Cunha, *ob. cit.*, pág. 75.

⁽²⁸⁾ Demogue, *ob. cit.*, pág. 645.

sentada como exemplos o direito de resposta em matéria de imprensa, a execução extra-judicial de certos créditos, o direito de resolução, etc.

II — Em que termos se deve estabelecer afinal a distinção? Pensamos que nestes termos: a justiça privada é defensiva sempre que o agente procura manter uma situação de facto preexistente a uma agressão, repelindo-a, procurando evitar que ela se consuma. O agente procura evitar que se efective ou prossiga a ofensa, que haja lesão (ou se agrave ainda mais).

Na justiça privada activa o agente procura directamente satisfazer ou garantir uma pretensão. Aqui o agente vai actuar para satisfazer ou garantir uma pretensão, vai apreender bens pertencentes ao devedor para garantir ou satisfazer o seu direito, por exemplo. Desenvolve uma actividade que por sua vez vai agredir a esfera jurídica de terceiro, esbulhando-o da posse, por exemplo.

Na justiça defensiva o agente quando usa da violência usa-a para evitar que a violência que perturba o gozo do seu direito se efective ou prossiga, procura defender o estado de facto em que se encontra, enquanto na justiça activa o agente, se usa da violência, não o faz para afastar uma agressão, mas para satisfazer ou garantir uma pretensão.

Resumindo, podemos dizer que há justiça defensiva sempre que o agente procura defender qualquer que seja o meio utilizado, uma situação de facto existente no momento em que actua; será activa se o agente procura remover o estado de facto em que se encontra ou antecipar-se a satisfazer ou garantir uma pretensão que espontaneamente não seria realizada.

III — Antecipando um pouco podemos debruçar-nos agora no conceito de agressão. Já dissemos que este conceito não se identifica com o de violação do direito. O conceito de agressão é um conceito que se aproxima do conceito de violência. Repare-se no termo *afastar* do art. 337.º do Código de Processo Civil e no n.º 19 do art. 83.º da Constituição Política de 1933 que declara constituir garantia individual dos cidadãos portugueses

repelir pela força a agressão particular. Como elemento de interpretação pode ainda recorrer-se ao art. 2367.º do Código Civil de 1867, que estabelecia que «aquele que for agredido por outra com violências, (...) é autorizado a repelir a força com a força». Dos trabalhos preparatórios resulta nitidamente a ideia de que por agressão se procurava exprimir uma acção contra as pessoas ou contra os bens⁽²⁹⁾.

Embora os conceitos de justiça privada defensiva e activa não tenham como elemento fulcral o conceito de agressão, é importante a consideração deste elemento para a distinção entre legítima defesa e acção directa, como iremos ver.

IV — Depois destes esclarecimentos aderimos no fundamental à distinção traçada por Vallimaresco, entre justiça defensiva e justiça activa⁽³⁰⁾. A justiça é defensiva quando o indivíduo, pela sua própria autoridade, se mantém na situação de facto existente no momento anterior à violação do direito. A justiça é activa se o agente procura remover o estado de facto actual ou se antecipa a garantir ou satisfazer uma pretensão que espontaneamente não seria realizada.

9. *Síntese das classificações anteriores*

Se quisermos agora traçar um quadro sistemático das várias classificações que acabam de ser delineadas, bem como das relações que entre elas intercedem, teremos:

Crit. da relação com a justiça pública	{	Justiça privada subsidiária (necessitada)
		Justiça privada independente (concorrente)

Crit. do fim dos actos de justiça privada	{	Justiça privada preventiva
		Justiça privada repressiva

Crit. do objecto ou da forma	{	Justiça privada defensiva
		Justiça privada activa

⁽²⁹⁾ *Boletim cit.*, pág. 49.

⁽³⁰⁾ Vallimaresco, *ob. cit.*, pág. 44.

E tendo agora em conta algumas das relações que entre as classificações anteriores podem estabelecer-se, obteremos o seguinte quadro:

Justiça privada subsidiária	{	Preventiva
		Repressiva
Justiça privada independente	{	Preventiva
		Repressiva
Justiça privada preventiva	{	Defensiva
		Activa
Justiça privada repressiva	{	Defensiva
		Activa

III - JUSTIÇA PRIVADA NECESSITADA ACTIVA

Preliminar

Demos atrás o conceito de justiça privada necessitada.

Vimos então que a justiça privada necessitada abrange apenas aquelas situações em que a justiça pública se revela ocasionalmente impotente, surgindo então a justiça privada como complemento indispensável para suprir as suas faltas ou insuficiências.

Vamos agora procurar adiantar uma distinção das modalidades de justiça privada necessitada e fazer uma muito breve exposição da justiça privada necessitada activa no direito alemão e suíço, que como se sabe foram as fontes imediatas da regulamentação da justiça privada no Código Civil português de 1966.

10. *Distinção das modalidades de justiça privada necessitada.*

Há dois casos de aplicação do estado de necessidade no campo da justiça privada: a legítima defesa e a acção directa. Ambos os casos se caracterizam por uma alternativa — suportar uma lesão ou praticar um acto objectivamente contrário ao direito.

Na legítima defesa procura-se afastar uma agressão actual contra a pessoa ou bens do agente ou de terceiro, enquanto na acção directa se procura simplesmente evitar a inutilização prática de um direito.

Adiantando uma conclusão, podemos dizer que a acção directa é uma forma de justiça privada necessitada activa enquanto a legítima defesa é uma forma de justiça privada necessitada defensiva.

11. *A acção directa no direito alemão e suíço*

Vamos expor agora, embora sucintamente, alguns aspectos da regulamentação da acção directa no direito alemão e suíço.

Esta exposição tem a maior importância porque na regulamentação desta matéria foram estes dois «direitos» as fontes imediatas do nosso Código.

I — Começemos pelo Código alemão.

Notemos desde já que o Código alemão não tem qualquer disposição correspondente ao art. 1.º do nosso Código de Processo Civil — uma disposição proibitiva da justiça privada. Acrescente-se que a questão foi muito discutida nos trabalhos preparatórios do Código alemão e que as comissões concluíram pela inutilidade de tal disposição.

Assim, o fim de justiça privada é, em princípio, indiferente para qualificar um acto como lícito ou ilícito. Mas, se o fim de justiça privada é juridicamente indiferente para tornar o acto ilícito, algumas vezes o fim de justiça privada funciona como uma causa de justificação do acto, retirando-lhe a ilicitude.

Vejamos a regulamentação do Código alemão:

«Art. 229.º — Aquele que, com o fim de justiça privada, destrói ou deteriora uma coisa, ou quem com a mesma finalidade detém um obrigado que é suspeito de fuga, ou vence a resistência do obrigado contra um acto que este é obrigado a

suportar, não pratica um acto ilícito, se não houver possibilidade de intervenção útil da autoridade pública e sem a acção imediata existir o perigo de que a realização da pretensão se frustre ou se dificulte essencialmente.

Art. 230.º — A acção directa não pode exceder o que for necessário para afastar o perigo.

No caso de apreensão de coisas, desde que não se efectue a execução forçada, é necessário requerer a detenção preventiva no tribunal (...); o devedor deve ser conduzido imediatamente perante o tribunal.

Se o pedido de detenção ou arresto for repetido, deve pôr-se imediatamente em liberdade a pessoa detida e restituir as coisas apreendidas.

Art. 231.º — Aquele que pratica algum dos actos designados no art. 229.º, na suposição errônea de se verificarem os pressupostos necessários para a exclusão da ilicitude, é obrigado a indemnizar a outra parte do prejuízo, mesmo que o erro seja desculpável.»

Como se vê o Código alemão admite a acção directa quando, sem ela, o dano é provável e não pode obter-se a tempo o auxílio da autoridade (justiça privada necessitada). Estabelecem-se algumas restrições quanto aos requisitos, meios e efeitos da acção directa.

Vejam os art. 230.º. Deste artigo resulta que a acção directa umas vezes leva directamente à satisfação do titular, outras constitui uma simples medida de segurança provisória, «um grau prévio de asseguramento e execução judiciária de uma pretensão»⁽³¹⁾.

A enumeração dos meios lícitos em que a acção directa se pode traduzir é meramente exemplificativa.

A acção directa pode ser levada a efeito pelo titular do direito e seus auxiliares ou pelo representante legal ou volun-

(31) Prof. Vaz Serra, *Boletim cit.*, pág. 73.

tário. Este ponto é, porém, muito controvertido. Se a generalidade dos autores aceita que a acção directa pode ser exercida pelo titular e auxiliares e pelo seu representante legal, a doutrina já se divide muito quanto ao representante voluntário e gestor de negócios.

Se falta algum dos pressupostos da acção directa, o agente deve indemnizar, mesmo que o seu erro não seja devido a negligência, de sorte que a acção directa faz-se a próprio risco, art. 231.º. Esta norma é excepcional, pois no direito alemão a responsabilidade civil é fundada na culpa.

II — Vejamos agora o Código suíço.

A codificação do direito civil suíço é objecto de dois códigos diferentes: um código para as pessoas e bens (1907) e um outro para as obrigações (1911).

O art. 52.º do Código das Obrigações trata na primeira e segunda alíneas, da legítima defesa e do estado de necessidade em sentido estrito. A terceira alínea dispõe: «Aquele que recorrer à força para proteger os seus direitos não deve reparação alguma, se, segundo as circunstâncias, a intervenção da autoridade não podia ser obtida em tempo útil e se não existia outro meio de impedir que estes direitos se perdessem ou o seu exercício se tornasse muito mais difícil».

Importa realçar que também o direito suíço, à semelhança do direito alemão, onde em grande parte se inspirou em matéria de justiça privada, não contém qualquer disposição genérica de proibição da justiça privada como tal. Muitas vezes, porém, o acto que seria ilícito, se se não verificassem as condições do art. 52.º, deixa de o ser porque o fim de justiça constitui uma causa de justificação da ilicitude.

Oser⁽³²⁾, define a justiça privada do art. 52.º, alínea terceira, como «a segurança de uma pretensão obtida pela própria autoridade». Desta definição resultaria que a acção directa no direito suíço serviria apenas para garantir uma pretensão, nunca para sua satisfação, como em direito alemão.

(32) Cit. por Vallimaresco, *ob. cit.*, pág. 314.

No entanto, já se defendeu também, que sendo de aplicar ao direito suíço as soluções do direito alemão quanto aos meios lícitos de acção, daí resultaria que alguns actos praticados no exercício da acção directa conduziriam directamente à satisfação do agente⁽³³⁾.

Importa realçar a ausência de disposição correspondente ao art. 231.º do Código alemão. Ora, como em direito suíço a responsabilidade se funda na culpa do agente, seguir-se-á a doutrina geral e, portanto, se houver erro quanto aos pressupostos da acção directa, mas esse erro for desculpável, não haverá lugar a responsabilidade civil.

Do art. 52.º do Código das Obrigações resulta que a acção directa é justiça privada necessitada; é, como se disse já, sucedânea da justiça pública.

12. *Natureza jurídica da acção directa*

I—As normas jurídicas são essencialmente assistidas de coercibilidade, de tutela ou protecção pela força coactiva socialmente organizada na comunidade regida pelo Direito.

A coercibilidade destina-se a assegurar à norma o máximo de eficácia social, o máximo de eficácia no desempenho da sua função de reger a vida em sociedade. Ora tal função desempenha-a a norma, fundamentalmente, conferindo ou retirando direitos, impondo ou abolindo deveres ou vinculações. Assim, assegurar à norma que desempenhará na maior medida possível a sua função, traduz-se em assegurar na maior medida possível a satisfação dos direitos e o cumprimento dos deveres que a norma impõe⁽³⁴⁾.

Dá-se o nome de garantia ou tutela do direito subjectivo à protecção do direito pela força coactiva, em ordem a assegurar, na medida do possível, a possibilidade de satisfação do direito pelo cumprimento do dever correlativo.

⁽³³⁾ Cit., cit.

⁽³⁴⁾ Prof. Castro Mendes — Garantia de Relação Jurídica, lições policopiadas, ed. AAFD, 1964 5, pag. 3.

II — Importa-nos neste momento verificar se a acção directa se pode conceber como um direito ou apenas como uma faculdade que integra o conteúdo de outro direito subjectivo.

