

O estado de necessidade em Direito civil

Duarte Alberto Rodrigues Nunes

(Juiz de Direito, Doutor em Direito pela FDUL)

1. Delimitação do objeto.

O objeto do presente estudo é constituído pela análise da dogmática do estado de necessidade em Direito Civil enquanto causa de justificação e de escusa¹, o que implicará um recurso quase permanente à dogmática do estado de necessidade em Direito Penal, desde logo pelo maior desenvolvimento da análise que a dogmática do instituto tem tido no Direito Penal e porque importa eliminar – ou, pelo menos, limitar ao mínimo – quaisquer assimetrias entre o regime do estado de necessidade em Direito Penal e o regime do estado de necessidade em Direito Civil no que tange aos pressupostos da exclusão da ilicitude e da culpa.

2. Responsabilidade civil vs responsabilidade penal.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os prejuízos causados a/sofridos por alguém, restabelecendo-se a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento causador do prejuízo, através da reposição da situação que se verificava antes da ocorrência do evento causador do prejuízo (reconstituição natural) ou, não sendo tal possível ou sendo-o, seja excessivamente oneroso para o titular da obrigação de indemnizar, na fixação de uma indemnização de natureza pecuniária, a pagar pelo

¹ Daí que não abordaremos o estado de necessidade enquanto vício da vontade nem enquanto causa justificativa para a reparação do defeito da coisa pelo comprador ou dono da obra sem que previamente seja dada oportunidade ao vendedor ou empreiteiro de reparar o defeito.

lesante ao lesado. Em suma, a responsabilidade civil tem uma finalidade essencialmente reparadora ou ressarcitória².

Por seu turno, a responsabilidade penal visa punir/prevenir a ofensa de bens jurídicos especialmente relevantes para a Sociedade no seu todo³; daí que a sua ofensa leve a que o agente seja punido com as sanções mais gravosas que a Ordem Jurídica prevê; assim, na responsabilidade penal estão em causa finalidades de defesa social, visando-se proteger a Sociedade (e os seus membros) contra a lesão dos bens jurídicos fundamentais da Sociedade (e dos seus membros).

Diversamente do que sucede na responsabilidade civil, a responsabilidade penal tem uma função punitiva e preventiva, visando a punição a prevenção da prática de futuros crimes, tanto por aquele criminoso em concreto como pelos demais membros da Sociedade (prevenção especial e geral, tanto positiva ou de reintegração como negativa ou de intimidação). Para além disso, atenta a danosidade das sanções do Direito Penal, um dos princípios basilares deste ramo do Direito é o chamado princípio da intervenção mínima (consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP), nos termos do qual o Direito Penal é um Direito de *ultima ratio* face aos demais ramos do Direito.

Daí que determinados comportamentos possam ser relevantes para o Direito Civil e irrelevantes para o Direito Penal.

3. Conceito e fundamento do estado de necessidade.

3.1. O conceito de Estado de Necessidade.

De acordo com MENEZES CORDEIRO, baseando-se no disposto no art. 339.º, n.º 1, do CC, o estado de necessidade é «a situação na qual uma pessoa se veja constrangida a destruir ou danificar uma coisa alheia, com o fim de remover o perigo de um dano

² Pese embora encontremos na nossa Lei alguns afloramentos da ideia de que a responsabilidade civil visa, também, ainda que acessoriamente, uma finalidade de prevenção e repressão de atos ilícitos [por exemplo, nos casos em que a Lei permite que o juiz fixe uma indemnização de acordo com a equidade, como sucede nos artigos 339.º, n.º 2, 489.º, 494.º, 496.º, n.º 3, 566.º, n.º 3, do CC, no regime da mora, com inversão do risco, na irrelevância, como regra, da causa virtual (apenas em situações excecionais se admitirá a relevância negativa da causa virtual), no facto de a repartição da indemnização - quando haja pluralidade de responsáveis - se fazer com base na culpa de cada um, etc.]. Contudo, a função primordial da responsabilidade civil é ressarcitória.

³ Com efeito, existem bens jurídicos individuais (vida, integridade física, liberdade, liberdade e autodeterminação sexual, património, honra, etc.) e bens jurídicos supraindividuais ou coletivos (saúde pública, autoridade do Estado, credibilidade da Administração, segurança pública, normal funcionamento do mercado, etc.); contudo, mesmo a ofensa a bens jurídicos individuais é, ao mesmo tempo, uma ofensa à Comunidade no seu todo.

manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro»⁴, devendo tal noção ser alargada nalguns pontos⁵, dado que da letra da Lei parece resultar que o agente apenas agirá em estado de necessidade e a sua conduta só será justificada quando destrua ou danifique (mas já não quando utilize) “coisas” (ou seja, apenas quando sacrifique bens jurídicos de natureza patrimonial, mas já não quando sacrifique bens jurídicos da personalidade) e desde que o prejuízo a evitar seja manifestamente superior ao prejuízo causado.

Ora, como veremos, o elenco das condutas não se limita à destruição ou à danificação, o facto de a Lei falar em “coisas” não impede que, com base no art. 339.º, n.º 1, do CC, a ilicitude da conduta seja excluída em casos em que se sacrifiquem bens jurídicos da personalidade, bem como, no caso do estado de necessidade defensivo, interesses inferiores aos salvaguardados.

Assim, definimos estado de necessidade como a situação em que, numa situação de perigo atual, só com o sacrifício de um interesse juridicamente protegido alheio ao agente se poderá salvar um interesse juridicamente protegido do agente ou de um terceiro⁶.

3.2. O fundamento do Estado de Necessidade.

Passando à análise do seu fundamento, o estado de necessidade pressupõe a existência de um perigo atual para interesses do agente ou de um terceiro que não possa ser removido de outro modo que não à custa do sacrifício do interesse do lesado, sendo que a situação não poderá ter sido causada voluntariamente pelo agente, salvo tratando-se da salvaguarda de interesses de terceiro.

⁴ MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 439; no mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, II, 3.ª Edição, p. 684, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 558, ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 9.ª Edição, p. 524, LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.ª Edição, pp. 342-343, LEHMANN, Tratado de Derecho Civil, I, p. 180, BRUNO MOURA, Ilícitude penal e justificação, p. 197, e ENNECCERUS/NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, Parte General, II, p. 542.

⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 439.

⁶ Corresponde, no fundo, à definição normalmente apresentada pela Doutrina penal. Vide, entre outros, LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, p. 7, MAURACH/ZIPF, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Vol. 1, 8.ª Edição, p. 374, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 379, e WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33.ª Edição, p. 101.

Começando a nossa análise pelo estado de necessidade agressivo, resulta do que acabámos de dizer que o seu fundamento assenta numa ideia de solidariedade social conjugada com uma ideia de utilitarismo social⁷, «*traduzida na maximização da protecção de interesses ou bens jurídicos, mais concretamente, do interesse ou bem juridico-socialmente mais importante entre aqueles que se encontram em conflito*»⁸.

Quanto à solidariedade social⁹, tal ideia resulta, desde logo, do n.º 2 do art. 339.º do CC, na medida em que, apesar de, em tais situações, a lesão de interesses alheios ser lícita, o agente, em princípio, está obrigado a indemnizar o lesado¹⁰ e, para além disso,

⁷ No mesmo sentido, defendendo um fundamento “dual” do instituto, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 728, e TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 30; por seu turno, PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand, pp. 32 e ss, fica pela alternativa. De referir que, como adverte FIGUEIREDO DIAS, *Op. e Loc. Cit.*, «*Esta dupla fundamentação correrá, na generalidade dos casos, numa via comum. Em caso de remoto e eventual conflito de fundamentos, não deve pedir-se a considerações de índole jurídico-filosófica a decisão sobre qual o fundamento em princípio preponderante: ele só poderá ir buscar-se à concreta conformação legal desta causa de justificação*».

⁸ MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 446; no mesmo sentido, entre outros, TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, p. 222, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 72, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 158, BRUNO MOURA, Ilícitude penal e justificação, pp. 198 e ss, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Vida contra vida, pp. 43 e ss, KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª Edição, pp. 252-255, e Acórdão do STJ de 19/10/2010, in *www.dgsi.pt*; contra, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in *BMJ*, 85, p. 30, nota 34 [que rejeita a ideia de solidariedade social como pano de fundo do estado de necessidade, argumentando que o dever de solidariedade recai sobre a Sociedade em geral (e, por isso, sobre todos os seus membros) e não apenas sobre o titular do interesse sacrificado].

Apreciando a opinião de VAZ SERRA, entendemos que, pese embora parta de uma premissa verdadeira (a solidariedade social recai sobre todos os membros da Sociedade), chega a uma conclusão, a nosso ver, incorreta, dado que, naquela situação concreta, o dever de solidariedade social irá recair sobre aquele indivíduo em concreto, pois é o seu interesse que, em nome da solidariedade social, irá ser sacrificado.

⁹ Sendo que, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440, e ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 728, existe mesmo um dever de o lesado, em obediência a “*um mínimo de solidariedade entre os membros da comunidade humana*”, suportar, por exemplo, o sacrifício da sua integridade física para salvar a vida de outrem; e acrescenta ROXIN que tal dever é, inclusivamente, no interesse do lesado, visto que sabe que, numa situação análoga, em que seja ele quem corre perigo, poderá vir a ser salvo à custa do sacrifício do interesse de outrem.

¹⁰ De acordo com MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, 2.º Volume, Reimpressão, p. 394, a imputação pelo sacrifício – onde se incluem as situações de estado de necessidade justificante – pressupõe uma permissão de agir em áreas que, normalmente, estariam vedadas, sendo que a responsabilidade cominada ao agente pelos danos que provocar tem um duplo sentido: satisfazer o elementar ensejo de justiça (dado que, apesar da permissão legal para atuar, é justo que seja o agente a suportá-los em vez de terceiros que não tiram qualquer benefício da

distingue-se, nesse preceito, os casos em que o surgimento do perigo é exclusivamente assacável à conduta (prévia) do agente daqueles em que não é¹¹: no primeiro caso, a Lei obriga o agente a indemnizar o lesado pelo prejuízo causado (sendo, em tudo, semelhante à responsabilidade civil por facto ilícito) e, no segundo, o Tribunal poderá fixar equitativamente o montante da indemnização – podendo ser condenado o agente, quem tiver tirado proveito do ato¹² ou quem tiver contribuído para o estado de necessidade¹³ –, não sendo de excluir que, em determinadas situações, possa nem ser fixada qualquer indemnização ao lesado¹⁴.

situação) e desencorajar o abuso da situação por parte do agente, causando prejuízos desnecessários em relação ao fim por ele prosseguido para afastar o perigo.

¹¹ Podendo sê-lo apenas parcialmente ou apenas assacável à conduta do lesado e/ou de terceiro.

¹² De referir que o próprio lesado pode ser, ao mesmo tempo, o beneficiário da atuação do agente (por exemplo, numa situação em que o agente destrua a porta da casa e invada a casa do lesado para o salvar de morrer carbonizado em consequência de um incêndio que aí tenha deflagrado). Contudo, só se colocará a questão da atuação em estado de necessidade se o lesado recusar expressamente ou se, atentas as circunstâncias, for de presumir que o lesado, se fosse consultado, não permitiria aquela atuação com o sacrifício do seu (outro) interesse; é que, quando assim não suceda, estaremos no âmbito do consentimento do lesado ou do consentimento presumido (cfr. art. 340.º do CC).

¹³ Importa precisar que apesar da letra do art. 339.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC, não é forçoso que o agente seja sempre responsabilizado e condenado a pagar uma indemnização, ainda que conjuntamente com quem tenha tirado proveito e/ou com quem tenha causado o estado de necessidade. Pelo contrário, é perfeitamente possível que apenas o beneficiário e/ou o causador possam ser responsabilizados, não incorrendo o agente em qualquer responsabilidade (neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume, Reimpressão, pp. 395-396, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 7.ª Edição, p. 83, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, p. 448, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª Edição, p. 685, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, p. 303, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 560, e VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in *BMJ*, 85, pp. 31 e ss.).

Se forem vários os obrigados a indemnizar, o montante indemnização a cargo de cada um deverá ter em conta a proporção do seu contributo para o estado de necessidade e/ou do benefício retirado da situação (cfr. CARVALHO FERNANDES, *Op. Cit.*, p. 686). É que, seria injusto que o agente fosse obrigado a indemnizar o lesado em situações em que foi o lesado ou um terceiro a causar a situação de estado de necessidade e da qual não retirou qualquer benefício (ao contrário de um terceiro ou do próprio lesado).

¹⁴ Cfr., entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 560 (na medida em que refere que se entregou ao prudente arbítrio do juiz a tarefa de decidir quanto à atribuição da indemnização), MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume, Reimpressão, p. 395, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, p. 259, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, p. 493, e TERESA SERRA, *Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil*, p. 37; de notar que a Jurisprudência italiana tem entendido que, em situações de estado de necessidade, poderá não haver lugar à fixação de qualquer indemnização (*vide*, a este respeito, os arestos referidos por GIOVANNA VISINTINI *Op. Cit.*, pp. 493-494).

Quanto ao utilitarismo social, como refere TERESA QUINTELA DE BRITO, “Só à luz de tal superioridade [do interesse a salvaguardar face ao interesse sacrificado], uma ideia de solidariedade social poderá, eventualmente, justificar o sacrifício dos bens do lesado”¹⁵. A conjugação do utilitarismo social com a solidariedade social justificará que seja considerada conforme à Lei a conduta de quem, para evitar o sacrifício de um interesse de valor manifestamente superior (*maxime*, a vida), sacrifica um interesse alheio de valor manifestamente inferior (por exemplo, o património) e que, conseqüentemente, se impeça o titular do interesse menos valioso ou um terceiro de reagir em legítima defesa contra o agente que atua para salvaguardar o interesse mais valioso¹⁶.

¹⁵ Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 30; no mesmo sentido, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Vida contra vida, pp. 44-45, e FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440 (que, concretizando este aspeto, diz que será socialmente positivo que alguém sofra e seja obrigado a suportar uma ofensa simples à sua integridade física ou ao seu património como forma de afastar o perigo que ameaça a vida de outra pessoa).

¹⁶ A legítima defesa pressupõe a existência de uma agressão *ilícita* atual ou iminente – cfr. artigos 337.º do CC e 32.º do CP – e o agente, ao atuar ao abrigo do estado de necessidade justificante, age licitamente (cfr. artigos 339.º do CC e 34.º do CP), não é possível agir em legítima defesa sobre o agente (cfr., entre outros, MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 420, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 420, RIBEIRO DE FARIA, Direito das Obrigações, I, p. 444, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, pp. 28 e 55, MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, p. 310, LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.ª Edição, p. 337, GROTHE, “§227”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2051, LEHMANN, Tratado de Derecho Civil, I, p. 183, VON TUHR, Tratado de las Obligaciones, I, p. 272, ENNECCERUS/NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, Parte General, II, pp. 536 e 543, e WELZEL, Derecho Penal Aleman, 12.ª Edição, p. 131, referindo-se aos §§228 e 904 do BGB).

Na Doutrina penal, é largamente maioritário este entendimento. (*vide*, por todos, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 661).

No entanto, existem autores que, em determinados casos, admitem a reação em legítima defesa contra atuações ao abrigo de causas de justificação. Com efeito, numa obra datada de 1983 (Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss), um autor alemão, GÜNTHER, concebendo o ilícito penal como um ilícito “qualificado” – e, por isso, diverso dos demais tipos de ilícito –, veio propor a admissão, na teoria geral da infração, de uma categoria intermédia entre a justificação e a desculpa, a que chamou «*exclusão do ilícito penal*» («*Strafunrechtsausschluss*»). Para chegar a tal conclusão, o autor parte da seguinte premissa: «(...) há que distinguir, em Direito Penal, em primeiro lugar, dois grandes grupos de «causas de justificação» (...). E, segundo GÜNTHER, esses dois grupos são as «causas que excluem o ilícito sem mais, com eficácia em todos os ramos do Direito» e as «causas de justificação cuja eficácia se esgote em eliminar apenas o ilícito juridico-penalmente relevante, cujo indício era o tipo penal», ou seja, as primeiras são as causas de justificação «clássicas» e as segundas são as causas de exclusão do ilícito penal. Assim, estas causas de exclusão do ilícito penal operam no sentido de afastar o ilícito jurídico-penal, independentemente de o facto continuar a ser ilícito para os restantes ramos do Direito, ou seja, não permitem considerar o facto típico como «permitido» nem se pronunciam acerca da sua

conformidade com o Direito, limitando-se a negar a desaprovação jurídico-penal desse facto, que é indiciada pelo preenchimento de um determinado tipo penal, sendo, por isso, as «causas de justificação de menor intensidade».

No que ao estado de necessidade e institutos próximos tange (designadamente, o conflito de deveres), o autor construiu a “Situação análoga ao estado de necessidade” (“*notstandsähnliche Lage*”), onde incluiu todas as situações “análogas” ao estado de necessidade onde colidam interesses (ou deveres) de igual valor, entre as quais, o conflito de deveres entre deveres de igual valor, o estado de necessidade defensivo (dado, à sua luz, ser possível sacrificar interesses de valor superior ao dos que se sacrificam) e a “atuação em estado de necessidade por coação”. O autor fundamenta a sua opinião no facto de, à luz dos pressupostos do estado de necessidade justificante do §34 do CP alemão, não ser possível excluir a ilicitude do facto típico em tais situações. Assim, quando o agente sacrificar um interesse que não seja sensivelmente inferior ao interesse que salvaguardar, apenas ocorrerá uma exclusão do ilícito penal, mantendo-se o facto ilícito para os demais ramos do Direito (incluindo o Direito Civil).

Uma outra questão é relativa ao regime que seguem estas causas de exclusão do ilícito penal. A este respeito, GÜNTHER refere que seguem, em parte, o regime das causas de justificação e, noutra parte, o regime das causas de exclusão da culpa. Assim, no que concerne ao erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão do ilícito penal e à punibilidade da participação, as causas de exclusão do ilícito penal seguem o regime das causas de justificação e, no que tange à possibilidade de reagir em legítima defesa, seguem o regime das causas de exclusão da culpa; nessa conformidade, entende o autor que, face a uma atuação ao abrigo de uma causa de exclusão do ilícito penal, é possível reagir em legítima defesa, uma vez que, à luz da teoria geral da infração, um facto ilícito não merecedor de pena, continua a ser um facto ilícito. Entre nós, a construção de GÜNTHER, no tocante à diferenciação entre causas de justificação é admitida por COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal, pp. 166 e ss (nota 68), e PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 140, não é rejeitada por FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 388 e ss, e CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Vida contra vida, pp. 680 e ss, e, sendo que já anteriormente EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimpressão, pp. 5 e ss, defendia a possibilidade de uma específica justificação do ilícito penal.

Rejeitando esta construção, *vide*, entre outros, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, pp. 600-601 e 783-785, e, também, em “Die notstandsähnliche Lage – ein Strafrechtsausschliessungsgrund?”, *in* Festschrift für Öhler, pp. 181 e ss, FERNANDA PALMA, A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos, Volume II, pp. 709 e ss, e também em Direito Penal, Parte Geral, pp. 210 e ss, PAULA RIBEIRO DE FARIA, A adequação social da conduta no Direito penal, pp. 301 e ss, TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 58 (nota 106), 64 e ss. (nota 113), 154 (nota 260), 284 e ss., 327 (nota 564), 352 e ss. (nota 609), e 362 (nota 625), e BRUNO MOURA, Ilicitude penal e justificação, pp. 303 e ss

Também KLEFISCH, “Die nat-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre”, *in* MDR, Ano 4 (1950), p. 262, entendia que era possível agir em legítima defesa contra uma atuação em estado de necessidade justificante, uma vez que uma tal atuação não impõe ao sacrificado um «dever de tolerância».

Apesar de se tratar de uma discussão que ocorre no âmbito do Direito Penal, não significa que não possa ter relevância no plano do Direito Civil. Assim, em primeiro lugar, não sendo ilícita a conduta do agente que atua em estado de necessidade justificante, não é possível reagir em legítima defesa contra ele, pois falta o pressuposto da ilicitude da agressão. Em segundo lugar, a opinião de GÜNTHER não é de sufragar, desde logo por introduzir “descontinuidades” entre as causas de justificação nos vários ramos do Direito, realidade que, pelas razões que aduziremos mais adiante não poderá suceder, sendo mesmo um contrassenso admitir, no plano do Direito Civil, a reação em legítima defesa quando, no plano do Direito Penal, a atuação do agente é lícita. E, em terceiro lugar, pelas razões que aduzimos no texto, é de rejeitar a opinião de KLEFISCH,

Mas, o utilitarismo social e a solidariedade social não impõem ao lesado um dever de tolerância ilimitado. Na realidade, o sacrifício de interesses alheios e a consequente “incapacitação” do lesado perante a lesão do seu interesse só se poderão admitir desde que se busque (e alcance) um justo equilíbrio – em termos de proporcionalidade e de razoabilidade – entre os ditames dos princípios da utilidade e da solidariedade sociais e o princípio da autonomia ou da autodeterminação do lesado, sob pena de, levando-se longe demais as exigências de solidariedade, «*se aumentar exponencialmente a complexidade social (tornando cada cidadão em polícia da salvaguarda dos interesses dos outros e/ou da comunidade) e, por essa forma, provocar mais dano do que utilidade à função do Direito Penal de tutela das condições essenciais de uma vida individual e comunitária pacífica.*»¹⁷; assim, para além de se salvaguardar o interesse superior, terá de, à luz dos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸, ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse, isto é, sempre que não seja justo impor ao lesado que suporte aquela intervenção na sua esfera jurídica, nem se deverá considerar justificada a conduta do agente nem impedir o lesado ou um terceiro de reagir em legítima defesa¹⁹.

pois, contrariamente ao que o autor afirma, a atuação em estado de necessidade justificante gera, na esfera jurídica do lesado, um dever de tolerar a atuação do agente, em nome do utilitarismo social e da solidariedade social.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, p. 440; no mesmo sentido, BRUNO MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, pp. 199 e ss, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 160, e CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Vida contra vida*, pp. 48 e ss.

¹⁸ Cfr. FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III*, pp. 198 e ss e, também, em “Justificação em Direito Penal: Conceito, princípios e Limites”, *in Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*, pp. 72 e ss, e CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Vida contra vida*, p. 45.

¹⁹ Será por não ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse que, por exemplo, se negará a exclusão da ilicitude da conduta do agente que, para salvar a vida a um determinado paciente, opte por retirar um rim a outro contra a vontade deste, sendo certo que o lesado sempre sobreviveria, uma vez que continuava a ter o outro rim; ainda que a integridade física (e a liberdade) do lesado pudessem ser vistas como tendo um valor inferior ao da vida da pessoa em perigo, jamais seria razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse e, por isso mesmo, excluir-se a ilicitude da conduta do agente, que poderia, assim, ser “vítima” de uma reação em legítima defesa e que, obviamente, incorreria no dever de indemnizar o lesado, ainda que tivesse agido no interesse da pessoa que corria perigo de vida (neste sentido, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, p. 450, e FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III*, p. 202).

Passando ao estado de necessidade defensivo, o seu fundamento reside no direito de autodefesa face à conduta do causador do perigo, devidamente temperada pela solidariedade social²⁰. Com efeito, enquanto, no estado de necessidade agressivo, se sacrifica o interesse de um “inocente”, aqui sacrifica-se um interesse do causador do perigo; ora, dado que, por ter causado o perigo, o causador tem o dever de o afastar, não o fazendo, deverá permitir-se que o titular do interesse ameaçado ou um terceiro intervenham na esfera jurídica daquele, por forma a “cumprirem”, no lugar deste, o dever de afastar o perigo por ele criado e que o mesmo não cumpriu²¹. Assim, não se trata de impor ao causador do perigo um dever de tolerância decorrente de qualquer ideia de solidariedade ou de utilitarismo, mas de verdadeira defesa contra a conduta perigosa por ele adotada (numa espécie de responsabilidade negativa – e não positiva –²²); de resto, não vemos como seria possível, à luz de uma ideia de solidariedade e de utilitarismo impor um dever de tolerância a alguém numa situação em que o agente iria sacrificar interesses de valor igual e até superior ao dos interesses que visa salvaguardar.

No entanto, o direito de autodefesa não é ilimitado, uma vez que seria injusto permitir que o agente pudesse sacrificar interesses manifestamente superiores àquele que visa salvaguardar (por exemplo, causar a morte do causador do perigo para impedir a

²⁰ Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 185 (nota 309) e 286 e ss, FERNANDA PALMA, “Justificação em Direito Penal: Conceito, princípios e Limites”, *in* Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira, p. 80, e também em *Direito Penal, Parte Geral*, pp. 285 e ss, e BRUNO MOURA, *Ilicitude penal e justificação*, pp. 203 e ss; diversamente, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 521 (nota 90), entende que o fundamento do estado de necessidade defensivo é apenas a “responsabilidade pela causação do conflito”, ao passo que, no outro extremo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 463, e PAWLIK, “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, *in* JURA, 2002, p. 27, entendem que o fundamento é o mesmo do estado de necessidade “agressivo” (a palavra “agressivo” é nossa).

²¹ Daí que se justifique um direito de intervenção (e o correspondente dever de tolerância) mais amplo do que sucede nas situações de estado de necessidade agressivo. Até porque convém não esquecer que, se estabelecermos paralelos entre o estado de necessidade defensivo e o estado de necessidade agressivo, por um lado, e o estado de necessidade defensivo e a legítima defesa, por outro, não podemos deixar de concluir que o estado de necessidade defensivo está mais próximo da legítima defesa do que do estado de necessidade agressivo, dado que, tal como na legítima defesa, a vítima da reação do agente é responsável pela causação do perigo (visto que a agressão ilícita também causa perigo) (neste sentido, entre outros, PAWLIK, “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, *in* JURA, 2002, p. 27, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 286 e ss, LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.ª Edição, p. 210, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 159, NEUMANN, “§34”, *in* *Nomos Kommentar, Volume I*, 2.ª Edição, p. 1225, HRUSCHKA, “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, *in* *Festschrift für Dreher*, p. 203, e MICHAEL KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 237).

²² Cfr. FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 285.

destruição de um automóvel). Daí que haja que apelar a uma ideia de solidariedade social como limite do direito de autodefesa, nos termos da qual, o agente não poderá sacrificar – nem o causador/lesado é obrigado a suportar – um interesse manifestamente mais valioso do que o que visa salvaguardar. Por isso, o fundamento do estado de necessidade defensivo radica no direito individual de autodefesa face à conduta do causador do perigo e na consequente responsabilidade (negativa e não positiva, como vimos) deste pela causação do perigo²³ (ao se considerar justificada, a conduta de quem salvaguarde um interesse que não seja manifestamente superior àquele que se sacrifica), embora limitado pela solidariedade social (na medida em que se não considerará justificada a conduta de quem sacrifique um interesse manifestamente superior àquele que salvaguarda).

4. A evolução do estado de necessidade no Direito português.

A evolução do estado de necessidade no Direito Civil e no Direito Penal fez-se, entre nós, de forma muito próxima, pelo que nada impede que esse excursão pela nossa Lei se faça contemplando tanto a evolução da Lei Civil como da Lei Penal – onde o debate doutrinário é, de longe, muito mais interessante –, sendo que iremos iniciá-lo apenas no CP de 1852.

4.1. O Código Penal de 1852.

No período anterior à entrada em vigor do Código de Seabra, encontramos uma consagração implícita do estado de necessidade desculpante no art. 14.º, n.º 2²⁴, que tinha por fonte o art. 64.º do CP francês de 1810^{25 26}, sendo que não era pacífico, na Doutrina e na Jurisprudência da época, que o art. 14.º, n.º 2 incluísse, ao lado da coação física, a coação moral²⁷. Para além disso, encontrávamos no art. 483.^{o28}, um afloramento do

²³ Ou, utilizando as palavras de TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, p. 185 (nota 309), será o causador do perigo a suportar as consequências da resolução do conflito.

²⁴ «*Nenhum acto é criminoso: (...) 2º Quando foi constringido por força física irresistível. (...)*».

²⁵ Cfr. SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal*, Vol. I, pp. 66 e ss., e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Reimpressão, p. 98.

²⁶ Dispunha o art. 64.º do CP francês de 1810 (hoje substituído pelo Art. 122.º-7 do CP de 1992): «*Não comete qualquer crime ou delito quem, ao tempo da prática do facto, estava em estado de demência ou tenha sido coagido por uma força à qual não pôde resistir*».

²⁷ ABEL PEREIRA DO VALLE, *Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Portuguez*, pp. 192 e ss, entendia que o art. 14.º, n.º 2, do CP de 1852 não incluía a coação moral, pelo que, numa situação de estado de necessidade desculpante, jamais haveria exclusão da responsabilidade

estado de necessidade justificante, uma vez que, quando o preceito fala em «matar ou ferir (...) sem necessidade», a falta ou não de necessidade não poderá ser analisada de um ponto de vista puramente subjetivo, mas sim com base num ponto de vista objetivo²⁹.

4.2. O Código Civil de 1867 (Código de Seabra).

O Código de Seabra não continha qualquer norma semelhante ao art. 339.º do CC atual³⁰. No entanto, encontramos nele algumas consagrações implícitas do estado de necessidade justificante nos artigos 14.º, 15.º (relativos à colisão de direitos), 392.º, §Único, 2396.º e 2397.º (relativos à responsabilidade civil por factos lícitos)^{31 32}. De referir,

penal. Por outro lado, SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal*, Vol. I, pp. 66 e ss, que seguia a Doutrina e a Jurisprudência francesas (que incluíam ambas as figuras no art. 64.º do CP francês de 1810), entendia que tal preceito incluía ambas as formas de coação, mas mostrava-se muito restritivo quanto à exclusão da responsabilidade penal nas situações de coação moral, referindo, na p. 68, que, para tal acontecer, o agente teria de estar ameaçado por um perigo de «morte ou de outro mal físico gravíssimo», não podendo esse perigo provir do próprio agente – dando aqui o exemplo da paixão, a qual provém do próprio agente –, uma vez que não poderia ser considerado como força irresistível, sob pena de repugnar às «noções rudimentares, tanto da moral, como da religião»; no mesmo sentido, Acórdão do STJ 06/06/1884, in RLJ, Ano 26.º (1893-4), pp. 61 e ss.

²⁸ «Aquele que matar ou ferir, sem necessidade, qual quer animal doméstico alheio, em terreno de que seja proprietário ou rendeiro ou colono o dono do animal, será condenado na pena (...)».

²⁹ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Reimpressão, p. 99.

³⁰ Contudo, no seu Projeto, existia um preceito, (o art. 16.^º) onde se previa o estado de necessidade com caráter geral, mas que acabou por ser eliminado do texto final que veio a entrar em vigor. Dispunha esse preceito: «Se o direito de qualquer se opõe ao direito de outrem, o direito menos importante cederá em favor do mais importante».

³¹ No mesmo sentido, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Vols. I, pp. 463 e ss, e XIII, pp. 218 e ss; contra, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 440, que limita a consagração do estado de necessidade aos artigos 2396.º e 2397.º. A questão de saber quais os preceitos da Lei civil (e comercial) onde estava consagrado o estado de necessidade justificante era extremamente controversa na Doutrina penal.

³² Dispunham tais preceitos:

«Artigo 14.º (Conflito de direitos): Quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos.».

«Artigo 15.º (Simples concurso de direitos): Em concurso de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessário, para que esses direitos produzam o seu efeito, sem maior detrimento de uma do que de outra parte.».

«Artigo 392.º (Animais prejudiciais às culturas): É permitido aos proprietários e cultivadores destruir, em qualquer tempo, nas suas terras, os animais bravios que se tornarem prejudiciais às suas sementeiras ou plantações.

§Único. Igual faculdade têm os proprietários e cultivadores, com relação às aves domésticas, no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereais, ou outros frutos pendentes em que se possam causar prejuízo.».

«Artigo 2396.º (Danos causados em estado de necessidade): Se, para evitar algum prejuízo iminente, que por outro modo se não possa impedir, se fizer algum dano em propriedade alheia, será esse dano indemnizado por aquele a favor de quem o dano for feito.

por último, que a entrada em vigor do Código de Seabra veio gerar uma (nova) discussão no âmbito do estado de necessidade do Direito Penal, mais concretamente do estado de necessidade justificante, uma vez que, nos termos do art. 14.º, n.º 5, do CP de 1852³³, os preceitos do Código de Seabra poderiam ser aplicados ao Código Penal³⁴. Contudo, não era pacífico na Doutrina penal quais os preceitos que, no Código Civil, se referiam ao estado de necessidade³⁵.

4.3. O Código Penal de 1886.

O CP de 1886 veio resolver a *vexata quaestio* da inclusão, ou não, da coação moral no preceito relativo à coação física (art. 14.º, n.º 2, do CP de 1852), ao separar ambas as figuras (cfr. art. 44.º, n.ºs 1 e 2) e ao consagrar expressamente a coação moral (embora sem empregar tal designação) no art. 44.º, n.º 2³⁶.

A aplicação dos preceitos do Código de Seabra, do Código Comercial (de 1888) e de outros diplomas ao Direito Penal, faz-se agora *ex vi* do art. 44.º, n.º 4, que, diversamente, do art. 14.º, n.º 5 do CP de 1852, refere expressamente o cumprimento de um dever e o exercício de um direito como causas de justificação. A maior inovação foi, no entanto, o art. 45.³⁷, que fixava os pressupostos para que houvesse exclusão da culpa ou da ilicitude^{38 39}.

§Único. *Se o dano for feito em proveito de mais de um indivíduo, a indemnização será paga por todos eles, na proporção do benefício que cada um tiver recebido.*».