Esta questão tem certas semelhanças com a da autonomia do direito de acção judicial. Na verdade, também a propósito do direito de acção judicial se discute se este se pode autonomizar do direito material, se se pode conceber «o direito material e o direito de acção como potencialidades jurídicas de agir, conceptualmente separadas e diferenciadas»⁽³⁵⁾.

Notamos semelhanças nas duas questões. Isso não significa, porém, que estejamos já a aproximar o direito de acção judicial da acção directa.

Com efeito, o direito de acção é o «direito de pedir, de formular ao tribunal uma pretensão ou pedido»⁽³⁶⁾. A acção directa é ainda uma «*facultas agendi*», o objecto juridicamente garantido é uma conduta própria, mas já não um direito de pedir antes um direito de actuar materialmente (e juridicamente, claro) sobre a pessoa ou bens de devedor ou de terceiro. O direito de acção é um direito de pedir aos tribunais uma actuação, a acção directa é o poder de actuar sobre as pessoas ou bens para evitar a inutilização prática de um direito, que se quer proteger.

III — A íntima conexão que parece existir entre a acção directa e o direito a proteger que resulta do art. 250.º do Código Civil alemão e 336.º do Código Civil português, será bastante para nos levar a entender ser a acção directa uma mera faculdade integrante do conteúdo do direito subjectivo que se quer proteger?

Creemos que não. Os argumentos não são decisivos, reconhecêmo-lo, no entanto inclinamo-nos para ver a acção directa como um verdadeiro direito, isto é, autónomo do direito que se quer proteger.

Como primeiro argumento podemos apontar o facto de a acção directa — segundo é nossa opinião — se poder exercer em

(35) Prof. Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, cit., pág. 5.

(36) Cit., pág. 225.

relação à generalidade dos direitos, sem perder a sua identidade. Esse poder é sempre o mesmo, apesar de se poder concretizar numa infinidade de acções. É certo que a acção directa está limitada pelo próprio direito a proteger, mas isso significa pura e simplesmente que a acção directa não tem um fim em si mesma, antes é concedida para protecção de um outro direito. Neste sentido pode dizer-se que a acção directa é instrumental, como pela mesma razão se qualifica do mesmo modo o direito processual civil.

Este direito destina-se a integrar o conteúdo de outras situações jurídicas e, por isso, se poderá chamar, na terminologia feliz do Sr. Prof. Gomes da Silva, «Direito Integrador». Quer dizer, o direito de acção directa destina-se a preencher o conteúdo de uma generalidade de situações jurídicas, existe em cada esfera jurídica, mas sem ter um fim em si mesmo; o fim para que este direito é concedido ao seu titular é o de integrar, de proteger a generalidade dos direitos susceptíveis de execução coerciva.

Fomos já apontando para a diferença de fim da acção directa e do direito material a proteger. Na verdade, todo o direito tem um fim, um fim específico, e a esse fim são ordenadas as faculdades, os poderes e deveres em que a afectação jurídica do bem se traduz. O fim da acção directa distingue-se de qualquer deles na medida em que o bem afectado, a liberdade de acção, tem por fim a garantia de satisfação de outros direitos, o seu fim é garantir a realização do fim de outros direitos.

Além disso poderíamos pensar ainda que a acção directa sofre limitações independentemente de qualquer limitação no exercício do direito material. Como se verá, as limitações à acção directa resultam fundamentalmente da possibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, limitação esta que não tem qualquer relevância em relação às faculdades que compõem o conteúdo dos diversos direitos susceptíveis de protecção mediante a acção directa. Entendido apenas neste sentido, parece-nos ter ainda algum interesse a derradeira característica que apontamos.

IV — O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: *Trabalhos preparatórios*

I — Parece-nos de interesse, antes de abordarmos o estudo analítico da acção directa no Código Civil de 1966, fazer uma apreciação, ainda que muito breve e limitada ao problema da justiça privada, sobre o espírito que animou os autores dos projectos em matéria de justiça privada para assim entrarmos em contacto com as concepções que animam o Código.

II — É natural que o estudo que vai deter a nossa atenção e nos vai fornecer mais elementos é o do Sr. Prof. Vaz Serra, in-erto ao n.º 85 do *Boletim do Ministério da Justiça*. Dos trabalhos preparatórios é, aliás, este o único estudo, que conhecemos, que trata directamente da problemática referente à justiça privada.

Começemos, pois, por apreciar os motivos apontados pelo ilustre autor do anteprojecto na parte referente à justiça privada.

III — «Posto tudo isto, deve admitir-se a acção directa?

«Em princípio a resposta parece dever ser negativa. A evolução do direito tem-se dado no sentido de proscrever a acção directa, a qual é susceptível de perturbar a paz pública. O direito de fazer justiça por suas próprias mãos é contrário à autoridade do Estado, que assegura, em princípio, a todos o gozo e o respeito dos seus direitos, e ao interesse geral na convivência harmoniosa entre os indivíduos (a faculdade de recorrer à força seria uma causa frequente de conflitos e distúrbios).

«Mas parece, por outro lado, que nem sempre se justifica a exclusão da acção directa.

«Com efeito, embora os Estados modernos tenham alargado consideravelmente os seus meios de acção, não é sempre possível, mediante o recurso à intervenção da autoridade pública, conseguir a remoção ou evitação de um dano, que, com a acção directa, pode ser removido ou evitado.

«Em tais casos, e contida a acção directa dentro de limites convenientes, afigura-se legítima essa acção, como meio de obter

uma realização do direito que, de outro modo, não se conseguiria ou muito mais difficilmente se conseguiria.

«Ora, em tais condições, verificado que o lesado não tem outro meio de obstar a que o seu direito se perca ou se torne de muito mais difficil exercício, afigura-se razoável reconhecer-lhe o direito à acção directa, único eficaz ou o mais eficaz em face das circunstâncias» (1).

Resulta desde logo desta longa transcrição dos motivos que o autor do anteprojecto, pondo de parte ideias mais ou menos consagradas sobre o princípio de que ninguém deve ser autorizado a fazer justiça por suas próprias mãos, foi sobretudo impressionado por razões de ordem prática na sua attitude perante a justiça privada, especialmente a acção directa.

Isto mesmo resulta da introdução que acompanha o Projecto: «Na parte que se trata do exercício e tutela dos direitos (...), depois de se ter introduzido uma série de figuras com o maior interesse teórico e prático ...» (2)

IV — Veremos de seguida que os autores dos trabalhos preparatórios procuraram evitar sempre que possível o recurso aos tribunais. Partindo da ideia de que é necessário deixar aos particulares a liberdade compatível com a ordem pública e com os interesses privados, liberdade que se traduz tanto na criação como execução dos direitos, os autores dos anteprojectos deixaram frequentemente de lado o princípio de que ninguém deve ser admitido a fazer justiça pelas próprias mãos e repartiram pelo Código muitas disposições que a admitem — casos de justiça privada independente, como é o caso do art. 1366.º

O legislador, tomando em conta que o prejuízo que sofreria o titular do direito seria maior se ele recorresse à autoridade pública que o que poderia sofrer o titular do interesse sacrificado pelo acto de justiça privada, vem declarar lícitos muitos actos de justiça privada, quer necessitada, quer independente.

Confirmemos estas afirmações.

(1) *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, pág. 75 e segs.

(2) Projecto de Código Civil, XL.

Começemos pelo direito de resolução dos contratos (art. 432.º, do Código de Processo Civil) ⁽³⁾: «É esta a solução que se afigura preferível, pois não há necessidade de obrigar o titular do direito de resolução a pedir em juízo que esta seja decretada, isto é, obrigar quem tem esse direito aos incómodos e delongas de uma acção judicial. Mais simples é que ele declare directamente à outra parte que resolve o contrato». E ainda a fundamentar estas ideias: «A mesma orientação é adoptada no Projecto de lei uniforme sobre a venda internacional de objectos mobiliários corpóreos. No respectivo relatório, observa-se não se ter adoptado o sistema da resolução judiciária (...) porque está em opposição com as necessidades da prática comercial».

A propósito do direito de retenção, vamos encontrar estas justificações ⁽⁴⁾: «A razão de ser prática do direito de retenção está na consideração de que é equitativo reconhecer-se ao detentor de uma coisa o direito de a reter enquanto a outra parte não cumprir a obrigação em que se constituiu». Trata-se de um meio de pressão eficaz para conduzir ao cumprimento correlativo e que tem, além disso, «a vantagem de não exigir a intervenção da justiça».

As transcrições vão longas e por isso não as vamos continuar, até porque os motivos que transcrevemos são suficientemente expressivos da orientação que tomaram os autores dos anteprojectos. Não foram razões teóricas que ditaram o direito de retenção e a «exceptio non adimpleti contractus» ou a acção directa. Os autores dos anteprojectos procederam a uma atenta pesagem dos interesses em presença, e, sempre que os interesses da vida prática o aconselharam, puseram, sem preocupações doutrinárias, os princípios de parte. Pesagem em primeiro lugar entre os interesses em conflito, mas sem esquecer nunca o interesse público que poderia vir a chocar com o interesse privado se não fossem tomadas as devidas cautelas ao admitir-se a justiça privada.

⁽³⁾ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, pág. 133.

⁽⁴⁾ Citado, n.º 68, pág. 227.

CAPÍTULO II

DA ACÇÃO DIRECTA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

Preliminar

Vamos analisar seguidamente o instituto da «acção directa» no direito civil português.

Se tivemos já muitas dificuldades na teorização da justiça privada em geral, as dificuldades multiplicam-se neste capítulo. Em primeiro lugar pela necessidade de recorrer continuamente ao direito processual, cujo estudo ora iniciamos, e particularmente à matéria de acção executiva, que nem sequer estudamos este ano. E as mesmas razões no que ao direito penal se refere, matéria com inúmeros pontos de contacto com a acção directa e que poderão levar, porventura, a uma construção radicalmente diversa da que apresentamos.

As dificuldades apontadas são de certo modo insuperáveis para nós, nesta altura do curso.

Postas estas observações prévias, passemos à análise da acção directa no direito civil português.

1. *Consagração legal*

Os arts. 336.º e 338.º do Código Civil vigente fazem parte do livro I, consagrado à Parte Geral, Título II, Subtítulo IV, sob a epígrafe «Do exercício e tutela dos direitos».

O art. 340.º, último artigo do Subtítulo IV, não é nem um caso de exercício de direitos, nem um meio privado de tutela do direito, mas simplesmente uma causa de justificação, que, verificando-se, retira ao acto o carácter de ilícito que teria se não houvesse o consentimento do titular do direito violado.

Os arts. 334.º, 335.º e 339.º são casos de exercício de direitos, ficando apenas o art. 336.º, 337.º e 338.º como casos de justiça privada. O art. 336.º consagra a acção directa e o art. 337.º a legítima defesa, dispondo o art. 338.º sobre matéria comum à acção directa e à legítima defesa.

O art. 339.º não é um caso de tutela privada dos direitos — ou melhor, não é um caso de justiça privada. Se se pode compreender ainda no conceito de tutela dos direitos, não cabe no conceito de justiça privada como a deixamos definida. Existe o sacrifício de um interesse — mas sem qualquer ideia de agressão ou resistência por parte do titular do interesse sacrificado. Há conflito de interesses, mas não há litígio.

2. *Distinção entre legítima defesa e acção directa*

1 — Segundo o art. 337.º do Código Civil a «legítima defesa» justifica o acto quando concorram as seguintes condições:

1.ª — Agressão ilegal iminente ou em começo de execução.

2.ª — Impossibilidade de recorrer aos meios coercivos normais para afastar a agressão.

3.ª — Necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a agressão.

Para a «acção directa» são condições:

1.ª — Perigo de inutilização prática do direito subjectivo.

2.ª — Impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais.

3.ª — Necessidade racional do meio empregado para evitar o prejuízo.

Da comparação dos pressupostos da legítima defesa e da acção directa logo resulta esta diferença: enquanto para que a legítima defesa seja possível é condição essencial uma agressão actual e contrária à lei, para a acção directa basta o perigo de inutilização prática de um direito subjectivo.