«Artigo 2397.º (Dano ordenado pela autoridade pública): *Quando o benefício se estender a uma povoação inteira ou quando o dano for ordenado pela autoridade pública no exercício das suas atribuições, das quais o dano for feito, sendo distribuída e paga na conformidade dos regulamentos administrativos.*».

³³ «Nenhum acto é criminoso (...): 5.º *Quando o acto for autorizado por lei e praticado por pessoa competente com as formas devidas, se a lei as decretar.*».

³⁴ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Reimpressão, p. 102.

³⁵ Com efeito, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Reimpressão, p. 102, entendia que o estado de necessidade justificante estava consagrado nos arts. 2396.º e 2397.º. Por seu turno, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal* (Lições de 1940-41), pp. 440 e ss., GOMES DA SILVA, *Direito Penal*, 2.º Vol., pp. 218 e ss, e MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Penal*, p. 299, entendiam que estava consagrado nos arts. 14.º e 15.º. Por último, ABEL PEREIRA DO VALLE, *Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Portuguez*, p. 194, entendia que estava consagrado no art. 392.º.

³⁶ «*Justificam o facto (...): 2 – Os que praticam o facto dominados por medo insuperável de um mal igual, ou maior, iminente ou em começo de execução; 4 – Os que praticam o facto em virtude de autorização legal, no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação, se tiverem procedido com a diligência devida, ou se o facto for um resultado meramente casual. (...)*».

³⁷ «*Só pode verificar-se a justificação do facto nos termos do n.º 2 do artigo precedente, quando concorrerem os seguintes pressupostos: 1.º Realidade do mal; 2.º Impossibilidade de recorrer à força*

4.4.O Código Civil atual.

Com a entrada em vigor do CC atual, consagrou-se expressamente, no seu art. 339.º, o estado de necessidade justificante, sendo certo que a entrada em vigor de tal preceito não deixou de ter efeitos ao nível do Direito Penal. Assim, passou a ser unânime, na nossa Doutrina, que o estado de necessidade justificante estava previsto no art. 339.º do CC, e que era aplicável ao Direito Penal *ex vi* do art. 44.º, n.º 4, do CP⁴⁰.

pública; 3.º Impossibilidade de legítima defesa; 4.º Falta de outro meio menos prejudicial do que o facto praticado; 5.º Probabilidade de eficácia do meio empregado».

³⁸ Apesar de o preceito falar em justificação, não podemos deixar de concordar com FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III, p. 178, quando refere que o “justificar” referido nos art. 44.º do CP de 1886, nada tinha a ver com o justificar no sentido moderno por contraposição à exclusão da culpa, antes tendo-se «*ligado ao termo justificação toda a matéria que dizia respeito à ausência dos pressupostos de responsabilização individual*». CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal (Lições de 1940-41), pp. 439 e ss, entendia que, apesar da sua letra, o art. 45.º se aplicava, também, ao estado de necessidade justificante.

³⁹ Para além disso, era já maioritário, na nossa Doutrina, o entendimento de que apesar de a distinção entre justificação e desculpa fosse desconhecida do legislador, era possível, à luz do CP de 1886, defender-se a teoria diferenciada do estado de necessidade, estando o estado de necessidade desculpante consagrado nos arts. 44.º, n.º 2 e 45.º e o estado de necessidade justificante consagrado no CC, no Código Comercial (arts. 508.º, 8.º, 510.º e 635.º, §1.º) e noutras disposições de legislação avulsa, que, como dissemos, eram aplicáveis ao Direito Penal *ex vi* do art. 44.º, n.º 4, do CP (cfr., entre outros, CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal (Lições de 1940-41), pp. 439 e ss, BELEZA DOS SANTOS, Lições de Direito Criminal (1946), p. 69, MARCELLO CAETANO, Lições de Direito Penal, pp. 296 e ss., GOMES DA SILVA, Lições de Direito Penal, 2.º Vol., p. 219, e EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimpressão, pp. 104 e ss).

CAVALEIRO DE FERREIRA, *Op. e Loc. Cit.*, MARCELLO CAETANO, *Op. Cit.*, p. 299, GOMES DA SILVA, *Op. Cit.*, pp. 219 e ss, entendiam que o estado de necessidade estava consagrado nos arts. 14.º e 15.º do CC; ABEL PEREIRA DO VALLE, Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Português, p. 194, entendia que o estado de necessidade justificante estava consagrado no art. 392.º do CC; EDUARDO CORREIA, *Op. Cit.*, pp. 102 e ss, entendia que o estado de necessidade justificante teria afloramentos nos arts. 2396.º e 2397.º do CC, 508.º e 510.º do Código Comercial e em diversos outros preceitos de diplomas de legislação avulsa; finalmente, BELEZA DOS SANTOS, *Op. Cit.*, pp. 77 e ss., entendia que o estado de necessidade justificante não estaria consagrado em nenhum preceito do Código de Seabra, mas sim nos arts. 508.º, 8.º e 635.º, §1.º, do Código Comercial e, também, nos artigos 7.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 32171.

Contudo, não faltava quem defendesse a teoria unitária do estado de necessidade. Assim, LOPES NAVARRO, Direito Penal, pp. 216 e ss, que fazia uma interpretação literal do art. 44.º, n.º 2, entendia que o estado de necessidade excluía a ilicitude; por seu turno, num primeiro momento, BELEZA DOS SANTOS, “Interpretação e Integração de Lacunas da Lei em Direito e Processo Penal”, *in* BFDUC, Ano XI (1929), pp. 118 e ss, entendia que o estado de necessidade apenas excluía a culpa.

⁴⁰ Cfr., entre outros, CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p. 387, FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III, p. 179, e TERESA BELEZA, Direito Penal, 2.º Vol., pp. 285 e ss.

4.5. O Código Penal atual.

O CP atual prevê expressamente o estado de necessidade e, para além disso, acolhe na sua própria letra a teoria diferenciada (artigos 34.º e 35.º), designando-se o estado de necessidade justificante por «*direito de necessidade*». Para além disso, o estado de necessidade justificante deixa de estar limitado aos apertados limites do art. 339.º do CC, sendo que o art. 34.º do CP consagra o chamado estado de necessidade justificante supralegal⁴¹.

5. O estado de necessidade no Direito Comparado.

5.1. Alemanha.

O BGB consagra o estado de necessidade justificante nos §§228 e 904, sendo que, no §228, inserido na Parte Geral do Código - juntamente com a legítima defesa e a ação direta - consagra-se o estado de necessidade defensivo, ao passo que, no §904, inserido na regulação do direito de propriedade, está consagrado o estado de necessidade agressivo⁴².

A diferença entre ambas as formas de estado de necessidade justificante consiste em o perigo não provir da coisa destruída ou deteriorada (cfr. §228) ou não (cfr. §904)⁴³

⁴¹ O estado de necessidade justificante supralegal surgiu em virtude de só ser possível justificar o facto por estado de necessidade quando se sacrificassem bens jurídicos de natureza patrimonial (o estado de necessidade justificante não estava previsto no StGB (na sua versão originária), mas sim nos §§228 e 904 do BGB, que limitam a justificação aos casos em que se sacrifiquem “coisas”) e de o §54 do CP alemão de 1871 só excluir a culpa do médico se a parturiente fosse sua familiar, pelo que, na maioria dos casos de aborto terapêutico, o médico que realizava o aborto cometia um crime, o que era manifestamente injusto; daí que, para obviar a essas situações, o *Reichsgericht* tenha criado o estado de necessidade justificante supralegal.

⁴² «§228: 1. *Aquele que danificar ou destruir uma coisa alheia, para evitar um perigo, por ela provocado, para si ou para terceiros, não age ilicitamente, caso o dano ou a destruição sejam necessários para a remoção do perigo e os danos não estejam fora da relação com o perigo.* 2. *Caso o agente tenha causado o perigo, fica obrigado à reparação.*».

«§904: 1. *O proprietário de uma coisa não pode proibir a ingerência de outra pessoa sobre a coisa, quando a ingerência seja necessária para a remoção de um perigo atual e o dano iminente seja desproporcionadamente grande perante o que resulte, da ingerência, para o proprietário.* 2. *O proprietário pode exigir uma indemnização pelos danos que lhe sejam causados.*».

⁴³ Situação extremamente discutida na Doutrina é aquela em que a coisa deteriorada ou destruída não é diretamente a causa do perigo, sendo-o apenas indiretamente. Assim, autores como LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª Edição, pp. 344-345, GROTHE, “§228”, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume I, 4.ª Edição, p. 2062, e KÖHLER, *BGB AT*, 28.º Edição, p. 308, entendem que o perigo terá de resultar *directamente* da coisa destruída ou deteriorada. Diversamente, autores como DILCHER, “§228”, *in Staudingers Kommentar*, I, 12.ª Edição, p. 906, e MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª Edição, pp. 70-71, consideram que é suficiente que a coisa cause o perigo indiretamente.

⁴⁴, daí resultando diferenças sensíveis no tocante à ponderação dos interesses e aos casos em que o lesado terá direito a uma indemnização pelos danos sofridos. Assim, quanto à questão da indemnização, nos casos de estado de necessidade agressivo, recai sobre o agente a obrigação de indemnizar o lesado (cfr. §904, 2), ao passo que, nos casos de estado de necessidade defensivo, o agente só terá de indemnizar se tiver sido ele o causador do perigo (cfr. §228, 2).

Uma última questão que se levanta é a de saber se, dado que tanto o §228 como o §904 apenas permitem a justificação quando se sacrificarem coisas (e animais), poderá ser aplicado o §34 do StGB⁴⁵, por forma a permitir a justificação também em casos em que se sacrificarem outros interesses jurídicos (designadamente, de natureza pessoal), questão essa a que autores como LARENZ/WOLF respondem afirmativamente⁴⁶.

5.2. Itália.

O CC italiano prevê o estado de necessidade no seu art. 2045⁴⁷, sendo que, apesar de esta norma, ao contrário do art. 54 do CP italiano⁴⁸, não se referir à proporcionalidade entre o facto e o perigo, é pacífico na Doutrina que tal pressuposto também se aplica ao

⁴⁴ Uma outra questão que também é levantada pela Doutrina é a de saber se a destruição de uma coisa que seja utilizada, por alguém que não seja o seu proprietário, como meio de agressão é justificada com base no §228 ou no §904. Neste aspeto, parece haver unanimidade no sentido de que a justificação opera *ex vi* do §904 e não do §228 (cfr. por todos, SCHREIBER, “Die Rechtfertigungsgünde des BGB”, in JURA, 1997, 1, p. 31).

⁴⁵ «Não atua ilicitamente quem, numa situação de perigo, atual e não removível de outro modo, para a vida, integridade física, liberdade, honra, propriedade ou outro bem jurídico, pratique um facto com a finalidade de afastar o perigo que o ameace a si ou a outrem, desde que, de acordo com a ponderação dos interesses conflitantes, designadamente os bens jurídicos em causa e o grau de perigo que os ameça, salvasse um interesse sensivelmente superior face ao que sacrifica, contanto que o facto praticado seja adequado a remover o perigo.»

⁴⁶ LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.^a Edição, p. 345.

⁴⁷ «Quando quem praticou o facto danoso foi constrangido a isso pela necessidade de se salvar ou de salvar outrem do perigo atual de um dano grave à pessoa, e o perigo não foi por ele voluntariamente causado nem era de outro modo evitável, ao prejudicado é devida uma indemnização, cuja medida é entregue à equitativa apreciação do juiz»

⁴⁸ «Não é punível quem tiver cometido o facto por a isso ter sido constrangido pela necessidade de se salvar a si ou a outrem de um perigo atual de um dano grave contra a pessoa, que não tenha sido voluntariamente causado pelo agente nem seja removível de outro modo, desde que o facto seja proporcionado ao perigo.

Esta disposição não se aplica quando sobre o agente recaia um particular dever jurídico de suportar o perigo.

A primeira parte desde artigo aplica-se também quando o estado de necessidade seja determinado pela ameaça de outrem; contudo, em tal caso, será responsabilizado pelo facto cometido pela pessoa ameaçada quem a constrangeu a cometê-lo.»

estado de necessidade no Direito Civil⁴⁹. Quanto aos bens jurídicos salvaguardáveis, o art. 2045 do CC apenas permite a justificação da conduta do agente quando esteja em causa a salvaguarda de bens jurídicos de natureza pessoal⁵⁰. No tocante aos bens jurídicos sacrificáveis, poderá tratar-se de interesses que tutelem bens jurídicos pessoais ou patrimoniais⁵¹. Para além disso, o art. 2045 permite a justificação da conduta do agente nos casos em que colidam interesses que tutelem bens jurídicos de igual valor⁵².

5.3. França.

O CC francês não contém qualquer norma relativa ao estado de necessidade, pelo que resta o recurso ao art. 122-7 do CP⁵³ ⁵⁴, segundo o qual, haverá exclusão da ilicitude

⁴⁹ Cfr., entre outros, BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 16 e 101 e ss, PERLINGIERI, *Codice civile annotato*, Libro Quarto, II, p. 1639, CENDON, *Commentario al Codice Civile*, IV, p. 2048, CIAN/TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 5.ª Edição, p. 1942, e GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, p. 489.

⁵⁰ De acordo com BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 23 e ss, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, pp. 490-491, CIAN/TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 5.ª Edição, p. 1942, e CENDON, *Commentario al Codice Civile*, IV, p. 2047, o art. 2045 exige que o bem a salvaguardar terá de ser um bem jurídico de natureza pessoal (vida, integridade física, liberdade, honra, pudor, nome, intimidade, direito moral de autor, etc.), ficando de fora as situações em que esteja em causa a salvaguarda de um bem jurídico de natureza patrimonial. Na Doutrina penal, contudo, já não existe consenso acerca dos bens suscetíveis de estado de necessidade justificante nos termos do art. 54 do *Codice Penale* (que, neste aspecto, é similar ao art. 2045 do *Codice Civile*), mas sendo que é maioritária a opinião de que tal preceito inclui todos os bens jurídicos de natureza pessoal. Assim, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale 16.ª Edição, p. 311, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Parte Generale, 4.ª Edição p. 270, PADOVANI, *Diritto Penale*, 7.ª Edição, p. 161, PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, 8.ª Edição, pp. 447-448, BETTIOL, *Diritto Penale*, 10.ª Edição, p. 343, entendem que poderá estar em causa a tutela de qualquer bem jurídico de natureza pessoal; contra, BATTAGLINI, *Teoria della Infração Criminal*, p. 306, e NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto Penale*, 2.ª Edição, p. 212, que entendem que apenas poderá estar em causa a salvaguarda da vida ou da integridade física.

⁵¹ Cfr. BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 32 e ss. De reter, contudo, que, como adverte o autor nas pp. 103 e ss., nem todos os direitos de personalidade são superiores a todo e qualquer interesse de índole patrimonial.

⁵² Cfr. BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, p. 103. Na Doutrina penal, *vide*, entre outros, PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, 8.ª Edição, p. 448, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Parte Generale, 4.ª Edição p. 271, e ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale 16.ª Edição, p. 313.

⁵³ Cfr. CARBONNIER, *Droit civil*, II, p. 2312, WEILL/TERRÉ, *Droit Civil*, 2.ª Edição, p. 688, LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, I, p. 174, DEMOGUE, *Traité*, III, pp. 397 e ss., e SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, I, pp. 123 e ss. (de notar que apenas Carbonnier se refere ao *Code Penal* na sua versão atual, sendo que os demais autores se referem à versão originária do mesmo, cujo art. 64 correspondia ao atual art. 122-7).

⁵⁴ Dispõe o art. 122-7 do *Code Penal*: «*Non é penalmente responsável quem, em face de um perigo atual ou iminente que o ameaça a si ou a terceiro, praticar um ato necessário à salvaguarda da*

quando o agente salvaguardar um bem jurídico⁵⁵ de valor superior ao do que sacrificar, discutindo-se se também ocorre exclusão da ilicitude nos casos em que os bens conflitantes são de igual valor e o agente sacrifica um deles para salvaguardar o outro⁵⁶. Para além disso, discute-se se a atuação em estado de necessidade exclui, ou não, a responsabilidade civil⁵⁷.

5.4. Espanha.

O CC espanhol não prevê o estado de necessidade, havendo que recorrer ao art. 20, 5, do CP^{58 59}, nos termos do qual apenas haverá exclusão da ilicitude quando se evite um

persona ou de um bem, salvo se existir uma desproporção entre os meios empregues e a gravidade do perigo.».

⁵⁵ Diversamente do que sucede com a Doutrina portuguesa ou alemã, a Doutrina francesa nunca se refere ao estado de necessidade como um conflito de interesses, mas sim como um conflito de bens jurídicos.

⁵⁶ JEAN PRADEL, *Droit pénal général*, 15.^a Edição, p. 317, DESPORTES/GUNEHEC, *Droit pénal général*, 11.^a Edição, p. 702, MERLE/VITU, *Traité de Droit Criminel*, I, 7.^a Edição, p. 593, entendem que sim, ao contrário de LARGUIER, *Droit pénal général*, 20.^a Edição, p. 57, que entende que só haverá exclusão da ilicitude quando o bem salvaguardado seja superior. Na Doutrina civilista, entendem que haverá justificação apenas quando o bem salvaguardado for de valor superior, WEILL/TERRÉ, *Droit Civil*, 2.^a Edição, p. 687, LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, I, pp. 173-174, CARBONNIER, *Droit civil*, II, pp. 2312-2313; diversamente, SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, I, p. 124, entende que basta a salvaguarda de um bem de igual valor.

⁵⁷ Entendem que apenas há lugar à exclusão da responsabilidade penal, entre outros, JEAN PRADEL, *Droit pénal général*, 15.^a Edição, p. 318, BOULOC, *Droit pénal général*, 19.^a Edição, p. 351, DESPORTES/GUNEHEC, *Droit pénal général*, 11.^a Edição, p. 704, LARGUIER, *Droit pénal général*, 20.^a Edição, p. 60, DEMOGUE, *Traité*, III, pp. 398 e ss., SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, I, pp. 124 e ss, LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, I, p. 174, e WEILL/TERRÉ, *Droit Civil*, 2.^a Edição, p. 688; contra, MAZEAUD/TUNC, *Traité*, I, 5.^a Edição, pp. 543-544, que entendem que haverá exclusão da obrigação de indemnizar nos casos em que o bem salvaguardado seja de valor muito superior ao bem sacrificado (parecendo que, pelo menos quando o bem salvaguardado seja apenas superior, não haverá exclusão da responsabilidade civil).

⁵⁸ Dispõe o art. 20, 5, do CP: «*Estão isentos de responsabilidade criminal: (...)*

5 – *Quem, em estado de necessidade, para evitar um mal próprio ou alheio, lesar um bem jurídico de outra pessoa ou infrinja um dever, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos:*

1. *Que o mal causado não seja maior do que o que se pretende evitar.*
2. *Que a situação de necessidade não tenha sido intencionalmente provocada pelo agente.*
3. *Que o necessitado não tenha, em virtude da sua profissão ou cargo, o dever de suportar o perigo. (...)».*

⁵⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, II, 4.^a Edição, Reimpressão, pp. 633-634, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen III, p. 85, ÁNGEL YAGÜEZ, “Art. 1902”, in *Comentario del Código Civil*, Tomo 8, p. 305, e SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, 4.^a Edição, p. 35. De notar que apenas ÁNGEL YAGÜEZ se refere ao CP atual, referindo-se os demais autores ao CP de 1944, cujo art. 8, 7, era semelhante ao atual art. 20, 5.

«mal maior» ou igual⁶⁰ àquele que se causa⁶¹. Quanto aos efeitos da atuação em estado de necessidade no tocante à responsabilidade civil, o art. 118 do CP⁶² resolve expressamente a questão, no sentido de que não ocorre exclusão da responsabilidade civil.⁶³

6. O estado de necessidade justificante. Ilícito civil e penal. O conceito de justificação. Estado de necessidade agressivo e defensivo. Pressupostos. Consequências jurídicas da atuação em estado de necessidade justificante. O erro sobre os pressupostos do estado de necessidade.

6.1. O ilícito civil e o ilícito penal: dois ilícitos diversos?

Quanto ao que se deve entender por ilícito, têm sido propostas duas orientações fundamentais, sendo uma de natureza marcadamente formal e outra marcadamente material.

⁶⁰ De acordo com MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 7ª Edição, p. 453, «mal maior» deverá ser interpretado no sentido de só haver justificação quando o bem jurídico salvaguardado seja de valor «*essencialmente superior*», salvo quando o mal que ameaça constitua uma conduta penalmente típica; contra, recusando qualquer interpretação à luz de uma rígida ponderação de bens, levando-se antes em consideração uma ponderação de interesses, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, 6.ª Edição, p. 331, e QUINTERO OLIVARES, Parte Geral del Derecho Penal, p. 514.

⁶¹ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, 6.ª Edição, pp. 330-331, QUINTERO OLIVARES, Parte Geral del Derecho Penal, p. 516; contra, admitindo apenas a justificação do facto quando se cause um mal menor, MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 7ª Edição, p. 464.

Na Doutrina civilista, não é abordada a questão, parecendo poder concluir-se que, na medida em que apenas se menciona o regime contido no CP (artigos 8, 7, do CP de 1944, e 20, 5, do CP de 1995), haverá justificação nos casos em que o agente cause um mal menor ou igual ao que visa evitar.

⁶² «A exclusão da responsabilidade criminal declarada nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do art. 20 não compreende a responsabilidade civil, que se efetivará de acordo com as regras seguintes: (...) 3.º No caso do n.º 5, serão responsáveis civis diretos as pessoas a favor das quais se tenha precavido o mal, proporcionalmente ao prejuízo que lhes tenha sido evitado, se for determinável ou, não o sendo, na proporção que o julgador estabeleça de acordo com o seu prudente arbítrio. Quando a proporção em que deva responder o interessado não for equitativamente determinável pelo julgador, nem sequer por aproximação, ou quando a responsabilidade seja extensível às Administrações Públicas ou à maior parte de uma população e, em todo o caso, sempre que o dano tenha sido causado com o assentimento da autoridade ou dos seus agentes, fixar-se-á a indemnização de acordo com o estabelecido pelas leis e regulamentos especiais».

⁶³ Parece-nos uma solução bastante interessante, na medida em que é a própria Lei que faz responder, em primeira linha, o beneficiário da atuação do agente (seja o agente ou um terceiro), o que será muito mais justo nas situações em que o agente atua no interesse de terceiro e em que, por isso mesmo, deverá ser o terceiro a responder e não o agente, que nada lucrou com aquela situação.

Começando pela orientação de natureza formal, que concebe a norma de sanção como dado primário, e que foi defendida por KELSEN, o ilícito é uma mera condição para a aplicação de uma sanção, pelo que a conduta será ilícita, não porque, de acordo com qualquer critério transcendente ao Direito positivo ou de acordo com a sua qualidade intrínseca, seja contrária aos valores e, por conseguinte, reprovável, mas, apenas e só, porque coincide com a condição posta pela ordem jurídica positiva para um ato de coerção; daqui resulta que a norma primária é a que estatui a sanção, ao passo que a norma secundária será aquela que qualifica como ilícito o comportamento erigido em condição da sanção⁶⁴.

Quanto à orientação de natureza material, que tem sido defendida pela generalidade da Doutrina, o ilícito consiste no comportamento que viola uma norma, seja ela proibitiva seja ela preceptiva, ou seja, consiste na violação de um dever *jurídico*, de uma norma de conduta, e que, por isso mesmo, é contrária à Ordem Jurídica⁶⁵.

Passando a tomar posição, acolhemos a segunda orientação, uma vez que, desde logo, existem normas jurídicas cuja violação não implica uma sanção para o infrator; e, para além disso, a coercibilidade não é critério da juridicidade das normas, mas tão-só da Ordem Jurídica estatal no seu todo⁶⁶ e, ao contrário da primeira, esta orientação permite-nos conhecer os critérios valorativos que permitem a qualificação de uma conduta como ilícita⁶⁷.

Dito isto, como referimos, há quem considere que o ilícito penal é um ilícito “qualificado” e, por isso mesmo, diverso dos demais ilícitos (civil, administrativo, etc.). Com efeito, GÜNTHER⁶⁸ entende que o ilícito penal é um ilícito “qualificado” (o que resulta do especial merecimento de pena, que, por sua vez, deriva da especial gravidade do ilícito, que comporta um desvalor do resultado e um desvalor da ação). O autor invoca a tese de Ernst Zitelmann, que, apesar de ter defendido um conceito unitário de

⁶⁴ Cfr. KELSEN, Teoria Pura do Direito, I, 2.ª Edição, pp. 59 e ss.

⁶⁵ Da leitura dos arts 483.º, n.º 1, do CC, e 31.º do CP, constata-se que o legislador adotou a conceção material.

⁶⁶ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, 7.ª Edição, pp. 75 e ss.

⁶⁷ Como refere TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, pp. 11-12, «O desconhecimento de tais critérios inviabiliza um controlo das decisões legislativas e da sua harmonização naquele todo de sentido e de valor, que deve ser cada Ordem Jurídica».

⁶⁸ GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss.

ilicitude, todavia reconheceu a possibilidade de cada sector da Ordem Jurídica, em função dos seus fins específicos, estabelecer proibições próprias, que não produzam efeitos nos outros ramos do direito, argumento que, a seu ver, permite defender um conceito diferenciado de ilicitude.

No fundo, seguindo a sistematização de FERNANDA PALMA⁶⁹, o pensamento de GÜNTHER assenta nas seguintes linhas de orientação:

- a) Existe uma ilicitude especificamente penal a par de uma ilicitude “geral”, sendo que aquela não assenta na mera contrariedade ao dever jurídico, antes dependendo da adequação da pena à conduta do agente;
- b) Não cabe à ilicitude penal distinguir entre o lícito e o ilícito (como sucede com a ilicitude “geral”), apenas lhe competindo, enquanto característica à luz das finalidades do Direito penal;
- c) Esta funcionalidade penal da ilicitude é exprimida pelo princípio da adequação;
- d) A exclusão da ilicitude (que, de acordo com a teoria penal tradicional, é aferida pela ordem jurídica no seu conjunto) deverá ser repensada na ótica da admissão, *ad latus* de uma justificação “geral” (com eficácia em toda a ordem jurídica), de uma justificação especificamente penal, por ausência de especial gravidade do facto à luz dos critérios do Direito penal;
- e) A exclusão da ilicitude estritamente penal significará, não a permissão e conformidade com a ordem jurídica no seu todo, mas apenas a falta de dignidade penal da ilicitude (que se manterá para efeitos dos demais ramos da ordem jurídica);
- f) A exclusão da ilicitude penal não afasta a responsabilidade no âmbito dos demais ramos da ordem jurídica nem a existência de qualquer dever de tolerância por parte dos ofendidos pela conduta, que poderão reagir por legítima defesa contra a atuação ao abrigo de causas de justificação estritamente penais.

Assim, de acordo com tal construção, para efeitos do Direito civil – que é aquele de que nos ocupamos no presente estudo –, ainda que o agente não seja penalmente

⁶⁹ FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 211.

punido, não deixa de incorrer em responsabilidade civil (por facto ilícito, visto a ilicitude apenas ser excluída no plano do Direito penal), em que existem igualmente casos de responsabilidade civil por facto lícito (como sucede no caso do estado de necessidade). E, para além disso, tendo o Direito Civil por função garantir uma justa indemnização dos danos causados, então, o conceito de ilícito do Direito Civil seria apenas determinado pelo desvalor do resultado, ao passo que o conceito de ilícito jurídico-penal, não se bastando com um resultado, pressupõe igualmente um desvalor da ação.

Passando a emitir a nossa opinião, tal construção radica, desde logo, num equívoco, que é o de querer transformar o carácter fragmentário, de *ultima ratio*, do Direito Penal em fundamento de um ilícito “qualificado”, diverso dos outros ilícitos; ora, apesar de o Direito Penal só intervir – por força do princípio da intervenção mínima – nos casos em que os demais ramos de Direito e as suas sanções se revelem insuficientes, tal não significa que o ilícito penal seja diverso dos demais ilícitos, mas apenas que determinadas condutas, apesar de relevarem para os demais ramos do Direito, são irrelevantes – por atípicas – para o Direito penal.

Em segundo lugar, uma coisa é o ilícito civil e outra é a responsabilidade civil, pois há situações em que o agente incorre em responsabilidade civil sem ter cometido qualquer facto ilícito.

Em terceiro lugar, a aceitação da tese de GÜNTHER iria criar descontinuidades adicionais entre o Direito Penal e os demais ramos do Direito, incluindo do Direito Civil, perfeitamente desnecessárias, pondo em causa a própria unidade da Ordem Jurídica.

Em quarto lugar, a construção de GÜNTHER vem pôr em causa um critério identificador tradicional da aptidão de uma dada conduta ser considerada causa de exclusão da ilicitude (ou apenas da culpa ou da punibilidade ou apenas para efeitos de atenuação da pena) como é a chamada *Notwehrprobe* (prova da legítima defesa), em que se irá aferir se é, ou não, aceitável à luz dos valores do Direito que todos os que se pretendam opor à atuação do agente fiquem impedidos de o fazer legitimamente⁷⁰.

E, por último, a contrariedade à Ordem Jurídica do facto danoso não assenta exclusivamente na causação de um prejuízo na esfera jurídica alheia (desvalor do

⁷⁰ Como bem assinala FERNANDA PALMA, Direito Penal, Parte Geral, pp. 212-213, que, nas páginas subsequentes apresentam mais argumentos contra a construção de GÜNTHER, que não se afigura útil elencar neste estudo, apenas restando efetuar a competente remissão para esses argumentos, que, de todo o modo, subscrevemos.

resultado), mas também no desvalor ético da conduta do agente, dado que as normas (proibitivas ou preceptivas) têm, elas próprias, a função de ordenação da conduta dos membros da Sociedade, pelo que sendo o ilícito a violação do dever decorrente dessas normas, não se pode negar ao ilícito civil a exigência do desvalor da conduta⁷¹; de resto, se apenas se exigisse o desvalor do resultado, para efeitos de justificação por estado de necessidade, bastaria a preservação do interesse superior e, numa situação em que o agente adotasse uma conduta preordenada à causação do perigo (para um seu interesse) para depois poder causar, lícitamente, um prejuízo ao lesado, teria de se considerar justificada a sua conduta, o que seria manifestamente inadmissível⁷².

Quanto à questão de saber se, consistindo o ilícito na contrariedade do facto à Ordem Jurídica, uma vez declarada a ilicitude de um comportamento por um certo ramo do Direito, o mesmo terá será ilícito para a totalidade da Ordem Jurídica, fazendo nossas as palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, diremos que «*a ilicitude é uma categoria geral da ordem jurídica. Todo o facto é lícito ou ilícito, e se é ilícito é-o perante todos os ramos da ordem jurídica. Pode para certos efeitos não ser relevante; um facto civilmente ilícito pode não ter consequências de ordem penal. Mas não perde com isso a sua característica de ilicitude.*»⁷³.

⁷¹ E o que dizemos não é posto em causa pelo facto da existência, no Direito Civil, de situações de responsabilidade objetiva (situação que não é possível no Direito Penal); com efeito, não podemos esquecer que a responsabilidade objetiva é excecional, sendo a responsabilidade subjetiva a regra (cfr. art. 483.º, n.º 2, do CC).

⁷² A este respeito, são particularmente elucidativas as palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 85, quando refere que «*Por muito que a subsequente obrigação de indemnizar possa compensar o dano causado, jamais tentará apagar o desvalor ético desta instrumentalização da esfera jurídica alheia. Ou será que a tarefa de mera repartição de riscos e prejuízos entre os sujeitos conflituantes se pode alhear desse desvalor ético, impondo ao terceiro inocente a obrigação de suportar tal intervenção sobre os seus bens, mediante a exclusão do direito de defesa que a própria Constituição lhe atribui?! (...) não pode ver-se a justificação, em Direito Civil, como uma mera exclusão do dever de indemnizar. Justificar tem sempre uma outra faceta, de profundo sentido ético: a negação do direito de defesa constitucionalmente garantido, e a correspondente imposição do dever de tolerar a conduta justificada. Na sua subordinação aos princípios e às valorações fundamentais da Ordem Jurídica, o Direito Civil jamais poderá ignorar tal eticidade, que terá de o nortear na atribuição do direito de necessidade. Além disso, convém não esquecer que esta consideração ética naturalmente se impõe à justificação civil que se orienta, em primeira linha, para a perspectiva do lesado.*»

⁷³ OLIVEIRA ASCENSÃO, A Teoria Finalista e o Ilícito Civil, p. 11; no mesmo sentido, entre outros, TERESA BELEZA, Direito Penal, 2.º Vol., p. 254, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Ed., pp. 350-351, TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 45 e ss, ENGISCH, Die Einheit der Rechtsordnung e, embora não afastando a possibilidade de, apenas em casos excecionais, a exclusão da ilicitude no plano do Direito penal não afastar a ilicitude nos

Assim, inexistindo qualquer diferença entre o ilícito penal e os demais ilícitos, é totalmente incorreto distinguir entre causas de justificação “globais” e causas de justificação estritamente penais, pelo que a justificação do facto opera *em toda a Ordem Jurídica*.

6.2. O conceito de justificação.

Quanto ao conceito, a justificação consiste na conformidade do facto danoso (ou do incumprimento da obrigação) à Ordem Jurídica, isto é, na verificação de uma determinada circunstância que elimina o carácter devido do comportamento omitido pelo agente^{74 75}.

Daqui resulta que a atuação do agente ao abrigo de uma causa de justificação faz nascer na esfera jurídica do sacrificado um dever de tolerância face á atuação do agente, de que, por sua vez, resultarão duas consequências fundamentais: a impossibilidade de o sacrificado reagir em legítima defesa contra a atuação do agente e, em regra, a exclusão da obrigação de indemnizar.

demais ramos do Direito, ROXIN, Strafrecht AT, I, 4.ª Ed., p. 615, e FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, I, 2.ª Ed., pp. 388 e ss; contra, GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, *passim*, EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimp., pp. 6 e ss, JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Ed., pp. 423-424, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 140, e GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, pp. 78 e ss..

Exemplos ilustrativos do que referimos supra são-nos dados por TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 15. Assim, em primeiro lugar, temos a possibilidade de, no Direito Penal, se reagir em legítima defesa contra um ilícito meramente civil; e, em segundo lugar, temos o facto de, nos casos em que a usura constitua crime de usura simples (mas já não o crime de usura agravada, em que apenas haverá lugar à atenuação especial da pena), a modificação do negócio jurídico nos termos do art. 283.º do CC com base em juízos de equidade, quando ocorra após a instauração do procedimento criminal e até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, determinar a exclusão da pena (cfr. art. 226.º, n.º 5, do CP).

⁷⁴ Cfr. PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 153. O autor esclarece que «A omissão do comportamento devido é, em si mesmo, uma conduta positiva ou negativa diferente da imposta pelo dever».

⁷⁵ No fundo, como refere PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 159, «se a Ordem Jurídica impõe um dever mais forte, cujo cumprimento é incompatível com a realização da conduta objecto do dever mais fraco, esta deixou de ser devida, enquanto se mantiver aquela situação de incompatibilidade. Tem igual efeito a concessão do direito de realizar conduta diversa da devida. Num caso e noutro, a exclusão da ilicitude dá-se por necessidade lógica: a Ordem Jurídica não pode impor dois deveres incompatíveis, nem pode impor o dever de efectuar uma conduta e estabelecer simultaneamente o direito de não a realizar. Finalmente, se o dever se destina a prosseguir os interesses privados de certa pessoa, o consentimento desta elimina o carácter ilícito da respectiva lesão, segundo o velho princípio *volenti non fit iniuria*»

6.3. Estado de necessidade agressivo e estado de necessidade defensivo.

Como vimos, consagrou-se no BGB uma “teoria diferenciada” do estado de necessidade justificante^{76 77}, radicando a diferença entre ambas as formas de estado de necessidade justificante no facto de a coisa destruída ou danificada ser, ou não, a fonte⁷⁸ do perigo.

Apesar de a dicotomia entre estado de necessidade agressivo e defensivo estar consagrada na Lei civil alemã e de apenas se consagrar no StGB o estado de necessidade justificante, sem se operar qualquer distinção como no BGB, tal dicotomia tem tido reflexos ao nível da Doutrina Penal, não faltando autores que advogam a existência, ao lado do estado de necessidade agressivo (que está consagrado no §34 do StGB), do estado

⁷⁶ Prevendo-se o estado de necessidade defensivo no §228, ou seja, na Parte Geral do Código, juntamente com a legítima defesa e a ação direta, e o estado de necessidade agressivo no §904, ou seja, na Parte relativa aos Direitos Reais.

⁷⁷ A este propósito cumpre advertir que o uso de aspas se deve ao facto de não querermos confundir o uso da expressão “teoria diferenciada” no sentido em que a utilizamos no texto com aquela outra que foi utilizada no Direito Penal para destrinçar o estado de necessidade justificante do estado de necessidade desculpante.

⁷⁸ É controvertida na Doutrina a questão de saber se, nos casos em que a coisa não é causa direta, mas apenas indireta, do perigo, a justificação se opera – com todas as consequências daí advenientes em termos de ponderação dos interesses e de dever de indemnizar – por via do §228 ou do §904.

Assim, autores como GROTHE, “§228”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume I, 4.ª Edição, p. 2062, e KÖHLER, BGB AT, 28.ª Edição, p. 308 entendem que o perigo terá de resultar *directamente* da coisa destruída ou deteriorada; diversamente, autores como LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª Edição, pp. 344-345, DILCHER, “§228”, in *Staudingers Kommentar*, I, 12.ª Edição, p. 906, e MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª Edição, pp. 70-71, consideram que é suficiente que a coisa cause o perigo indiretamente, sendo certo que esta corrente é maioritária.

Pela nossa parte, entendemos que não existe qualquer distinção no §228 do BGB entre as situações em que a coisa sacrificada seja causa direta ou indireta do perigo, pelo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; é que, mesmo que a coisa seja causa indireta do perigo, é óbvio que ela é, no mínimo concausa, do perigo, razão pela qual continua a recair sobre o seu proprietário o dever de afastar o perigo.

Situação diversa será aquela em que a coisa danificada ou destruída, quando causa o perigo, esteja a ser utilizada, por alguém que não seja o seu proprietário, como meio de agressão. Aqui existe, a nosso ver bem, unanimidade na Doutrina (cfr., por todos, SCHREIBER, “Die Rechtfertigungsgründe des BGB”, in *JURA*, 1997, 1, p. 31), no sentido de que a justificação operará nos termos do §904. De facto, numa tal situação, o proprietário da coisa é completamente inocente na causação do perigo – podendo mesmo desconhecer, sem obrigação de conhecer, a existência da situação de perigo –, pelo não recair sobre ele qualquer dever de afastar o perigo e, portanto, seria completamente injusto obrigá-lo a tolerar a atuação do agente nos mesmos termos que nos casos em que sobre ele recaia o dever de afastar o perigo, bem como negar-lhe, *in limine*, o direito a qualquer indemnização.

de necessidade defensivo, que constitui uma causa de justificação supralegal⁷⁹, entendimento este que merece a nossa concordância.

Em primeiro lugar, a ponderação dos interesses – como veremos – é diversa no estado de necessidade defensivo⁸⁰, excluindo-se a ilicitude inclusivamente em casos em que o interesse salvaguardado não seja sensivelmente superior ao interesse sacrificado⁸¹. Assim, tendo em conta que, de acordo com os arts. 34.º do CP e 339.º do CC apenas há justificação do facto quando o interesse a salvaguardar seja *sensivelmente* (no caso do CP), *manifestamente* (no caso do CC) superior ao interesse sacrificado, não é possível, à luz de tais preceitos, excluir a ilicitude nos casos em que o interesse salvaguardado não seja sensivelmente superior ao interesse sacrificado. Daí que se conclua que, desde logo, se impõe a adoção da dicotomia estado de necessidade defensivo/agressivo no Direito

⁷⁹ É controvertido na Doutrina penal alemã se o estado de necessidade defensivo deverá ser tratado dentro dos princípios que regem o estado de necessidade (agressivo), plasmados no §34 do StGB ou se, pelo contrário, é uma causa de justificação supralegal regida por um regime análogo ao do §228 do BGB (mas não limitada ao sacrifício de bens patrimoniais). Assim autores como JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, pp. 520-521 advogam esta segunda orientação, ao passo que autores como ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 759 e ss, propõem a primeira orientação. Também na Doutrina portuguesa encontramos esta cisão; assim, enquanto FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, pp. 461 e ss, defende que o estado de necessidade defensivo deverá ser tratado dentro dos princípios que regem o estado de necessidade (agressivo), que estão plasmados no art. 34.º do CP, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 289 e ss entende que o estado de necessidade defensivo constitui uma causa de justificação supralegal regida por um regime diverso do previsto no art. 34.º do CP.

⁸⁰ O que se deve à diferença entre os fundamentos de ambos os institutos a que já fizemos referência e que leva a que a ponderação dos interesses não possa ser a mesma. De facto, não faz sentido que se limite do mesmo modo a atuação do agente (seja ele o titular do interesse ameaçado ou um terceiro) e, concomitantemente, se imponha ao lesado um dever de tolerância com a mesma amplitude num caso em que esteja em causa o sacrifício do interesse de um “inocente” e num caso em que esteja em causa o sacrifício do interesse do causador do perigo que não remove o perigo que ele próprio criou (por ação ou omissão): não porque se trate de legitimar qualquer “ajuste de contas” ou pena de talião, mas sim permitir ao agente uma melhor ou até uma efetiva proteção do interesse ameaçado pelo perigo decorrente da conduta daquele que vai ver o seu interesse sacrificado. Por outras palavras, dado que, em bom rigor, no estado de necessidade defensivo, estamos “paredes meias” com uma verdadeira agressão ilícita e, por isso mesmo, como dissemos supra, estamos até mais perto da legítima defesa do que do estado de necessidade agressivo, tal aspeto não pode ser ignorado e, por isso, não se pode subalternizar a salvaguarda do interesse ameaçado face ao interesse sacrificado nos termos em que sucede no estado de necessidade agressivo. E, de resto, seria inadmissível que, limitando-se desse modo a possibilidade de atuação *lícita* do agente, ainda se conferisse ao causador do perigo a possibilidade de reagir em legítima defesa contra aquele, salvo quando o interesse sacrificado seja manifestamente superior ao salvaguardado.

⁸¹ Mas desde que o interesse sacrificado não seja manifestamente superior ao interesse salvaguardado.

Civil e que, em face da Lei vigente, teremos de configurar o estado de necessidade defensivo como uma causa de justificação supralegal.

Em segundo lugar, o estado de necessidade defensivo, ainda que não esteja consagrado na Lei, é aceite pela nossa Doutrina penal de forma pacífica⁸², constituindo uma causa de justificação em Direito Penal que permite a exclusão da ilicitude quando o interesse sacrificado não seja manifestamente superior ao salvaguardado. Ora, caso se rejeitasse tal causa de justificação no Direito Civil ou se aceitasse de um modo diverso daquele como é aceite no Direito Penal, estaríamos a estabelecer regras diversas no tocante às causas de justificação e/ou respetivos pressupostos e, com isso, a abrir a porta a situações insustentáveis em que o mesmíssimo facto era lícito para o Direito Penal e ilícito para o Direito Civil e, conseqüentemente, o lesado podia reagir em legítima defesa no plano do Direito Civil, mas não já no plano do Direito Penal. Uma tal situação, para além de poder levar a casos de legítima defesa contra legítima defesa, poria em causa os ditames dos princípios da unidade da Ordem Jurídica, da certeza e da segurança jurídica, pois o agente não saberia se, numa determinada situação, poderia agir de um determinado modo, ou não, o que equivalia à inutilização – pelo menos parcial – do próprio instituto do estado de necessidade.

E, por fim, nem se diga que se o princípio da unidade da Ordem Jurídica⁸³ não é posto em causa – como não é – pelo facto de determinadas condutas serem relevantes para o Direito Civil, mas não para o Direito Penal, então também não o é por existirem diferenças ao nível das causas de justificação. De facto, trata-se de questões completamente diversas, pois uma coisa é a dignidade penal e a carência de tutela penal (que constituem o barómetro da intervenção do Direito Penal, onde vigora o princípio da intervenção mínima) e outra, bem diferente, são as possibilidades de alguém agir e o

⁸² Cfr., entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, pp. 460 e ss, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 185 (nota 309) e 286 e ss, FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, pp. 194 e ss, e também em *Direito Penal, Parte Geral*, pp. 283 e ss, BRUNO MOURA, *Ilícitude penal e justificação*, pp. 201 e ss, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 159, e COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pp. 170 e ss e 254 e ss. No tocante à Jurisprudência portuguesa, não encontramos qualquer decisão judicial que tenha aplicado o estado de necessidade defensivo.

⁸³ E o mesmo se diga quanto ao facto de apesar de, no Direito Penal a atuação em estado de necessidade agressivo excluir a responsabilidade (penal), o mesmo já não suceder no Direito Civil, em que poderá haver lugar a responsabilidade civil por facto lícito.

correspondente dever de tolerar a atuação do agente – e em que termos – para, por exemplo, afastar o perigo que ameaça interesses juridicamente protegidos.

Quanto ao modo de aplicar esta causa de justificação supralegal, entendemos que a sua aplicação será possível por via da analogia com a legítima defesa, por um lado, e com o estado de necessidade, por outro. Assim, poderá partir-se dos arts. 34.º do CP e art. 339.º, n.º 1, do CC, na parte em que se referem ao sacrifício de interesses jurídicos com a finalidade de remover o perigo atual de um prejuízo para o agente ou para terceiro e, seguidamente, aplicar-se-ia analogicamente o art. 337.º do CC, na parte em que admite o sacrifício de interesses de índole pessoal e considera justificada a conduta quando o prejuízo causado não seja manifestamente superior, igual ou não manifestamente inferior ao prejuízo causado⁸⁴.

6.4. A extensão da justificação por estado de necessidade jurídico-civil aos casos em que são sacrificados interesses jurídicos que tutelem bens jurídicos de natureza pessoal.

Atenta a letra do art. 339.º, n.º 1, do CC, apenas haverá lugar à exclusão da ilicitude no caso de o agente sacrificar interesses patrimoniais, sendo que, no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil, VAZ SERRA, no articulado que propôs para o

⁸⁴ É, pois, de rejeitar a opinião de PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 259, quando entende que os casos de estado de necessidade defensivo serão subsumíveis ao art. 336.º do CC (relativo à ação direta). Com efeito, enquanto no estado de necessidade defensivo está em causa a remoção de um perigo atual causado, de forma não ilícita, pelo lesado, na ação direta está em causa a realização ou o assegurar de um direito ou o impedimento da inutilização prática de um direito; no fundo, enquanto no estado de necessidade defensivo está em causa uma atuação defensiva por parte do agente, tal como sucede no estado de necessidade agressivo ou na legítima defesa, na ação direta, está em causa uma atuação agressiva por parte do agente, destinada, não a esconjurar um perigo ou uma agressão, mas a realizar ou a assegurar um direito ou a impedir a sua inutilização prática. Para além disso, no estado de necessidade defensivo ocorrerá justificação do facto desde que o interesse sacrificado não seja muito superior ao salvaguardado, ao passo que, na ação direta, o interesse sacrificado não poderá nunca ser superior ao interesse salvaguardado; daí que ocorra o mesmo impedimento que decorreria da aplicação dos arts. 34.º do CP e 339.º do CC ao estado de necessidade defensivo. É evidente que não olvidamos que a ação direta está consagrada no nosso CC em termos muito genéricos (cfr. ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 553) e que não poucos autores veem na ação direta (e o art. 336.º do CC dá-lhes, efetivamente, razão) um tipo justificador geral (cfr., por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, A Teoria Finalista e o Ilícito Civil, p. 23), de que a legítima defesa e o estado de necessidade seriam subtipos; só que, pelas razões que já referimos, não é possível aplicar o art. 336.º do CC ao estado de necessidade defensivo, dado que tal conduziria a soluções injustas em termos de justiça material.

estado de necessidade, admitiu a defesa (lícita) contra uma pessoa que, sem culpa, se encontrasse misturada na multidão, defesa essa que seria uma situação de estado de necessidade e não de legítima defesa⁸⁵; para além disso, ao definir os pressupostos e pressupostos da legítima defesa, o autor considera que o agredido agiria (licitamente) em estado de necessidade nos casos em que, para evitar a agressão, interpusesse entre si e o agressor um terceiro inocente⁸⁶. Contudo, a letra do preceito que passou para o Código Civil limita a exclusão da ilicitude aos casos em que se sacrificuem interesses de índole patrimonial.

Com a entrada em vigor do CP atual, como referimos supra, foi introduzido na nossa Ordem Jurídica o art. 34.º do CP, nos termos do qual, haverá, no plano do Direito Penal, exclusão da ilicitude (e, com ela, da possibilidade de o sacrificado reagir em legítima defesa) também nos casos em que se sacrificuem interesses de natureza pessoal.

Parece, pois, existir uma descontinuidade entre o regime do art. 339.º, n.º 1, do CC e o art. 34.º do CP, a qual, a ocorrer, violará os ditames do princípio da unidade da Ordem Jurídica, com as consequências inadmissíveis que elencámos supra quando analisámos o estado de necessidade defensivo, sendo que também não vemos quaisquer razões que justifiquem uma tal diferença de regime.

Antes, porém, há que determinar se a eliminação de tal descontinuidade deverá ser no sentido do alargamento do estado de necessidade jurídico-civil ou na limitação do estado de necessidade jurídico-penal. E, a nosso ver, atento o que dissemos supra acerca do fundamento do estado de necessidade agressivo, não faz qualquer sentido a limitação da justificação por estado de necessidade aos casos em que o agente sacrifique interesses de natureza patrimonial⁸⁷.

Assim, haverá que alargar a justificação no âmbito do Direito Civil aos casos em que o agente sacrifique interesses de natureza pessoal. TERESA QUINTELA DE BRITO⁸⁸

⁸⁵ Cfr. VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, p. 111.

⁸⁶ Cfr. VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, p. 67.

⁸⁷ Contra, rejeitando a possibilidade de justificação por estado de necessidade no plano do Direito Civil quando se sacrificuem bens jurídicos pessoais, entre outros, VON TUHR, Tratado de las Obligaciones, I, p. 272, nota 3, RIBEIRO DE FARIA, Direito das Obrigações, I, p. 446, MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, p. 313, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 207 e 227, e GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, p. 108.

⁸⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, pp. 75 e ss.

apresenta-nos um elenco de possíveis soluções para ultrapassar tal situação, sendo certo que nos parece que será exatamente nesse elenco de possibilidades que se deverá buscar a solução, ou seja:

- a) considerar que o art. 34.º do CP revogou o art. 339.º, n.º 1, do CC;
- b) considerar que o facto típico praticado pelo agente em estado de necessidade que afete bens de natureza pessoal acionará o estado de necessidade jurídico-penal, cujo efeito justificador se estenderá ao Direito Civil, excluindo-se, assim, a ilicitude (civil) do prejuízo causado pelo agente⁸⁹ e, conseqüentemente, a possibilidade de uma legítima defesa (meramente civil) contra o agente (havendo, contudo, de interpretar extensivamente o art. 339.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC, por forma a permitir impor ao agente o dever de indemnizar equitativamente os danos pessoais causados; ou
- c) considerar que existe uma compatibilidade entre o espírito do art. 339.º do CC e o sacrifício de bens não patrimoniais⁹⁰.

Passando a tomar posição e começando primeira possibilidade, entendemos que é de rejeitar, pois tal solução constituiria mais uma fuga perante o problema do que uma verdadeira tentativa de o solucionar⁹¹.

⁸⁹ STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 173, e CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português, I*, pp. 328-329, defendem esta solução para a legítima defesa, mas não para o estado de necessidade.

⁹⁰ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª Edição, p. 525, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV*, p. 444, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 464, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, II*, pp. 245 e ss, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 161, e TERESA QUINTELA DE BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, pp. 78-80; contra, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Volume I*, 3.ª Edição, p. 313, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 207 e 227, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, II*, p. 108.

Diz, a este respeito, ALMEIDA COSTA, *Op. e Loc. Cit.*: «(...) se a razão de ser dessa categoria dogmática radica no propósito de preservar bens jurídicos manifestamente mais valiosos em detrimento de outros menos valiosos, não se vê que os termos da equação tenham de alterar-se quando o bem jurídico sacrificado possua natureza não patrimonial. Dada a própria essência de tais bens, trata-se, porém, de situações de verificação rara – uma vez que os bens da personalidade se apresentam, via de regra, mais valiosos do que os patrimoniais. (...). Considerou-se a preservação de um bem patrimonial à custa de um bem não patrimonial. Podem, no entanto, ocorrer situações de confronto entre bens pessoais, que também se afiguram razoavelmente subsumíveis à protecção do n.º 1 do art. 339.º (...).»

⁹¹ Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, p. 75.

Quanto à segunda possibilidade, é igualmente de rejeitar, dado que estar-se-ia a abrir a porta a uma diferenciação injustificada, no plano do Direito Civil, entre condutas que, no plano do Direito Penal, eram típicas e outras que o não eram, levando a que, nos casos em que a conduta danosa fosse igualmente típica, haveria justificação por estado de necessidade quando se sacrificassem interesses não patrimoniais e, quando o facto danoso não fosse igualmente típico, apenas haveria justificação se fossem sacrificados interesses patrimoniais; e, para além disso, atribuindo ao agente uma faculdade de intervir mais lata quando a conduta seja típica no plano do Direito penal, irá, concomitantemente, impor-se ao lesado um dever de tolerância mais intenso e, por conseguinte, este terá menos possibilidades de reagir em legítima defesa do que numa situação em que a lesão fosse menos gravosa para ele⁹².

Assim, é a terceira possibilidade a que deverá ser adotada. Com efeito, em primeiro lugar, se é certo que o legislador em 1966 optou claramente por excluir justificação do facto quando se sacrificassem bens jurídicos não patrimoniais⁹³, não é menos certo que a própria teleologia do instituto do estado de necessidade (agressivo)⁹⁴, fundado numa ideia de solidariedade e utilitarismo social ligada à maximização da preservação de interesses juridicamente superiores aponta no sentido de se estender a justificação por estado de necessidade agressivo, no plano do Direito Civil, aos casos em que se sacrificam bens jurídicos da personalidade⁹⁵. Em segundo lugar, não faz qualquer

⁹² Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, pp. 76-77 e, referindo-se à legítima defesa, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil”, in Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 270 e ss.

Na verdade, atenta a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal, um facto danoso que seja também penalmente relevante tenderá a ser mais gravoso para o lesado do que um facto meramente danoso.

⁹³ De facto, a possibilidade – ainda que em casos muito contados – de agir (licitamente) em estado de necessidade em que se sacrificassem bens não patrimoniais foi considerada em sede de trabalhos preparatórios e, quando se tratou de elaborar o texto legal, o legislador, não desconhecendo tal realidade, pura e simplesmente, limitou – a nosso ver, mal – a justificação aos casos em que se sacrifiquem bens jurídicos de natureza patrimonial (neste sentido, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 256). Daí que seja de rejeitar *in limine* o entendimento de TERESA SERRA, Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil, p. 32, quando defende que existe aqui uma lacuna.

⁹⁴ Quanto ao estado de necessidade defensivo, como vimos, a aplicação analógica do art. 337.º do CC permite a justificação nos casos em que se sacrifiquem interesses de índole não patrimonial.

⁹⁵ Neste sentido, ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 9.ª Edição, p. 525, MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 444, FIGUEIREDO

sentido que o facto seja, ao mesmo tempo, lícito para o Direito Penal e ilícito para o Direito Civil⁹⁶ e, conseqüentemente, o lesado possa reagir em legítima defesa “civil”, mas já não o possa fazer em legítima defesa “penal”, o que configuraria, desde logo, uma verdadeira contradição axiológica e normativa, que geraria situações de incerteza e insegurança num campo onde são necessárias linhas de orientação das condutas particularmente claras e precisas⁹⁷. Em terceiro lugar, não faria sentido que a Lei fosse mais “generosa” no tocante à atuação em estado de necessidade e, concomitantemente, mais restritiva no concernente às possibilidades de defesa por parte do lesado nos casos mais gravosos para este (em que o facto danoso constitua igualmente uma conduta típica). Em quarto lugar, como veremos, não poderá deixar de se considerar lícita a atuação do agente que, para salvaguardar interesses patrimoniais de elevado valor, sacrifique a integridade física ou a liberdade de forma ligeira⁹⁸.

Por todas estas razões, não só não faz qualquer sentido limitar a justificação aos casos em que se sacrifiquem bens patrimoniais, como faz todo o sentido que a “coisa”, para efeitos do art. 339.º, n.º 1, do CC, deva ser entendida como englobando todo e qualquer bem jurídico⁹⁹.

6.5. Os pressupostos objetivos gerais do estado de necessidade.

6.5.1. A existência de um perigo atual que ameace um interesse juridicamente protegido do agente ou de terceiro.

Na nossa opinião e, como, de resto, é pacífico na Doutrina e Jurisprudência, existirá uma situação de perigo para efeitos de estado de necessidade sempre que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com a normalidade do acontecer, existam probabilidades de ocorrer uma lesão de um interesse jurídico¹⁰⁰. Contudo, se

DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 464, e TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, pp. 78-80.

⁹⁶ É que, uma coisa é excluir-se a responsabilidade penal e manter-se a responsabilidade civil por facto lícito e outra, radicalmente diferente, é aceitar que a exclusão da ilicitude ocorra num ramo do Direito, mas não nos demais.

⁹⁷ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 464, e PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 161.

⁹⁸ Através, por exemplo, da inflicção de lesões corporais ligeiras ou de uma curtíssima privação da liberdade.

⁹⁹ Como enfatiza PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 161.

¹⁰⁰ Neste sentido, *vide*, entre outros, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 730, OTTO, Grundkurs Strafrecht, 6.ª Edição, p. 135, WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner

existe acordo quanto a este ponto, surgem divergências quanto ao grau de probabilidade da lesão, havendo quem exija uma “*probabilidade séria ou elevada*”¹⁰¹, quem se baste com uma “*não improbabilidade*”¹⁰² e quem entenda que é suficiente uma “*não total improbabilidade*”¹⁰³.

Passando a emitir a nossa opinião, entendemos que será de exigir uma “*probabilidade séria ou elevada*”, uma vez que uma menor exigência poderia levar a que situações em que as probabilidades de ocorrência do dano fossem algo incertas (porque apenas não era de afastar ou não era totalmente de afastar a possibilidade da sua ocorrência), o agente pudesse, desde logo, intervir na esfera jurídica do lesado, causando-lhe um prejuízo e, ao mesmo tempo, estar-se-ia a impor ao lesado um dever de tolerar o sacrifício do seu interesse numa situação em que as probabilidades de ocorrência do dano ainda fossem algo incertas, negando-lhe um direito de defesa que lhe é concedido pela Constituição. Para além disso, as situações em que o perigo “presumido” não tenha qualquer sustentação nas circunstâncias do caso concreto e na normalidade do acontecer não constituem situações de perigo para efeitos do estado de necessidade¹⁰⁴.

Quanto ao momento em que se deverá avaliar a existência, ou não, da probabilidade da lesão, entendemos que tal deverá ser avaliado *ex ante*, em termos

Teil, 33.^a Edição, p. 103, JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.^a Edição, p. 500, LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, p. 82, LENCKNER/PERRON, “§34”, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26.^a Edição, p. 643, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, p. 2062, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 158, e FAHSE, “§228”, in Soergel BGB, p. 1584 (referindo-se estes autores apenas às circunstâncias do caso concreto), e, na Jurisprudência, Sentenças do BGH de 15 de Fevereiro de 1963, in BGHSt, 18, p. 272, e de 24 de Julho de 1975, in BGHSt, 26, pp. 176 e 179.

¹⁰¹ Cfr, entre outros, LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, p. 82, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.^a Edição, p. 387, WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33.^a Edição, p. 103, HIRSCH, “Gefahr und Gefährlichkeit”, in Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, p. 554, e, também, em “§34”, in LK, 10.^a Edição, p. 145, SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.^a Edição, p. 352, BAUR, “§904”, in Soergel BGB, 6, p. 293, e SÄCKER, “§904”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, 4.^a Edição, p. 638; na Jurisprudência, vide as Sentenças do BGH de 30 de Junho de 1955, in BGHSt, 8, p. 31, de 14 de Janeiro de 1959, in BGHSt, 13, p. 70, de 15 de Fevereiro de 1963, in BGHSt, 18, pp. 272 e ss., de 4 de Março de 1964, in BGHSt, 19, pp. 267 e ss., de 29 de Julho de 1964, in BGHSt, 19, p. 373, e de 5 de Março de 1969, in BGHSt, 22, pp. 341 e ss., e Sentença do OLG Frankfurt de 18/12/1974, in NJW, 1975, p. 840.

¹⁰² Por exemplo, JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.^a Edição, p. 500.

¹⁰³ Por exemplo, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.^a Edição, p. 730.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, LENCKNER/PERRON, “§34”, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26.^a Edição, p. 643, e KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.^a Edição, p. 267.

objetivos, de acordo com um juízo de prognose póstuma, e seguindo, consoante as situações:

- a) um critério do “observador entendido” - saber o qual seria o prognóstico de um “perito competente para aquela espécie de conflito” (por exemplo, um bombeiro profissional relativamente a um caso de perigo de incêndio, um médico relativamente a um perigo para a saúde, etc.) -, nos casos em que a avaliação da situação requeira que o observador possua conhecimentos especiais; ou
- b) um critério do “observador razoável”, quando a avaliação da situação não requeira que o observador possua conhecimentos especiais, exigindo-se apenas razoabilidade e prudência, para evitar avaliações levianas¹⁰⁵.

No tocante à fonte do perigo, temos que o perigo poderá provir de qualquer causa, desde causas naturais até comportamentos humanos (constituam quer uma ação quer uma omissão).

¹⁰⁵ Assim, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volume I, 4.ª Edição, p. 732; na mesma linha de entendimento, apenas propondo a utilização do critério do “observador entendido” em todas as situações (o que não levará, pelos menos à partida, a resultados diversos), JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, 2.ª Edição, p. 500.

Diversamente, SCHAFFSTEIN, “Der Massstab für das Gefahrenurteil beim rechtfertigenden Notstand”, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, pp. 89 e ss, em especial nas pp. 105-106 (onde resume as suas ideias) entende que o critério deverá ser o dos conhecimentos do “observador razoável pertencente ao círculo de relações a que pertence o agente e que, por isso, possua os mesmos conhecimentos especiais que o agente”. Contudo, entendemos que tal opinião peca por voltar a centrar a atenção na posição do agente – afastando-a da perspectiva do lesado -, que é, precisamente o que se quer evitar quando se propõe a adoção de um critério objetivo *ex ante*.

Por seu turno, LENCKNER/PERRON, “§34”, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, pp. 642-643, entendendo que a avaliação será, em parte *ex ante* e, em parte, *ex post* (em virtude de ser feita *a posteriori* face ao momento em que o agente atuou), defendem que o critério objetivo deverá ser o do conjunto dos conhecimentos humanos na altura em que o agente atua. No entanto, esta opinião merece-nos dois reparos: em primeiro lugar, a referência à avaliação também *ex post* é desnecessária, posto que o que interessa – tal como ao nível da causalidade – é a conexão mental e não o próprio dado psíquico da comprovação posterior (no mesmo sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, 2.ª Edição, p. 501, nota 26); e, em segundo lugar, tal critério é impraticável, atenta a discutibilidade e a alterabilidade dos conhecimentos científicos (no mesmo sentido, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volume I, 4.ª Edição, p. 732).

Ademais, o perigo, para além de ser real¹⁰⁶, terá de ter alguma dimensão – excluindo-se, pois, os perigos de natureza “bagatelar”^{107 108} – e, para que se considere a existência de um perigo, terão de ocorrer, na situação concreta, «*fatores de risco especiais que constituam uma probabilidade séria da ocorrência de um prejuízo para um bem juridicamente protegido*»¹⁰⁹ e não os riscos normais da vida, ou seja, só se considerará a atuação em estado de necessidade nos casos em que se trate de afastar tais fatores de risco especiais e não para diminuir os riscos normais da vida^{110 111}.

Quanto ao que se deverá entender por perigo atual, concordamos inteiramente com NEUMANN, quando diz que perigo atual «*é um perigo que, num momento futuro, não possa ser afastado ou que poderá vir a tornar-se num perigo ainda maior*»¹¹². Daqui resulta que atual não será apenas o perigo iminente, mas também o chamado “perigo permanente”¹¹³, que consiste no perigo que, ainda que não ocorra no momento da atuação do agente, existirá no futuro próximo, caso o agente não atue¹¹⁴.

¹⁰⁶ A não ser assim, estaremos perante uma situação de estado de necessidade putativo (cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 212, e Acórdão da RE de 15/10/2013, in www.dgsi.pt).

¹⁰⁷ Neste sentido, CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil, Volume I, p. 457, GÜNTHER, “§34”, in SK, Volume I, 7.ª/8.ª Edição, p. 8, BRIGUGLIO, Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile, p. 20, PAWLIK Der rechtfertigende Notstand, p. 178, e GIOVANNA VISINTINI, Trattato Breve della Responsabilità Civile, p. 491.

¹⁰⁸ De facto, não se pode conceber, em termos de estado de necessidade justificante, a “concessão” de uma permissão para intervir numa esfera jurídica alheia para salvaguardar interesses bagatelares ou para afastar um perigo “bagatelar”; caso contrário, estaríamos a levar longe demais os princípios da solidariedade e do utilitarismo sociais.

¹⁰⁹ NEUMANN, “§34”, in Nomos Kommentar, Volume I, 2.ª Edição, p. 1210.

¹¹⁰ No mesmo sentido, NEUMANN, “§34”, in Nomos Kommentar, Volume I, 2.ª Edição, p. 1210, e SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.ª Edição, p. 353; contra, SÄCKER, “§904”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, 4.ª Edição, p. 637.

¹¹¹ Numa tal situação, nada mais resta ao agente do que recorrer aos meios normais de salvaguarda de interesses jurídicos, designadamente o recurso ao Tribunal (lançando mão, inclusivamente, de procedimentos cautelares) ou à Administração.

¹¹² NEUMANN, “§34”, in Nomos Kommentar, Volume I, 2.ª Edição, p. 1214; no mesmo sentido, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, pp. 732-733, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 443, PAWLIK Der rechtfertigende Notstand, p. 177, e TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, p. 232.

¹¹³ Neste sentido, *vide*, entre outros, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 733, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 443, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 387, NEUMANN, “§34”, in Nomos Kommentar, Volume I, 2.ª Edição, pp. 1214-1215, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 158, RUDOLPHI, “§35”, in SK, Vol. I, 7.ª/8.ª Edição, p. 5, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 212, TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, pp. 231-232, HIRSCH, “§34”, in LK, 10.ª Edição, p. 146, STRATENWERTH/KÜHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição, p. 167,

No tocante aos interesses ameaçados, tanto podem ser interesses do agente como de terceiro, sendo que os interesses de terceiro tanto podem ser de um *terceiro beneficiário* como do próprio lesado. De referir, contudo, que, no caso de se tratar de um interesse do lesado, para que estejamos perante uma situação de estado de necessidade, sempre terá de ocorrer um pressuposto (negativo) adicional: não ter sido prestado consentimento pelo lesado ou não ser de presumir, que, naquelas circunstâncias, o lesado prestasse consentimento nesse sentido¹⁵.