Não é sem importância esta distinção. Assim é que há direito de legítima defesa mesmo no caso de agressão aos bens, ainda que seja possível e eficaz a acção de indemnização, isto é, mesmo não havendo perigo de inutilização prática do direito, o mesmo não sucedendo para a acção directa. Mesmo havendo violação actual de um direito — repare-se na diferença entre violação e agressão — não é legítima a acção directa se não houver perigo de inutilização prática do direito, ou seja, se o titular do direito violado puder ressacir-se dos danos sofridos por meio de uma acção de indemnização.

Podemos pois apontar uma diferença fundamental entre a legítima defesa e a acção directa. A legítima defesa traduz-se na reacção a uma agressão actual (e nada mais) enquanto a acção directa se traduz numa reacção do titular do direito, já não a uma agressão actual, mas a um perigo, ao perigo de inutilização prática do direito.

Tivemos já oportunidade de analisar o conceito de agressão, aquando da distinção entre justiça privada defensiva e justiça privada activa.

II — «A distinção entre acção directa e legítima defesa é de origem alemã. Emecerus-Nipperdey, e entre nós o Prof. Vaz Serra, traçam a distinção desta maneira: a acção directa é a protecção mediante ataque; contrapõe-se à auto-defesa, que se destina à protecção do estado existente, e que, quando invade direitos alheios, só é legítima nas condições da legítima defesa» (1).

Escreve na verdade o Sr. Prof. Vaz Serra: «A acção directa consiste na satisfação ou asseguramento de um direito por autoridade própria, e distingue-se da defesa privada (legítima defesa

(1) Prof. Castro Mendes, *ob. cit.*, pág. 40.

pelo facto de, nesta, se tratar de defesa de uma situação existente, ao passo que, naquela, se trata de um ataque para o efeito de se satisfazer ou assegurar um direito.»⁽²⁾

A esta distinção dirige o Sr. Prof. Castro Mendes algumas observações, que vamos analisar em seguida.

III — Começa por observar o nosso ilustre Prof.: «Quando em legítima defesa se afectam direitos alheios, não se está a pessoa a defender mediante ataque?» A observação crítica parece-nos inteiramente procedente. Aliás o Prof. Vaz Serra já reconhecia, em nota ao estudo citado, que na defesa privada há também, em rigor, acção directa (ataque), podendo, portanto esta expressão englobar os dois fenómenos da defesa e do ataque directos⁽³⁾.

Ora, se se reconhece que a protecção mediante ataque é comum à legítima defesa e à acção directa, parece pois não ser possível a distinção das duas figuras com base naquele elemento. Na verdade, caracterizar a acção directa com base na defesa dos direitos mediante ataque e reconhecer que na legítima defesa também há ataque, não parece ser distinção alguma, parece logicamente incorrecto.

A segunda observação que o Sr. Prof. Castro Mendes dirige àquela distinção baseia-se na determinação do momento a que se deve referir o «estado existente» (base da distinção de Ennecerus-Nipperdey e do Prof. Vaz Serra). «A remoção de um muro que o proprietário serviente levantar num caminho por onde há servidão de passagem parece ser acção directa e não legítima defesa, e no entanto destina-se a proteger o estado existente (existente no momento anterior à construção do muro, momento em que a servidão se exercia normalmente)»⁽³⁾.

Não cremos que esta observação seja um argumento decisivo contra a distinção do Prof. Vaz Serra. O que importa é precisar com rigor o momento a que se refere a «protecção do estado existente».

(2) Prof. Vaz Serra, *ob. cit.*, pág. 69.

(3) Prof. Castro Mendes, *ob. cit.*, cit.

Parece-nos, aliás, que a questão se deve pôr de outro modo: saber se é possível estabelecer a distinção com base naquele elemento.

Pensamos que o é.

A legítima defesa, como vimos, procura afastar uma agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro. Pode, pois, dizer-se haver uma protecção da situação de facto existente. Importa é determinar o momento a que aquela protecção se refere. O problema, quanto a nós, há-de resolver-se com base no conceito de actualidade da agressão.

IV — Ora, o que nos parece querer significar aquele requisito é que o perigo de uma ofensa injusta ou dano grave não deve ser já passado nem futuro ainda. «Actual» serve para precisar simplesmente a necessidade de que a agressão seja presente quando o agente põe em acção a reacção defensiva. A legítima defesa pressupõe um ataque, ataque não concluído ou passado.

A legítima defesa supõe unicamente defesa, protecção da situação de facto existente no momento em que se desencadeia a reacção do agente defensor. Defesa e não contra-ataque. Isto não quer dizer todavia que o agente haja de se limitar a movimentos puramente defensivos, pois cabe agir, neste sentido, activamente, a fim de se antecipar e evitar o resultado do ataque contrário, como quando se faz fogo contra o ladrão que foge com o automóvel roubado. Enquanto a agressão não estiver consumada não há ainda alteração da situação de facto preexistente à reacção do agente.

Pensamos, portanto, ser possível a distinção entre a legítima defesa e a acção directa com base na protecção da situação de facto existente. O que importa é precisar o momento a que se refere a situação de facto protegida pela legítima defesa.

V — O Sr. Prof. Castro Mendes continua: «Parece-nos mais curial estabelecer entre a acção directa e legítima defesa uma outra distinção, nestes outros termos: a acção directa supõe uma agressão já finda e consumada e tem portanto carácter repres-

sivo, a legítima defesa supõe uma agressão actual, iniciada mas não consumada, e tem portanto carácter preventivo» (').

Que pensar desta distinção? Se se entendesse por justiça privada preventiva aquela que visava evitar a alteração da situação de facto, e por repressiva aquela que tivesse outro fim qualquer, mas não a prevenção da alteração da situação de facto existente, nada teríamos a opor a esta distinção. Simplesmente demos um conceito mais amplo de justiça privada preventiva, um conceito que não se caracteriza pela prevenção de uma agressão, mas a evitar que se chegue a uma efectiva violação numa agressão ou não.

Importa, aliás, fazer aqui uma observação. Julgamos que a distinção traçada pelo Sr. Prof. Castro Mendes não se afasta afinal radicalmente da distinção do Sr. Prof. Vaz Serra. «A acção directa supõe uma agressão já finda e consumada e tem portanto carácter repressivo; a legítima defesa supõe uma agressão actual, iniciada mas não consumada, e tem portanto carácter preventivo». Continua-se a recorrer ao conceito de agressão para distinguir as duas figuras. Parece-nos, pelo contrário, que para haver acção directa não importa ter havido ou não agressão; pode haver acção directa lícita sem prévia agressão. O elemento agressão é essencial ao conceito de legítima defesa, não à acção directa.

VI — Posto isto, julgamos poder servir-nos da distinção que fizemos entre justiça privada defensiva e justiça privada activa. A acção directa é «justiça privada necessitada activa» e a legítima defesa é «justiça privada necessitada defensiva».

Como dissemos, a justiça privada necessitada esgota-se nestes dois institutos: legítima defesa e acção directa. A diferença específica é o elemento defensivo ou activo.

VII — Procurando agora uma definição da legítima defesa e da acção directa, teremos:

Legítima defesa: instituto jurídico que autoriza o titular de um direito cujo gozo é perturbado por violências actuais e con-

(') Cit., cit.

trárias à lei, a usar da violência, desde que não seja possível recorrer às autoridades públicas, na medida em que for necessário para evitar que se efective ou prossiga a ofensa.

Acção directa: instituto jurídico que autoriza o titular de um direito a usar ele próprio da violência na medida indispensável para evitar a inutilização prática do seu direito, em virtude da impossibilidade de recorrer em tempo útil à autoridade pública.

3. *Carácter geral da acção directa*

I — A composição dos litígios cabe primacialmente aos tribunais. No entanto a justiça privada é admitida subsidiariamente nas formas de acção directa e de legítima defesa — justiça privada necessitada — e, excepcionalmente, sempre que expressamente consagrada pela lei a propósito da regulamentação de cada direito — justiça privada independente.

O novo Código, apesar de admitir em termos gerais a justiça privada subsidiária activa, continua a considerá-la com carácter subsidiário. Isto resulta imediatamente dos termos do art. 336.º — impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais —, expressão correspondente à do art. 337.º, que só considera justificada a legítima defesa «desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais».

Não há dúvida de que os meios «coercivos normais» a que fazem referência os arts. 336.º e 337.º são os meios de tutela pública (autoridades públicas), como resulta dos arts. 1.º e 2.º do Código de Processo Civil vigente e do art. 6.º da Constituição Política.

II — Notemos entretanto que a justiça privada necessitada, regulada nos arts. 336.º a 338.º, embora subsidiária, não é, porém, excepcional.

Já no Código Civil de 1867 a legítima defesa era considerada subsidiária e geral, como resultava do art. 2367.º e, a partir de 1933, do n.º 19 do art. 8.º da Constituição.

O Código Civil de 1966 inovou ao admitir a acção directa com carácter geral. Já no Código de Seabra se consagravam alguns casos de justiça activa lícita, mas aí com carácter excepcional. Só nos casos expressamente indicados na lei havia lugar à acção directa e esses casos eram muito limitados. Casos de justiça privada necessitada activa no Código de 1867 eram os previstos nos arts. 486.º, 2317.º, 2354.º e 2367.º

O carácter geral da acção directa resulta, imediatamente, da inserção do art. 336.º no Livro I do Código. O n.º 1 deste artigo dispõe que «é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito», sem qualquer distinção quanto aos direitos susceptíveis de serem realizados ou assegurados por meio da acção directa. Veremos que há limitações, mas essas limitações são de outra natureza.

Do carácter geral da acção directa resulta imediatamente esta consequência: não ser necessário que o legislador venha declarar expressamente a admissibilidade da acção directa a propósito de cada ramo do direito, a menos que queira submeter o instituto a regulamentação diversa daquela que resulta do art. 336.º

III — Sendo assim, como se explicam os arts. 1277.º, 1314.º e 1315.º do Código Civil?

Na verdade se o art. 336.º tem carácter geral, se é aplicável a qualquer ramo do direito civil, parece que as disposições dos arts. 1277.º, 1314.º e 1315.º são redundantes, na medida em que vêm a admitir a acção directa para ramos particulares do direito (os direitos reais) quando a acção directa é admitida com carácter geral pelo art. 336.º. Poderá parecer, pois, que a acção directa continua a ter carácter excepcional e que os arts. 336.º e 338.º têm apenas por fim regulamentar as condições de exercício da acção directa. Parece ser este o resultado a que nos conduz a interpretação sistemática.

Creemos, porém, não ser assim.

Reparemos antes do mais que o art. 1277.º se refere também à defesa judicial: «que recorrer ao tribunal para que este lhe mantenha ou restitua a posse». Se pensarmos que a todo o direito

corresponde uma acção (art. 2.º do Código de Processo Civil) também esta disposição não tem razão de ser e do mesmo modo os arts. 1311.º e 1315.º

Pensamos que são outras as razões que explicam a inserção destes artigos nos capítulos correspondentes a cada um daqueles direitos.

IV — Vejamos se os trabalhos preparatórios nos podem ajudar na interpretação.

Remetemos à I Revisão Ministerial^(*) do Projecto. Dispunha o art. 1260.º, n.º 1: «O possuidor que é perturbado ou esbulhado pode manter-se ou restituir-se por sua própria força e autoridade ou recorrer ao tribunal para que este o mantenha ou restitua». E o n.º 2: «O uso da própria força e autoridade só é, porém, legítimo quando a posse seja pública e desde que a acção do lesado tenha lugar em acto consecutivo à perturbação ou esbulho, não seja possível recorrer à força pública e se empreguem os meios estritamente necessários à manutenção ou restituição». O art. 1301.º, por sua vez, dispunha: «É admitida a autodefesa da propriedade nos mesmos casos e condições em que é admitido o uso da própria força e autoridade para defesa da posse».

Notemos que também o art. 298.º da I Revisão Ministerial do Projecto dispunha em termos semelhantes ao actual art. 336.º do Código Civil.

A vingar esta redacção teríamos que a defesa da posse e dos outros direitos reais por meio da acção directa seria condicionada por requisitos diversos dos fixados no art. 298.º e então seria formalmente justificada a inserção dos artigos em referência nos capítulos correspondentes.

V — Não esquecendo a lição de Ferrara^(**), antes pelo contrário, pensamos que os trabalhos preparatórios nos podem ainda ajudar na interpretação lógica dos arts. 336.º, 1277.º e 1315.º,

(*) *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 124, 1963, pág. 15.