Quanto ao interesse *a salvaguardar* poderá ser de qualquer natureza: pessoal ou patrimonial¹⁶. É controvertida a questão de saber se se poderá atuar em estado de

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, II, p. 110, e WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 33.^a Edição, p. 104. Na Doutrina civilista, *vide* BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, p. 37, FAHSE, “§228”, *in* Soergel BGB, p. 1584, BAUR, “§904”, *in* Soergel BGB, 6, p. 293, e PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, pp. 233 e ss. e 256. Na Jurisprudência, *vide* Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015, da RC de 28/09/2016 e da RE de 15/10/2013, *in* www.dgsi.pt.

¹⁴ Um dos exemplos de escola que costuma ser referido é aquele em que um desconhecido coloca um casal numa situação perigo permanente, através de frequentes incursões noturnas ao seu quarto; numa das ocasiões, apesar de o desconhecido já se ter posto em fuga, o marido tentou detê-lo, disparando sobre ele, acabando por lhe causar ferimentos, (*vide* JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.^a Edição, p. 387). Esta situação foi, efetivamente, decidida pelo BGH, na sua Sentença de 15/05/1979, *in* NJW, 1979, pp. 2053 e ss., tendo o Tribunal considerado que se estava perante uma situação de perigo atual (na vertente de “perigo permanente”), deixando em aberto a possibilidade de justificação através do §34 do StGB e acabando por excluir a culpa, por aplicação do §35 do StGB.

¹⁵ Com efeito, num caso em que se sacrifique um interesse do lesado para se salvaguardar um outro interesse do lesado, estaremos, em princípio, perante uma situação de consentimento do lesado ou de consentimento presumido; só não será assim quando o lesado recuse prestar consentimento ou, perante a situação em concreto, não fosse de presumir que o lesado daria o seu consentimento.

¹⁶ No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.^a Edição, p. 442, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 443, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, II, p. 108, DILCHER, “§228”, *in* Staudingers Kommentar, I, 12.^a Edição, p. 906, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, p. 23, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, Volume I*, p. 457, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, I, 4.^a Edição, Reimpressão, p. 211, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 158, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral*, II, pp. 229 e 231, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a Edição, pp. 342-343, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I*, 4.^a Edição, p. 303, GROTHE, “§228”, *in* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, p. 2061, e Acórdãos do STJ de 19/04/1988 e 19/10/2010, *in* www.dgsi.pt. Contudo, já discordamos de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 443, quando entende que o interesse a salvaguardar poderá ser um interesse meramente moral. É que, ao se permitir que, para salvaguardar um interesse meramente moral, alguém pudesse lesar a esfera jurídica de outrem, que era obrigado a suportar tal atuação, estar-se-ia a exceder os ditames da solidariedade e do utilitarismo sociais e do princípio da autonomia do lesado.

necessidade para salvaguardar interesses da comunidade à custa do sacrifício de interesses alheios, sendo certo que, na Doutrina, há quem responda negativamente¹⁷, quem responda positivamente¹⁸ e quem dê uma resposta casuística¹⁹.

Pela nossa parte, concordamos inteiramente com os autores que respondem positivamente, por várias razões.

Em primeiro lugar, porque a lesão de um interesse supraindividual pode causar maiores prejuízos a um número maior de pessoas do que a mera lesão de um interesse individual, pelo que, no mínimo por igualdade de razão, é de admitir a atuação em estado de necessidade para salvaguarda de um interesse supraindividual; até porque, em tais situações, existirá um reforço das ideias de solidariedade e de utilitarismo social, através do sacrifício de um interesse individual em prol da Comunidade (salvo quando estejam em causa bens jurídicos de natureza pessoal, em que é vedado, por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer ponderação em termos qualitativos ou quantitativos).

Em segundo lugar, existem bens jurídicos supraindividuais que são suscetíveis de fruição individual.

E, em terceiro lugar, existem interesses supraindividuais cuja lesão se irá ou poderá repercutir sobre pessoas em concreto; assim, por exemplo, a lesão da saúde pública ou do ambiente poderá pôr em risco a vida ou a saúde de pessoas em concreto, bem como a lesão da economia nacional poderá pôr em causa a subsistência de pessoas em concreto.

¹⁷ Vide, entre outros, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª Edição, p. 343, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 211 e ss, BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 23 e ss., e TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 120.

¹⁸ Vide, entre outros, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª Edição, p. 525, FAHSE, “§228”, *in* Soergel BGB, p. 1586, GROTHE, “§228”, *in* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2061, DILCHER, “§228”, *in* Staudingers Kommentar, I, 12.ª Edição, p. 906, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 442 (embora com muitas reservas), GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, II*, pp. 108, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 158, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 387, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 729, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 499, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6.ª Edição, p. 136, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 167, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Volume 1*, 8.ª Edição, p. 378, KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª Edição, pp. 259 e ss., e WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 33.ª Edição, p. 103.

¹⁹ Vide, entre outros, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, II*, p. 231.

6.5.2. O perigo apenas poder ser removido à custa do sacrifício de interesses juridicamente protegidos alheios ao agente.

Dado que o estado de necessidade constitui uma permissão da ordem jurídica para se intervir na esfera jurídica alheia, sacrificando interesses juridicamente protegidos alheios ao agente, só se poderá conceber uma situação de estado de necessidade quando o perigo só possa ser removido à custa do sacrifício de interesses alheios ao agente¹²⁰. E, de facto, o art. 34.º do CP à semelhança do §34 do StGB, exige que o facto danoso praticado pelo agente seja o meio adequado para afastar o perigo; contudo, tal exigência não existe no art. 339.º do CC, o que não significa que não seja de exigir a sua verificação também no estado de necessidade jurídico-civil, pois, como diz PESSOA JORGE, referindo-se a esse preceito, «a lei não exige expressamente tal pressuposto, mas ele resulta da própria ideia de estado de necessidade».¹²¹.

De notar que este pressuposto opera numa dupla vertente: (1) só se sacrificar o interesse alheio se só assim se puder esconjurar o perigo e (2) o interesse alheio só deverá ser sacrificado e naquela escala se não for possível sacrificar um outro interesse cujo sacrifício seja menos gravoso para o lesado ou sacrificar aquele interesse, mas em menor escala¹²².

Começando pela primeira vertente se, para se esconjurar o perigo, não for necessário sacrificar qualquer interesse alheio e o agente sacrificar um interesse alheio, não agirá em estado de necessidade¹²³ e o mesmo sucederá quando o sacrifício do (ou daquele) interesse alheio seja inidóneo para afastar o perigo¹²⁴; no entanto, se o sacrifício

¹²⁰ De notar que este sacrifício não implica destruição ou danificação podendo consistir, por exemplo, no mero uso de coisa alheia, no incumprimento de uma obrigação, etc.

¹²¹ PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 256.

¹²² No mesmo sentido, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2063, FAHSE, “§228”, in Soergel BGB, p. 1584, SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.ª Edição, p. 355, e, na Doutrina penal, LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, pp. 80 e ss., PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 161, e CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 217.

¹²³ *Maxime*, quando seja possível, em tempo útil, recorrer aos meios normais de salvaguarda de direitos (força pública, interposição de ações judiciais, incluindo procedimentos cautelares, etc.).

¹²⁴ No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 459, WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33.ª Edição, p. 104, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 734, TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, p. 233, JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição, p. 503, CAVALEIRO DE FERREIRA,

do interesse alheio ao agente se mostrar inidóneo para afastar completamente o perigo, mas se mostrar idóneo para o reduzir de forma substancial, nem por isso se deixará de ter como verificado o pressuposto de cuja análise nos ocupamos¹²⁵. Para além disso, quando o interesse em perigo seja da titularidade do agente e este possa fugir para escapar ao perigo, entendemos que sempre que seja possível fugir, o agente deverá fazê-lo em vez de intervir na esfera jurídica alheia¹²⁶, por várias razões.

Em primeiro lugar, estabelecendo um paralelo com a legítima defesa, diversamente do que sucede nesta, no estado de necessidade, o titular do interesse sacrificado não é um agressor, tanto podendo ser um terceiro que nada tem a ver com a causação do perigo como o causador do perigo. Ora, na legítima defesa está em causa uma ideia de prevenção geral, de reposição da Ordem Jurídica violada pelo ato de agressão, pelo que impor ao agredido que, quando tal fosse possível, fugisse do agressor, seria uma verdadeira permissão de que, faticamente, imperasse a Lei do mais forte em detrimento do agredido¹²⁷; diversamente, no estado de necessidade, apenas está em causa esconjurar um perigo – sendo que o fundamento do estado de necessidade nem sequer passa por qualquer ideia de reposição da Ordem Jurídica violada –, pelo que é de exigir que, se o perigo puder ser afastado sem ser necessário adotar comportamentos lesivos da esfera jurídica alheia, o agente deverá fugir.

E, em segundo lugar, a lesão de um interesse alheio por parte de alguém que, podendo fugir para evitar o perigo, prefere agir sobre a esfera jurídica alheia, é incompatível, não só com a ideia de solidariedade e de utilitarismo social que presidem ao instituto do estado de necessidade como com os ditames do princípio da autonomia do lesado, na medida em que tal equivaleria a obrigar alguém a suportar uma lesão desnecessária na sua esfera jurídica.

Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 217, e Acórdãos do STJ de 25/06/92, da RC de 08/05/2013 e 28/09/2016, da RE de 15/10/2013 e da RG de 22/06/2015, in www.dgsi.pt.

¹²⁵ No mesmo sentido, TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, p. 233.

¹²⁶ Neste sentido, BRIGUGLIO, Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile, p. 41, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2063, FAHSE, “§228”, in Soergel BGB, p. 1584, SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.ª Edição, p. 355, DILCHER, “§228”, in Staudingers Kommentar, I, 12.ª Edição, p. 907, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 734, e WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33.ª Edição, p. 104.

¹²⁷ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 420.

Passando à segunda vertente, de entre dois factos danosos idóneos para afastar o perigo¹²⁸, o agente terá de optar pelo menos prejudicial para o lesado¹²⁹; assim, se os meios disponíveis forem de danosidade diversa¹³⁰, o agente terá de optar pelo menos prejudicial para o lesado¹³¹ e, se forem de igual danosidade, o agente poderá escolher qual o que irá utilizar.

6.5.3. A adequação do meio.

Para além de ser necessário, o sacrifício do interesse alheio tem de ser adequado a esconjurar o perigo. Surgem, contudo, dificuldades ao nível de saber se se trata, efetivamente, de um pressuposto da justificação do facto ou se, pelo contrário, constitui uma mera redundância face às alíneas do art. 34.º do CP, que, como tal, deveria ser suprimida do texto legal. De acordo com CAVALEIRO DE FERREIRA¹³² são estas as alternativas que se colocam:

- a) a adequação do facto é um conceito que constitui um pressuposto autónomo, a que acrescem os demais pressupostos plasmados nas alíneas do art. 34.º;
- b) os pressupostos enumerados nas alíneas do art. 34.º esgotam a definição jurídica da adequação do facto, que será sempre adequado quando se preencherem os pressupostos enumerados nas alíneas do art. 34.º; ou
- c) a adequação do facto é o conceito básico, cuja definição se completa legislativamente pela indicação dos elementos que entram no seu contexto e

¹²⁸ Como é evidente, para que o agente atue em estado de necessidade não se exige que apenas exista o meio que ele utilizou; o que ele terá de fazer é atuar da forma menos gravosa para o lesado (neste sentido, SÄCKER, “§904”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, 4.ª Edição, p. 638, SEILER, “§904”, in *Staudingers Kommentar*, III, 12.ª Edição, p. 355, DILCHER, “§228”, in *Staudingers Kommentar*, I, 12.ª Edição, p. 907, e BAUR, “§904”, in *Soergel BGB*, 6, pp. 293-294).

¹²⁹ No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 459, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 33.ª Edição, p. 104, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 734, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, II*, p. 233, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 503, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 161, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 217, e Acórdão da RE de 15/10/2013, in *www.dgsi.pt*.

¹³⁰ De referir que tal nada tem a ver com a ponderação dos interesses; o que está em causa é o confronto entre os meios utilizáveis para esconjurar o perigo e não o confronto entre o interesse a salvaguardar e o interesse a sacrificar.

¹³¹ Por exemplo, danificar a coisa em vez de a destruir, mudar a coisa de sítio em vez de a danificar ou destruir ou sacrificar um bem patrimonial em vez da vida de uma pessoa.

¹³² CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 214.

que, por serem de mais duvidoso esclarecimento, são expressamente enunciados nas mencionadas alíneas.

Pela nossa parte, entendemos que a solução correta é a mencionada em a). Desde logo, para que exista uma situação de estado de necessidade, terá de existir um perigo *que só possa ser removido à custa do sacrifício de interesses alheios ao agente*, mas, para que ocorra a exclusão da ilicitude, o meio utilizado (o sacrifício do interesse alheio) tem de se mostrar adequado à remoção do perigo. Para além disso, este pressuposto é extremamente relevante ao nível do erro sobre os pressupostos¹³³, uma vez que se, de acordo com as regras da experiência comum, o sacrifício do interesse alheio não for idóneo para afastar o perigo, não se estará perante uma situação de estado de necessidade justificante, mas, quando muito, perante uma situação de erro sobre os pressupostos do estado de necessidade, a que é aplicável o art. 338.º do CC. Finalmente, tendo em conta o fundamento do estado de necessidade agressivo, só fará sentido impor um dever de tolerância ao lesado se a lesão do seu interesse constituir um meio que, de acordo com as regras da experiência comum, seja adequado para remover o perigo; e o mesmo se diga relativamente ao estado de necessidade defensivo, uma vez que se, de acordo com as regras da experiência comum, o sacrifício do interesse do causador do perigo não se mostrar adequado para remover o perigo, já não se poderá falar em autodefesa.

Assim, a relevância (e não redundância) deste pressuposto resume-se ao que acabámos de referir, uma vez que os demais aspetos que a Doutrina alemã aqui costuma incluir, como, por exemplo, os deveres especiais de suportar o perigo, o sentido ético social da conduta do agente ou a preservação da autonomia pessoal da vítima são pressupostos autónomos do estado de necessidade.

6.5.4. A existência de um comportamento lesivo de interesses alheios por parte do agente.

Para que se estejamos perante uma situação de estado de necessidade, terá de se verificar o sacrifício de um interesse jurídico alheio ao agente, que terá de resultar de um seu comportamento (por ação ou por omissão), caso contrário, nem sequer se chega a

¹³³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 459.

ocorrer um facto cuja exclusão da ilicitude tenha de se equacionar. Do mesmo modo, se o agente causar um prejuízo a si mesmo, ou estamos perante um facto irrelevante para o Direito (no caso de o interesse a salvaguardar pertencer ao próprio agente) ou estamos perante uma gestão de negócios (no caso de o interesse a salvaguardar pertencer a um terceiro¹³⁴). Em suma, só estaremos perante um facto voluntário danoso quando o agente sacrifica interesses alheios para salvaguardar interesses próprios ou alheios,

Dito isto, importa precisar em que pode consistir a atuação do agente. Nos termos do art. 339.º, n.º 1, do CC, o agente poderá «destruir ou danificar coisa alheia». Ora, esta (aparente) limitação da letra da Lei levou a que, entre nós, surgisse uma querela doutrinária entre, por um lado, CAVALEIRO DE FERREIRA (que, posteriormente, viria a mudar de opinião e a admitir uma interpretação extensiva do art. 339.º do CC¹³⁵) e, do outro, os demais autores¹³⁶, defendendo aquele que a enumeração legal era taxativa e estes que o art. 339.º, n.º 1, do CC permitia, também o uso de coisa alheia.

Ultrapassada tal querela, a Doutrina tem entendido que, para além do uso de coisa alheia, a conduta do agente poderá, por maioria de razão, consistir na detenção ou apropriação da coisa ou até na lesão de direitos de crédito¹³⁷. Tal entendimento merece a nossa concordância, visto que, se é possível adotar condutas extremas (destruir ou danificar seriamente a coisa), por maioria de razão, também deverá ser possível os “meros” uso, apropriação ou detenção ou lesão de direitos de crédito alheios. De facto, cremos que o legislador se limitou a enumerar as condutas mais gravosas, não olvidando, certamente, que a esconjuração do perigo poderá nem “exigir” a destruição ou a

¹³⁴ Cfr. MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Volume I, 3.ª Edição, p. 313, CIAN/TRABUCCHI, Commentario Breve al Codice Civile, 5.ª Edição, p. 1943, e PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome VI, 2.ª Edição, p. 784.

¹³⁵ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, pp. 391-392, e, também, em Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 207 e ss.

¹³⁶ Cfr., entre outros, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 254 e ss., ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 636, ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 9.ª Edição, p. 524, e TERESA SERRA, Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil, p. 27.

¹³⁷ Cfr. PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 254 e ss, TERESA SERRA, Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil, p. 27, CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, pp. 391-392, e, também, em Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 207 e ss.

danificação da coisa (e que, em tais casos, a destruição e a danificação constituiriam uma situação de excesso de estado de necessidade).

6.5.5. A situação de perigo não ter sido causada voluntariamente pelo agente.

Atentando apenas no teor literal dos artigos 34.º, al. a), do CP e 339.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC, surge a questão de saber se, diversamente do que sucede no Direito Penal, não se exclui, no Direito Civil, a justificação nos casos em que o perigo é voluntariamente causado pelo agente e está em causa a salvaguarda de interesses próprios¹³⁸.

Quanto ao que se deve entender por “criação voluntária do perigo pelo agente”, entendemos que tal deverá significar criação consciente, deliberada, premeditada, do perigo¹³⁹, pelo que se levanta a questão de saber se a justificação da sua conduta será, ou não, negada quando o agente atue dolosamente ou até com mera culpa.

Devendo a “voluntariedade da criação do perigo” ser interpretada como “premeditadamente”, só deverá negar-se a justificação por estado de necessidade quando a conduta do agente seja preordenada à causação do perigo, isto é, causar o perigo para depois, valendo-se disso, poder sacrificar os interesses do lesado; será, pois, em tais situações que não poderá haver lugar à justificação da conduta¹⁴⁰. Fora isso, ainda que o perigo tenha sido causado dolosamente pelo agente, mas sem ter o referido objetivo, a justificação não poderá ser negada. De facto, é este o entendimento que melhor corresponde ao fundamento justificante do estado de necessidade, sendo que, se se negasse a justificação nos casos em que o perigo fosse causado pelo agente, mas sem o

¹³⁸ De facto, o art. 34.º, al. a), do CP prevê duas situações diversas, para as quais aponta soluções diversas. Assim, nega a justificação nos casos em que o agente tenha causado voluntariamente a situação de perigo quando se trate de salvaguardar um interesse próprio, mas o mesmo já não acontece se o interesse a salvaguardar for de terceiro, pelo que a questão só se coloca nos casos em que o interesse a salvaguardar é do agente.

¹³⁹ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 158.

¹⁴⁰ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 444, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, II, Reimpressão*, pp. 86-87, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, II*, pp. 238-239 (propondo uma interpretação restritiva/corretiva da alínea a) do art. 34.º do CP), ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 751 e ss., PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 158, TERESA QUINTELA DE BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, pp. 81-82, TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 121, e Acórdão da RP de 04/02/1998, in *www.dgsi.pt*

ser de forma deliberada e com o fim poder lesar lícitamente uma esfera jurídica alheia¹⁴¹, estar-se-ia a ir contra o fundamento do estado de necessidade, posto que, em nome da solidariedade e do utilitarismo social faz todo o sentido permitir que alguém cujo interesse esteja em perigo por causa de um seu descuido, o possa afastar lesando interesses alheios manifestamente inferiores e que, ao mesmo tempo, se imponha um dever de tolerância ao lesado¹⁴².

E o mesmo se diga no tocante a uma situação em que o perigo é causado dolosamente, mas sem que o agente tenha o objetivo de, servindo-se disso, lesar interesses alheios¹⁴³. Veja-se o seguinte exemplo: A ingere veneno com o intuito de se suicidar; contudo, após ingerir veneno, arrepende-se e quer fazer todos os possíveis para se salvar; como a única possibilidade de se salvar será ir imediatamente para o hospital, não podendo esperar por um transporte, A, utiliza, sem autorização, o veículo de B e dirige-se para o hospital. Ora, numa tal situação, é manifesto que em nome da solidariedade e do utilitarismo social faz todo o sentido permitir que A possa afastar o perigo lesando interesses alheios manifestamente inferiores e que, ao mesmo tempo, se imponha um dever de tolerância ao lesado¹⁴⁴; caso contrário, estar-se-ia a esvaziar de conteúdo as ideias subjacentes ao instituto.

Situação completamente diversa é se o agente tiver causado dolosamente o perigo, com a finalidade de, valendo-se disso, poder sacrificar os interesses do lesado. Desde logo, não se pode levar a ideia de solidariedade social ao ponto de obrigar o lesado a suportar a atuação do agente, sendo que isso seria fazer prevalecer a “lei do mais forte”; na realidade, em termos de justiça material, seria inadmissível que se considerasse conforme à ordem jurídica a conduta de quem, pretendendo arranjar um pretexto para, lícitamente, lesar um interesse de outrem, causa uma situação de perigo e depois se vale

¹⁴¹ Contra, Acórdãos do STJ de 19/04/1988, 08/03/1990 e 14/02/2011, in *www.dgsi.pt*.

¹⁴² De todo o modo, nos termos do art. 339.º, n.º 2, do CC, se o descuido do agente tiver sido a única causa do perigo, o agente tem de indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo que lhe tiver causado.

¹⁴³ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 158, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 444, e TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, pp. 237 e ss.

¹⁴⁴ De todo o modo, nos termos do art. 339.º, n.º 2, do CC, se a conduta de A tiver sido a única causa do perigo, o agente tem de indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo que lhe tiver causado a B.

dela para lesar terceiros¹⁴⁵. Em segundo lugar, a não se interpretar o preceito desta forma, estaríamos a ir também contra os ditames do princípio da autodeterminação ou da autonomia do titular do interesse sacrificado para salvaguardar um outro interesse, que, como vimos, constituem o limite negativo da atuação ao abrigo do estado de necessidade justificante¹⁴⁶. Em terceiro lugar, a 1.ª parte do n.º 2 do art. 339.º do CC não é aplicável aos casos em que exista uma provocação preordenada do perigo; tal constitui uma verdadeira *actio libera in causa*, que, como tal, jamais poderá ser considerada conforme à Ordem Jurídica¹⁴⁷. E, por último, atento o que resulta do art. 34.º, al. a), do CP, não existe qualquer razão que justifique uma solução diversa no Direito Civil, dado que o fundamento do estado de necessidade agressivo é o mesmo que no Direito Penal e sendo que, pelas razões já aduzidas, há que evitar qualquer descontinuidade do regime do CP e do CC ao nível dos pressupostos.

Já, quando o interesse ameaçado seja de terceiro, nos termos do art. 34.º, al. a), do CP, a causação voluntária do perigo não impede o agente de atuar licitamente ao abrigo do estado de necessidade agressivo, dado que ao abrigo da solidariedade social e do

¹⁴⁵ De facto, como refere TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 85, cujas palavras fazemos nossas, «*Por muito que a subsequente obrigação de indemnizar possa compensar o dano causado, jamais tentará apagar o desvalor ético desta instrumentalização da esfera jurídica alheia. Ou será que a tarefa de mera repartição de riscos e prejuízos entre os sujeitos conflituantes se pode alhear desse desvalor ético, impondo ao terceiro inocente a obrigação de suportar tal intervenção sobre os seus bens, mediante a exclusão do direito de defesa que a própria Constituição lhe atribui?! (...) não pode ver-se a justificação, em Direito Civil, como uma mera exclusão do dever de indemnizar. Justificar tem sempre uma outra faceta, de profundo sentido ético: a negação do direito de defesa constitucionalmente garantido, e a correspondente imposição do dever de tolerar a conduta justificada. Na sua subordinação aos princípios e às valorações fundamentais da Ordem Jurídica, o Direito Civil jamais poderá ignorar tal eticidade, que terá de o nortear na atribuição do direito de necessidade. Além disso, convém não esquecer que esta consideração ética naturalmente se impõe à justificação civil que se orienta, em primeira linha, para a perspectiva do lesado.*».

¹⁴⁶ Neste sentido, afirma FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 465, «*ser essa a solução que permite realizar a mais justa composição dos interesses em conflito e, ao mesmo tempo, a que mais se aproxima da letra do preceito e do pensamento que esteve na sua origem*».

¹⁴⁷ Neste sentido, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 260-261. De resto, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, pp. 109-110, no articulado que propôs para o estado de necessidade, distinguia duas hipóteses, atribuindo-lhes, também, consequências muito diferentes. Assim, se a situação de perigo tivesse sido causada voluntariamente pelo agente e se se tratasse de defender um interesse próprio, não agiria em estado de necessidade, enquanto que, se o perigo lhe fosse imputável a título de negligência, a conduta seria justificada ao abrigo do estado de necessidade, ficando o agente obrigado a indemnizar o lesado nos termos gerais, afastando-se a possibilidade da fixação equitativa de uma indemnização pelo juiz.

utilitarismo social, faz todo o sentido que o agente, para esconjurar o perigo que causou a outrem, sacrifique um interesse alheio: o que está aqui em causa não é a exclusão da responsabilidade do agente, mas sim a salvaguarda do interesse alheio que este colocou voluntariamente em perigo. De todo o modo, nos termos do art. 339.º, n.º 2, do CC, o agente é obrigado a indemnizar pela totalidade do prejuízo que causar.

6.5.6. Sobre o agente não recair o dever de suportar o perigo.

Existem determinadas profissões (bombeiros, nadadores-salvadores, militares, polícias, etc.) cujas normas que regem o seu exercício obrigam o agente a suportar o perigo¹⁴⁸. Daí que se trate de um dever especial, uma vez que recai apenas sobre determinadas pessoas e não sobre a generalidade dos cidadãos; assim sendo, se, perante uma situação de perigo para si, não levarem a cabo a ação salvadora, em princípio, atuarão ilicitamente, uma vez que, fruto da sua vinculação ao cumprimento de tais deveres especiais, o incumprimento destes, ainda que numa situação de perigo para o agente, não são, em princípio, abarcados pelo estado de necessidade.

No entanto, como referem MARINUCCI/DOLCINI «o ordenamento não pretende o heroísmo do bombeiro: por isso, não será punível por homicídio se, tendo entrado numa casa em chamas e transportando no braço um ferido, o abandone numa situação em que não conseguirá sair do edifício sem se libertar do ferido»¹⁴⁹. Isto é, numa situação em que, manifestamente, o agente não consiga levar a cabo a ação salvadora e, para além disso, ele próprio corra perigo se a tentar levar a cabo (ou se continuar a levá-la a cabo), não se lhe pode exigir, através de uma declaração de ilicitude, que se imole, em nome do dever; e, concomitantemente, seria inaceitável que, considerando-se um tal comportamento ilícito, alguém pudesse obrigar o agente a levar a cabo ou a continuar a levar a cabo a ação salvadora.

¹⁴⁸ Assim, um bombeiro ou um nadador-salvador não poderão deixar de tentar salvar uma pessoa porque para o fazer correrão perigo de vida, um polícia não poderá deixar de deter um criminoso só porque ele é perigoso ou um militar não poderá deixar de combater numa guerra por correr perigo de vida.

¹⁴⁹ MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, p. 178

6.6. O pressuposto objetivo específico do estado de necessidade agressivo: o interesse salvaguardado ser de valor sensivelmente superior ao do interesse sacrificado.

De acordo com FIGUEIREDO DIAS, cujas palavras fazemos nossas, o interesse ser sensivelmente superior significa que, «*não tanto ou não só que o interesse salvaguardado se situe, numa escala “aritmética”, muito acima do interesse sacrificado, mas que a justificação ocorra apenas quando é clara, inequívoca, indubitável ou terminante a aludida superioridade à luz dos factores relevantes de ponderação*»¹⁵⁰. De facto, só assim é que se poderá, em nome de uma solidariedade e de um utilitarismo sociais impor ao lesado (que é inocente quanto à causação do perigo) um dever de tolerar a atuação do agente.

Para que se possa concluir pela sensível superioridade do interesse salvaguardado, terá de se operar uma ponderação entre os interesses conflitantes, a qual consiste na definição de critérios de comparação tendentes a, na situação concreta, avaliar qual dos interesses em conflito deverá prevalecer.

No tocante aos critérios de ponderação, a ponderação terá de ser global, isto é, não se poderá limitar aos bens jurídicos em causa na situação concreta¹⁵¹, levando-se em linha de conta outros fatores como a intensidade da lesão do bem jurídico ou a razoabilidade de impor ao lesado o sacrifício do seu interesse^{152 153}, sendo que, quando se

¹⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, p. 456; no mesmo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição*, p. 388, LENCKNER/PERRON, “§34”, *in* Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar, 26.ª Edição*, pp. 657-658), ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição*, pp. 766-767, e STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição*, p. 170; contra, HIRSCH, “§34”, *in* LK, 10.ª Edição, p. 146, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, p. 287 (nota 504), e JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição*, pp. 513-514.

¹⁵¹ Cfr., entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, pp. 445-446, FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, *in* *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III*, pp. 180 e ss, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição*, p. 388, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição*, pp. 735-736, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição*, pp. 168-169, GALLAS, “Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund”, *in* *Festschrift für Mezger*, p. 311, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, pp. 159 e ss, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, III*, p. 630, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, pp. 53 e ss, KÜPER, “Tötungsverbot und Lebensnotstand”, *in* *JuS 1981*, p. 787, e JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Sortes”, *in* *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão*, p. 105 (nota 21).

¹⁵² Contra, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 286 (nota 503), que entende que a alínea c) do art. 34.º do CP como um obstáculo à realização de qualquer ponderação dos

trate de bens jurídicos da personalidade, jamais será admissível uma ponderação em termos quantitativos ou qualitativos¹⁵⁴. De referir que, apesar de a ponderação dever ser global, o ponto de partida terá de ser, necessariamente, o valor dos bens jurídicos, posto que se, por exemplo, o agente pretender salvaguardar um interesse patrimonial à custa da vida do lesado, desde logo não haverá justificação por estado de necessidade, uma vez que o património nunca será sensivelmente superior à vida.

Contudo, se existem situações em que será bastante simples hierarquizar os bens jurídicos (*v.g.* a vida será sempre superior à honra ou ao património), outras existem em que tal se mostra extremamente complexo¹⁵⁵, razão pela qual poderá haver necessidade

interesses em conflito, sob pena de uma solução diversa significar um crasso utilitarismo e a degradação individual. Pela nossa parte, fazemos nossas as palavras de FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Edição, p. 449 quando critica a opinião expendida por TAIPA DE CARVALHO.

¹⁵³ A Doutrina penal costuma referir um outro fator, que é o grau do perigo. Contudo, trata-se de um fator aplicável ao Direito Penal e ao Direito de Mera Ordenação Social e não tanto ao Direito Civil. Assim, de acordo com este critério, será de considerar que o agente poderá agir licitamente se, perante um perigo concreto de uma certa importância, adote uma conduta que consista na produção de um perigo abstrato, situação que terá um especial campo de aplicação na circulação rodoviária - condutas subsumíveis ao crime de condução em estado de embriaguez ou sob a influência de substâncias psicotrópicas ou sem habilitação legal, condutas subsumíveis a contraordenações estradais, etc.- (neste sentido, *vide*, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Edição, p. 448, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.^a Edição, pp. 743-744, e Acórdãos do STJ de 24/02/2011, da RL de 19/06/1996, da RC de 28/09/2016 e da RG de 22/06/2015, *in* www.dgsi.pt).

Do mesmo modo, se o agente, para evitar um prejuízo que se nada fizer, seguramente ocorrerá, levar a cabo uma ação salvadora que só em pequena medida ponha em perigo um outro bem jurídico, o funcionamento deste fator levará a que se considere que o agente atua licitamente, ao abrigo do estado de necessidade (agressivo).

¹⁵⁴ No mesmo sentido, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.^a Edição, pp. 738 e ss, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Edição, p. 451, LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, p. 92, GALLAS, "Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund", *in* Festschrift für Mezger, p. 327, EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimpressão, p. 95, KÜPER, Grund- und Grenzfragen der Rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, pp. 32 e ss e 119, VON WEBER, "Die Pflichtenkollision im Strafrecht", *in* Festschrift für Kiesselbach, pp. 247 e ss, ESER/BURKHARDT, Derecho Penal, p. 268, BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 4.^a Edição, p. 99, MANGAKIS, "Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts", *in* ZStW, Vol. 84 (1972), pp. 465 e 471; contra, BARATTA, Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza, p. 93, KLEFISCH, "Die nat-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre", *in* MDR, Ano 4 (1950), p. 260, SAUER, Derecho Penal - Parte General, p. 200, e Acórdão da RP de 31/05/2006, *in* www.dgsi.pt).