(**) *Interpretação e Aplicação das Leis*, pág. 146.

visto que os trabalhos preparatórios reflectem o elemento histórico que está na base dos preceitos do art. 1277.º, 1311.º e 1315.º

Importa realçar a regulamentação complexa da acção directa feita pelo art. 1260.º do Projecto na Revisão que estamos a considerar, como que desconhecendo o art. 298.º. Isto reflecte quanto a nós, o processo de elaboração do Projecto e, porventura, a intenção de se consagrar a defesa da posse por meio da acção directa mesmo que esta não viesse a ser admitida com carácter geral.

Já se afirmou que o Código no que respeita ao Direito das Coisas é muito pouco inovador (7) e essa ideia parece confirmada pelo art. 1260.º do Projecto — I Revisão. Na verdade, o n.º 1 do art. 1260.º é uma transcrição quase literal do art. 486.º do Código Civil de 1867.

São, julgamos, meras razões históricas que justificam o art. 1277.º (8).

Vamos findar esta análise lembrando que também o direito alemão no art. 859.º do Código Civil admite expressamente a justiça privada activa para defesa da posse, embora sujeitando o seu exercício a condições diversas das do art. 229.º e seguintes; o direito suíço (Código de 1907) no art. 926.º, também em condições diferentes das do art. 52.º do Código das Obrigações (1911), e de modo semelhante o direito austríaco e o francês (9).

Pensamos, pois, serem razões meramente históricas que justificam os arts. 1277.º, 1314.º e 1315.º do Código Civil.

VI — Quanto ao art. 1277.º poder-se-ia invocar ainda um argumento de ordem prática. É sabido que a qualificação da posse como direito subjectivo não é pacífica e que aqueles que assim a qualificam se servem frequentemente do argumento que tiram da tutela judicial. Ora, se a toda a acção corresponde um direito... Mais uma razão a justificar o art. 1277.º, mas que em nada prejudica a nossa interpretação.

(7) Dr. Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, pág. 29.

(8) Porventura também razões doutrinárias, como se verá adiante.

(9) Vallimaresco, *ob. cit.*

VII — Julgamos de importância a análise a que procedemos nos parágrafos precedentes, porque já se pretendeu limitar o âmbito da acção directa, invocando o argumento de que não obstante a amplitude com que a acção directa foi definida no art. 336.º, o Código faz dela escassa aplicação.

Repetimos que a acção directa tem carácter geral e, por isso, só haverá que fazer aplicação expressa do instituto quando se pretender uma alteração na regulamentação a que a figura está submetida pelo art. 336.º

4. *Pressupostos da acção directa*

O art. 336.º condiciona a licitude da acção directa a três pressupostos gerais.

Estes pressupostos reconduzem-se aos princípios que dominam o instituto: o estado de necessidade e a ideia de que a acção directa é um mero sucedâneo da justiça pública.

Os pressupostos são:

- 1) Existência de um direito privado que se pretende realizar ou assegurar.
- 2) Indispensabilidade de recurso à acção directa para evitar a inutilização prática do direito subjectivo.
- 3) Impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais.

Vamos analisar de seguida cada um destes pressupostos.

A — *Existência de um direito privado que se pretende realizar ou assegurar*

I — Como já dissemos, o direito pode ser de qualquer natureza. Pode ser um direito real ou de crédito, pode integrar-se no ramo dos direitos da família ou das sucessões. O que importa

é que o direito seja susceptível de dar lugar à coacção ou asseguração judicial, pois a acção directa é um mero sucedâneo da autoridade nos casos em que esta não pode intervir em tempo útil.

II — O direito não carece de ser vencido e incondicional. Mesmo os direitos não vencidos ou condicionados podem dar lugar à acção directa. A lei não distingue e onde a lei não distingue não deve o intérprete distinguir.

Por outro lado não há razão para proibir o titular de um direito a termo ou sob condição de providenciar para evitar a inutilização prática do seu direito, pois será mesmo nos casos de direitos não vencidos (a termo ou sob condição) que o perigo será mais frequente.

É claro que no caso de um direito a termo ou sob condição as medidas tomadas não têm o fim de satisfazer o direito do agente, mas tão só de o assegurar, pois que um direito não vencido não pode ser executado.

Há ainda outro argumento. A acção directa é um sucedâneo da justiça pública. Ora a lei não exige para que sejam tomadas providências cautelares que o direito esteja vencido ou seja incondicional. Há um paralelismo perfeito entre o fim de «assegurar o direito» do art. 336.º e os arts. 619.º do Código Civil e 402.º e 403.º do Código de Processo Civil.

III — O Sr. Prof. Vaz Serra escrevia no seu estudo sobre a acção directa⁽¹⁰⁾: «Mas se o direito condicional não tiver valor patrimonial actual, por ser inverosímil que a condição se verifique, não deve poder fundar a acção directa, por falta de interesse.»

Vejamos o que dispõe o art. 273.º do Código Civil: «Na pendência da condição (...) pode praticar actos conservatórios». Também o art. 272.º: «Aquele que contrair uma obrigação ou adquirir um direito sob condição, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte». Por sua

(10) Boletim, cit., pág. 78.

vez o art. 275.º dispõe: «A certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação».

Pensamos que enquanto não houver a certeza de que a condição se não pode verificar, será aplicável o art. 273.º. Simplesmente o juiz terá aqui um largo campo de apreciação, pois saber se o acto tem ou não valor patrimonial actual é uma questão de facto que ao juiz cumpre apreciar. E a boa fé das partes há-de desempenhar aqui papel importante.

Não havendo qualquer interesse do agente, pois não parece admissível a acção directa. Saber se há ou não interesse é uma questão de facto. Julgamos que o n.º 1 do art. 401.º do Código de Processo Civil tem de ser também tido em conta: «A providência (cautelar) é decretada, (...) salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar».

IV — Pela razão da acção directa ser um mero sucedâneo da justiça pública resulta que o agente não pode usar de outros meios que aqueles que são permitidos à justiça pública e daí que a pretensão deva ser de molde a fundamentar medidas judiciais de execução ou de garantia⁽¹⁾.

Por isso uma obrigação natural não pode fundar a acção directa. As obrigações naturais não são judicialmente exigíveis e, por isso, não são também susceptíveis de realização ou asseguramento por via da acção directa (art. 402.º do Código Civil).

Há direitos que não são susceptíveis de execução coactivos em espécie, nomeadamente as obrigações de prestação de «fazer» (*nemo cogi ad factum potest*). Assim como estas prestações não são susceptíveis de execução pela força pública, também o não são por meio da acção directa. Mas, não sendo susceptíveis de realização em espécie, isso não obsta, porém, a que se possam tomar medidas de asseguramento para evitar a inutilização prática do direito. Repare-se nos termos do art. 619.º e 566.º do Código Civil (garantia patrimonial do crédito) e no n.º 1 do art. 403.º do Código de Processo Civil.

(1) Enneccerus-Nipperdey, cit., § 223, e Boletim cit., pág. 78.

O agente actuará para garantir a satisfação do seu direito, procurará apreender bens que permitam satisfazer o seu crédito de indemnização resultante do não cumprimento pelo devedor. O que importa é considerar se o não cumprimento acarretará ou não prejuízos, se causará danos susceptíveis de avaliação, em dinheiro (arts. 562.^o e e segs. do Código Civil): caso contrário não haverá lugar a qualquer indemnização e, por isso, não haverá lugar à acção directa.

B — *Indispensabilidade de recurso à acção directa para evitar a inutilização prática do direito*

I — No anteprojecto do Prof. Vaz Serra não se falava em inutilização prática do direito mas, à semelhança do Código Civil alemão e suíço, em «perigo de, sem este recurso, o direito se perder ou se tornar muito mais difícil o seu exercício»⁽¹²⁾. A redacção actual vem já da I Revisão Ministerial do Anteprojecto.

Ter-se-á pretendido uma mudança substancial ou terão sido razões de pura forma que levaram à alteração da redacção? A frase «inutilização prática do direito» significa o mesmo que «perigo de o direito se perder ou de se tornar muito mais difícil o seu exercício»?

Vejamos o que a propósito escreveu o Prof. Vaz Serra⁽¹³⁾:

«Perigo de que, sem a acção directa o direito se perca ou a sua realização se torne muito mais difícil, ou, por outras palavras, que não exista outro meio de impedir a perda de direito ou que o seu exercício se torne muito difícil.»

Pensamos que na diversidade de redacções se esconde fundamentalmente a mesma ideia, o mesmo conteúdo.

Na verdade, que significa «que o direito se perca sem o recurso à acção directa»? O direito pode não ser eficaz (pode haver uma perda prática) mas não parece que se possa «perder em sentido jurídico por falta de recurso à acção directa».

(12) Boletim cit., pág. 78 e 111.

(13) Cit., cit.

Não cremos que se possam remover os factos extintivos do direito por meio da acção directa. Parece-nos que a fórmula usada pelo Código é muito mais correcta, sendo o conteúdo o mesmo que se pretendia com a fórmula do Prof. Vaz Serra. Na verdade «que o direito se perca» só pode significar que o direito se torne ineficaz. A fórmula correspondente do Código alemão, «existir perigo de que a realização da pretensão se frustre», corresponde a esta ideia de inutilização prática, de ineficácia do direito.

II — Acrescentava-se no Anteprojecto do Prof. Vaz Serra: «Perigo de sem este recurso ...» Também o art. 403.º do Código de Processo Civil dispõe no n.º 1: «O requerente do arresto fundado no receio de perda da garantia patrimonial deduzirá os factos que (...) justificam o receio invocado (...).» Cremos ser bastante o perigo de inutilização prática do direito para legitimar a acção directa. «Não é necessário que o perigo seja absolutamente certo, porque de outro modo nunca se poderia actuar pela justiça privada, a certeza absoluta existe raramente»⁽¹⁴⁾. A propósito do nosso Código podemos dizer: não é necessária a certeza absoluta de inutilização prática do direito, bastará o perigo para legitimar a intervenção do titular do direito ameaçado por meio da acção directa.

É claro que não pode ser um perigo qualquer. Perigo há sempre. Deverá ser um receio forte, um perigo objectivamente reconhecido. A apreciação desse perigo é também uma questão de facto em que o juiz terá um largo poder de apreciação.

Devemos chamar já a atenção para o art. 338.º do Código Civil. A desculpabilidade do erro ilibará o agente de responsabilidade civil. À base deste artigo se hão-de resolver grande parte das questões que se vierem a suscitar a propósito deste pressuposto.

O Código alemão acrescenta ainda: «ou se dificulte essencialmente». E o Código suíço das Obrigações: «ou o seu exercício se

(14) Vallimaresco, *ob. cit.*, pág. 232.

torne muito mais difícil». Julgamos que a fórmula usada pelo Código português cobre todas as hipóteses que estas fórmulas poderiam abranger.

III — Não parece também suficiente para justificar a acção directa que a realização do direito possa demorar o tempo necessário para correr um processo. Se assim fosse a justiça privada deveria ser admitida para toda a pretensão de execução imediata.

Imaginemos uma hipótese de rescisão dum contrato de arrendamento. O senhorio fixa um dia determinado para o arrendatário abandonar o imóvel arrendado. Chegado o dia estipulado o arrendatário não cumpre. Poderá o senhorio penetrar na casa e proceder a despejo por suas próprias mãos? Não. Os pressupostos do art. 336.º não se verificam (mesmo que o locatário não disponha de bens para indemnizar os prejuízos causados ao senhorio com o não cumprimento). O sentido do art. 336.º não é o de que quem pretender uma execução imediata pode usar da acção directa porque o processo judicial demora um certo tempo e pode causar prejuízos. Não cremos ser tão amplo o sentido do art. 336.º

C — *Impossibilidade de recurso em tempo útil
aos meios coercivos normais*

I — Já vimos do carácter subsidiário da acção directa.

É pressuposto da acção directa a impossibilidade de intervenção em tempo útil dos meios coercivos normais. Ora esta impossibilidade pode resultar ou de uma interrupção durável de toda a justiça (guerra, revolução, inundação), ou de uma impossibilidade momentânea de intervenção.

Esta última circunstância verifica-se sempre que, por exemplo, o tribunal é muito distante e haja muita urgência na actuação, ou sempre que não haja agente de polícia nas proximidades.

Parece mesmo de admitir o recurso à acção directa no caso de, havendo embora autoridade policial, esta se recuse arbitrariamente a socorrer o titular do direito ameaçado⁽¹⁵⁾.

II — O art. 336.º refere-se a «meios coercivos normais» e o projecto do Prof. Vaz Serra, à semelhança do Código alemão em «intervenção da autoridade». Os Códigos alemão e suíço têm sido interpretados no sentido de «todos os órgãos estaduais competentes, tribunais ou policia»⁽¹⁶⁾. Assim também se deve interpretar a expressão do nosso Código «meios coercivos normais»⁽¹⁷⁾.

III — Qual o sentido da expressão: impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais? Já vimos no § III, da alínea B) deste número o interesse que há em precisar esta expressão.

A possibilidade de intervenção em tempo útil será o mesmo que possibilidade de intervenção da autoridade para evitar o mínimo prejuízo?

Creemos que não é esse o sentido do art. 336.º

A admitir-se a acção directa sempre que o recurso à autoridade pudesse causar algum prejuízo, seria admiti-la para toda a pretensão de execução imediata e não pode ser esse o sentido do art. 336.º

O meio normal e por excelência de composição de litígios é a justiça pública. O recurso aos tribunais acarreta prejuízos para ambas as partes. É praticamente indefensável que todos os prejuízos resultantes de um processo judicial sejam cobertos pela parte vencida. Esses prejuízos devem ser considerados normais. Legitimar a acção directa porque o processo judicial exige um certo tempo e, por isso, a obrigação não será cumprida no dia do vencimento, podendo daí resultar prejuízos, parece-nos interpretar demasiado à letra a expressão do art. 336.º «evitar a inutilização prática do direito».

(15) Vallimaresco, *ob. cit.* pág. 231.

(16) Saleilles, pág. 229.

(17) Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, ao art. 336.º.

Como resulta da própria exposição temos muitas dúvidas na fundamentação da doutrina que defendemos, mas parece-nos esta a doutrina razoável.

D — Necessidade de verificação cumulativa de todos os pressupostos

I — Vimos quais os pressupostos da acção directa.

Devemos agora notar a necessidade de verificação cumulativa de todos os pressupostos para que a acção directa seja legítima.

Não se verificando qualquer pressuposto a acção directa é ilícita e mesmo havendo erro desculpável por parte do agente, é lícita a defesa contra ela. É um princípio geral do nosso direito: o erro desculpável é uma causa de escusa da culpa do agente, não uma causa de justificação do acto ilícito.

II — Para terminar este número sobre os pressupostos da acção directa acrescentaremos não ser válida a convenção pela qual se admite um direito de acção directa sujeito a pressupostos diversos dos exigidos pelo art. 336.º. A acção directa só é admissível nos termos expressamente declarados na lei (arts. 1.º e 2.º do Código de Processo Civil).

5. O fim da acção directa

I — A acção directa, como resulta do art. 336.º, pode ter por fim realizar ou assegurar o direito.

Há pois que distinguir.

Umaz vezes a acção directa conduz directamente à satisfação do titular do direito, outras somente à obtenção de uma garantia.

A acção directa pode consistir, por exemplo, «na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito» (art. 336.º, n.º 2). O agente por meio da acção directa vence aquela resistência e a sua pretensão fica satisfeita com o acto praticado. Do mesmo modo o depositante que se apodera da coisa depositada, também satisfaz o seu direito, a sua pretensão de entrega dessa coisa. Nestes dois exemplos a acção directa conduziu à imediata satisfação da pretensão do agente.

Se o titular de um direito de crédito pecuniário ou que possa transformar-se em crédito pecuniário se apodera de outras coisas pertencentes ao devedor, é também evidente que este acto não conduz directamente à satisfação do direito do agente. Agora o acto do credor desempenha uma função análoga à do arresto.

II — Tem sido muito discutida pela doutrina alemã esta distinção. Não importa, porém, determo-nos na apreciação directa da distinção porque ela nos parece indiscutível e resultar claramente da própria lei. Para além da distinção entre «realizar» e «assegurar» do n.º 1 do art. 336.º, resulta sobretudo do n.º 2 do mesmo artigo que os actos de justiça privada tanto podem ter por fim a satisfação do direito como a mera obtenção de uma garantia.

No verdade, o n.º 2 do art. 336.º, ao enumerar alguns meios em que a acção directa se pode concretizar — apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência oposta ao exercício de um direito — funda a distinção entre meios que conduzem directamente à satisfação do titular do direito e outros que não são mais do que medidas provisórias de segurança, como se viu já pelos exemplos que deixamos atrás.

III — A controvérsia doutrinária que referimos a propósito da distinção anterior, cifra-se fundamentalmente em saber se é ou não necessário intentar após o acto de acção directa uma acção judicial.

A propósito das disposições correspondentes do Código alemão, defenderam alguns autores a necessidade de intervenção posterior da justiça pública, quer no caso da acção directa levar imediatamente à satisfação do direito quer à obtenção de mera garantia, na base de considerações deste teor: se bem que o monopólio do Estado para a execução forçada seja rompido com os actos de acção directa, não é assim, porém, para o poder de decidir sobre a consistência da pretensão jurídica, base daquela execução.

Parece na verdade que esta solução seria razoável, se tivermos em conta que a acção directa pressupõe muitas vezes apenas

o juízo do agente sobre o bem fundado da sua pretensão, isto é, o agente é que declara o seu próprio direito. Julgamos, porém, que este argumento inteiramente procedente e que justifica que a lei seja rígida ao estabelecer os pressupostos de que dependerá a acção directa bem como as consequências da ilicitude na prática da acção directa (para o Código alemão nem o erro escusa da responsabilidade), pela consideração de que ninguém pode, sem o concurso de circunstâncias especiais, ser juiz sereno e imparcial do próprio direito, especialmente nos casos em que haja conflito de direitos de difícil solução, mesmo para um juiz objectivo e imparcial. não procede, porém, para a questão agora em análise.

Creemos ser necessário distinguir. Se da acção directa resultar uma situação imperfeita, em desacordo com o direito substantivo e portanto necessitada de uma solução, pois então haverá que recorrer posteriormente à justiça pública. Assim, se a acção directa serviu apenas para dar uma garantia ao titular do direito, por analogia com os Procedimentos Cautelares, haverá que intentar, logo que haja possibilidade de o fazer, um processo judicial para se solucionar definitivamente o litígio.

O Anteprojecto do Prof. Vaz Serra dispunha que o agente só teria de recorrer aos tribunais se «se apoderar de coisas da outra parte, e este acto tiver por fim a defesa de um crédito pecuniário ou de um direito que possa transformar-se em crédito pecuniário» (18). Assim, resultava do anteprojecto que, se a acção directa conduzisse à satisfação do direito do autor, não haveria necessidade de intentar posteriormente um processo judicial. Justificava-se esta solução nos motivos: «A exigência do § 230.º do Código alemão não parece sempre de fazer. Obrigar aquele que se apodera do que lhe é devido a requerer logo a execução ou arresto, é colocá-lo em embaraços quanto ao exercício da acção directa. Se se verificarem os requisitos gerais desta é quanto basta» (19).

Julgamos ser esta a solução da lei.

(18) Boletim cit., pág. 83.

(19) Boletim cit., cit.

Não temos disposição correspondente ao art. 230.^o do Código alemão. O n.^o 1 do art. 336.^o distingue entre realizar e assegurar o próprio direito. Já vimos que o fim de «assegurar» pode conduzir a uma situação imperfeita, a uma situação análoga às situações criadas pelas Providências Cautelares (arts. 381.^o e segs. do Código de Processo Civil).

Ora, se as providências cautelares ficam sem efeito se o requerente não propuser a acção, de que aquelas providências forem dependência, dentro de trinta dias, após a decisão que ordenou a providência, por maioria de razão a acção judicial será de exigir no caso de conduzir a uma situação análoga, a uma situação imperfeita. Aliás, o titular do direito, o agente, terá todo o interesse em intentar a acção para resolver definitivamente a situação, para realizar o seu direito. Pensamos que o art. 382.^o do Código de Processo Civil é de aplicação plena às situações imperfeitas criadas pela acção directa.

Nos outros casos, naqueles que conduzem directamente à satisfação do direito do agente, nomeadamente os actos de destruição ou deterioração de uma coisa e de eliminação de resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, não parece que haja necessidade de intentar posteriormente uma acção judicial.

O titular do direito, satisfeito por meio da acção directa, não tem qualquer interesse na acção judicial. Parece mais curial, mais razoável até, que seja o interessado nessa acção a intentá-la; e o único interessado é o titular do interesse sacrificado pela acção directa. A lei é omissa e não vemos razão para que o agente tenha de se dirigir à justiça após ter obtido completa satisfação, por exemplo, após ter vencido a resistência irregularmente oposta ao exercício do seu direito. A doutrina alemã vai neste sentido e parece-nos que nada se opõe no nosso direito a esta solução.

Pensamos, pois, que só naqueles casos em que a acção directa conduz a uma situação imperfeita, haverá necessidade de regularizar a situação, recorrendo aos meios coercivos normais (2^o).

(2^o) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, anot. ao art. 336.^o.

6. Meios lícitos de exercício da acção directa

I — Para a determinação dos meios lícitos em que se pode concretizar a acção directa deve ter-se em conta este princípio fundamental nesta matéria: não sendo a acção directa senão um sucedâneo da justiça pública, o particular não poderá usar senão dos meios que for lícito aos tribunais usar.

Deste princípio resultam duas consequências. 1.^a — O particular não pode usar de meios vedados à justiça pública; 2.^a — Todos os meios pertencentes à justiça pública podem ser utilizados pelos particulares no exercício da acção directa.

Importa observar desde já que os actos em que a acção directa se concretiza não estão sujeitos às condições de forma da execução pública, porque isso seria contraditório com o princípio da necessidade de celeridade, que fundamenta o instituto da acção directa.

Posto isto, vejamos quais os actos em que se pode concretizar a acção directa.

II — O art. 336.^o, n.º 2, faz uma enumeração de actos em que a acção directa se pode concretizar. «A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo». Resulta do próprio texto da lei que a enumeração não pretende ser taxativa — «ou noutro acto análogo» —, portanto outros meios, dentro dos limites gerais da acção directa, serão legítimos.

A enumeração feita por nítida influência do Código alemão tem o interesse da precisão. Procura-se pôr em evidência os actos mais importantes em que a acção directa poderá concretizar-se e ainda tem o interesse de nos dar uma base para a determinação de quais os actos de força permitidos, isto é, as vias de facto em que pode concretizar-se a acção directa; além dos actos enumerados só poderão ser utilizados outros que sejam similares aos descritos no n.º 2 do art. 336.^o

A — *Acto análogo*

Como se disse, o art. 336.^o, n.^o 2, não enumera senão os actos mais importantes de acção directa. Ora, se outros são permitidos, importa saber quais.

Para a determinação desses actos importa remontar ao princípio donde são tirados os exemplos do art. 336.^o. Com Heyer⁽²⁾ podemos afirmar que há dois princípios: em primeiro lugar, o fim de justiça privada, que é o de vencer a resistência do adversário à satisfação do direito do agente; em segundo lugar, o princípio de que a justiça privada não pode ir mais além do que a justiça pública, princípio este que limita o primeiro.

Partindo da primeira ideia, o agente teria à sua disposição quatro meios: a violência, a ameaça, o ardil e o dolo. Mas importa analisar se a justiça pública poderá usar de todos estes meios. Heyer, na lógica do seu pensamento, defendia que não sendo o ardil permitido aos órgãos de execução pública, consequentemente não o seria também ao agente privado. Quanto aos outros meios seriam permitidos na medida em que os órgãos da justiça pública os pudessem usar.

Creemos que importa fazer algumas observações. Quanto a nós aqueles dois princípios estão fundamentalmente certos. O agente poderá usar da violência, da coacção psicológica, do ardil e do dolo para conseguir evitar a inutilização prática do seu direito. E também as limitações impostas à justiça pública se devem aplicar à justiça privada. Simplesmente e é isto que importa observar, há meios que não vão bem à justiça pública e que não pode deixar de reconhecer-se à justiça privada.