¹⁵⁵ De facto, é entendimento, se não pacífico, pelo menos largamente maioritário, que a integridade física e a liberdade, como bens jurídicos de natureza pessoal que são, deverão prevalecer sobre o património. Contudo, também se vem entendendo que se o agente, para evitar um grave prejuízo patrimonial, infligir ao lesado uma pequena ofensa à integridade física ou uma privação curtíssima da liberdade, ainda assim atuará licitamente ao abrigo do estado de necessidade (por todos, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Edição, pp.

de recorrer a elementos auxiliares entre os quais a comparação das molduras penais¹⁵⁶, no caso de ambos os bens jurídicos conflituantes se encontrarem jurídico-penalmente tutelados. A este respeito, importa explicitar que a comparação das molduras penais é apenas um “ponto de apoio” e não o *ponto de apoio*, uma vez que nem sempre as penas aplicáveis poderão ter em conta a importância do bem jurídico tutelado pela incriminação¹⁵⁷; para além disso, atento o carácter de *ultima ratio* do Direito Penal, quando colida um bem jurídico-penalmente tutelado com outro que o não seja, em regra deverá prevalecer aquele, uma vez que. Dito de outro modo, a tutela jurídico-penal de um bem jurídico e a intensidade com que é levada a cabo (tendo em conta a moldura penal) indiciam que o bem jurídico-penalmente tutelado será mais importante do que o que o não seja e que, sendo ambos jurídico-penalmente tutelados, o que seja tutelado através da ameaça com uma moldura penal mais elevada será mais importante, embora tal não constitua uma regra absoluta. De notar que, quando colida um bem jurídico da Comunidade¹⁵⁸ com um bem jurídico individual, em princípio prevalece o bem jurídico da Comunidade¹⁵⁹.

447-448); ou seja, se é certo que, em princípio os bens jurídicos de natureza patrimonial serão superiores aos de natureza patrimonial, situações (excepcionalíssimas) haverá em que tal não sucederá (salvo, claro, quando o bem jurídico de natureza não patrimonial que esteja em causa seja a vida ou a qualidade de vida; sobre a qualidade de vida, *vide* FARIA COSTA, “O fim da vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 772 e ss). Ora, tal é claramente demonstrativo da extrema dificuldade de que pode revestir a tarefa de hierarquização dos bens jurídicos em conflito, ponto de partida para a ponderação dos interesses.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, entre outros, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volume I, 4.ª Edição, pp. 736-737, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, pp. 168-169, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, pp. 446-447, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 159 e CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 219.

¹⁵⁷ Podendo entrar em linha de conta considerações que se prendam com o modo de lesão do bem jurídico, com o grau de culpabilidade ou com objetivos de política criminal que se prendam com a frequência com que aquele crime seja praticado (razões de prevenção geral e/ou especial), considerações essas que poderão levar à previsão de uma moldura penal mais elevada e que poderá inclusivamente suplantar a moldura penal de uma incriminação que tutele um bem jurídico hierarquicamente mais relevante (cfr., entre outros, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 219, e STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 168).

¹⁵⁸ Aos bens jurídicos da comunidade corresponde o interesse geral, isto é, os valores fundamentais da vida em Sociedade e reconhecidos pela Ordem Jurídica, que, contudo, não os coloca na titularidade de uma determinada pessoa, mas sim da própria Sociedade em geral.

¹⁵⁹ Sem prejuízo de, em determinadas situações, o bem jurídico individual poder prevalecer sobre o bem jurídico da Comunidade, nomeadamente quando a agressão ao interesse geral seja menos gravosa para a Comunidade do que a agressão ao interesse particular para o seu titular (neste sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O Conflito de Deveres em Direito Criminal*, pp. 128

Ainda no tocante à hierarquização dos bens jurídicos, importa ter em conta a imponderabilidade da vida da pessoa já nascida. De facto, será de excluir a possibilidade de que, em sede de estado de necessidade agressivo, o agente possa atuar licitamente em situações em que sacrifica a vida de um terceiro para salvar a sua vida ou a de outrem¹⁶⁰, uma vez que a vida é «*um bem jurídico de valor incomparável e insubstituível, que ocupa o primeiro e indisputável lugar, numa concepção personalista ética como a que deve presidir a toda a ordem jurídica liberal e democrática, na hierarquia dos bens jurídicos*»¹⁶¹; assim o impõe, de resto, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1.º da CRP. No entanto, esta regra basilar é duramente posta à prova nas situações que a Doutrina costuma de designar por “comunidade de perigo”, que consiste a situação que se verifica quando «*várias pessoas estão em perigo comum para a vida, colocando-se ao agente a alternativa de nada fazer, deixando morrer todos, ou intervir causando a morte de alguns e salvando outros*»^{162 163}. Pela nossa parte, entendemos que nas situações em que o agente esteja colocado perante uma situação de “comunidade de perigo” e atue sacrificando a vida de algumas das pessoas (já irremediavelmente perdidas) para salvar a

e ss, e JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Reimpressão, p. 29). Daí que atue licitamente, em estado de necessidade aquele que conduza um veículo automóvel com uma taxa de alcoolemia igual ou superior a 1,2 gr/l, sendo essa a única forma de levar, em tempo útil, uma pessoa que corra perigo de vida ao hospital, para que seja assistida (neste sentido, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 448, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 744, e Acórdão da RL de 19/06/1996, in www.dgsi.pt; contra, entendendo que apenas ocorre uma exclusão da culpa, Acórdão da RL de 05/05/1998, in www.dgsi.pt).

¹⁶⁰ Daí que seja inadmissível levar a cabo qualquer ponderação quantitativa (salvar a vida de 1000 pessoas à custa de causar a morte a 1) ou qualitativa (tanto vale a vida de um jovem como a de um idoso, a de um homem como a de uma mulher, a do sábio como a do analfabeto, a do saudável e a do moribundo, etc.) (cfr., por todos, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 160).

¹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 450.

¹⁶² LENCKNER/PERRON, “§34”, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, p. 648. De notar que a fonte do perigo não terá de ser a mesma, bastando que várias pessoas estejam em perigo.

¹⁶³ Importa distinguir a «comunidade de perigo» em sentido próprio da «comunidade de perigo alternativa» (referida por MANGAKIS, “*Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*”, in *ZStW*, Vol. 84 (1972), p. 470), que consiste na situação em que uma das pessoas (ou um dos grupos de pessoas) só fica em perigo se o agente atuar, uma vez que, se omitir, não correrá perigo algum. MANGAKIS dá, como exemplo, o célebre caso do guarda do caminho-de-ferro de Welzel, em que o agulheiro, apercebendo-se de que um comboio de mercadorias se aproxima perigosamente da estação e vai colidir com um comboio cheio de passageiros que aí se encontra, muda a direção do comboio de mercadorias para outra linha onde trabalham alguns operários, o que causará a morte a estes. De notar que MANGAKIS entende que, nos casos de «comunidade de perigo alternativa», não há lugar à justificação do facto, ao contrário do que propõe nos casos em que existe uma verdadeira «comunidade de perigo».

vida das restantes, atuará ilicitamente; é que, ainda que à luz do utilitarismo social¹⁶⁴ se pudesse defender que, para salvar a vida das demais pessoas que correm perigo, se podia sacrificar a vida das demais, que também estão irremediavelmente perdidas, à luz da solidariedade social tal seria inadmissível, pois seria insustentável conceber-se que, sendo possível salvar-se algumas das pessoas em detrimento das restantes, alguém se arrogasse no direito de escolher quem morreria e quem sobreviveria¹⁶⁵ e, conseqüentemente, que as pessoas cuja vida seria sacrificada (ou um terceiro) tivessem de suportar, sem poder opor-se em legítima defesa, as conseqüências da conduta do agente^{166 167}.

Vejamos agora os demais fatores.

Especialmente (mas não só) quando o bem jurídico tutelado pelos interesses conflitantes for o mesmo, terão de ser levados em conta outros fatores como o da intensidade da lesão do bem jurídico ou do perigo. Assim, se estiver em causa a integridade física e o agente atuar para afastar o perigo de sofrer lesões graves à custa da

¹⁶⁴ Claro que este utilitarismo social teria de ser visto numa aceção “negativa”. No fundo, trata-se de importar para a dogmática do estado de necessidade o chamado “utilitarismo negativo”, que vem sendo defendido por autores como Arthur Kaufmann, Tammelo e Karl Popper. O “utilitarismo negativo” consiste em impedir, tanto quanto possível, a infelicidade, o infortúnio, do maior número de pessoas, o que se poderá conseguir, impedindo que alguém seja atingido pela infelicidade ou, nos casos em que tal seja inevitável, minimizar esse mesmo sofrimento. Trata-se, pois, da conceção oposta ao utilitarismo «clássico» ou «positivo» de Stuart Mill e Bentham, o qual se caracterizava por tentar obter a maior felicidade para o maior número de pessoas possível (a este respeito, *vide* ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 2.ª Edição, pp. 258 e ss).

¹⁶⁵ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 453.

¹⁶⁶ De resto, é bom lembrar que, diversamente do que sucede no conflito de deveres, o agente, no estado de necessidade, não está vinculado por nenhum dever jurídico de salvaguardar o interesse que esteja em perigo ou alguns dos interesses que estejam em perigo; diversamente, no conflito de deveres, existirá *sempre* um dever de ação, pelo menos.

¹⁶⁷ Totalmente diversa desta situação é a que se verificava no exemplo dos alpinistas referido por EBERHARD SCHMIDT, “Zur Tötung von Geisterkranken auf Grund des Hitlerlasses von 1939 und zur Frage des Ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen (Anmerkung zu OGH für die Britische Zone – Urteil vom 5.3.49 – StS 19/49)”, *in* SJZ, 1949, cols. 564 e ss, em que um dos alpinistas, unidos por uma mesma corda, resvala para o precipício, de tal modo que é impossível içá-lo e, se continuar pendurado, coloca em perigo os outros alpinistas, uma vez que a corda irá partir-se, arrastando todos eles para a morte; perante tal cenário, o agente corta a corda, causando a morte ao alpinista que resvalara, salvando, assim, a vida dos demais alpinistas e a sua (pois era um dos alpinistas). De facto, na situação referida pelo autor alemão, o sacrificar de vidas humanas é lícito, pois o agente não escolhe a vítima, que já está “marcada pelo destino”. De notar que se trata de uma situação de estado de necessidade defensivo, dado que o causador do perigo para os demais alpinistas é o lesado.

infilção a um terceiro de lesões ligeiras¹⁶⁸, o prejuízo a evitar é sensivelmente superior ao que é causado ao lesado e o agente atua licitamente; e o mesmo sucederá se, para evitar a destruição de um bem patrimonial de grande valor, o agente destruir ou danificar um bem patrimonial de pequeno valor¹⁶⁹. De notar que, excecionalmente, poderá suceder que, ainda que o bem jurídico sacrificado seja, *in abstracto*, de valor superior ao bem jurídico salvaguardado, este fator da intensidade da lesão do bem jurídico leve a que se exclua a ilicitude da conduta do agente que atue desse modo¹⁷⁰.

Passando ao último dos fatores enunciados¹⁷¹ o art. 34.º, al. c), do CP exige que, para além de o interesse salvaguardado ser sensivelmente superior, terá de ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse. Tal exigência resulta do próprio fundamento do estado de necessidade agressivo, dado que, como se disse, a ideia de utilitarismo e solidariedade social que subjaz ao instituto é delimitada negativamente pelo princípio da autonomia ou da autodeterminação do lesado, uma vez que o sacrifício de interesses alheios e a consequente “incapacitação” do lesado perante a lesão do seu interesse só se poderão admitir desde que se busque (e alcance) um justo equilíbrio – não só em termos de proporcionalidade, mas também de *razoabilidade* entre aquela ideia e os ditames deste princípio, sob pena de, levando-se longe demais as exigências de solidarismo, «*se aumentar exponencialmente a complexidade social (tornando cada cidadão em polícia da salvaguarda dos interesses dos outros e/ou da comunidade) e, por essa forma, provocar mais dano do que utilidade à função do Direito Penal de tutela das condições essenciais de uma vida individual e comunitária pacífica.*»¹⁷². Assim, ainda que o

¹⁶⁸ De notar que, quando nos referimos a lesões graves temos em vista as lesões que sejam subsumíveis à previsão do art. 144.º do CP e, quando nos referimos às lesões ligeiras, queremos significar aquelas que, não sendo subsumíveis a nenhuma das alíneas desse preceito, sejam subsumíveis ao art. 143.º, igualmente do CP.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, Acórdãos do STJ de 08/06/1995 e de 17/06/1999, *in www.dgsi.pt*.

¹⁷⁰ Assim, por exemplo, se o agente, para evitar um grave prejuízo patrimonial, infligir ao lesado uma pequena ofensa à integridade física ou uma privação curtíssima da liberdade, ainda assim atuará licitamente ao abrigo do estado de necessidade, precisamente por força deste critério; de facto, ainda que a integridade física ou a liberdade sejam, em princípio, mais valiosas do que o património, sempre se dirá que, tendo em conta o fundamento do estado de necessidade agressivo a que já fizemos referência supra, será de exigir ao lesado que suporte a atuação do agente e de permitir a este que intervenha desse modo na sua esfera jurídica.

¹⁷¹ *Sendo certo que se trata de uma enunciação meramente exemplificativa.*

¹⁷² FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440; no mesmo sentido, FERNANDA PALMA, Direito Penal, Parte Geral, pp. 293 e ss, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal – Parte Geral, I, 4.ª Edição, pp. 225-226, TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, II, pp. 241 e ss, e PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 160.

bem jurídico a salvaguardar seja manifestamente superior ao sacrificado, no caso de não ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse, o interesse que o agente visa salvaguardar nunca será sensivelmente superior ao interesse sacrificado¹⁷³

Em suma, no estado de necessidade, não basta fazer uma ponderação meramente *in abstracto* dos bens jurídicos em causa; pelo contrário, essa ponderação terá de ser feita *in concreto*, levando-se em linha de conta fatores como a intensidade da lesão do bem jurídico e a intensidade da lesão tendo em conta as circunstâncias pessoais dos titulares dos interesses em conflito.

6.7. Os pressupostos objetivos específicos do estado de necessidade defensivo.

6.7.1. O perigo ser causado pelo titular do interesse sacrificado pelo agente.

Como dissemos supra, a diferenciação que a Doutrina penal – e que, como veremos, deverá ser transposta, nos seus precisos termos, para o Direito Civil – opera entre estado de necessidade agressivo e defensivo radica na bipartição existente no BGB

Será, pois, por não ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse, que não se excluirá a ilicitude da conduta do agente que, para salvar a vida a um determinado paciente, opte por retirar um rim a outro contra a vontade deste, sendo certo que o lesado sempre sobreviveria, uma vez que continuava a ter o outro rim. De facto, ainda que a integridade física (e a liberdade) do lesado tenham um valor inferior ao da vida da pessoa em perigo, seria inaceitável que se excluísse a ilicitude da conduta do agente, uma vez que daí resultaria a imposição ao lesado de um dever de tolerância face à conduta danosa e, conseqüentemente, a negação – ao lesado ou a um terceiro – da possibilidade de reagir em legítima defesa para o impedir.

¹⁷³ Ainda a respeito deste critério, ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal – Parte General, III, p. 630, dá-nos o exemplo do ganadeiro rico que, para salvar dez dos seus animais, sacrifica a vaca do vizinho, que é o único bem que integra o património deste. Entende – e bem – o autor que jamais se poderia considerar que o ganadeiro rico ao atuar desse modo agisse lícitamente porque, apesar de estar em causa o mesmo bem jurídico – o património – e de o prejuízo evitado ser menos extenso do que o causado, o ganadeiro rico iria evitar perder uma pequena parte do seu património à custa da perda de todo o património do seu vizinho e, a considerar-se tal conduta justificada, estar-se-ia a impedir este último de, reagindo em legítima defesa, obstar a que todo o seu património fosse sacrificado para salvaguardar um prejuízo que, em proporção, seria muito menos lesivo para o agente. De facto, jamais se poderia conceber, em termos de utilitarismo social e de solidariedade social, que a atuação de quem, para evitar um prejuízo, ainda que de maior montante, mas proporcionalmente menor causasse a um terceiro um prejuízo de menor montante, mas que causasse a este, em proporção, um prejuízo muito maior do que aquele que se visa acautelar, fosse conforme à Ordem Jurídica; de facto, à luz do princípio da insuportabilidade da não defesa, seria inadmissível que se impedisse o lesado de reagir em legítima defesa contra a atuação do agente.

entre estes dois institutos, nos termos em que já referimos¹⁷⁴. Contudo, no Direito Penal, onde não se limita o estado de necessidade ao sacrifício de “coisas”, o critério de diferenciação é o de quem é o causador do perigo, isto é, se quem causou o perigo é o ofendido (estado de necessidade defensivo) ou outra pessoa diversa do ofendido (estado de necessidade agressivo)¹⁷⁵; no entanto, tendo em conta que o perigo tanto poderá provir de pessoas como de coisas, o critério do causador (ou não) do perigo terá de ser entendido de uma forma hábil, no sentido de esfera jurídica de onde provém o perigo¹⁷⁶. De facto, entendemos dever ser este o critério de distinção¹⁷⁷ e não o consagrado no BGB, por duas razões.

Em primeiro lugar, quanto aos interesses que poderão ser sacrificados, como veremos, haverá justificação do facto por estado de necessidade (mesmo pelo agressivo) também quando se sacrificarem interesses de natureza não patrimonial e não apenas de cariz patrimonial

Em segundo lugar, pelas razões que já aduzimos, impõe-se uma harmonização dos pressupostos das causas de justificação comuns ao Direito Civil e ao Direito Penal (para além da natureza dos interesses sacrificáveis), por forma a obstar a descontinuidades legislativas que ponham em causa os princípios da unidade da Ordem Jurídica, da certeza jurídica e da segurança jurídica.

Será, pois, tendo presente esta necessária harmonização que se deverá determinar o critério de diferenciação entre o estado de necessidade defensivo e o estado de necessidade agressivo, o qual radica na coincidência (ou não) entre a esfera jurídica de que provém o perigo e a esfera jurídica onde se verificam as consequências danosas da atuação do agente.

¹⁷⁴ A diferença assenta na responsabilidade pela causação do perigo, estando-se perante uma situação de estado de necessidade defensivo quando a coisa destruída ou danificada seja, ela própria, a causadora do perigo e perante uma situação de estado de necessidade agressivo quando a coisa destruída ou danificada não seja, ela própria, a causadora do perigo.

¹⁷⁵ Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, p. 460.

¹⁷⁶ Assim, se o perigo provier da esfera jurídica do lesado (não tendo o agente qualquer responsabilidade na causação do perigo), estaremos no âmbito do estado de necessidade defensivo e se, pelo contrário, o perigo não provier da esfera jurídica de outrem que não o lesado ou, provindo, tal se deva à atuação de outrem (incluindo o agente ou um terceiro), estaremos no âmbito do estado de necessidade agressivo.

¹⁷⁷ De referir que poderá ocorrer uma situação de concurso entre ambos quando, para afastar o perigo, o agente sacrifique interesses do causador do perigo e de um terceiro “inocente”.

Dito isto e dado que, como facilmente se percebe, estamos muito próximos da legítima defesa, importa destringir o âmbito de cada uma das figuras. Com efeito, enquanto que, no estado de necessidade defensivo, existe uma situação de perigo, na legítima defesa, o que existe é uma agressão ilícita contra a qual o agente se vai defender a si ou a um terceiro. Ora, visto que a agressão também é uma fonte de perigo, importa destringir “perigo” de “agressão ilícita”, sendo que é aqui que radica o critério de distinção entre os dois institutos¹⁷⁸. Dado que já definimos o “perigo atual”, importa agora definir “agressão ilícita”.

¹⁷⁸ Neste sentido, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, p. 461, HRUSCHKA, “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, in *Festschrift für Dreher*, pp. 203-204, FERNANDA PALMA, “O Estado de Necessidade Justificante no CP de 1982”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III*, pp. 190 e ss, ROXIN, “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, in *Festschrift für Jescheck, I*, pp. 457 e ss., e HIRSCH, “§34”, in *LK*, 10.^a Edição, p. 165-166

Diversamente, autores como PAWLIK, “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, in *JURA*, 2002, pp. 28 e ss, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, p. 439, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.^a Edição, p. 464 e ss, e OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6.^a Edição, pp. 105 e ss, entendem que, para que haja lugar a atuação em legítima defesa, a agressão terá de ser ilícita e culposa, pelo que, sendo apenas ilícita, caímos no âmbito do estado de necessidade defensivo (cujo âmbito é, desta forma, largamente ampliado).

Creemos que não assiste razão a estes autores, porquanto alguém que atue não culposamente atua de forma contrária à Ordem Jurídica, pese embora possa beneficiar de uma causa de exclusão da culpa: não se pode dizer que o agente não violou a norma ou o direito de outrem por ser inimputável ou porque estava convencido de que aquela conduta não era contrária à Lei, assim como não se pode dizer que não agiu contra a Ordem Jurídica quando se excede nos limites da legítima defesa ou quando, numa situação de perigo, cumpre o dever de menor valor ou sacrifica um interesse que não é sensivelmente inferior àquele que salvaguarda ou cumpre uma ordem à qual não devia obediência mas estava convencido do contrário. Nestes casos, o que sucede é que, não lhe sendo exigível uma conduta diversa, será excluída a sua culpa, mas a ilicitude da conduta permanece. E, por isso, estaremos perante uma agressão ilícita, contra qual é admissível agir em legítima defesa.

Por sua vez, LAMPE, “Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand”, in *NJW*, 1968, p. 91, entende que, quando o perigo provenha de uma pessoa, o facto será justificado por legítima defesa, ao passo que, quando provier da coisa destruída ou danificada, será justificado por estado de necessidade defensivo.

Discordamos de um tal entendimento, uma vez que o perigo tanto pode ser de origem não humana como de origem humana e, no entanto, não configurar, neste último caso, uma agressão ilícita. Imaginemos que A é acometido de um ataque epilético quando conduz o seu automóvel, que começa a circular desgovernando, precisamente quando B atravessa a estrada; perante uma tal situação, B não tem como se desviar e C, apercebendo-se disso, abalroa o automóvel de A com o camião que conduz, empurrando-o para um declive – causando a morte a A –, por forma a impedir que B seja atropelado e perca a vida ou sofra graves lesões corporais. Ora, num caso destes, é evidente que a conduta de A não configura nenhuma agressão ilícita contra B, pelo que a atuação de C é subsumível ao estado de necessidade e não à legítima defesa.

Assim, a agressão consiste na lesão ou na causação de um perigo para interesses juridicamente protegidos¹⁷⁹ do defendente ou de um terceiro, as quais resultam de um comportamento humano¹⁸⁰, que terá de ser voluntário¹⁸¹ (havendo que excluir do âmbito da legítima defesa os chamados “atos reflexos”¹⁸², os factos cometidos em estado de inconsciência¹⁸³ ou sob o impulso de forças irresistíveis¹⁸⁴). Para além disso, a agressão

¹⁷⁹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, p. 408, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, p. 55, e Acórdão do STJ de 25/06/1992, *in* www.dgsi.pt. Contrariamente a PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 233 (incluindo a nota 204), não nos parece que haja razão para limitar a agressão relevante para efeitos de legítima defesa aos casos em que o agressor lesa ou coloca em perigo direitos subjetivos, deixando de fora os casos em que o ataque incide sobre interesses legalmente protegidos. É que, ainda que a Lei fale em “direitos” na epígrafe do respetivo subtítulo e no art. 338.º do CC, não se encontra, no art. 337.º do CC, qualquer limitação aos casos de ataque contra direitos subjetivos; para além disso, da mera leitura dos trabalhos preparatórios (cfr. VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, pp. 53 e ss) não se perscruta qualquer limitação a este nível.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, II*, p. 536, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição*, pp. 362-363, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, pp. 54-55, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, pp. 408-409, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 234 e ss, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal – Parte Geral, I, 4.ª Edição*, p. 181, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição*, pp. 657-658, LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, 2.ª Edição*, p. 531-533, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição*, p. 153, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 75 e ss, e JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição*, p. 463; contra, SPENDEL, “§32”, *in* *in* LK, 10.ª Edição, p. 18 e ss, e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, II, Reimpressão*, p. 37. Com efeito, desde logo, os animais ou outras coisas inanimadas não são nem podem ser destinatários de comandos jurídicos, pelo que qualquer acontecimento a eles imputável não pode nunca configurar uma contrariedade à Ordem Jurídica; de resto, nem de facto do agente se pode falar, uma vez que não se está perante um facto controlado ou controlável pela vontade (que inexistente nos animais e nas coisas inanimadas).

¹⁸¹ De facto, quando a conduta do agente não seja dominada por um mínimo de vontade (as contrações do epilético, as atividades do sonâmbulo ou do hipnotizado, por exemplo, não são dominadas nem domináveis pela vontade, o mesmo sucedendo com o “instrumento” nos casos de coação física), não se pode falar em comportamento voluntário do agente e, conseqüentemente, de agressão.

¹⁸² Por exemplo, alguém perder o controlo do automóvel por causa da reação instintiva de defesa contra um inseto que lhe entrou no olho (o exemplo é dado por FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, p. 305).

¹⁸³ Por exemplo, em situações de sonambulismo, de hipnose, de delírio profundo ou durante um ataque epilético.

¹⁸⁴ No mesmo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição*, p. 363, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição*, pp. 305 e 408, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 235, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição*, pp. 658-659, LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, 2.ª Edição*, pp. 529-530 (ao limitar a agressão a condutas dolosas), TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 243 e ss (nos mesmos termos que Luzón Peña), FERNANDA PALMA, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de*

tanto pode ser levada a cabo por ação como por omissão. De facto, encontramos na nossa Lei a consagração da equiparação da omissão à ação (cfr. arts. 486.º do CC e 10.º do CP), razão pela qual, por hipótese, a morte da vítima tanto pode ser assacável à conduta de quem dispara o projétil que lhe causa a morte como à conduta de quem, tendo um dever de garante de impedir (ou tentar impedir) a morte, não atua (por exemplo, os progenitores para com os filhos e vice-versa, nos termos do art. 1874.º do CC, ou os cônjuges entre si, nos termos do art. 1674.º do CC, a *babysitter*, os bombeiros, o polícia, a pessoa que atropela outrem, etc.).

Transpondo para a dogmática penal, a conduta do agressor poderá, então, ser subsumível à chamada omissão impura¹⁸⁵. Mais discutido é se, nas situações subsumíveis à chamada omissão pura¹⁸⁶ (por exemplo, os arts. 200.º e 284.º do CP), a omissão configura uma agressão para efeitos de legítima defesa. A este respeito, entendemos que, desde que da omissão resulte um perigo para bens jurídicos individuais ou supraindividuais, a conduta do omitente configurará uma agressão para efeitos de legítima defesa¹⁸⁷; na realidade, independentemente dos termos em que o omitente será punido (que apenas releva para determinação do tipo de crime), não existe qualquer

Direitos, Volume II, pp. 56 e ss, e JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição, p. 465; contra, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 556, ENNECCERUS/NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, Parte General, II, p. 536, e JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 366.

¹⁸⁵ Assim, agirá em legítima defesa quem, por via de agressões ou ameaças, obrigar a mãe que se recusa a alimentar o seu filho recém-nascido a alimentá-lo (cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 409; no mesmo sentido, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 363, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 660, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 178, FERNANDA PALMA, A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos, Volume II, pp. 58 e ss, TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 222 e ss, LUZÓN PEÑA, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, 2.ª Edição, p. 529, STRATENWERTH/KÜHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição, p. 153, e EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimpressão, p. 38; contra, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 556, ENNECCERUS/NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, Parte General, II, p. 535, e VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, p. 49).

¹⁸⁶ Sobre a diferença entre omissões puras e omissões impuras, vide FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 913 e ss.

¹⁸⁷ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 409, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 363, SPENDEL, “§32”, in LK, 10.ª Edição, p. 22, FERNANDA PALMA, A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos, Volume II, p. 64, e TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 237 e ss; contra, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 661, STRATENWERTH/KÜHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição, p. 153, e LUZÓN PEÑA, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, 2.ª Edição, p. 529.

diferença entre as consequências da conduta do agente, sendo que, a nosso ver, nos casos de condutas subsumíveis às omissões puras do Direito Penal de que resultem prejuízos para outrem, haverá equiparação da ação à omissão nos termos do art. 486.º do CC¹⁸⁸. Ademais, a conduta do agressor tanto pode ser dolosa como negligente¹⁸⁹, visto que nada justifica uma tal diferenciação (limitando a legítima defesa às situações em que o agressor agisse com dolo), a qual teria, além do mais, a virtualidade de introduzir uma enorme e insuportável margem de incerteza e insegurança, uma vez que, em numerosas situações, o agredido terá dificuldade em saber se a agressão é dolosa ou meramente negligente¹⁹⁰.

Quanto à ilicitude da agressão, a agressão será ilícita quando for contrária à Ordem Jurídica (no seu todo), não sendo de exigir a culpa do agressor, razão pela qual, é possível reagir em legítima defesa contra um inimputável ou contra quem atue ao abrigo de uma causa de escusa¹⁹¹. De facto, a não se entender assim, estaríamos a admitir uma restrição do direito de defesa do agredido – na medida em que o colocaria na situação de, ignorando o estado psicológico do agressor, não saber se, ao defender-se, agiria lícita ou ilicitamente – sem qualquer justificação, pondo-se em causa os ditames do princípio da insuportabilidade da não defesa (seja do interesse do agredido seja da própria Ordem Jurídica).

Voltando à distinção entre o estado de necessidade defensivo e agressivo, levanta-se a questão de saber se, nos casos em que um terceiro utilize uma coisa

¹⁸⁸ Que, ao contrário do art. 10.º, n.º 1, do CP, não fala em omissão de ações adequadas a evitar o prejuízo, mas sim em omitir o ato que estava obrigado a praticar, sendo que, nas situações aí previstas, os artigos 200.º e 284.º do CP obrigam o agente a atuar.

¹⁸⁹ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, pp. 416-417, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 659-660, e JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 363; contra, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 258 e ss, e, também, em *Direito Penal, Parte Geral, II*, pp. 179-180, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, pp. 590-591, e, também, em *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*, 2.ª Edição, pp. 160 e ss, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6.ª Edição, p. 105, e JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 464 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 417.

¹⁹¹ No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 417, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 664-665, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 556, VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, I, p. 272, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, II*, p. 536, e VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* *BMJ*, 85, p. 54; contra, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, pp. 435 e ss, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, pp. 236 e ss, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6.ª Edição, pp. 105-106, e JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, pp. 464 e ss.

pertencente ao sacrificado como instrumento de agressão sem que este tenha alguma responsabilidade relativamente à agressão, e que o agente destrua essa coisa, estamos no âmbito do estado de necessidade agressivo ou do estado de necessidade defensivo. Entendemos, seguindo a Doutrina alemã (se não pacífica, largamente maioritária)¹⁹² que estamos no âmbito do estado de necessidade agressivo, uma vez que o lesado não é o causador do perigo e, por isso, não recai sobre ele qualquer dever de afastar o perigo; e, de resto, seria injusto obrigá-lo a tolerar a atuação do agente nos mesmos termos em que deveria se sobre ele, porque era quem estava a utilizar a coisa, recaísse o dever de afastar o perigo.

Outra questão prende-se com as situações em que a coisa deteriorada ou destruída não é diretamente a causa do perigo, mas é-o apenas indiretamente. A nosso ver, em tais situações estamos no âmbito do estado de necessidade defensivo¹⁹³. Com efeito, é aquela coisa¹⁹⁴ que, ainda que através de uma outra coisa ou por força das circunstâncias, causa o perigo; na realidade, mesmo que a coisa seja causa indireta do perigo, é óbvio que ela é, no mínimo concausa, do perigo, razão pela qual continua a recair sobre o seu proprietário o dever de afastar o perigo. Para melhor ilustrarmos o que acabámos de dizer, vejamos o seguinte caso:

No ano de 1945, B, o proprietário de uma quinta na Baixa Saxónia, havia armazenado na sua quinta, a pedido de K, grandes quantidades de tabaco. Perante a chegada de tropas americanas ao local, B, que havia sido, anteriormente, o líder local dos agricultores, sentiu-se em perigo, por causa da quantidade de tabaco que tinha na quinta. Assim, para remover o perigo de a sua quinta ser saqueada pelas tropas americanas, B mandou a sua filha distribuir o tabaco gratuitamente na povoação¹⁹⁵.

¹⁹² Por todos, vide SCHREIBER, “Die Rechtfertigungsgünde des BGB”, in JURA, 1997, 1, p. 31.

¹⁹³ No mesmo sentido, DILCHER, “§228”, in Staudingers Kommentar, I, 12.ª Edição, p. 906, e MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8.ª Edição, pp. 70-71; contra, LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.ª Edição, pp. 344-345, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2062, e KÖHLER, BGB AT, 28.ª Edição, p. 308.

¹⁹⁴ Falamos apenas em “coisa”, de forma a simplificar a nossa exposição, pois nada impede que a causa indireta do perigo não possa ser uma pessoa e o bem jurídico sacrificado seja um bem de natureza pessoal e não de natureza patrimonial.

¹⁹⁵ Este caso foi decidido pelo *Oberster Gerichtshof für die britische Zone*, tendo o Tribunal entendido que B agiu em estado de necessidade defensivo e negado a K o direito a qualquer indemnização (cfr. MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8.ª Edição, p. 70).

Nesta situação, como facilmente se constata, o perigo provém do facto de B ter consigo, naquelas circunstâncias muito específicas, aquela quantidade de tabaco, que, no caso de não ser retirada da quinta (ou até destruída), atrairia as tropas americanas, que saqueariam a quinta de B¹⁹⁶, ou seja, apesar de tudo, o perigo é também causado pelo tabaco. Parafraçando o Tribunal, diremos que, em tais circunstâncias, «o *inofensivo tabaco tornou-se perigoso*»¹⁹⁷.

6.7.2. O interesse sacrificado não ser manifestamente superior ao interesse salvaguardado.

No estado de necessidade defensivo, o agente atuará licitamente se o interesse sacrificado não for de valor manifestamente superior ao interesse salvaguardado. E, atento o fundamento do estado de necessidade defensivo, faz todo o sentido inverter a ponderação dos interesses, fazendo repercutir sobre o causador do perigo que o não removeu, como lhe incumbia, as consequências da remoção do perigo por ele causado, através da atribuição de uma maior margem de atuação ao agente e do consequente “aumento” da amplitude do dever de tolerância por parte do sacrificado. De facto, seria inadmissível que alguém causasse um perigo para a esfera jurídica de outrem e que o não removesse e que a vítima ou um terceiro apenas pudessem atuar nos (apertados) limites do estado de necessidade justificante plasmados no art. 34.º do CP e no art. 339.º, n.º 1, do CC. Daí que, tendo em conta a responsabilidade (ainda que não dolosa nem negligente) do lesado pela causação do perigo, se inverta o critério de ponderação, de modo a que a conduta do agente seja sempre justificada, salvo se sacrificar um interesse sensivelmente, desproporcionadamente inferior face àquele que irá salvaguardar.

Quanto aos bens jurídicos que poderão ser salvaguardados e sacrificados em sede de estado de necessidade defensivo, pelas razões já aduzidas quanto ao estado de necessidade agressivo (e aqui até por maioria de razão), os interesses jurídicos a salvaguardar e a sacrificar tanto poderão ser de natureza patrimonial como de natureza pessoal.

Relativamente aos critérios de ponderação de cada um dos interesses, damos aqui por reproduzido o que dissemos supra em sede de estado de necessidade agressivo,

¹⁹⁶ Foi esse, de resto, o entendimento do Tribunal (cfr. MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8.ª Edição, pp. 70-71, que concorda com a decisão).

¹⁹⁷ Citado por MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8.ª Edição, p. 70.

sendo certo que, dado que o lesado é o causador do perigo, será sempre razoável impor-lhe o sacrifício do seu interesse.

6.8. O pressuposto subjetivo do estado de necessidade (agressivo e defensivo).

A questão da exigência do preenchimento de pressupostos subjetivos nas causas de justificação tem sido, sobretudo, discutida no Direito Penal¹⁹⁸; contudo, tem sido

¹⁹⁸ No Direito Penal, é de exigir, cumulativamente, o desvalor do resultado e o desvalor da ação para que estejamos perante um ilícito típico, dado que, como dizia WELZEL, Derecho Penal Aleman, 12.ª Edição, pp. 91-92, cujas palavras fazemos nossas, «O ilícito não se esgota na causação do resultado (lesão do bem jurídico), dissociada da pessoa do agente; pelo contrário, a ação só é antijurídica como obra de um determinado agente: o objetivo que o agente conferiu ao facto, a partir de que posição é que o praticou, os deveres que o obrigavam na situação concreta; tudo isto determina, de modo decisivo, o ilícito do facto ao lado da eventual lesão do bem jurídico. A ilicitude é sempre a desaprovação de um facto com referência a um determinado agente. O ilícito é ilícito da ação referido ao agente, é ilícito “pessoal”».

Assim sendo, para que se exclua a ilicitude, é necessário excluir-se, concomitantemente, o desvalor do resultado (o que se consegue através do preenchimento dos pressupostos e dos pressupostos objetivos das causas de justificação) e o desvalor da ação (que se consegue através do preenchimento do pressuposto subjetivo das causas de justificação) [trata-se, de resto, da opinião largamente maioritária na Doutrina e na Jurisprudência (cfr., entre outros, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 391 e ss, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, pp. 640 e ss, STRATENWERTH/KÜHLEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5.ª Edição, p. 174, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 161, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, pp. 352 e ss, e Acórdãos do STJ de 16/12/2104 e 17/11/2015 e da RE de 15/10/2013, in www.dgsi.pt); contra, entre outros, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 190, GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, pp. 101 e 132, e SPENDEL, “Gegen den «Verteidigungswillen» als Notwehnerfordernis”, in Festschrift für Bockelmann, pp. 245 e ss e 252 e ss, e, também, em “§32”, in LK, 10.ª Edição, pp. 65 e ss. Por seu turno, EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Reimpressão, p. 13, entende que a exigência, ou não, da verificação do pressuposto subjetivo deverá ser analisada caso a caso].

De facto, como bem nota FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 393, «Quem desconhece a situação objectiva que conduz à justificação actua com um desvalor de acção em tudo equivalente, do lado subjectivo, ao autor de um facto típico relativamente ao qual se não verifica qualquer situação de justificação; por outras palavras, actua com vontade de realização do tipo objectivo de ilícito e o seu facto contém, de forma completa, o desvalor da acção».

No tocante ao estado de necessidade, tem-se entendido maioritariamente que basta que o agente atue com a consciência de estar a salvar o interesse preponderante, sem que se deva exigir qualquer *animus* – consistente na intenção de salvar o interesse preponderante – nesse sentido, nem sequer uma cuidadosa comprovação prévia dos pressupostos (neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 459-460, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, pp. 774-775, JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição, pp. 431 e ss, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 161, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015 e da RE de 15/10/2013, in www.dgsi.pt; contra, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 391,

transposta também para o Direito Civil e, no que nos interessa, para o estado de necessidade jurídico-civil, discutindo-se se, para que haja justificação por estado de necessidade, terá de estar preenchido algum pressuposto subjetivo¹⁹⁹ e, entre quem entende que sim, em que consistirá esse pressuposto²⁰⁰.

Entendemos que será de exigir o preenchimento de um pressuposto subjetivo, desde logo, porque quem desconhece a situação objetiva que conduz à justificação, do

STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.^a Edição, p. 174, e BAUMANN/WEBER/MITTSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11.^a Edição, p. 385).

Pela nossa parte, entendemos, em primeiro lugar, que, se o Direito Penal visa a proteção de bens jurídicos, o que lhe interessa é a efetiva proteção desses bens jurídicos, independentemente das intenções com que o agente age.

Em segundo lugar, para que haja desvalor da conduta do agente não se exige nunca qualquer *animus* desvalioso para o preenchimento dos elementos objetivos do tipo, pois isso deixaria impune o agente nos casos em que agisse com negligência ou em que, agindo com dolo, o fizesse com dolo necessário ou com dolo eventual; assim, se não se exige, também não faz sentido que se exija para a exclusão da ilicitude do facto típico.

Em terceiro lugar, não faz sentido exigir-se um *animus* que, pelo menos na maioria das situações, não se conseguirá provar na prática.

E, em quarto lugar, a expressão “para afastar o perigo” constante do art. 34.º do CP não se refere à exigência de uma vontade, de um *animus* de salvaguardar o interesse preponderante, mas sim à exigência da adequação do meio para esconjurar o perigo (neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, p. 459).

Quanto a exigir-se uma cuidadosa comprovação prévia dos pressupostos, seria intolerável negar a justificação do facto numa situação em que o agente tivesse salvaguardado um interesse porque, verificando-se os pressupostos do estado de necessidade (de que o agente tinha perfeita consciência), o agente não se deu ao cuidado de comprovar previamente a sua verificação, antes o aceitando levemente, e sendo certo que, na prática seria quase impossível demonstrar o cumprimento de tal dever (neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, p. 460, e JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.^a Edição, p. 391).

¹⁹⁹ Entendem que a justificação da conduta implica o preenchimento de pressupostos subjetivos, entre outros, BAUR, “§904”, in Soergel BGB, 6, p. 293, FAHSE, “§228”, in Soergel BGB, p. 1588, SÄCKER, “§904”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, 4.^a Edição, pp. 638, DILCHER, “§228”, in Staudingers Kommentar, I, 12.^a Edição, p. 908, SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.^a Edição, p. 354, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, p. 2064, BASSENGE, “§904”, in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 47.^a Edição, p. 1078, e Sentença do BGH de 30/05/1972, in NJW, 1972, p. 1571; contra, BRAUN, “Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?”, in NJW, 1998, pp. 942-943, e BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, p. 173.

²⁰⁰ Assim, GROTHE, “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, p. 2064, entende que basta a actuação com consciência da situação de perigo, ao passo que autores como BAUR, “§904”, in Soergel BGB, 6, p. 293, FAHSE, “§228”, in Soergel BGB, p. 1588, SÄCKER, “§904”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, 4.^a Edição, pp. 638, DILCHER, “§228”, in Staudingers Kommentar, I, 12.^a Edição, p. 908, SEILER, “§904”, in Staudingers Kommentar, III, 12.^a Edição, p. 354, e BASSENGE, “§904”, in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 47.^a Edição, p. 1078, bem como o BGH na Sentença do de 30/05/1972, in NJW, 1972, p. 1571, entendem que o agente terá de actuar com vontade de afastar o perigo.

ponto de vista subjetivo, atua com vontade de realização de um facto danoso, cuja prática – ainda que em menor escala do que no Direito Penal – contém, em si mesma, um desvalor ético, que não poderá ser “apagado” numa situação em que alguém, numa situação de perigo, lesa a esfera jurídica alheia sem saber que, ao fazê-lo, está a afastar esse mesmo perigo; seria, pois, chocante que, numa tal situação, se impusesse ao lesado um dever de tolerar a conduta lesiva do agente, sendo que, parafraseando TERESA QUINTELA DE BRITO, diremos que «*Na sua subordinação aos princípios e às valorações fundamentais da Ordem Jurídica, o Direito Civil jamais poderá ignorar tal eticidade, que terá de o nortear na atribuição do direito de necessidade. Além disso, convém não esquecer que esta consideração ética naturalmente se impõe à justificação civil que se orienta, em primeira linha, para a perspectiva do lesado*»²⁰¹.

Para além disso, entendemos que será de exigir apenas que o agente atue com a consciência de estar a salvaguardar o interesse preponderante. Não é, contudo, o que parece resultar – pelo menos da letra – do art. 339.º, n.º 1, do CC, onde se diz que a destruição ou a danificação terá de ser levada a cabo «*com o fim de remover o perigo*», o que não coincide com o art. 34.º do CP, onde não se exige que o agente atue com essa finalidade; no entanto, entendemos que, no art. 339.º, n.º 1, do CC, não está em causa a exigência de uma vontade de afastar o perigo nem poderá estar, por várias razões.

Em primeiro lugar, não faz qualquer sentido que se negue a exclusão da ilicitude (incluindo o dever de tolerância do lesado) numa situação em que o agente, tendo a consciência de estar a afastar o perigo, o faz, não tanto por atuar com vontade, com *animus* de afastar o perigo, mas essencialmente por, à conta disso, se tornar conhecido, obter uma recompensa, etc.

Em segundo lugar, se, para haver responsabilidade civil o agente não terá de agir com dolo direto, também para excluir a ilicitude não há que exigir qualquer intenção de afastar o perigo.

Em terceiro lugar, não faz sentido exigir-se que um *animus* que, pelo menos na maioria das situações, não se conseguirá provar na prática, levando a excluir a justificação em situações em que, do ponto de vista da justiça material, tal deveria suceder.

²⁰¹ TERESA QUINTELA DE BRITO, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal, p. 85.

Em quarto lugar, a razão de ser do estado de necessidade é perfeitamente prosseguida nos casos em que o agente atua com a mera consciência de estar a afastar o perigo²⁰², pois a sua conduta – independentemente do *animus* que o move – é direcionada para afastar o perigo.

E, em quinto lugar, se, no Direito Penal, como referimos em rodapé, basta a mera consciência e no Direito Civil nada obriga a que se seja mais exigente, há que concatenar o regime do estado de necessidade no plano de ambos os ramos do Direito, de forma a afastar, a este nível, quaisquer discontinuidades, que conduziriam à situação insustentável a que já fizemos referência.

6.9. Consequências jurídicas da atuação em estado de necessidade justificante.

Atuando o agente ao abrigo do estado de necessidade justificante (agressivo ou defensivo), a ilicitude da sua conduta será excluída, daí resultando, como se disse supra, a impossibilidade de o lesado reagir contra a conduta do agente em legítima defesa²⁰³.

Para além disso, dado que o art. 483.º, n.º1, do CC, que é a norma-base do nosso sistema de responsabilidade civil, exige a ilicitude do facto para que o agente incorra em responsabilidade e fique obrigado a indemnizar o lesado, tudo pareceria apontar no sentido de que, agindo em estado de necessidade justificante, o agente não estaria obrigado a indemnizar o lesado. Contudo, nos termos do art. 339.º, n.º 2, do CC, sobre o agente que atue em estado de necessidade, poderá recair o dever de indemnizar o lesado, isto sem prejuízo de, em determinadas situações, tal dever não existir, seja porque deverá ser o terceiro beneficiário a indemnizar ou porque, pura e simplesmente, não haverá lugar a indemnização.

Trata-se de um caso subsumível à chamada imputação pelo sacrifício²⁰⁴, que, fazendo nossas as palavras de MENEZES CORDEIRO, «*tem, como pressuposto, uma*

²⁰² Diversamente dos casos em que atua sem qualquer consciência de estar a afastar o perigo, pois, em tais situações, é óbvio que o agente não é minimamente movido por qualquer finalidade de afastar o perigo, antes correspondendo a sua atuação, no plano subjetivo, à prática injustificada de um ato danoso na esfera jurídica alheia. Não seria, pois, justo, impor ao lesado o dever de tolerar a conduta de quem, do ponto de vista subjetivo, mais não quer do que causar-lhe um prejuízo ou, pelo menos, de quem não se mune do cuidado que lhe é exigível para evitar a causação de tal prejuízo.

²⁰³ Cfr. Acórdão do STJ de 20/11/2013, in *www.dgsi.pt*.

permissão de agir, em áreas que, normalmente, estariam vedadas. A responsabilidade cominada ao agente pelos danos que, no decurso de tal actuação, perfeitamente lícita, sejam provocados tem, assim, dois sentidos:

- *por um lado dá satisfação a elementar ensejo de justiça: se uma pessoa beneficia da autorização de praticar determinados actos, que lhe estariam, de outra forma, vedados, não se considerando ilícitos os danos que daí possam advir, justo é que seja o próprio autor a suportar esses danos, em vez de terceiros que, com o benefício da situação, nada tenham a ver;*
- *por outro lado, conduz a natural incentivo no sentido de o agente não abusar da situação, provocando danos desnecessários, em relação ao fim último, por ele prosseguido»²⁰⁵*

Tendo presente o que acabámos de dizer e atento o fundamento do estado de necessidade agressivo, é justo que o lesado tenha direito a ser indemnizado. De facto, trata-se de uma permissão dada a uma pessoa para causar prejuízos numa esfera jurídica alheia e, ao mesmo tempo, da imposição, ao lesado, de um dever de tolerância face ao sacrifício de um seu interesse em prol da salvaguarda de um interesse que lhe é alheio, sendo que a causação do perigo que ameaça esse interesse não lhe é assacável. Ora, tal situação, a não ser devidamente contrabalançada, representava uma situação de pura instrumentalização de um terceiro e, por isso mesmo, algo de completamente

²⁰⁴ Muito próxima da ideia de indemnização pelo sacrifício é a ideia de indemnização por expropriação por utilidade privada, a qual assenta no direito de o titular do interesse sacrificado em prol da salvaguarda de um interesse que lhe é alheio ser indemnizado em virtude do sacrifício do seu interesse; no fundo tratar-se-ia de algo análogo à justa indemnização na expropriação por utilidade pública (defendendo a ideia de indemnização por expropriação por utilidade privada como fundamento da indemnização por ato lícito nas situações de estado de necessidade, vide VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in BMJ, 85, p. 29, e DEMOGUE, Traité, III, pp. 398-399). Mas já nos parece de rejeitar o entendimento segundo o qual a indemnização assenta numa ideia de enriquecimento sem causa (como defendem autores como CARBONNIER, Droit civil, II, pp. 2312-2313, e WEILL/TERRÉ, Droit Civil, 2.^a Edição, p. 688), uma vez que, como assinala VAZ SERRA, *Op. e Loc. Cit.*, no estado de necessidade não existe nenhuma situação de enriquecimento de alguém à custa do prejuízo de outrem.

²⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, 2.^o Volume, Reimpressão, p. 394; no mesmo sentido, LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, II, 13.^a Edição, pp. 669 e ss. VON THUR, p. 273, referindo-se ao estado de necessidade, diz que «*Este equilíbrio de interesses [o dano a evitar ser incomparavelmente maior do que o prejuízo causado a outrem] é a base em que assenta o regime jurídico do estado de necessidade, sendo daí que resulta o dever de ressarcir os danos produzidos: é lógico e justo que quem escape a um perigo sacrificando os bens de outro, carregue com as costas*».

inadmissível em termos de justiça material. Daí que uma compensação surja logo ao nível do princípio da autodeterminação do lesado, que leva a que o dever de tolerância do lesado (e a licitude da conduta do agente) cesse quando não for razoável impor-lhe o sacrifício do seu interesse. Contudo, tal não reequilibra, pelo menos de forma satisfatória em termos de justiça material, a situação do lesado, uma vez que, quando se não concluir pela desrazoabilidade de lhe impor o sacrifício do seu interesse, continua a ter de tolerar a lesão da sua esfera jurídica. Assim, parafraseando VON TUHR²⁰⁶, diremos que o equilíbrio de interesses em que assenta o regime jurídico do estado de necessidade levará a que da atuação em estado de necessidade (agressivo, dizemos nós) resulte que quem escape de um perigo à custa da produção de um dano na esfera jurídica de um terceiro, deva indemnizar este último, por razões de justiça material. Do mesmo modo, a imposição de um dever de indemnizar terá, igualmente, a virtualidade de obrigar o agente a ser comedido na sua atuação, por forma a apenas lesar a esfera jurídica do lesado, na medida mais estrita do estritamente necessário, uma vez que, quanto maior for o prejuízo causado, maior será o montante da indemnização.

No entanto, atendendo à especificidade da situação (atuação lícita, solidariedade social e utilitarismo social), o legislador destriça – e bem – dois tipos de situações: (1) o surgimento do perigo é, exclusivamente, assacável à conduta (prévia) do agente²⁰⁷ e (2) o surgimento do perigo não é, exclusivamente, assacável à conduta (prévia) do agente, podendo sê-lo apenas parcialmente ou apenas assacável à conduta de um terceiro, o que, por sua vez, configura um outro expediente para reequilibrar a situação.

Assim, nas situações em que o agente seja o exclusivo causador do perigo, em termos de justiça material, é de inteira justiça que, por um lado, o lesado seja indemnizado integralmente pelo prejuízo sofrido e que, por outro, o agente, que causou o perigo que depois removeu à custa do sacrifício do interesse do lesado, seja obrigado a indemnizar, na íntegra, o prejuízo que causou, uma vez que deverá ser traçada, ao nível das consequências jurídicas (designadamente no tocante à fixação do *quantum*

²⁰⁶ VON THUR, p. 273, no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.^a Edição, Reimpressão, p. 560 (nota 2), que fala num «*princípio de justiça comutativa, que manda compensar o titular do interesse justamente sacrificado ao interesse superior*»

²⁰⁷ De notar que, salvo quando se trate de salvaguardar interesses de terceiro, a 1.^a parte do n.º 2 do art. 339.º do CC não se aplica aos casos em que o perigo tenha sido voluntariamente causado pelo agente, nos termos referidos supra, pois aí aplica-se o regime previsto nos artigos 483.º e ss. do CC.

indemnizatório), uma linha clara de separação das situações em que é o agente o responsável exclusivo pela causação do perigo²⁰⁸ das situações em que o não é (seja porque é apenas um concausador ou é totalmente alheio à situação). De notar que, ainda que o beneficiário da atuação do agente seja pessoa diversa deste, deverá ser sempre o agente a indemnizar, dado que, na qualidade de causador do perigo, deverão recair sobre ele os encargos da resolução do conflito de interesses que ele mesmo criou, o que consistirá na obrigação de indemnizar aquele cujos interesses foram lesados para remover o perigo que fora causado pelo próprio agente.

Quando o agente não seja o exclusivo causador do perigo ou, pura e simplesmente, o não seja, por o causador ser um terceiro (que não o lesado), de acordo com o art. 339.º, n.º 2, do CC, o Tribunal poderá fixar equitativamente o montante da indemnização – podendo ser condenado o agente ou quem tiver tirado proveito do ato²⁰⁹ ou quem tiver contribuído para o estado de necessidade (para além do agente)²¹⁰ –, não

²⁰⁸ Quanto à culpa exclusiva do agente, entendemos, com PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 260-261, que tal só sucederá quando a conduta do agente for previsivelmente perigosa, uma vez que, no caso de a situação de perigo resultar de circunstâncias fortuitas, não se poderá falar em provocação do perigo. De notar que, no caso de o agente/exclusivo causador do perigo ser um inimputável (na aceção do art. 488.º, n.º 1, do CC), estar-se-á no âmbito da 2.ª parte do n.º 2 do art. 339.º do CC e não da sua 1.ª parte. Com efeito, se na responsabilidade por facto ilícito, o inimputável *poderá*, por razões de equidade, ser condenado a reparar os danos total ou parcialmente, não faria sentido que, no âmbito de responsabilidade por facto lícito, se previsse um regime mais gravoso (como o que resulta da 1.ª parte do n.º 2 do art. 339.º, segundo o qual, o inimputável seria *sempre* obrigado a reparar o dano *na íntegra*). Já o mesmo não sucederá quanto à pessoa obrigada à vigilância de cuja omissão do dever de vigilância resulte a causação do perigo pelo inimputável, dado que, aí, a causação do perigo pelo inimputável resulta do incumprimento do dever de vigilância que sobre essa pessoa recaía; assim sendo, a pessoa obrigada à vigilância, desde que não se verifique nenhuma das situações previstas na parte final do art. 491.º do CC e que possua bens à custa dos quais a sua responsabilidade possa ser efetivada, responderá pelos prejuízos causados pelo inimputável (neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, p. 491), devendo a indemnização ser calculada nos termos da 1.ª parte do n.º 2 do art. 339.º do CC (assim, embora à luz do Direito italiano, BRIGUGLIO, Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile, p. 178).

²⁰⁹ De referir que o próprio lesado pode ser, ao mesmo tempo, o beneficiário da atuação do agente. Contudo, só se colocará a questão da atuação em estado de necessidade se o lesado recusar expressamente ou, atentas as circunstâncias, ser de presumir que o lesado, se fosse consultado, não permitiria aquela atuação com o sacrifício do seu (outro) interesse; é que, quando assim não suceda, estaremos no âmbito do consentimento do lesado ou do consentimento presumido (cfr. art. 340.º do CC).

²¹⁰ Importa precisar que, apesar de a Lei dizer “(...) em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade” não implica que o agente tenha de ser sempre responsabilizado e condenado a pagar uma indemnização, ainda que conjuntamente com quem tenha tirado proveito e/ou com quem tenha causado o estado de necessidade. Pelo

sendo de excluir que, em determinadas situações, possa nem ser fixada qualquer indemnização ao lesado²¹¹ [o que poderá acontecer quando, ainda que a atuação do agente não tivesse tido lugar, ainda assim o lesado teria sofrido o mesmo prejuízo que o agente lhe causou²¹² ou quando o prejuízo causado ao lesado o tenha sido para remover um perigo que o ameace (contanto que o agente seja totalmente inocente quanto à causação do perigo)]. Mas há que referir, também, que o recurso à equidade não exclui, sem mais, a possibilidade de o agente ou o beneficiário ou o causador do perigo ser obrigado a indemnizar a totalidade do dano causado pelo agente ao lesado²¹³ ²¹⁴. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto²¹⁵.

contrário, é perfeitamente possível que apenas o beneficiário e/ou o causador possam ser responsabilizados, não incorrendo o agente em qualquer responsabilidade (neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume, Reimpressão, pp. 395-396, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 7.ª Edição, p. 83, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, p. 448, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª Edição, p. 685, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, p. 303, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 560, e VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, pp. 31 e ss.).

No caso de serem vários os obrigados a indemnizar, o montante da indemnização a cargo de cada um deverá ter em conta a proporção do seu contributo para o estado de necessidade e/ou do benefício retirado da situação (cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª Edição, p. 686), pois seria injusto que o agente fosse obrigado a indemnizar o lesado em situações em que foi o lesado ou um terceiro a causar a situação de estado de necessidade e da qual ele, agente, não retirou qualquer benefício (mas um terceiro ou até o próprio lesado sim).

²¹¹ Cfr., entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Edição, Reimpressão, p. 560 (na medida em que refere que se entregou ao prudente arbítrio do juiz a tarefa de decidir quanto à atribuição da indemnização), MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Volume, Reimpressão, p. 395, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, p. 259, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, p. 493, e TERESA SERRA, *Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil*, p. 37; a Jurisprudência italiana tem entendido que, em situações de estado de necessidade, poderá não haver lugar à fixação de qualquer indemnização (*vide*, a este respeito, os arestos referidos por GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, pp. 493-494).

²¹² No mesmo sentido, BAUR, “§904”, *in* Soergel BGB, 6, p. 295.

²¹³ Não nos repugna que, nos termos do art. 339.º, n.º 2, 2.ª parte, recaindo o dever de indemnizar sobre o agente como concausador do perigo (contanto que o outro concausador não seja o próprio lesado) ou sobre um terceiro que seja o causador exclusivo do perigo que o agente removeu, não deva o obrigado indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo, à semelhança do que sucede nos casos da 1.ª parte. Com efeito, a possibilidade de recorrer à equidade não é mais do que a procura, por parte do legislador, do justo equilíbrio entre os interesses do lesado, do agente e do beneficiário, o que deriva do próprio fundamento do estado de necessidade agressivo.

²¹⁴ De referir que não merece a nossa concordância a opinião de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª Edição, p. 525, e de PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, p. 260, segundo a qual só ocorrerá o estado de necessidade justificativo do facto danoso nas situações previstas na 2.ª parte do n.º 2 do art. 339.º do CC. Com efeito, mesmo a 1.ª parte de tal preceito espelha a especificidade da situação de estado de necessidade – quer quanto ao seu fundamento quer quanto ao fundamento da responsabilidade

Ainda no que tange à 2.^a parte do art. 339.^o, n.^o 2, do CC, há que analisar a tricotomia agente/beneficiário/causador do perigo. Nesse preceito, o legislador terá querido dar a possibilidade ao Tribunal de, através do poder de individualização posto ao alcance do juiz, adaptar a responsabilização às circunstâncias do caso concreto, podendo responsabilizar apenas o agente, o beneficiário ou o causador do perigo ou cumular a responsabilidade, em conjunto, de todos ou de alguns deles²¹⁶. Também aqui tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto, nos termos supra referidos.

por factos lícitos – e não é mais do que a busca, por parte do legislador, do justo equilíbrio entre os interesses conflitantes na situação de estado de necessidade (agressivo).

²¹⁵ No mesmo sentido, preconizando que o juiz deverá atender a critérios como o da atividade do agente, do proveito que terceiros tenham retirado do facto ou a contribuição que eles tenham dado para a criação da situação de perigo, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.^a Reimpressão, p. 1201, e TERESA SERRA, *Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil*, pp. 37-38. Outros critérios a que se poderá atender serão, por exemplo, a gravidade do prejuízo evitado, o grau de atualidade ou iminência do perigo ou as condições económicas de cada uma das partes interessadas (lesado, agente, beneficiário, causador do perigo) (neste sentido, *vide* os arestos da Jurisprudência italiana referidos por CENDON, *Commentario al Codice Civile*, IV, p. 2050), bem como o grau de imputabilidade do agente.

²¹⁶ De facto, nos casos em que o agente não seja o causador (nem concausador) da situação de perigo nem seja o beneficiário (ainda que parcial) da sua conduta, entendemos que, em termos de justiça material, seria inadmissível responsabilizá-lo – ainda que com direito de regresso sobre o beneficiário e/ou o causador da situação de perigo – pelo pagamento da indemnização, ainda que não correspondente à totalidade do prejuízo causado [no mesmo sentido, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, pp. 33 e ss, SEILER, “§904”, *in* Staudingers Kommentar, III, 12.^a Edição, p. 360, SÄCKER, “§904”, *in* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, 4.^a Edição, pp 639-640, SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, I, p. 130, MEDICUS, *Schuldrecht II*, BT, 12.^a Edição, p. 433, CANARIS, “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus “culpa *in* contrahendo”, Gefährdung und Aufopferung”, *in* NJW, 1964, p. 1993, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht, I*, AT, 6.^a Edição, p. 117, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, II*, 13.^a Edição, p. 655 (Larenz, contudo, mudou de opinião, passando a defender uma responsabilidade conjunta do agente e do beneficiário), e Acórdão do STJ de 19/10/2010, *in* www.dgsi.pt; contra, BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 187-188, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, II, p. 543 (nota 8), VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, I, p. 273, FAHSE, “§228”, *in* Soergel BGB, p. 1589, BAUR, “§904”, *in* Soergel BGB, 6, p. 295, DILCHER, “§228”, *in* Staudingers Kommentar, I, 12.^a Edição, p. 909, e KÖHLER, *BGB AT*, 28.^a Edição, p. 309; defendendo uma responsabilidade conjunta do agente e do beneficiário, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a Edição, p. 344, WOLF, *Sachenrecht*, 20.^a Edição, p. 158, e Acórdão da RP de 25/09/1997, *in* www.dgsi.pt].

E, ainda em termos de justiça material, entendemos que, no caso de o perigo ter sido causado exclusivamente pela conduta de um terceiro que não o agente, deverá ser o terceiro (e nunca o agente) a responder pelo prejuízo – e, por via de regra, pela sua totalidade e não em termos equitativos –, uma vez que, se não fosse a intervenção do agente, iria responder, a título de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, por um prejuízo superior àquele que o agente, ao intervir, causou. Com efeito, o causador do perigo já é suficientemente beneficiado pelo facto de ter de indemnizar um prejuízo menor face ao que teria de ressarcir caso o agente não tivesse atuado, razão pela qual não deverá ser, ainda, beneficiado no sentido de o lesado ter de

Quanto à questão de, nos casos em que o causador do perigo é um inimputável e o tribunal entende que deverá ser o causador a indemnizar o lesado, saber quem deverá ser condenado entendemos que será aplicável o regime do art. 489.º do CC: o inimputável responderá pelo cumprimento da obrigação de indemnizar, desde que não seja possível obter a indemnização das pessoas obrigadas à sua vigilância²¹⁷. E, nos casos em que o beneficiário da conduta do agente seja um número indeterminado de pessoas, entendemos que o dever de indemnizar recairá, consoante as situações, sobre o Estado, a Região Autónoma ou a(s) Autarquia(s) a que “pertencam” os beneficiários. Isto quanto ao estado de necessidade agressivo.

Quanto ao estado de necessidade defensivo, entendemos que não haverá lugar a qualquer indemnização ao lesado, uma vez que não faria sentido, em termos de justiça material, obrigar o agente a indemnizar alguém que causou um perigo para terceiros, que não removeu²¹⁸ como era seu dever; no fundo, trata-se de ser o causador do perigo a suportar as consequências da resolução do conflito²¹⁹.

demandar, à partida, o agente ou, podendo optar, demande o agente (que nem retira qualquer benefício da sua atuação nem tem qualquer responsabilidade na causação do perigo [contra, BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 188 e ss (entendendo que o lesado poderá optar entre o agente e o causador do perigo), VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* BMJ, 85, p. 37, e ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, II*, p. 543 (nota 8) (entendendo que o agente é sempre o titular do dever de indemnizar)].

²¹⁷ No mesmo sentido, BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, pp. 172 e ss.

Nos casos em que não seja possível obter da pessoa obrigada à vigilância a indemnização e o inimputável seja condenado a ressarcir o lesado, há que distinguir:

- a) a impossibilidade é jurídica (porque se verifica alguma das situações previstas na parte final do art. 491.º do CC) e aí o inimputável não tem direito de regresso contra a pessoa obrigada à vigilância; ou
- b) a impossibilidade é meramente prática (quando, por exemplo, a pessoa obrigada à vigilância não possua bens suficientes para que a sua responsabilidade possa ser efetivada) e aí o inimputável tem direito de regresso contra a pessoa obrigada à vigilância

(cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I*, 4.ª Edição, p. 491).

²¹⁸ É que, enquanto que no estado de necessidade agressivo se sacrifica o interesse de um “inocente”, no estado de necessidade defensivo sacrifica-se um interesse do causador do perigo, o qual, por esse facto, tem o dever de afastar esse perigo, que não cumpriu; no fundo, como dissemos, estamos a meio caminho entre a legítima defesa (a que não chegamos por faltar a agressão ilícita) e o estado de necessidade “agressivo” (que ultrapassamos pelo facto de o sacrificado ser o causador do perigo e não um “inocente”), pelo que, ao nível do dever de indemnizar, deverá ser levada em conta essa (enorme) diferença entre ambos os institutos. De facto, convém não esquecer que, se quisermos estabelecer paralelos entre o estado de necessidade defensivo e o estado de necessidade agressivo, por um lado, e, por outro, entre o estado de necessidade defensivo e a legítima defesa, não podemos deixar de concluir que o estado de necessidade defensivo está muito mais próximo da legítima defesa do que do estado de necessidade agressivo, dado que, tal como na legítima defesa, a vítima da reacção do agente é responsável pela causação

6.10. O erro sobre os pressupostos do estado de necessidade.

O art. 338.º do CC limita a exclusão da ilicitude por erro ao erro sobre os pressupostos da ação direta e da legítima defesa, deixando de fora o erro sobre os pressupostos do estado de necessidade.