Com Heyer ainda, distinguiremos nos quatro tipos de actos enumerados, os actos de justiça privada do forte e os actos de justiça privada do fraco. A violência e a ameaça seriam actos de justiça do forte; o ardil e o dolo, actos de justiça do fraco.

A justiça pública está numa posição da máxima força e por isso é natural que os actos que utiliza sejam sobretudo os actos que Heyer qualifica actos de justiça do forte. É evidente que o ardil e o dolo são actos menores que a violência e a ameaça.

(2) Cit. por Vallimaresco, pág. 236.

O ardil e o dolo não quadram bem à justiça pública, nem a justiça pública deles necessita, porque pode usar de meios de força, nomeadamente a prisão (arts. 850.º e 854.º do Código de Processo Civil) para atingir os seus fins. O agente privado tem à sua disposição meios materiais muito mais fracos e por isso necessita de usar muitas vezes do dolo e da astúcia para conseguir os seus fins. Por isso pensamos que também o dolo e o ardil são permitidos no exercício da justiça privada.

Mas reparemos que a lei fala em acto análogo aos indicados no n.º 2 do art. 336.º. E o art. 336.º faz referência a actos de violência contra pessoas ou contra coisas. Ora a violência é um mais que a coacção, o dolo ou o ardil e, por isso, parece que a acção directa se pode exercer por meio de actos de toda a natureza. A similitude, a analogia terá importância para os actos mais graves, que os menos hão-de lá estar necessariamente compreendidos. A expressão «acto análogo» é muito vaga e tem por interesse fundamental especificar que a indicação feita no art. 336.º não é taxativa.

Enumerados os actos que julgamos podem admitir-se no exercício da acção directa, deixamos a análise dos limites para um capítulo próprio e passaremos a analisar os actos enumerados no art. 336.º

IV — Os factos de força permitidos, isto é, as vias de facto em que a acção directa se pode concretizar, podem consistir em violências contra as coisas ou contra as pessoas.

B — Meios contra as coisas

1. Apropriação de uma coisa

«Que o titular do direito de acção directa deve poder apoderar-se de coisas, parece uma consequência necessária desse direito. Tal acto é um dos mais eficazes e naturais para quem pretenda valer-se desse direito: a pessoa a quem uma coisa é devida, vale-se da força ou do ardil para a obter.

«Se o direito for um crédito pecuniário ou que possa transformar-se em crédito pecuniário, parece poder o credor apoderar-se de outras coisas para sua satisfação ou segurança, uma vez verificados os requisitos gerais da acção directa»⁽²²⁾.

Já sabemos que a apropriação de uma coisa deu lugar na doutrina alemã e suíça a controvérsias sobre a questão de saber se ela poderia conduzir à satisfação do agente ou somente à segurança do seu direito. Defendemos então que se o direito tivesse por objecto imediato ou mediato a coisa apropriada, a acção directa conduziria directamente à satisfação do titular do direito e portanto a situação criada se deveria considerar uma situação definitiva. Sempre que, pelo contrário, a coisa apropriada for objecto do direito do agente, a acção directa conduz apenas à obtenção de uma garantia, a uma situação imperfeita e daí a necessidade de requerer, logo que possível, a execução forçada ou o arresto judicial.

Importa agora acrescentar que a apropriação de uma coisa é permitida em relação a coisas insusceptíveis de execução forçada. Esta limitação decorre do art. 821.^o e seguintes do Código de Processo Civil.

2. *Destruição ou deterioração de uma coisa*

Estes actos podem ser necessários ao titular do direito para lhe permitir evitar a inutilização prática do direito que pretende realizar ou assegurar. Assim, por exemplo, o titular de um direito de servidão de passagem pode destruir o muro ou a barreira levantadas pelo dono do prédio serviente para o impedir de exercer o seu direito de servidão. Do mesmo modo pode o credor romper os pneus de carro onde o obrigado leva os seus bens^(23 e 24).

Os actos de destruição ou deterioração de uma coisa podem ter por fim a satisfação do direito ou apenas servir de meio

(22) Vaz Serra, Boletim cit., pág. 82.

(23) Enneccerus - Niperdey, cit.

(24) Vaz Serra, cit., pág. 85.

para a apropriação de uma coisa que, por sua vez, vai dar origem a uma situação perfeita ou imperfeita.

a) Se o acto conduz directamente à satisfação do direito do agente, ou se serviu de meio instrumental a um outro acto que conduz a uma situação perfeita, então o agente não necessita de intentar posterior acção judicial. Pelo contrário, se a situação a que a acção directa der lugar for uma situação imperfeita haverá necessidade de intentar uma acção judicial para solucionar definitivamente o conflito.

b) Importa chamar a atenção para o facto de os prejuízos a que o agente der lugar na prática destes actos de destruição ou deterioração de uma coisa deverem ser suportados — na medida em que não ultrapassem o necessário para evitar a inutilização prática do direito que se quer realizar ou assegurar — pela parte contra quem se exerceu a acção directa. É uma vez mais a aplicação da lei processual (arts. 446.º e seg. do Código de Processo Civil).

c) Acrescente-se, finalmente, que os actos de destruição ou deterioração de uma coisa podem ser exercidos sobre coisas pertencentes a terceiro.

Trataremos agora apenas dos actos desta natureza com carácter instrumental. Parece-nos não poder haver qualquer dúvida de que, se, por exemplo, os bens do devedor forem a ser levados num carro de terceiro, o agente possa furar os pneus do carro para evitar que o devedor atinja o seu fim.

Do mesmo modo no caso de os bens do devedor estarem na posse de um depositário. Se os pressupostos gerais da acção directa se verificarem; nomeadamente, se houver perigo de extravio ou ocultação dos bens do devedor por parte do depositário, pode haver necessidade de praticar actos de destruição ou deterioração de coisas pertencentes ao depositário e esses actos são lícitos por aplicação analógica do art. 854.º do Código de Processo Civil.

C — Meios contra as pessoas

A — Eliminação da resistência oposta ao exercício do direito

1) Neste caso compete-se, por exemplo, o obrigado a tolerar a entrada no seu prédio ou o encerramento da sua presa, no caso de haver perigo de crescimento das águas, ou a não se opor a que o inquilino tire os seus bens da casa arrendada, etc. Estes actos de eliminação da resistência são o sucedâneo da execução «in natura» permitida aos órgãos da execução pública pelo Código de Processo Civil (art. 840.^o).

Se fosse possível resistir ao acto por meio do qual o agente procura evitar a inutilização prática do seu direito, fácil seria iludir a eficácia da acção directa. Desde que a acção directa satisfaça aos requisitos gerais indicados, parece dever ser autorizada mediante eliminação da resistência da outra parte, mesmo que, para tanto, seja preciso violência⁽²⁵⁾.

Reparemos no art. 840.^o do Código de Processo Civil. Este artigo permite a utilização da força, da violência, para eliminação da resistência do penhorado. Julgamos poder aplicar este artigo à acção directa. Assim, o agente poderá usar da violência para eliminar a resistência oposta ao exercício do seu direito, e esse acto é lícito. Este acto de vencimento da resistência pode ser meramente instrumental como se viu já.

2) Não importa determo-nos aqui na questão de saber se no exercício da acção directa é permitida a prisão privada, como acontece no direito alemão. Cremos que o problema não tem para nós importância. Ao agente da acção directa não cumpre a imposição de penas, importa-lhe somente a satisfação do seu direito. Enquanto pena, a prisão não tem pois interesse no estudo da acção directa. Pode ter, porém, interesse a detenção do obrigado a suportar um acto; essa detenção é um acto de vencimento da resistência ao exercício do direito — direito substantivo ou direito instrumental — e nessa medida julgamo-lo plenamente justificado.

(25) Prof. Vaz Serra, Boletim cit., pág. 85.

Poder-se-ia argumentar que no nosso direito não é permitida a prisão por dívidas, mas o argumento não procede. Importa é considerar se é ou não permitida a eliminação da resistência a um acto e se o for — como resulta claramente da lei — pois então não há qualquer obstáculo à detenção privada do obrigado. É uma consequência necessária da admissão da acção directa. Mais uma vez se terá de recorrer ao princípio de que os meios permitidos à justiça pública são também permitidos ao agente no exercício da acção directa.

Queremos é notar a importância da distinção entre prisão como pena ou até como meio meramente compulsório à outra forma de detenção que se confunde com o vencimento da resistência irregularmente oposta ao exercício de um direito. A distinção pode ser subtil mas é da maior importância nesta matéria.

3) No capítulo que dedicaremos à análise dos limites ao exercício da acção directa vamos encontrar limitações ao acto de vencimento da resistência do obrigado. Por enquanto importa apenas chamar a atenção para uma importante distinção.

O art. 336.º do Código Civil fala em eliminação da resistência ao exercício do direito. Esta eliminação da resistência ao exercício do direito pode conduzir imediatamente à satisfação do direito do agente, outras vezes, como acontece aliás com todos os actos que temos vindo a referir, pode apenas servir de meio, de instrumento ao exercício de um outro acto em que a acção directa acaba por se concretizar. Mas para o que queríamos chamar desde já a atenção, é que é diferente a eliminação da resistência ao exercício de um direito, direito que pode ser a própria acção directa (caso em que consideramos o acto instrumental) e o acto de coação física para obrigar o devedor a cumprir o seu dever.

7. *Erro acerca dos pressupostos*

I — Art. 338.º do Código Civil: «Se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que

justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável.»

É nítida a influência do Código alemão neste artigo. A primeira parte é quase uma tradução literal do art. 231.º, dispondo a segunda parte precisamente o contrário.

Pensamos não haver sequer razão para este artigo no Código português, na medida em que ele se limita a fazer uma aplicação ao caso particular da acção directa e da legítima defesa do princípio geral em matéria de responsabilidade civil (art. 483.º).

II — Como se sabe, o exercício de um direito constitui uma causa de justificação do acto lesivo dum direito ou interesse tutelado pelo direito (art. 483.º do Código Civil). Resulta na verdade do art. 483.º poder haver uma lesão lícita dos direitos ou interesses de outrem. Ora uma violação lícita não pode ser senão aquela em que há uma causa de justificação do acto (exercício de um direito ou cumprimento de um dever).

O exercício do direito de acção directa traduz-se geralmente na violação de um direito ou interesse juridicamente tutelado de outrem, mas porque o agente actua no exercício de um direito, não age illicitamente.

Se, porém, o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos da acção directa, deixa de se verificar a causa de justificação e, conseqüentemente, o acto praticado é ilícito.

III — Não basta, porém, o acto ilícito para constituir o agente na obrigação de indemnizar os prejuízos causados. Pressupostos da responsabilidade civil são o acto ilícito e a culpabilidade (art. 483.º).

O Código alemão, por virtude da disposição excepcional do art. 231.º, faz nascer a obrigação de indemnizar mesmo que o agente actue sem culpa (o princípio geral consta do art. 823.º que considera a culpabilidade pressuposto da responsabilidade civil).

O Código Civil português vem expressamente estabelecer o contrário do art. 231.º do Código alemão. Vem confirmar em

matéria de legítima defesa e acção directa o princípio do art. 483.º.

Não ocorrendo os pressupostos da acção directa o acto é ilícito. Se não houver uma causa de escusa da culpabilidade, o agente constitui-se na obrigação de indemnizar. Mas o erro desculpável é uma causa de escusa: «É obrigado a indemnizar o prejuízo causado salvo se o erro for desculpável» (art. 338.º).

Que significa a expressão do art. 338.º: «salvo se o erro for desculpável»? Significa que o agente não deve ter caído no erro com culpa. Erro indesculpável é o erro vencível com um grau médio de diligência, ou, por outras palavras, o erro que o agente podia e devia, em termos de dever-diligência, evitar⁽²⁶⁾.

Concluimos este número sem maiores desenvolvimentos em virtude de não haver nada de especial a referir quanto à questão da responsabilidade. Aplicam-se de pleno as soluções gerais.

8. *Limites da acção directa*

I — O exercício de um direito consiste na actuação prática do seu conteúdo: é o facto material que corresponde ao conteúdo abstracto do direito. É a realização no mundo exterior da faculdade conferida por aquele conteúdo; abrange o complexo de actos que o titular do direito pratica para conseguir a satisfação do interesse que a lei tutela. Mas, por isso que o direito objectivo tem em vista um interesse colectivo e é em obediência a este que são regulados os interesses individuais na sua coexistência, o direito subjectivo não é concedido para a satisfação egoísta do interesse individual, antes deve harmonizar-se com os interesses dos demais e com os da colectividade. Desta sorte, sofre o direito subjectivo limitações oriundas da função social, que é chamada a exercer, e da necessidade da sua coexistência com os outros direitos.

(26) Dr. Pessoa Jorge, cit., pág. 545.

II — O conteúdo dos direitos subjectivos pode ser limitado intrínseca e extrinsecamente.

Os direitos subjectivos são concedidos para fins determinados, e, se são desviados do seu fim, o seu exercício é incorrecto, é ilícito — limitação intrínseca.

Esta limitação intrínseca pode ser por sua vez uma limitação objectiva ou subjectiva. A limitação objectiva respeita ao modo e às condições em que o direito pode actuar no mundo externo; os limites subjectivos dizem respeito à finalidade que o titular do direito se propõe ou à atitude psicológica deste no exercício desse mesmo direito.

«Há, assim, direitos que só podem ser exercidos em certas condições de tempo, ou em determinado território, ou por certo modo. No modo compreendem-se os meios que podem ser usados no exercício do direito, as circunstâncias cuja verificação condiciona a legitimidade do exercício do direito, ou a forma que deve revestir.

«São limites subjectivos os motivos a que eventualmente fica subordinado o direito ou o fim que o seu titular deve propor-se. Não se trata de um limite social do direito, mas do fim do agente.

«Quando se superam estes limites há excesso no exercício do direito, excesso que é punível»⁽²⁷⁾.

Já analisamos nos capítulos anteriores os limites intrínsecos do direito de acção directa, vamos agora ocupar-nos em especial dos limites extrínsecos.

III — Limitados intrinsecamente embora, os direitos podem entrar em colisão com outros direitos. Os direitos assim exercidos podem ferir interesses respeitáveis de outras pessoas. Um tal conflito só pode ser aparente, porém, porque a ordem jurídica nos deve fornecer o critério de resolução do conflito, dando preferência a um ou alguns dos direitos em confronto, ou limitando-os reciprocamente⁽²⁸⁾.

(²⁷) Prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, pág. 266.

(²⁸) *Cit., cit.*, pág. 268.

Estas limitações extrínsecas podem ser formuladas por via geral, como era o caso dos arts. 14.º e 15.º do Código Civil de 1967 e hoje se encontram nos arts. 334.º e 335.º do Código Civil, disposições que formulam um critério orientador e valorativo para a solução dos conflitos entre os direitos subjectivos.

É claro que estes preceitos pelo seu carácter geral não excluem as disposições especiais sobre a resolução dos conflitos a propósito de direitos determinados (29).

São as limitações extrínsecas especiais ao conteúdo do direito de acção directa que vamos seguidamente analisar.

IV — Logo no n.º 1 do art. 336.º se dispõe que é lícito o recurso à força para evitar a inutilização prática do direito «contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo». E o n.º 3 do mesmo artigo só a limitação se refere: «A acção directa não é lícita quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.»

Resulta consequentemente do art. 336.º, que a acção directa só é lícita:

a) Nos termos estritamente necessários para evitar o prejuízo.

b) Se os interesses sacrificados não forem superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.

Analisemos em particular cada uma destas limitações.

V — «É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, (...) contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.»

Comparemos em primeiro lugar esta disposição com a correspondente do art. 337.º: «O prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.»

Da comparação destas disposições ressalta imediatamente que enquanto para os actos de legítima defesa a lei estabelece

(29) Prof. Cabral de Moncada, *ob. cit.*, pág. 449 do Vol. II.

um critério de proporcionalidade, tal não acontece para os actos de acção directa.

Mais ainda. O art. 334.^o, princípio geral nesta matéria de limitações ao conteúdo dos direitos subjectivos, adopta também o critério de proporcionalidade. Na verdade, dispõe o art. 334.^o que «é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pelo fim económico desse direito».

Parece que a interpretação lógica deste artigo (336.^o) nos deve levar a entender que o legislador pretendeu estabelecer um critério de apreciação mais apertado para a acção directa. Na verdade a colocação sistemática do art. 336.^o, colocado entre dois artigos que estabelecem que o conteúdo dos direitos é limitado pelo *excesso manifesto* do fim a atingir e dos interesses sacrificados pelo exercício dos direitos do agente, são quanto a nós um índice apreciável daquela orientação.

A disposição em análise do art. 336.^o está redigida em termos muito vagos, não estabelecendo qualquer critério de apreciação e daí que o juiz tenha um largo poder de apreciação nos casos concretos que se vierem a suscitar.

Nessa apreciação, porém, o critério de proporcionalidade entre os meios e os fins há-de entrar naturalmente como critério de apreciação. Se o fim da acção directa é o de evitar a inutilização prática do direito, o meio empregado deve ser apenas o necessário para alcançar este fim. Assim, se se pretende apenas obter uma garantia — assegurar a satisfação do direito — não é lícito a apreensão de bens para além do estritamente necessário para obter aquela segurança. Se a simples remoção do obstáculo que impede o gozo da servidão de passagem é bastante para satisfazer o direito do agente — e se o obstáculo tem valor patrimonial — não deverá ser destruído. Há, pois, uma adequação, uma proporcionalidade entre os meios e os fins. Os fins não justificam todos meios; a escolha dos meios não fica livremente ao arbítrio do agente. O acto material de exercício da acção directa há-de ser dentro dos meios adequados à realização do fim, evitar a inutilização prática do direito, o menos gravoso para o titular do interesse sacrificado. O critério determinante nesta

matéria há-de ser, pois, o da relação de necessidade entre o meio utilizado e o fim visado.

Não pensamos consequentemente que se possa adoptar um critério estrito de equivalência patrimonial entre os interesses sacrificados e os interesses que se procura satisfazer na apreciação dos meios utilizados no exercício da acção directa.

Não queremos concluir sem notar a grande importância prática da disposição em análise. Dados os termos muito vagos com que a lei trata a questão, o agente há-de hesitar frequentemente antes de actuar, pelo menos sempre que se não sinta capaz de limitar a sua acção à medida estritamente necessária para evitar o prejuízo. Isto pode reflectir a intenção limitadora do legislador, justificada pelo carácter inovador da acção directa.

Posto isto, temos o caminho aberto para entrar na análise do outro princípio limitador que consta do art. 336.º, n.º 3.

VI — «A acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar».

Também aqui tem o maior interesse estabelecer uma comparação com o art. 337.º. Dispõe este artigo que se considera justificado o acto praticado no exercício da legítima defesa desde que o prejuízo causado não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão. Como ensina o Sr. Prof. Castro Mendes, não há aqui que pôr a questão da superioridade dos interesses pessoais sobre os patrimoniais. «Tudo é reduzido ao denominador comum prejuízo e avaliado nesse campo⁽³⁰⁾.

Compreende-se facilmente esta diferença de posição da lei. Na verdade há entre a acção directa e a legítima defesa uma diferença importante: esta supõe uma agressão actual ou risco iminente de agressão, ao passo que a acção directa se exerce independentemente destas condições.

«Nestas condições, a acção directa não satisfaz uma tão premente necessidade e não se afigura, por isso, dever ser exercida por meio de actos com que se lesem interesses superiores penalmente protegidos. Seria, por exemplo, inadmissível que para

(30) Prof. Castro Mendes, *ob. cit.*, pág. 43.

reaver uma coisa e opondo-se o detentor dela, se matasse este, embora a morte fosse necessária para vencer a resistência dele»⁽³¹⁾.

Recordemos mais uma vez que a acção directa tem por fim a satisfação de um direito ou a sua garantia. Não há qualquer ideia de pena, de retaliação. Tem interesse ter bem presente esta característica.

Recorrendo aos trabalhos preparatórios verificamos que a ideia que inspirou o legislador foi a de que os interesses pessoais não deveriam ser sacrificados aos interesses patrimoniais. Dispunha o Projecto do Prof. Vaz Serra: «A acção directa não é permitida quando importe a prática de actos em que se lesem interesses superiores pessoalmente protegidos ou desproporcionados em relação aos interesses que pretende satisfazer-se ou assegurar-se.»⁽³²⁾

Resultava desta disposição a intenção de estabelecer uma hierarquia dos interesses em conflito, sacrificando-se os interesses patrimoniais aos interesses pessoais e ainda, parece, uma proporcionalidade dentro dos interesses patrimoniais. «A destruição ou deterioração de coisas, por exemplo, não deve ser desproporcionado em relação ao interesse que com a acção directa se defende»⁽³³⁾. Julgamos, porém, que esta limitação dentro dos interesses meramente patrimoniais não resulta do art. 336.º.

O n.º 3 do art. 336.º refere-se simplesmente a interesses superiores. Estarão ainda abrangidos por esta expressão as ideias que presidiram à elaboração do anteprojecto do Prof. Vaz Serra? Ou deve entender-se que se está apenas a estabelecer uma hierarquia entre os interesses pessoalmente protegidos (interesses pessoais)? Se relacionarmos o n.º 3 com o n.º 1, «in fine», do art. 336.º, a interpretar-se o n.º 3 como compreendendo ainda uma ideia de proporcionalidade entre os interesses patrimoniais sacrificados, resultava que: o agente não deve exceder (nos meios) o estritamente necessário para evitar o prejuízo,

⁽³¹⁾ Prof. Vaz Serra, *ob. cit.*, pág. 86.

⁽³²⁾ Prof. Vaz Serra, *ob. cit.*, pág. 86.

⁽³³⁾ *Cit., cit.*, pág. 111.

mas, se o prejuízo causado por esses actos for superior ao prejuízo que sofrerá o agente se os não praticar, esses meios eficazes — e estritamente necessários — ficam também proibidos.

Não cremos ser esta a interpretação do art. 336.º.

A seguir-se aquela interpretação ter-se-ia de concluir pela ineficácia prática da acção directa, o que não nos parece razoável.

Quanto a nós os interesses sacrificados podem ser desproporcionados, o que não podem é exceder o que for necessário para evitar o prejuízo. Esta nos parece a interpretação do art. 336.º.

Reparemos que o art. 336.º se refere simplesmente a interesses superiores. A entender-se que o art. 336.º estabelece também uma hierarquia entre os interesses patrimoniais em conflito, teríamos que se deixaria sem protecção o titular do direito ameaçado, em nome da protecção dos interesses do infractor, protecção sem dúvida muito menos justificada.

Pensemos numa hipótese. O credor de 1.000\$00 vê o seu direito ameaçado em termos de se preencherem as previsões legais que permitem a acção directa. O devedor, porém, só dispõe de um automóvel, no valor de 100 contos, susceptível de ser penhorado. Há como se vê uma grande desproporção entre o interesse do devedor e o interesse do credor. Não será possível a acção directa? Pensemos agora noutra hipótese. O agente vê o ladrão de um bem no valor de 1.000\$00 a fugir num automóvel no valor de 100 contos. O único meio adequado para garantir a inutilização prática do seu direito é inutilizar o automóvel. Também aqui não será possível a acção directa?

Já várias vezes nos temos referido ao princípio de que sendo a justiça privada um mero sucedâneo da justiça pública, os meios que a esta são permitidos são-no também em princípio, àquela. Ora não há qualquer limite da natureza dos que vimos a apontar ao exercício da execução pelos tribunais.

A ser como pensamos, a interpretação do n.º 3 seria esta: sempre que concorram interesses pessoalmente protegidos e interesses puramente patrimoniais, não se podem sacrificar aqueles a estes. Duma maneira abstracta poder-se-ia dizer que sempre que colidam interesses de natureza diferente se deve estabelecer

entre eles uma hierarquia, dando-se prevalência ao que pela ordem jurídica deve ser considerado de grau hierárquicamente superior. Assim, é inadmissível que para reaver uma coisa, e opondo-se o detentor dela, se mate este, embora a morte fosse necessária para vencer a resistência dele. Do mesmo modo não é de admitir a violação do domicílio, pois o respeito do domicílio satisfaz interesses superiores que se não afigura deverem ceder perante os fins da acção directa^(34 e 35).