No entanto, entendemos que não só nada impede a aplicação desse preceito ao erro sobre os pressupostos do estado de necessidade como até, por maioria de razão face ao erro sobre os pressupostos da ação direta e da legítima defesa, será de aplicar o art. 338.º do CC ao erro sobre os pressupostos do estado de necessidade, uma vez que, através da indemnização nos termos do art. 339.º, n.º 2, poderá haver lugar a uma redistribuição equitativa dos danos, para que ninguém saia injustamente prejudicado, para além do risco normal em que todos incorrem²²⁰, o que não sucede no erro sobre os pressupostos

do perigo (dado que a agressão ilícita também causa perigo) (neste sentido, entre outros, PAWLIK, “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, in *JURA*, 2002, p. 27, TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 286 e ss, LACKNER/KÜHL, StGB, 24.ª Edição, p. 210, NEUMANN, “§34”, in *Nomos Kommentar*, Volume I, 2.ª Edição, p. 1225, HRUSCHKA, “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, in *Festschrift für Dreher*, p. 203, e MICHAEL KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 237).

²¹⁹ A expressão é de TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, pp. 185 (nota 309).

²²⁰ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 446, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, p. 142 (nota 372) e, na Doutrina alemã, propondo a aplicação, por analogia, do §904, 2, do BGB aos casos de erro desculpável sobre os pressupostos e pressupostos do estado de necessidade justificante, SÄCKER, “§904”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, 4.ª Edição, pp. 641-642, GROTHE, “§228”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume I, 4.ª Edição, p. 2066, e DILCHER, “§228”, in *Staudingers Kommentar*, I, 12.ª Edição, p. 909; contra, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, p. 303, que limitam a aplicabilidade do preceito à acção direta e à legítima defesa.

Curiosa é a opinião defendida por PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, pp. 261-262, começando por dizer que faz todo o sentido excluir do art. 338.º do CC o estado de necessidade, uma vez que, se não deixa de haver obrigação de indemnizar quando estejam verificados todos os pressupostos do estado de necessidade, por maioria de razão, não fará sentido excluir a indemnização quando os pressupostos se não verifiquem, pese embora o agente esteja convencido, erroneamente, de que sim, sendo tal erro desculpável; contudo, acaba por referir que o fundamento da obrigação de indemnizar – que para ele é o risco – é o mesmo que no estado de necessidade, pelo que, nos termos do art. 339.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC, se poderá atender ao erro para atenuar ou excluir a indemnização (no mesmo sentido, VAZ SERRA, “Causas Justificativas do Facto Danoso”, in *BMJ*, 85, pp. 40 e ss, embora apenas se refira à redução da indemnização e não à sua exclusão). Ou seja, se bem que por um caminho diverso, PESSOA JORGE e VAZ SERRA entendem que o regime do art. 339.º, n.º 2, do CC é também aplicável aos casos de estado de necessidade putativo.

De todo o modo, ainda que se entendesse que não era possível alargar o âmbito de aplicação do art. 338.º do CC ao estado de necessidade agressivo, sempre teria de se aplicar o art. 338.º ao estado de necessidade defensivo, fosse por analogia com a legítima defesa (pois, como vimos, o

da legítima defesa ou da ação direta, em que não há lugar a indemnização. Essencial é que o erro do agente seja desculpável, isto é, que o agente tenha caído nele, não obstante ter atuado como lhe exigia o dever de diligência²²¹.

Quanto a quem deve indemnizar – quando o beneficiário seja pessoa diversa do agente –, entendemos que, em sede de estado de necessidade putativo, quem responderá pela indemnização, será o agente, dado que a sua atuação se deveu a uma má perceção da realidade, que lhe é imputável.

7. O estado de necessidade e institutos afins.

Analisados os pressupostos do estado de necessidade justificante, podemos agora, com maior exatidão do que num momento anterior do nosso estudo, destrinçar o estado de necessidade de institutos afins.

7.1. Estado de necessidade e legítima defesa.

Passando a distinguir ambos os institutos, enquanto que, na legítima defesa, se reage contra uma agressão atual e ilícita (agindo-se sobre o agressor) – estando em causa uma ideia de preservação do Direito na pessoa do agredido²²² –, no estado de necessidade, está em causa o afastamento de um perigo à custa de interesses alheios, que tanto podem pertencer ao causador do perigo como a um terceiro inocente. Sendo certo que já definimos o “perigo” e a “agressão ilícita”, damos aqui por reproduzido o que dissemos supra acerca da agressão ilícita.

Tendo em conta o conceito de agressão atual e ilícita que mencionámos supra, surpreendemos, desde já, algumas diferenças: (1) na legítima defesa, a causa do perigo resultante da agressão é obrigatoriamente um comportamento humano voluntário e contrário à Ordem Jurídica, ao passo que, no estado de necessidade, a causa poderá ser uma qualquer, desde comportamentos humanos até factos da Natureza (incluindo ataques de animais, desde que não utilizados para esse fim por outras pessoas) e (2) na legítima defesa, o interesse sacrificado através da reação do agredido ou do terceiro é

estado de necessidade defensivo está muito mais próximo da legítima defesa do que do estado de necessidade agressivo) fosse pela subsunção das situações de estado de necessidade defensivo ao art. 336.º do CC (para quem entenda que os casos de estado de necessidade defensivo são tratados à luz deste preceito, relativo à ação direta).

²²¹ Cfr. PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 345.

²²² Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 405.

sempre pertencente ao agressor, ao passo que, no estado de necessidade, o interesse sacrificado poderá ser do causador do perigo ou de terceiro.

Para além disso, a atuação em legítima defesa nunca gera para o agente a obrigação de indemnizar o agressor, ao contrário do que pode suceder no estado de necessidade (cfr. artigos 337.º e 339.º do CC).

De referir, por último, que poderão concorrer atuações em legítima defesa com atuações em estado de necessidade sempre que o agente, para se defender, tenha necessidade de sacrificar interesses de um terceiro inocente²²³.

7.2. Estado de necessidade e ação direta.

A diferença entre a ação direta e o estado de necessidade consiste em, no estado de necessidade, o agente atuar para esconjurar um perigo de lesão de um determinado interesse juridicamente tutelado, ao passo que, na ação direta, a lesão do interesse já se consumou e o agente atua, apenas e só, para, em face do *periculum in mora* do recurso aos meios normais de salvaguarda de interesses, impedir a inutilização prática do seu interesse²²⁴. Para além disso, diversamente do que sucede no estado de necessidade, o agente apenas poderá agir para salvaguardar um interesse próprio²²⁵.

7.3. Estado de necessidade e conflito de deveres.

Trata-se da distinção mais difícil, atenta a enorme afinidade existente entre os dois institutos, não faltando, no Direito Penal, quem considere o conflito de deveres como um “subcaso” (*Unterfall*) do estado de necessidade²²⁶.

²²³ Neste sentido, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 231-232 e 261.

²²⁴ Cfr., entre outros, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 221, CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p. 309, e GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, p. 115.

²²⁵ Neste sentido, entre outros, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 221, CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p. 309, e GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, p. 115.

²²⁶ Casos de, entre outros, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 246 e ss, TAIPA DE CARVALHO, A Legítima Defesa, p. 173, GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, pp. 122 e ss, MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª Edição, p. 262, SAUER, Derecho Penal – Parte General, p. 157, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 778, MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 7ª Edição, p. 447, KLEFISCH, “Die nat-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung

Quanto à diferenciação entre ambos os institutos, temos, em primeiro lugar, a referência ao bem jurídico, visto que, enquanto que, no estado de necessidade, essa referência existe na ótica da salvaguarda de um interesse próprio ou alheio, no conflito de deveres, essa referência existe na ótica do cumprimento de um dever à custa do incumprimento de outro dever, ou seja, no estado de necessidade, a salvaguarda do bem jurídico é facultativa para o agente, ao passo que, no conflito de deveres, é obrigatória.

Em segundo lugar, enquanto que, no conflito de deveres, colidem deveres jurídicos, no estado de necessidade colidem interesses juridicamente protegidos.

Em terceiro lugar, o bem jurídico em que se baseia o interesse ameaçado no estado de necessidade pode ser da titularidade do agente ou de terceiro, ao passo que, no conflito de deveres, os bens jurídicos tutelados pelos deveres são sempre da titularidade de terceiros²²⁷.

Em quarto lugar, apesar de, em ambos os casos, vigorar o princípio *tertium non datur*, no estado de necessidade, o princípio manifesta-se no sentido de inexistir outro meio menos gravoso de salvaguardar o interesse ameaçado, ao passo que, no conflito de deveres, se manifesta, quer no sentido de não ser possível cumprir um dos deveres sem ser à custa do incumprimento de outro dever quer no sentido de inexistir outra conduta que não consista na prática de um facto lesivo (o agente terá sempre de adotar um comportamento, seja por ação ou por omissão²²⁸).

Em quinto lugar, um dos pressupostos do estado de necessidade é a existência de um perigo atual, enquanto que, no conflito de deveres, não se exige um perigo atual²²⁹.

und Rechtslehre”, in MDR, Ano 4 (1950), p. 262, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 164, e GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, pp. 331 e ss.

²²⁷ No mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 246.

²²⁸ Nos casos em que, colidindo um dever de ação e um dever de omissão, este seja superior àquele.

²²⁹ Neste sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O Conflito de Deveres em Direito Criminal, pp. 103 e ss, HEIMBERGER, “Arzt und Strafrecht”, in Festgabe für Frank, Vol. I, Reimpressão, p. 427, SAUER, Derecho Penal, Parte General, pp. 206 e 219 e ss, e Sentença do OLG de Munique de 26 de abril de 1956, in MDR, 1956, p. 565. Com efeito, no caso julgado pelo OLG de Munique [Sentença de 26 de Maio de 1956], não havia qualquer perigo atual, mas, quando muito, um perigo provável, pois o médico, ao violar o dever de segredo profissional, não visava afastar um perigo atual: o perigo para os outros utentes da via ainda era apenas provável, latente [no mesmo sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O Conflito de Deveres em Direito Criminal, p. 104 (nota 5), MITTELBACH, “Anotação à Sentença do OLG Munique de 26/04/1956”, in MDR, Ano 10 (1956), p. 566, e MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª Edição, p. 262].

E, quanto aos pressupostos e efeitos da justificação, verificam-se mais diferenças: (1) no estado de necessidade só haverá justificação do facto se for razoável impor ao lesado o sacrifício do seu bem jurídico, ao passo que, no conflito de deveres, quando colidam dois deveres de ação, não se exige esse pressuposto; (2) apesar de, em ambos os casos, se aplicar o princípio da ponderação (dos interesses ou dos deveres), no estado de necessidade agressivo, só há justificação se o agente salvaguardar um interesse de valor sensivelmente superior ao do interesse sacrificado, e, no estado de necessidade defensivo, quando se salvasse um interesse muito inferior ao interesse sacrificado, ao passo que, no conflito de deveres, basta cumprir um dever de valor igual ao do dever que se incumpe; e (3) a atuação em estado de necessidade justificante poderá gerar a obrigação de indemnizar, enquanto que a atuação em conflito de deveres justificante não²³⁰.

7.4. Estado de necessidade e colisão de direitos.

O estado de necessidade também se não confunde com a colisão de direitos, uma vez que, nesta, está apenas em causa a regulação do exercício de direitos coexistentes que, em certos casos, não poderão ser exercidos concomitantemente (podendo algum deles estar em perigo ou não), havendo necessidade de determinar qual deverá ceder para que o) outro possa ser exercido; diversamente, no estado de necessidade, está sempre em causa o afastamento de um perigo.

7.5. Estado de necessidade e consentimento do lesado.

Podemos dizer que o estado de necessidade é subsidiário do consentimento, visto que o agente só atua em estado de necessidade (ou em conflito de deveres) se o lesado não prestar consentimento válido e eficaz²³¹ (expresso ou presumido)²³².

²³⁰ No mesmo sentido, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O Conflito de Deveres em Direito Criminal, pp. 104 e ss, e PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 179.

²³¹ Sempre que haja que sacrificar um interesse de natureza indisponível, o consentimento nunca será válido; assim, se o agente, para salvaguardar um interesse ameaçado por um perigo atual e não removível de outro modo, tiver de sacrificar um interesse de natureza indisponível, agirá em estado de necessidade e não ao abrigo do consentimento do lesado. E o mesmo se diga quanto aos casos em que quem presta o consentimento carece de legitimidade e/ou capacidade de gozo e/ou de exercício para tal e não é possível obter, em tempo útil, o consentimento de quem de direito ou o seu suprimimento (recorrendo, por exemplo, ao Tribunal de Menores, no caso dos menores).

8. O estado de necessidade como causa de escusa.

Se compararmos o estado de necessidade jurídico-penal com o estado de necessidade jurídico-civil, constatamos que, ao passo que, no Direito Penal, o estado de necessidade surge sob uma dupla vertente de causa de justificação e causa de desculpa, no Direito Civil, apenas surge como causa de justificação²³³.

Porém, entendemos que têm aqui plena aplicação as palavras de MENEZES CORDEIRO acerca da exclusão da culpa (e aplicação do art. 339.º, n.º 2, do CC) nos casos de excesso desculpável, porquanto, tal como na legítima defesa, as situações de estado de necessidade poderão ocasionar situações de grande tensão psicológica que o Direito não deverá deixar de atender²³⁴. É que, nem por isso deixa de existir o equilíbrio entre as posições dos diversos interessados, pois o lesado não fica impedido de atuar em legítima defesa para impedir o agente de sacrificar o interesse jurídico de que ele é titular, razão pela qual poderá obstar ao sacrifício do seu interesse evitando a inflicção de danos (ou minimizá-los) que o agente tivesse de vir a indemnizar²³⁵; mas, por outro lado, atendendo à situação de especial perturbação psicológica do agente, poderá não se justificar que se obrigue este último a indemnizar o lesado pela totalidade do dano. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto.

²³² Assim, se, por exemplo, A, para salvar B de morrer afogado, utilizar o barco de C e este tiver consentido que A o utilize, A atua ao abrigo do consentimento do lesado e não do estado de necessidade; de facto, A só atuará em estado de necessidade se utilizar o barco sem a autorização de C (a menos que seja de presumir o consentimento) ou quando este tiver, expressamente, negado a autorização. Do mesmo modo, se, para salvar B de morrer afogado, A utilizar o barco de B, atuará, em princípio, ao abrigo do consentimento do lesado (expresso ou presumido), a menos que B o proíba de utilizar o seu barco para o salvar.

²³³ Autores como KÖHLER, BGB AT, 28.ª Edição, p. 308, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 1005, e GROTHE, “§ 228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.ª Edição, p. 2061, negam ao estado de necessidade desculpante qualquer “significado imediato” no Direito Civil, em virtude de a culpa, em Direito Civil, ser apreciada de acordo com critérios diversos dos do Direito Penal; contra, PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, pp. 346 e ss (que subsume situações de estado de necessidade desculpante (em Direito Penal) ao medo invencível ou à desculpabilidade, consoante os casos), e JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, Responsabilidade Civil, pp. 140-141.

²³⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 445.

²³⁵ De resto, qualquer terceiro poderá atuar em legítima defesa sobre o agente, impedindo-o de sacrificar o interesse do lesado.

8.1. O fundamento do estado de necessidade desculpante.

A *ratio* do estado de necessidade desculpante assenta numa ideia de que, em determinadas situações, apesar de não salvaguardar o interesse preponderante, o agente pode estar sob um grau tal de tensão psicológica que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma ou seja, qualquer indivíduo normalmente cumpridor das regras que regem a Comunidade teria, provavelmente, atuado de forma contrária à Ordem Jurídica. Diversamente do estado de necessidade justificante, não estão em jogo considerações de solidariedade e de utilitarismo social nem de autodefesa face a condutas causadoras de perigo, mas antes a constatação de que, em situações de grande tensão psicológica qualquer homem normalmente fiel ao Direito teria atuado ilicitamente, tal como sucedeu com o agente²³⁶. De facto, utilizando as palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA, «o estado de necessidade desculpante (...) objetiva nos seus pressupostos a motivação do crime: o enfraquecimento da culpa resulta fundamentalmente do confronto entre valor positivo do motivo justo e a injustiça do facto praticado. (...)»²³⁷.

8.2. Os pressupostos do estado de necessidade desculpante.

Quanto aos pressupostos do estado de necessidade desculpante, face aos pressupostos do estado de necessidade justificante, há que acrescentar um, que é o interesse salvaguardado não ser sensivelmente superior ao interesse sacrificado (nos casos em que o lesado não é o causador do perigo)²³⁸; já, nas situações em que o lesado seja o causador do perigo e em que se sacrifiquem interesses manifestamente superiores aos interesses salvaguardados, não poderá haver escusa, uma vez que, ocorrendo uma

²³⁶ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.^a Edição, Reimpressão, pp. 349 e ss, GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, II, pp. 197-198, PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal, p. 162, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015, da RP de 24/09/1997, da RC de 05/05/1999, 08/05/2012 e 28/09/2016 e da RG de 22/06/2015, in www.dgsi.pt.

²³⁷ CAVALEIRO DE FERREIRA, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.^a Edição, Reimpressão, p. 349.

²³⁸ Sendo certo que os critérios de ponderação dos interesses conflitantes são os mesmos que referimos em sede de estado de necessidade justificante.

crassa desproporção entre o interesse salvaguardado e o interesse sacrificado nunca se poderia concluir pela inexigibilidade de conduta diversa²³⁹.

E também não existirá exclusão da culpa nos casos em que o perigo tenha sido voluntariamente causado pelo agente – nos termos supra referidos em termos de estado de necessidade justificante²⁴⁰ –, visto que inexistem razões para diferenciar a solução em ambos os planos.

Ao nível dos pressupostos, será de atribuir especial preponderância à desculpabilidade, no sentido de não ser exigível ao agente que, naquelas circunstâncias²⁴¹, atuasse de modo diverso, desde logo porque se conclui que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma. Tal releva, desde logo, ao nível dos bens jurídicos cuja salvaguarda esteja em causa – que, nos termos do art. 35.º, n.º 1, do CP, são a vida²⁴², a integridade física, a honra e a liberdade²⁴³ –, dado que será de exigir uma maior

²³⁹ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 617, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 985-986, e STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 222.

²⁴⁰ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 616, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 981 e ss; diversamente, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, pp. 521-522, bastam-se com uma atuação meramente negligente.

²⁴¹ Como bem salienta CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 350, «*A lei renuncia a fixar em abstracto o grau de desculpabilidade; terá de ser fixado só no caso concreto*».

²⁴² Entendida num sentido amplo, por forma a abranger a vida intrauterina (neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 613, LENCKNER/PERRON, “§ 35”, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, p. 663, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 692, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 162, e RUDOLPHI, “§ 35”, in SK, Vol. I, 7.ª/8.ª Edição, p. 4; contra, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 973, HIRSCH, “§ 35”, in LK, 10.ª Edição, p. 187, LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.ª Edição, p. 213, e BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, p. 42) e a qualidade de vida (a que já fizemos referência supra). De facto, inexistem razões para excluir a vida intrauterina e a qualidade de vida (atenta a sua “adjacência” ao bem jurídico vida “da pessoa já nascida”), para mais quando se inclui no catálogo legal a integridade física (sem se excluir as lesões subsumíveis ao art. 143.º do CP), a liberdade e a honra.

²⁴³ Que deve ser entendida de modo amplo, por forma a abranger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, dado inexistirem razões que o impeçam; de facto, atenta a especial gravidade de determinados crimes contra a liberdade ou a autodeterminação sexual (por exemplo, a violação ou a coação sexual) face ao crime de ameaça, por maioria de razão, será de interpretar o art. 35.º, n.º 1, do CP do modo que propomos (neste sentido, *vide*, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 614, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 974, LENCKNER/PERRON, “§ 35”, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, pp. 663-664, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 162, e BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, pp. 387 e ss; contra, subsumindo os

“contenção” do agente quando se trate de salvaguardar bens jurídicos de natureza não pessoal²⁴⁴, designadamente de natureza patrimonial.

Do mesmo modo, em princípio, o interesse salvaguardado terá de ser do próprio agente ou de alguém que lhe seja próximo, no sentido de a lesão dos interesses dessa pessoa «*seja susceptível de provocar sobre o agente uma pressão igual ou análoga à que teria lugar se os bens jurídicos em perigo fossem do agente*»²⁴⁵; no entanto, uma vez que o art. 35.º do CP não restringe a possibilidade de exclusão da culpa aos casos em que o perigo ameace um parente ou outra pessoa próxima do agente (como sucede no § 35 I do StGB), não podemos deixar de concordar com FIGUEIREDO DIAS quando refere que só o funcionamento do pressuposto da desculpabilidade do agente (paralela à inexigibilidade do Direito Penal, que é aquela a que o autor se refere) permitirá, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, excluir a culpa quando o agente atue para salvaguardar interesses de *outros* terceiros²⁴⁶. A relevância de tal pressuposto manifesta-se, igualmente, na exigência de que o perigo não seja insignificante²⁴⁷ e que

casos de abuso sexual à integridade física e não à liberdade, JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 517, e JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição, p. 692). Como é evidente, não é admissível a invocação de estado de necessidade desculpante face a privações de liberdade legalmente determinadas (cumprimento de penas de prisão, sujeição a prisão preventiva ou a detenção nos termos prescritos no CPP) (cfr. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 975, e JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5.ª Edição, p. 524).

Por fim, há que referir que não se vê razão para limitar a “liberdade” para efeitos de estado de necessidade desculpante à liberdade de locomoção (excluindo a liberdade de ação e/ou de decisão) (no mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Op. e Loc. Cit.*, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Op. e Loc. Cit.*; contra, BAUMANN/WEBER/IMITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11.ª Edição, p. 558 (nota 32), LENCKNER/PERRON, “§ 35”, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26.ª Edição, p. 664, HIRSCH, “§ 35”, in LK, 10.ª Edição, p. 188, JESCHECK/WEIGEND, *Op. e Loc. Cit.*, BERNSMANN, *Op. Cit.*, pp. 77-78, e JAKOBS, *Op. e Loc. Cit.*).

²⁴⁴ No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 613.

²⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 614.

²⁴⁶ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 614. De notar que, quanto aos “outros terceiros”, o vínculo que os une ao agente poderá ser de qualquer natureza (amizade, amor, gratidão, etc.), sendo que concordamos inteiramente com JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, 2.ª Edição, p. 692, quando refere que o vínculo não terá de ser recíproco, uma vez que a inexigibilidade terá de ser aferida com base no agente e não com base no “*feed back*” que os seus sentimentos para com o beneficiário merecem da parte deste. Com efeito, terá de se considerar que, se o agente amar a beneficiária, mas não for correspondido no seu amor, nem por isso será de excluir a exclusão da culpa, dado que dúvidas não restam de que a generalidade dos homens honestos e fiéis ao Direito teriam agido da mesma forma.

²⁴⁷ Cfr. entre outros, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 613, e ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 969.

sobre o agente não recaia o dever de suportar o perigo²⁴⁸, pois, em tais situações, é de exigir ao agente – tal como a qualquer homem normalmente fiel ao Direito – suporte o perigo. E, por último, a desculpabilidade releva também ao nível da probabilidade de produção da lesão da vida, integridade física, honra ou liberdade; assim, dúvidas não restam de que se existe uma probabilidade de 10 % de ocorrer a morte do beneficiário, existe um perigo atual; no entanto, a exclusão da culpa do agente que mate outrem numa tal situação não se coloca ao nível da existência, ou não, de uma situação de perigo, mas sim ao nível da desculpabilidade²⁴⁹.

Quanto aos demais pressupostos objetivos, é de exigir a existência de uma situação de perigo atual nos mesmos termos em que a definimos em sede de estado de necessidade justificante²⁵⁰, que a situação de perigo não seja removível de outro modo que não à custa da lesão de interesses alheios ao agente (e a existência de um facto lesivo de interesses alheios ao agente)²⁵¹ e a adequação do meio²⁵² (aplicando-se aqui o que dissemos em sede de estado de necessidade justificante relativamente a cada um destes pressupostos).

No tocante ao pressuposto subjetivo, entendemos que aqui não bastará o mero conhecimento da situação de perigo, sendo necessário que o agente atue com a

²⁴⁸ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 616, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 979 e ss, e 985, e JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 523.

²⁴⁹ Neste sentido, na Doutrina penal (referindo-se à inexigibilidade e não à desculpabilidade, como é óbvio), ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 969.

²⁵⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, pp. 612-613, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 347-348, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 518, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 222, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 969-970, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 162, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015, in *www.dgsi.pt*.

²⁵¹ Cfr., entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 618, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 222, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 518, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 970-971, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 162, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, pp. 348-349, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015 e da RG de 22/06/2015, in *www.dgsi.pt*.

²⁵² Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 613, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4.ª Edição, Reimpressão, p. 349, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015 e da RG de 22/06/2015, in *www.dgsi.pt*.

finalidade de salvaguardar o interesse em perigo²⁵³, uma vez que, em primeiro lugar, não se pode minimizar a circunstância de que, ao contrário do estado de necessidade justificante, o agente pratica um facto ilícito e que, em segundo lugar, entender-se que bastava o mero conhecimento da situação de perigo iria inserir uma contradição no seio dos pressupostos da exclusão da culpa, uma vez que a cláusula da desculpabilidade impediria que se desculpasse o agente que praticasse um facto ilícito sem agir com a finalidade de salvaguardar o interesse em perigo; de facto, não se poderia concluir que, no caso de o agente não atuar com tal finalidade, mas apenas com consciência da existência do perigo, a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado de forma contrária à Ordem Jurídica. De todo o modo, como bem assinala ROXIN, a exigência da finalidade de salvaguardar o interesse em perigo não implica que o agente tenha de ser movido por motivos nobres nem que a finalidade última seja mesmo salvaguardar o interesse em perigo (assim o agente poderá salvar um familiar com o *leit motiv* de não ser tido como cobarde ou de ser instituído herdeiro por esse familiar), mas tão-só que o agente atue com a finalidade de preservar o interesse ameaçado²⁵⁴.

8.3. O excesso de estado de necessidade em especial.

O excesso de estado de necessidade ocorre quando o agente, movido por excesso de zelo, atinja interesses que não era necessário atingir para afastar o perigo²⁵⁵ e tanto pode ser intensivo (quando o agente lese de forma mais gravosa o interesse sacrificado do que era necessário) como extensivo (quando o agente sacrifica mais interesses do que

²⁵³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, p. 618, STRATENWERTH/KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.ª Edição, p. 224, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª Edição, p. 520, LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.ª Edição, p. 214, LENCKNER/PERRON, “§ 35”, in Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, p. 667, BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, p. 105, LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24.ª Edição, p. 214, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, pp. 976-977, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*, p. 163, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, II*, p. 364, e Acórdãos do STJ de 16/12/2014 e 17/11/2015, da RL de 19/06/1996, da RP de 13/10/1993 e da RC de 05/05/1999, 08/05/2013 e 28/09/2016, in *www.dgsi.pt*; contra, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Edição, p. 693.

²⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I*, 4.ª Edição, p. 977

²⁵⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV*, p. 445.

seria necessário)²⁵⁶. Essencial é que não seja de exigir àquele agente em concreto e naquela situação concreta uma conduta diversa, isto é, concluir-se que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma.

Quanto ao fundamento desta causa de escusa, diz MENEZES CORDEIRO que, tal como na legítima defesa, as situações de estado de necessidade poderão ocasionar situações de grande tensão psicológica que o Direito não deverá deixar de atender²⁵⁷, pelo que, à semelhança do que sucede com o excesso de legítima defesa (cfr. art. 337.º, n.º 2, do CC), poderá aplicar-se o art. 339.º, n.º 2, do CC (à semelhança do que sucede com o art. 337.º, n.º 1, do CC relativamente ao excesso de legítima defesa desculpável).

No entanto, entendemos que a escusa nos casos de excesso de estado de necessidade – que opera por analogia face à legítima defesa – só deverá ocorrer nos casos de estado de necessidade defensivo; com efeito, dado que, no estado de necessidade agressivo, o sacrificado é inocente quanto à causação do perigo, só no estado de necessidade defensivo (em que o sacrificado é, ao mesmo tempo, o causador do perigo) existe uma situação análoga às situações de legítima defesa que pode fundar a aplicação analógica das normas relativas ao excesso de legítima defesa ao estado de necessidade²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr. GROTHE, “§ 228”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume I, 4.ª Edição, p. 2065, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 445 (nota 1332).

²⁵⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 445. Imaginemos, por exemplo, que A, por ter sido coagido por B (que o ameaça de morte se não o fizer) a matar C, mata, efetivamente, C ou o célebre caso da Tábua de Carneades. Ora, em tais situações, o agente encontra-se de tal forma perturbado que o Direito não poderá deixar de atender a esse especial estado psicológico, também ao nível da responsabilidade civil, em que, ainda que o lesado possa reagir em legítima defesa (dado o facto ser ilícito e, por isso, inexistir qualquer dever de tolerância), será de toda a justiça que seja dada ao Tribunal, como sucede nos casos de estado de necessidade justificante em que o agente não tenha sido o causador exclusivo da situação de perigo, a possibilidade de recorrer às regras da equidade (nos termos supra mencionados).

²⁵⁸ Neste sentido (embora apenas no plano jurídico-penal), ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volume I, 4.ª Edição, p. 105, JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, 2.ª Edição, pp. 707-708, e LENCKNER/PERRON, “§ 34”, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª Edição, p. 660; contra, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 445 (na medida em que parece estender a escusa também aos casos de estado de necessidade agressivo).

8.4. As consequências jurídicas da atuação em estado de necessidade desculpante.

Diversamente do que sucede no estado de necessidade justificante, o agente pratica um ato ilícito, pelo que o lesado poderá reagir em legítima defesa²⁵⁹.

Quanto à indemnização e começando pela questão de saber quem deve responder pela indemnização ao lesado, entendemos que será sempre o agente, dado que ele pratica, efetivamente, um facto ilícito, razão pela qual não há que fazer responder o beneficiário da atuação do agente, isto sem prejuízo de o agente poder exercer direito de regresso sobre o beneficiário, devendo, nesse caso, o Tribunal arbitrar equitativamente o valor a pagar pelo beneficiário, não podendo deixar de considerar que o interesse do beneficiário foi salvaguardado, mas através de uma conduta contrária à Ordem Jurídica.

Relativamente à determinação do montante da indemnização, entendemos que fará todo o sentido a aplicação analógica – designadamente por razões de justiça material – do art. 339.º, n.º 2, do CC, devendo o agente, por regra (ainda mais do que no estado de necessidade justificante) indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo, sem embargo de, *muito excepcionalmente*, o montante da indemnização ser reduzido equitativamente, mas já não sendo possível excluir-se o dever de indemnizar; este carácter muito excepcional da redução equitativa e a negação da exclusão da indemnização deve-se ao facto de o agente ter agido de forma ilícita e não licitamente como sucede no estado de necessidade justificante.

Já, no excesso de estado de necessidade, uma vez que o excesso de legítima defesa desculpável exclui o dever de indemnizar, a aplicação analógica do art. 337.º, n.º 2, do CC, ao estado de necessidade defensivo levará à exclusão do dever de indemnizar nos casos de excesso desculpável de estado de necessidade (defensivo).

²⁵⁹ Cfr., por todos, ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Volume I, 4.ª Edição, p. 964.

9. Conclusões.

1. Estado de necessidade é a situação em que, numa situação de perigo atual, só com o sacrifício de um interesse juridicamente protegido alheio ao agente se poderá salvaguardar um interesse juridicamente protegido do agente ou de um terceiro.

2. A *ratio* do estado de necessidade agressivo, assenta numa ideia de solidariedade social conjugada com uma ideia de utilitarismo social, «*traduzida na maximização da protecção de interesses ou bens jurídicos, mais concretamente, do interesse ou bem jurídico-socialmente mais importante entre aqueles que se encontram em conflito*»²⁶⁰ e limitadas pelo princípio da autonomia ou da autodeterminação do lesado, sob pena de, levando-se longe demais as exigências de solidarismo, «*se aumentar exponencialmente a complexidade social (tornando cada cidadão em polícia da salvaguarda dos interesses dos outros e/ou da comunidade) e, por essa forma, provocar mais dano do que utilidade à função do Direito Penal de tutela das condições essenciais de uma vida individual e comunitária pacífica.*»²⁶¹.

3. A *ratio* do estado de necessidade defensivo reside no direito de autodefesa face à conduta do causador do perigo, devidamente temperada pela solidariedade social.

4. O ilícito consiste no comportamento que viola uma norma jurídica, seja ela proibitiva ou preceptiva.

5. Se um comportamento é ilícito para um ramo da Ordem Jurídica, é-o, consequentemente, para a totalidade da Ordem Jurídica, independentemente de ser, ou não, relevante para todos os ramos do Direito; assim, um certo facto pode ser civilmente relevante e não ter relevância penal, mas nem por isso deixa de ser contrário à Ordem Jurídica no seu todo.

6. A justificação consiste na verificação de uma determinada circunstância que elimina o carácter indevido do comportamento omitido pelo agente²⁶².

7. No estado de necessidade agressivo, o lesado não é o causador da situação de perigo, ao passo que, no estado de necessidade defensivo, o lesado é o causador do perigo que não o removeu, como era seu dever; daí que, no estado de necessidade agressivo só haja justificação se o interesse salvaguardado for manifestamente superior

²⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440.

²⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 440.

²⁶² Cfr. PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, p. 153.

ao interesse sacrificado (cfr. arts. 34.º do CP e 339.º do CC), ao passo que, no estado de necessidade defensivo só não ocorrerá justificação se o interesse sacrificado for manifestamente superior ao interesse salvaguardado.