9. *Das partes — Capacidade e legitimidade*

I — No anteprojecto do Sr. Prof. Vaz Serra havia um número especialmente dedicado ao problema em análise. Dispunha o n.º 4: «A acção directa pode ser exercida pelo titular do direito que, por meio dela, pretende satisfazer-se ou assegurar-se, pelo seu representante, podendo ambos servir-se de auxiliares. Se a acção directa for exercida por um representante sem poderes de representação, é legítima a defesa contra ela, mas não há a obrigação de indemnizar, caso se dê a ratificação.»

O Código Civil não contem qualquer disposição correspondente. O campo de investigação está pois inteiramente aberto ao intérprete.

Vamos considerar em primeiro lugar a matéria referente à capacidade e em seguida à legitimidade.

II — *Capacidade activa*

Referimo-nos naturalmente à capacidade de exercício. Vamos ver quem tem capacidade para exercer pessoal e livremente a acção directa.

Creemos não haver nenhuma especialidade a referir em relação ao direito processual civil. As soluções do direito processual civil são plenamente applicáveis aqui.

(34) Cit., cit., pág. 111.

(35) No sentido de que também há uma hierarquia entre os interesses meramente patrimoniais, Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, anotação ao art. 336.º.

Assim, os incapazes só podem exercer a acção directa por intermédio dos seus representantes legais, ou autorizados pelo seu curador, excepto quanto aos actos que possam exercer pessoal e livremente.

A principal consequência do exercício da acção directa por um incapaz é a possibilidade de legítima defesa contra ela. Cremos, porém, não haver lugar a indemnização dos prejuízos causados pelo acto do incapaz, se o acto de acção directa for ratificado pelo seu representante legal — verificados, claro, os pressupostos e limites da acção directa.

III — *Capacidade passiva*

Já em matéria de capacidade passiva nos parece que a solução é bem diversa em relação ao direito processual civil. Vejamos.

Os problemas referentes à capacidade põe-se em relação com a vontade e visam fundamentalmente a protecção do próprio incapaz. Ora, à acção directa não importa qualquer manifestação de vontade por parte do titular dos interesses sacrificados pela actuação do agente. A actuação do agente cifra-se numa actuação unilateral, uma actuação material que tem como causa uma situação de perigo objectivo do seu direito; uma actuação a que o «sacrificado» não pode juridicamente resistir, pois se encontra numa situação de sujeição à actuação material do agente. O direito do agente é um direito potestativo que tem por conteúdo o poder de actuação material sobre a pessoa ou bens do devedor. Sendo assim, logo se vê que a vontade do titular dos interesses sacrificados pela acção directa é indiferente; o sujeito passivo da relação está vinculado por uma sujeição e a sua situação resume-se a ter de suportar os actos do agente.

A actuação do agente é unilateral. O acto jurídico praticado no exercício da acção directa só ao agente se atribui. Julgamos, consequentemente, não haver qualquer problema a suscitar no referente à capacidade passiva.

IV — *Legitimidade passiva*

Vejam os agora por quem e contra quem pode ser exercida a acção directa. Começemos pela legitimidade passiva.

Que a acção directa pode ser exercida contra a pessoa ou património do onerado pelo dever correspondente ao direito que o agente quer proteger, parece não suscitar dúvidas. Cremos aliás, que também nesta matéria são de aplicar as soluções do direito processual. Importa, porém, alguns esclarecimentos.

Já referimos que a acção directa se pode reconduzir ora à acção executiva, ora a um procedimento cautelar (arresto).

Mas já sabemos que a acção executiva tem sempre por base um título e deve ser instaurada contra a pessoa que no título tenha a posição de devedor. Há desvios a esta regra, mas que não tem importância para considerar.

A acção directa pode não ter por base um título executivo. Como saber então contra quem agir? Pensamos que será ainda tendo em conta que a acção directa é um mero sucedâneo da justiça pública que se há-de encontrar a solução para este problema. Assim, se não fora o estado de necessidade a acção directa seria ilegítima. O titular do direito se o quisesse exercer teria de instaurar uma acção executiva ou declarativa para prosseguir o seu direito. Será ainda segundo o esquema processual que se tem de resolver a questão da legitimidade passiva na acção directa. O agente terá de proceder como se fosse intentar uma acção judicial: se há título executivo agirá em acção directa contra a pessoa que no título tenha a posição de devedor, se não há título executivo terá de actuar contra aquele contra quem intentaria a acção declarativa na pressuposição de que o sujeito passivo (parte) na relação processual seriam condenado e será contra este que poderá exercer a acção directa.

Resumindo: a acção directa pode ser exercida contra aquele contra quem o titular de direito pode agir em justiça pública.

V — *Legitimidade activa*

Como se viu só a este problema se referia o n.º 4 do Anteprojecto do Sr. Prof. Vaz Serra e tem sido também este ponto que tem merecido mais atenção por parte dos autores que se têm dedicado ao estudo da acção directa.

O Anteprojecto do Sr. Prof. Vaz Serra dispunha que a acção directa pode ser exercida ...:

- pelo titular do direito;
- pelo seu representante;
- pelo representante sem poderes de representação;
- é ainda permitida a intervenção de auxiliares.

Que a acção directa poderá ser exercida pelo titular do direito, parece não trazer problemas — é a regra geral em direito civil e processual civil. Há o problema da capacidade, mas esse já foi analisado.

Dispunha também o anteprojecto que a acção directa podia ser exercida por representante. Representante legal ou também representante voluntário? Quanto ao representante legal não estamos propriamente perante um problema de legitimidade mas de suprimento de incapacidade. Já vimos que a regra em direito civil e processual civil é a de que os incapazes só podem actuar juridicamente por intermédio dos seus representantes ou autorizados pelo seu curador (art. 10.º do Código de Processo Civil). Julgamos que em matéria de acção directa a solução é a mesma do direito processual civil.

E o representante voluntário? Julgamos não ser de admitir a intervenção do representante voluntário. Razões encontrámo-las ainda no direito processual civil. A única possibilidade de actuação em processo civil por meio de representante voluntário encontrámo-la no patrocínio judiciário. Mas o patrocínio judiciário é uma excepção à regra de que devem ser os titulares dos interesses em litígio (ou seus representantes legais) que devem actuar no processo. Esta excepção como é natural não tem razão

de ser na acção directa e por isso pensamos que na acção directa se deve aplicar a regra geral, não sendo, pois, possível o exercício da acção directa por meio de representante voluntário.

Iguais razões e mais fortes ainda que as que apontámos para o representante voluntário se podem opor ao gestor de negócios. Não nos parece também possível a actuação do gestor de negócios. Posto isto nem parece ter interesse considerar a posição de terceiros (exclusão dos auxiliares). A sua posição pode reconduzir-se à de gestor de negócios. Queremos apenas mencionar que se pode ir buscar um argumento que nos parece da maior importância para a exclusão do gestor de negócios e de terceiros — talvez ainda do representante voluntário, ao próprio art. 336.º. Com efeito, o art. 336.º refere a licitude da acção directa «com o fim de realizar ou assegurar o *próprio* direito». Se se comparar este artigo com os arts. 337.º e 339.º, parece dever concluir-se pela exclusão de terceiros.

Já não encontramos tão fortes razões no que respeita aos auxiliares. A doutrina alemã divide-se quanto à admissibilidade de auxiliares mas a maioria dos autores inclinam-se para a sua admissibilidade. Heyer opõe à admissibilidade de intervenção de auxiliares um argumento de ordem prática — a perturbação da paz por meio de bandos de que o agente se poderia fazer acompanhar. Não pensamos, porém, que este argumento seja decisivo. Se o argumento é só de ordem prática, muitos outros de ordem prática se poderiam invocar em favor da admissibilidade de terceiros.

Não cremos também que os argumentos que atrás opusemos à admissibilidade do representante voluntário, do gestor e de terceiros seja aqui procedente. Agora a situação é um pouco diferente. Quem vai actuar jurídica e materialmente é o próprio titular do direito ou representante legal — os auxiliares são meros colaboradores do agente na actuação material. Inclina-mo-nos, assim, para a admissibilidade de auxiliares na actuação da acção directa se bem que reconheçamos o mal fundado do argumento. São também razões de ordem iminentemente práticas que nos inclinam para esta solução.

10. *Efeitos da acção directa*

A — Efeitos civis

I — Os efeitos da acção directa podem reconduzir-se a estas duas ideias: *a)* Pode ser tomada como uma causa de justificação do acto lesivo do direito subjectivo ou interesse juridicamente protegido. *b)* Quando ilícita faz desencadear todos os efeitos dos actos ilícitos.

II — O art.^o 336.^o declara «lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito» enumerando no n.^o 2 actos que constituiriam actos ilícitos se não ocorresse aquela causa de justificação, o fim de justiça privada.

Na verdade os actos praticados no exercício da acção directa reunirão normalmente as condições de facto previstas no art. 483.^o do Código Civil — são adequados a lesarem direitos subjectivos ou interesses juridicamente tutelados.

Ora já sabemos que para um acto ser ilícito é necessária a verificação de todos os pressupostos do ilícito (possibilidade de ter agido de modo diverso, ausência de causas de justificação e lesão de um direito ou interesse juridicamente tutelado). Não se verificando todos os pressupostos do ilícito, o acto não chega a ser tomado como tal.

«Desde que a acção directa satisfaça aos requisitos legais (e conclui-se deles que os actos de acção directa só são legítimos na medida em que são indispensáveis para afastar o prejuízo) é legítima e, portanto, não é legítima a defesa contra ela, nem o agente é obrigado a indemnizar⁽³⁶⁾».

B — Efeitos penais

I — Pelo facto dos actos praticados no exercício do direito de acção directa serem declarados lícitos pelo Código Civil, resulta daí a sua impunibilidade sob o ponto de vista penal.

(36) Prof. Vaz Serra, *ob. cit.*, cit.

Quais os actos qualificados de delictos penais, que se tornam lícitos quando praticados com o fim de justiça privada? São em geral os actos de violência contra as pessoas e contra as coisas. Já vimos que estes actos de violência são declarados lícitos pelo art. 336."

Vejam, por exemplo, o art. 439." do Código Penal. Qualifica-se neste artigo de roubo ou furto o acto do credor que se apoderar de alguma coisa pertencente ao devedor para se pagar da dívida. Do mesmo modo o art. 329." do Código Penal que qualifica como crime a coação física. Ora nós já vimos que dos actos a que se pode recorrer no exercício da acção directa, alguns caíam na previsão legal destes artigos, não fora a declaração do art. 336." de que estes actos são lícitos, observados os requisitos gerais.

II — Não pensamos necessário entender que os preceitos do Código Penal que se referem directamente a actos de justiça privada foram revogados pelo Código Civil. Não julgamos sequer possível este entendimento. Simplesmente a acção directa, observadas as condições do art. 336.", justifica o facto nos termos do n.º 4 do art. 44." do Código Penal.

Esta nos parece a doutrina defendida pelos Profs. Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia.

Constitui uma causa de justificação do ilícito penal o direito de coação dos particulares em lugar do Estado. «Este é o caso em que a lei coloca nas mãos dos particulares, a título excepcional, certos poderes ou direitos especiais de coação — que normalmente só são conferidos às autoridades públicas — destinado a assegurar a realização de um direito tutelado juridicamente por outras formas, dada a impossibilidade de intervenção tempestiva da autoridade pública, em virtude da qual aquele se frustraria em definitivo».

«Os arts. 229." e seguintes do Código Civil alemão fixam, numa cláusula geral, a amplitude desta acção directa relativa a

direitos privados e nos nossos Projectos de Código Civil aceitaram-se também»⁽³⁷⁾.

«Os direitos têm a sua origem em todas as normas de qualquer ramo do direito, quer do direito público, quer do direito privado. Toda a ordem jurídica é, por isso, chamada a integrar o conteúdo do n.º 4 do art. 44.º do Código Penal»⁽³⁸⁾.

NOTA

Este estudo não foi objecto de qualquer revisão por parte do seu autor. É integralmente um trabalho de estudante, tal como foi apresentado em 1968.

(37) Prof. Eduardo Correia, *ob. cit.*, pág. 1113.

(38) Prof. Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, pág. 262.