8. As situações em que o lesado é o causador do perigo não podem ser resolvidas à luz das normas que preveem o estado de necessidade agressivo (arts. 34.º do CP e 339.º do CC), atento, desde logo, o facto de, de acordo com essas normas, só haver lugar à justificação quando o interesse salvaguardado seja manifestamente superior ao interesse sacrificado; por isso, na Ordem Jurídica portuguesa, o estado de necessidade defensivo terá de ser configurado como uma causa de justificação supralegal, cujo regime será determinado partindo-se dos arts. 34.º do CP e art. 339.º, n.º 1, do CC, na parte em que se referem ao sacrifício de interesses jurídicos com a finalidade de remover o perigo atual de um prejuízo para o agente ou para terceiro e, seguidamente, aplicando-se analogicamente o art. 337.º do CC, na parte em que admite o sacrifício de interesses de índole pessoal (sem prejuízo de o seu sacrifício ser admissível à luz do art. 339.º do CC, nos termos sobreditos) e considera justificada a conduta quando o prejuízo causado não seja manifestamente superior, igual ou não manifestamente inferior ao prejuízo causado.

9. O princípio da unidade da Ordem Jurídica impõe a uniformidade ao nível dos pressupostos das causas de justificação em todos os ramos do Direito, por forma a impedir que, por exemplo, uma conduta seja ilícita para o Direito Civil, mas lícita para o Direito Penal, pois tal levaria a que fosse permitido ao lesado ou a um terceiro, na mesmíssima situação da vida, reagir em legítima defesa contra o agente no plano do Direito Civil, mas, no Direito Penal, tal já não poder suceder, o que seria suscetível de gerar, inclusivamente, situações de legítima defesa contra legítima defesa, violando-se, não só os ditames do princípio da unidade da Ordem Jurídica, mas também os ditames dos princípios da certeza e da segurança jurídica, pois o agente não saberia se, numa determinada situação, poderia agir de um determinado modo, ou não, o que equivalia à inutilização – pelo menos parcial – do próprio instituto do estado de necessidade.

10. Não faz qualquer sentido limitar a justificação aos casos em que se sacrifiquem bens patrimoniais, devendo entender-se “coisa”, para efeitos do art. 339.º, n.º 1, do CC, como todo e qualquer bem jurídico, pois, se é certo que o legislador em 1966 optou claramente por excluir justificação do facto quando se sacrificassem bens jurídicos não patrimoniais, não é menos certo que a própria teleologia do instituto do estado de

necessidade (agressivo) impõe que se considere que existe uma compatibilidade entre o espírito do art. 339.º do CC e o sacrifício de bens não patrimoniais.

11. São pressupostos do estado de necessidade justificante agressivo: (1) a existência de um perigo atual que ameace um interesse juridicamente protegido do agente ou de terceiro, (2) o perigo apenas poder ser removido à custa do sacrifício de interesses juridicamente protegidos alheios ao agente, (3) a adequação do meio, (4) a existência de um comportamento lesivo de interesses alheios por parte do agente, (5) a situação de perigo não ter sido causada voluntariamente pelo agente, (6) sobre o agente não recair o dever de suportar o perigo, (7) o interesse salvaguardado ser de valor sensivelmente superior ao do interesse sacrificado e (8) o agente atuar com consciência de estar a salvaguardar o interesse preponderante.

12. São pressupostos do estado de necessidade justificante defensivo: (1) a existência de um perigo atual que ameace um interesse juridicamente protegido do agente ou de terceiro, (2) o perigo apenas poder ser removido à custa do sacrifício de interesses juridicamente protegidos alheios ao agente, (3) a adequação do meio, (4) a existência de um comportamento lesivo de interesses alheios por parte do agente, (5) a situação de perigo não ter sido causada voluntariamente pelo agente, (6) sobre o agente não recair o dever de suportar o perigo, (7) o interesse salvaguardado não ser sensivelmente inferior ao interesse sacrificado, (8) o perigo ter sido causado pelo lesado e (9) o agente atuar com consciência de estar a salvaguardar o interesse preponderante.

13. Sempre que o agente atue ao abrigo do estado de necessidade justificante, está vedado ao lesado ou a um terceiro reagir sobre o agente em legítima defesa, mas há lugar a indemnização do lesado, nos seguintes termos:

a) nas situações em que o agente seja o exclusivo causador do perigo, terá de indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo sofrido por este;

b) nas demais situações, o Tribunal poderá fixar equitativamente o montante da indemnização (podendo não haver lugar a qualquer indemnização ou até haver lugar a indemnização pela totalidade do prejuízo sofrido pelo lesado), bem como, através do poder de individualização posto ao alcance do juiz, adaptar a responsabilização às circunstâncias do caso concreto, podendo responsabilizar apenas o agente, o beneficiário ou o causador do perigo ou cumular a responsabilidade, em conjunto, de todos ou de alguns deles; de todo o modo, nos casos em que o agente não seja nem causador da

situação de perigo nem beneficiário da sua atuação, jamais poderá incorrer na obrigação de indemnizar (ainda que beneficiando de direito de regresso contra o causador do perigo ou o beneficiário), sob pena de se abrir a porta a situações de verdadeira injustiça, especialmente se o causador e/ou o beneficiário forem insolventes;

c) Nas situações em que o causador do perigo seja um inimputável, responderá pelo cumprimento da obrigação de indemnizar, desde que não seja possível obter a indemnização das pessoas obrigadas à sua vigilância, havendo que distinguir os casos em que a impossibilidade seja meramente prática (quando, por exemplo, a pessoa obrigada à vigilância não possua bens suficientes para que a sua responsabilidade possa ser efetivada) – caso em que o inimputável tem direito de regresso contra a pessoa obrigada à vigilância – daqueles em que seja jurídica (porque se verifica alguma das situações previstas na parte final do art. 491.º do CC) – caso em que o inimputável não tem direito de regresso contra a pessoa obrigada à vigilância –.

14. Quanto ao estado de necessidade defensivo, não haverá lugar a qualquer indemnização ao lesado, uma vez que não faria sentido, em termos de justiça material, obrigar o agente a indemnizar alguém que causou um perigo para terceiros, que não removeu como era seu dever; no fundo, trata-se de ser o causador do perigo a suportar as consequências da resolução do conflito.

15. Não só nada impede como até, por maioria de razão, face ao erro sobre os pressupostos da ação direta e da legítima defesa, será de aplicar o art. 338.º do CC ao erro sobre os pressupostos do estado de necessidade, uma vez que, através da indemnização nos termos do art. 339.º, n.º 2, poderá haver lugar a uma redistribuição equitativa dos danos, para que ninguém saia injustamente prejudicado, para além do risco normal em que todos incorrem, o que não sucede no erro sobre os pressupostos da legítima defesa ou da ação direta, em que não há lugar a indemnização. Essencial é que o erro do agente seja desculpável, isto é, que o agente tenha agido em erro, não obstante ter atuado como lhe exigia o dever de diligência.

16. Quanto a quem deve indemnizar – quando o beneficiário seja pessoa diversa do agente –, entendemos que, em sede de estado de necessidade putativo, quem responderá pela indemnização, será o agente, dado que a sua atuação se deveu a uma má perceção da realidade que é imputável ao agente.

17. As situações de estado de necessidade poderão ocasionar situações de grande tensão psicológica que o Direito não deverá deixar de atender, pelo que, à semelhança do que sucede com a legítima defesa, o estado de necessidade, para além de funcionar como causa de justificação, também poderá funcionar como causa de escusa.

18. A *ratio* do estado de necessidade desculpante assenta numa ideia de que, em determinadas situações, apesar de não salvaguardar o interesse preponderante, o agente pode estar sob um grau tal de tensão psicológica que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma.

19. São pressupostos do estado de necessidade desculpante: (1) o interesse salvaguardado não ser sensivelmente superior ao interesse sacrificado, (2) a existência de um perigo atual que ameace um interesse juridicamente protegido do agente ou de terceiro, (3) o perigo apenas poder ser removido à custa do sacrifício de interesses juridicamente protegidos alheios ao agente, (4) a adequação do meio, (5) a existência de um comportamento lesivo de interesses alheios por parte do agente, (6) a situação de perigo não ter sido causada voluntariamente pelo agente, (7) sobre o agente não recair o dever de suportar o perigo, (8) o bem jurídico a salvaguardar ser a vida (incluindo a vida intrauterina e a qualidade de vida), a integridade física, a honra ou a liberdade (incluindo a liberdade e a autodeterminação sexual), (9) a desculpabilidade e (10) o agente atuar com a finalidade de salvaguardar o interesse em perigo.

20. Ao nível dos pressupostos, será de atribuir especial preponderância à desculpabilidade, no sentido de não ser exigível ao agente que, naquelas circunstâncias, atuasse de modo diverso, desde logo porque se conclui que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma. Assim, em princípio, o interesse salvaguardado terá de ser do próprio agente ou de alguém que lhe seja próximo, no sentido de a lesão dos interesses dessa pessoa «*seja susceptível de provocar sobre o agente uma pressão igual ou análoga à que teria lugar se os bens jurídicos em perigo fossem do agente*»²⁶³; no entanto, uma vez que o art. 35.º do CP não restringe a possibilidade de exclusão da culpa aos casos em que o perigo ameace um parente ou outra pessoa próxima do agente (como sucede no § 35 I do StGB), só o funcionamento do pressuposto da desculpabilidade do agente (paralela à inexigibilidade

²⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, p. 614.

do Direito Penal) permitirá, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, excluir a culpa quando o agente atue para salvaguardar interesses de *outros* terceiros. A relevância de tal pressuposto manifesta-se, igualmente, na exigência de que o perigo não seja insignificante e que sobre o agente não recaia o dever de suportar o perigo, pois, em tais situações, é de exigir ao agente – tal como a qualquer homem normalmente fiel ao Direito – que suporte o perigo. E, por último, a desculpabilidade releva também ao nível da probabilidade de produção da lesão da vida, integridade física, honra ou liberdade.

21. O excesso de estado de necessidade ocorre quando o agente, movido por excesso de zelo, atinja interesses que não era necessário atingir para afastar o perigo²⁶⁴ e tanto pode ser intensivo (quando o agente lese de forma mais gravosa o interesse sacrificado do que era necessário) como extensivo (quando o agente sacrifica mais interesses do que seria necessário). Essencial é que não seja de exigir àquele agente em concreto e naquela situação concreta uma conduta diversa, isto é, concluir-se que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria atuado provavelmente da mesma forma.

22. Tal como na legítima defesa, as situações de estado de necessidade poderão ocasionar situações de grande tensão psicológica que o Direito não deverá deixar de atender, pelo que, à semelhança do que sucede com o excesso de legítima defesa (cfr. art. 337.º, n.º 2, do CC), poderá aplicar-se o art. 339.º, n.º 2, do CC (à semelhança do que sucede com o art. 337.º, n.º 1, do CC relativamente ao excesso de legítima defesa desculpável). No entanto, dado que só no estado de necessidade defensivo (em que o sacrificado é, ao mesmo tempo, o causador do perigo) existe uma situação análoga às situações de legítima defesa que pode fundar a aplicação analógica das normas relativas ao excesso de legítima defesa ao estado de necessidade, a escusa por excesso de estado de necessidade apenas terá lugar nos casos de estado de necessidade defensivo e não nos de estado de necessidade agressivo (em que o sacrificado é inocente no tocante à causação do perigo).

23. Diversamente do que sucede no estado de necessidade justificante, no estado de necessidade desculpante, o agente pratica um ato ilícito, pelo que o lesado poderá reagir em legítima defesa. Quem deverá responder pela indemnização ao lesado será sempre o agente, dado que, apesar de poder estar a salvaguardar um interesse alheio,

²⁶⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, p. 445.

praticou um ato ilícito, sem prejuízo de o agente poder exercer direito de regresso sobre o beneficiário, devendo, nesse caso, o Tribunal arbitrar equitativamente o valor a pagar pelo beneficiário, levando, desde logo, em conta que o interesse do beneficiário foi salvaguardado, mas através de uma conduta contrária à Ordem Jurídica. Quanto à determinação do montante da indemnização, entendemos que fará todo o sentido a aplicação analógica – designadamente por razões de justiça material – do art. 339.º, n.º 2, do CC, devendo o agente, consoante as situações, indemnizar o lesado pela totalidade do prejuízo ou o respetivo montante ser reduzido equitativamente, mas já não deverá excluir-se o dever de indemnizar, uma vez que, para todos os efeitos, o agente atuou de forma ilícita.

24. No excesso de estado de necessidade, uma vez que o excesso de legítima defesa desculpável exclui o dever de indemnizar, a aplicação analógica do art. 337.º, n.º 2, do CC, ao estado de necessidade defensivo levará à exclusão do dever de indemnizar nos casos de excesso desculpável de estado de necessidade (defensivo).

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

Albuquerque, Paulo Pinto de – Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

Andrade, Manuel da Costa – Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

Ángel Yagüez, Ricardo de – “Art. 1902”, *in* Comentario del Código Civil, Tomo 8, pp. 271 e ss., Bosch, Barcelona, 2000.

Antolisei, Francesco – Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 16.^a Edição, Giuffrè Editore, Milão, 2003.

Ascensão, José de Oliveira – A Teoria Finalista e o Ilícito Civil, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987.

Ascensão, José de Oliveira – O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1993.

Baratta, Alessandro – Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milão, 1963.

Bassenge, Peter – “§904”, *in* Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 47.^a Edição, pp. 1078 e ss, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 1988.

Battaglini, Giulio – Teoria da Infracção Criminal (traduzido por Augusto Victor Coelho), Coimbra Editora, Coimbra, 1961.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang – Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11.^a Edição, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.

Baur, Jürgen F. – “§904”, *in* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Volume 6, pp. 293 e ss., Verlag Kohlhammer, Estugarda, Berlim e Colónia, 1989.

Beleza, Teresa Pizarro – Direito Penal, 2.^o Volume, AAFDL, Lisboa, 1985.

Bernsmann, Klaus – »Entschuldigung« durch Notstand, Karl Heymanns Verlag, Colónia, Berlim, Bona e Munique, 1989.

Bettioli, Giuseppe – Diritto Penale, 10.^a Edição, CEDAM, Pádua, 1978.

Bockelmann, Paul/Volk, Klaus – Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.^a Edição, C. H. Beck, Munique, 1987.

Bouloc, Bernard – Droit pénal général, 1.^a Edição, Dalloz, Paris, 2005.

Braun, Johann – “Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?”, *in* Neue Juristische Wochenschrift, Ano 51, pp. 941 e ss, Verlag C. H. Beck, Munique, 1998.

Briguglio, Marcello – Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile, CEDAM, Pádua, 1963.

Brito, Teresa Quintela de – Justificação por Legítima Defesa e por Direito de Necessidade no Código Civil e no Código Penal, Lex, Lisboa, 1994.

Caetano, Marcello – Lições de Direito Penal, Livraria Moraes, Lisboa, 1939.

Canaris, Claus-Wilhelm – “Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus “culpa *in* contrahendo”, Gefährdung und Aufopferung”, *in* Neue Juristische Wochenschrift, Ano 17, pp. 1987 e ss, Verlag C. H. Beck, Munique, Berlim e Frankfurt, 1964.

Carbonnier, Jean – Droit Civil, Volume II, Quadrige/PUF, Paris, 2004.

Carvalho, Américo Taipa de – A Legítima Defesa: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

Carvalho, Américo Taipa de – Direito Penal, Parte Geral, Volume II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto, 2004.

Cendon, Paolo – Commentario al Codice Civile, Volume Quarto, UTET, Turim, 1991.

Cian, Giorgio/Trabucchi, Alberto – Commentario Breve al Codice Civile, 5.^a Edição, CEDAM, Pádua, 1997.

Cordeiro, António Menezes – Direito das Obrigações, 2.^o Volume, Reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1994.

Cordeiro, António Menezes – Da Boa Fé no Direito Civil, 2.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2001.

Cordeiro, António Menezes – Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005.

Correia, Eduardo – Direito Criminal, Vol. II, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2000.

Costa, José de Faria – “O fim da vida e o Direito Penal”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 651 e ss, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Costa, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 9.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2001.

Cunha, Maria Conceição Ferreira da – *Vida contra vida, Conflitos existenciais e limites do Direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Demogue, René – *Traité, Des Obligations en Général*, Tome III, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis – *Droit Pénal Général*, 11.^a Edição, Economica, Paris, 2004.

Dias, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

Diez-Picazo/Luis Gullon, Antonio – *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, 4.^a Edição, Reimpresão, Tecnos, Madrid, 1986.

Dilcher, Hermann – “§228”, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüfungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch*, 12.^a Edição, pp. 903 e ss., J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980

Engisch, Karl – *Die Einheit der Rechtsordnung*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1935.

Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl – *Tratado de Derecho Civil, Primer Tomo, Parte General, Volumen segundo* (traduzido da 39.^a edição alemã por Blas Pérez González e José Alguer), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935.

Eser, Albin/Burkhardt, Björn – *Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoria del Delito sobre la base de casos de sentencias* (traduzido da edição alemã de 1992 por Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Melià), 1.^a Edição espanhola, Colex, Madrid, 1992.

Esser, Josef/Schmidt, Eike – *Schuldrecht, Volume I, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 6.^a Edição, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1984.

Fahse, Hermann – “§228”, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfüfungsgesetz und Nebengesetzen, Volume 1*, pp. 1583 e ss., Verlag Kohlhammer, Estugarda, Berlin, Colónia e Mainz, 1987.

Faria, Jorge Leite Areais Ribeiro de – Direito das Obrigações, Primeiro Volume, Almedina, Coimbra, s/d.

Faria, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de – A adequação social da conduta no Direito penal, Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da Lei penal, Universidade Católica Editora, Porto, 2005.

Fernandes, Luís Alberto Carvalho – Teoria Geral do Direito Civil, II, 3.^a Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.

Ferreira, Manuel Cavaleiro de – Direito Penal (lições de 1940/41), AAFDL, Lisboa, 1961.

Ferreira, Manuel Cavaleiro de – Direito Penal Português, Parte Geral, I, 2.^a Edição, Editorial Verbo, Lisboa, 1982.

Ferreira, Manuel Cavaleiro de – Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, 4.^a Edição, Reimpressão, Editorial Verbo, Lisboa, 1997.

Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo – Diritto penale, Parte generale, 4.^a Edição, Zanichelli Editore, Bolonha, 2001

Gallas, Wilhelm – “Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund”, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70 Geburtstag, pp. 311 e ss., C. H. Beck, Munique e Berlim, 1954.

Gonçalves, Luiz da Cunha – Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

Gonçalves, Luiz da Cunha – Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Volume XIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1940.

González, José Alberto – Responsabilidade Civil, Quid Juris, Lisboa, 2007.

Grothe, Helmut – “§227”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, pp. 2045 e ss., Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

Grothe, Helmut – “§228”, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Volume I, 4.^a Edição, pp. 2059 e ss., Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

Günther, Hans-Ludwig – Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Carl Heynmans Verlag, Colónia, 1983.

Günther, Hans-Ludwig – “§34”, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Volume I, Allgemeiner Teil (§§1 bis 79b)*, 7.^a/8.^a Edição, Luchterland, s/local, 2005.

Heimberger, Joseph – “Arzt und Strafrecht”, in *Festgabe für Reinhard Frank zum 70 Geburtstag, Vol. I, Reimpressão da Edição de 1930*, pp. 389 e ss, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1969.

Hirsch, Hans Joachim – “§34”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10.^a Edição, pp. 119 e ss, Walter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 1985.

Hirsch, Hans Joachim – “§35”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10.^a Edição, pp. 180 e ss, Walter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 1985.

Hirsch, Hans Joachim – “Gefahr und Gefährlichkeit”, in *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, pp. 545 e ss., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993.

Hruschka, Joachim – “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, pp. 189 e ss., De Gruyter, Berlim, 1977.

Jakobs, Günther – *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoria de la imputación*, 2.^a Edição (traduzido da 2.^a edição alemã por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), Marcial Pons, Ediciones Juridicas, SA, Madrid, 1997.

Jansen, Max – *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Reimpressão de Edição de 1930, Keip/Yushoda, Frankfurt am Main e Tóquio, 1977.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas – *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.^a Edição (traduzido da 5.^a edição alemã por Miguel Olmedo Cardenete), Comares Editorial, Granada, 2002.

Jorge, Fernando Pessoa – *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.

Kaufmann, Arthur – *Filosofia do Direito*, 2.^a Edição (traduzido da edição alemã de 1997 por António Ulisses Cortês), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

Kelsen, Hans – *Teoria Pura do Direito*, 2.^a Edição, Volume I (traduzido da edição alemã de 1960 por João Baptista Machado), Arménio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1962.

Klefisch, Th. – “Die nat-soz.Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre”, *in* Monatschrift für Deutsches Recht, Ano 4, pp. 258 e ss, Otto Schmidt, Colónia, 1950.

Köhler, Helmut – BGB Allgemeiner Teil, 28.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

Köhler, Michael – Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlim, Heidelberg e Nova Iorque, 1997.

Kühl, Kristian – Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.^a Edição, Verlag Franz Vahlen, Munique, 2002.

Küper, Wilfried – Grund- und Grenzfragen der Rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Duncker&Humblot, Berlim, 1979.

Küper, Wilfried – “Tötungsverbot und Lebensnotstand”, *in* Juristische Schulung, Ano 21, pp. 785 e ss, Verlag C. H. Beck, Munique e Frankfurt, 1981.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian – Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

Lampe, Ortrun – “Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand”, *in* Neue Juristische Wochenschrift, Ano 21, pp. 1017 e ss, Verlag C. H. Beck, Munique e Frankfurt, 1968.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm – Lehrbuch des Schuldrechts, Segundo Volume, Besonderer Teil, 2.^o Volume, 13.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1994.

Larenz, Karl/Wolf, Manfred – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

Larguier, Jean – Droit pénal général, 20.^a Edição, Dalloz, Paris, 2005.

Le Tourneau, Philippe – La Responsabilité Civile, Dalloz, Paris, 1972.

Lehmann, Heinrich – Tratado de Derecho Civil, Vol. I Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – Direito das Obrigações, Volume I, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2003.

Lenckner, Theodor – Der rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1965.

Lenckner, Theodor/Perron, Walter - “§34”, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26.^a Edição, pp. 635 e ss., Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

Lenckner, Theodor/Perron, Walter - “§35”, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26.^a Edição, pp. 661 e ss., Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

Lima, Fernando Pires de/Varela, Antunes – Código Civil Anotado, Volume I, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

Luzón Peña, Diego-Manuel – Curso de Derecho Penal, Parte General I, 2.^a Reimpresão, Editorial Universitas SA, Madrid, 2002.

Luzón Peña, Diego-Manuel – Aspectos Esenciales de la Legítima Defesa, 2.^a Edição, Editorial B de f, Montevideu e Buenos Aires, 2002.

Mangakis, Georgios – “Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts”, in Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 84, pp. 447 e ss, Walter de Gruyter, Berlim, 1972.

Marinucci, Giorgio e Dolcini, Emilio – Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Giuffrè Editore, Milão, 2004.

Maurach, Reinhart – Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.^a Edição, C. F. Müller, Karlsruhe, 1958.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz – Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8.^a Edição, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

Mazeaud, Henri/Mazeaud, Léon/Tunc, André – Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, Tome Premier, 5.^a Edição, Éditions Montchrestien, Paris, 1957.

Medicus, Dieter – Allgemeiner Teil des BGB, Ein Lehrbuch, 8.^a Edição, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002.

Medicus, Dieter – Schuldrecht II, Besonderer Teil. 12.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

Merle, Roger/Vitu, André – Traité de Droit Criminel, Tome I, Droit Pénal Général, 7.^a Edição, Éditions Cujas, Paris, 1997.

Mir Puig, Santiago – Derecho Penal, Parte General, 7.^a Edição, Editorial B de f, Montevideu e Buenos Aires, 2004.

Mittelbach – “Anotação à Sentença do OLG Munique de 26/04/1956”, in Monatschrift für Deutsches Recht, Ano 10, pp. 565 e ss, Otto Schmidt, Colónia, 1956.

Moura, Bruno de Oliveira – Ilicitude penal e justificação, Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

Muñoz Conde, Francisco/ Garcia, Arán, Mercedes – Derecho Penal, Parte General, 6.ª Edição, Tirant lo blanch, Valência, 2004.

Navarro, Luís Lopes – Direito Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 1932.

Neumann, Ulfrid – “§34”, *in* Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Volume 1, 2.ª Edição, pp. 1197 e ss., Baden-Baden, 2005.

Nuvolone, Pietro – Il Sistema del Diritto Penale, 2.ª Edição, CEDAM, Pádua, 1982.

Otto, Harro – Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6.ª Edição, Valter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 2000.

Padovani, Tullio – Diritto Penale, 7.ª Edição, Giuffrè Editore, Milão, 2004.

Pagliari, Antonio – Principi do Diritto Penale, Parte generale, 8.ª Edição, Giuffrè Editore, Milão, 2003.

Palma, Maria Fernanda – “O Estado de Necessidade Justificante no Código Penal de 1982”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, III, pp. 173 e ss – Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984.

Palma, Maria Fernanda – A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos, AAFDL, Lisboa, 1990.

Palma, Maria Fernanda – “Justificação em Direito Penal: Conceito, Princípios e Limites”, *in* Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira, pp. 49 e ss, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995.

Palma, Maria Fernanda – Direito Penal, Parte Geral, A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal, AAFDL, Lisboa, 2013.

Pawlik, Michael – Der rechtfertigende Notstand, Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Walter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 2002.

Pawlik, Michael – “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, *in* JURA, Ano 24, pp. 26 e ss., Walter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 2002.

Pierlingieri, Pietro – Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro Quarto, II, UTET, Turim, 1981.

Planiol, Marcel/Ripert, Georges/Esmein, Paul – *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome VI, Obligations, Première Partie, LGDJ, Paris, 1952.

Pradel, Jean – *Droit pénal général*, 15.^a Edição, Éditions Cujas, Paris, 2004.

Puig Brutau, José – *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volume III, Bosch, Barcelona, 1983.

Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín – *Parte General del Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Roxin, Claus – “Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand”, *in* *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, I, pp. 457 e ss., Duncker&Humblot, Berlim, 1985.

Roxin, Claus – “Die notstandsähnliche Lage – Ein Strafunrechtsausschlussgrund?”, *in* *Festschrift für Dietrich Öhler zum 70 Geburtstag*, pp. 181 e ss, Carl Heynmans Verlag, Colónia, 1985.

Roxin, Claus – *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Volume I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006.

Rudolphi, Hans-Joachim, – “§35”, *in* *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Volume I, Allgemeiner Teil (§§1 bis 79b), 7.^a/8.^a Edição, Luchterland, s/local, 2005.

Säcker, Franz Jürgen – “§904”, *in* *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume 6, 4.^a Edição, pp. 636 e ss., Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

Santos, Boaventura de Sousa – *O Conflito de Deveres em Direito Criminal* (Dissertação não publicada), Coimbra, 1965.

Santos, José Beleza dos – “Interpretação e integração de lacunas da Lei em Direito e Processo Penal”, *in* *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XI (1929), pp. 102 e ss, Coimbra, 1929.

Santos, José Beleza dos – *Lições de Direito Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1946.

Santos Briz, Jaime – *La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, 4.^a Edição, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.

Savatier, René – *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Tome I, LGDJ, Paris, 1951.

Sauer, Wilhelm – Derecho Penal – Parte General (traduzido da 3.^a Edição alemã, 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo), Bosch, Barcelona, 1956.

Schaffstein, Friedrich – “Der Massstab für das Gefahrenurteil beim rechtfertigenden Notstand”, *in* Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, pp. 89 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia, Berlim, Bona e Munique, 1978.

Schmidt, Eberhard – “Zur Tötung von Geisterkranken auf Grund des Hitlerlasses von 1939 und zur Frage des ärztlichen Widerstandes gegen ein solches Massenverbrechen (Anmerkung zu OGH für die Britische Zone – Urteil vom 5.3.49 – StS 19/49)”, *in* Süddeutsche Juristenzeitung, 1949, cols. 559 e ss, Schneider, Heidelberg, 1949.

Schreiber, Klaus – “Die Rechtfertigungsgründe des BGB”, *in* JURA, Ano 19, pp. 29 e ss., Walter de Gruyter, Berlim e Nova Iorque, 1997.

Seiler, Hans Hermann – “§904”, *in* J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüfungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, 12.^a Edição, pp. 344 e ss., J. Schweitzer Verlag KG, Walter De Gruyter & Co, Berlim, 1989.

Serra, Adriano Vaz – “Causas Justificativas do Facto Danoso”, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 85, pp. 13 e ss, Lisboa, 1959.

Serra, Maria Teresa de Quadros Ribeiro – Estado de Necessidade e Responsabilidade Civil, Relatório do Curso de Mestrado, Lisboa, 1985/1986 (não publicado).

Silva, Germano Marques da – Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime, Editorial Verbo, Lisboa, 1998.

Silva, Manuel Gomes da – Direito Penal, AAFDL, Lisboa, 1952.

Spendel, Günter – “Gegen den «Verteidigungswillen» als Notwehnerfordernis”, *in* Festschrift für Bockelmann zum 70. Geburtstag, pp. 245 e ss, C. H. Beck, Munique, 1979.

Spendel, Günter – “§32”, *in* Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10.^a Edição, pp 1 e ss., De Gruyter, Berlim, 1985

Stratenwerth, Günther/ Kuhlen, Lothar – Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Sie Straftat, 5.^a Edição, Carl Heymanns Verlag, Colónia, Berlim e Munique, 2004.

Trechsel, Stefan/Noll, Peter – Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5.^a Edição, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1998.

Valdágua, Maria da Conceição – “Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil”, *in* Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira – Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 235 e ss, Lisboa, 1985.

Valle, Abel Pereira do – Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Portuguez, Magalhães & Moniz- Editores, Porto, 1890.

Varela, João de Matos Antunes – Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.^a Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.

Veloso, José António – “Sortes”, *in* Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira – Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 87 e ss, Lisboa, 1985.

Visintini, Giovanna – Trattato Breve della Responsabilità Civile, CEDAM, Turim, 1996.

von Tuhr, Andreas – Tratado de las Obligaciones, Tomo I, 1.^a Edição (traduzido por W. Rocés), Editorial Réus, SA, Madrid, 1934.

von Weber, Hellmuth – “Die Pflichtenkollision im Strafrecht”, *in* Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80 Geburtstag, Gesetz und Recht Verlag, Hamburgo, 1947.

Weill, Alex/ Terré François – Droit Civil, Les Obligations, 2.^a Edição, Dalloz, 1975.

Welzel, Hans – Derecho Penal Aleman, Parte General, 3.^a Edição (traduzido da 12.^a edição alemã por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Perez), Editorial Juridica de Chile, Santiago do Chile, 1987.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner – Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 33.^a Edição, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

Wolf, Manfred – Sachenrecht, 20.^a Edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

Zaffaroni, Eugenio Raul – Tratado de Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDÊNCIA
PORTUGUESA
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 6 de junho de 1884, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 26.º (1893-94), n.º 1220, pp. 61 e ss.

Acórdão de 19 de abril de 1988 (Proc. 076058), in www.dgsi.pt.

Acórdão de 8 de março de 1990 (Proc. 078218), in www.dgsi.pt

Acórdão de 25 de junho de 1992 (Proc. 042595), in www.dgsi.pt.

Acórdão de 08 de junho de 1995 (Proc. 045679), in www.dgsi.pt

Acórdão de 17 de junho de 1999 (Proc. 99B225), in www.dgsi.pt

Acórdão de 19 de outubro de 2010 (Proc. 565/1999.L1.S1), in www.dgsi.pt

Acórdão de 14 de fevereiro de 2011 (Proc. 2355/06.4TBPNF.P1.S1), in www.dgsi.pt

Acórdão de 20 de novembro de 2013 (Proc. 775/11.1JDLSB.L1.S1), in www.dgsi.pt

Acórdão de 16 de dezembro de 2014 (Proc. 49/14.6YFLSB), in www.dgsi.pt

Acórdão de 17 de novembro de 2010 (Proc. 69/15.3YFLSB), in www.dgsi.pt

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Acórdão de 5 de maio de 1999 (Proc. 109/09), in www.dgsi.pt.

Acórdão de 8 de maio de 2013 (Proc. 158/10.oGAVZL.C1), in www.dgsi.pt.

Acórdão de 28 de setembro de 2016 (Proc. 7168/15.oT8VIS.C1), in www.dgsi.pt.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Acórdão de 15 de outubro de 2013 (Proc. 88/11.9EASTR.E1), in www.dgsi.pt.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Acórdão de 22 de junho de 2015 (Proc. 1549/14.3T8VCT.G1), in www.dgsi.pt.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acórdão de 19 de junho de 1996 (Proc. 0000743), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão de 5 de maio de 1998 (Proc. 0034305), in *www.dgsi.pt*.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Acórdão de 13 de outubro de 1993 (Proc. 9310730), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão de 24 de setembro de 1997 (Proc. 9710251), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão de 25 de setembro de 1997 (Proc. 9730358), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão de 4 de fevereiro de 1998 (Proc. 9740919), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão de 31 de maio de 2006 (Proc. 0611747), in *www.dgsi.pt*.

ALEMÃ

BUNDESGERICHTSHOF

Sentença de 30 de junho de 1955, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 8, pp. 28 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1956.

Sentença de 14 de janeiro de 1959, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 13, pp. 66 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1960.

Sentença de 15 de fevereiro de 1963, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 18, pp. 271 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1963.

Sentença de 4 de março de 1964, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 19, pp. 263 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1964.

Sentença de 29 de julho de 1964, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 19, pp. 371 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1964.

Sentença de 5 de março de 1969, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 22, pp. 341 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1969.

Sentença de 30 de maio de 1972, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Ano 25, pp. 1571 e ss., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique e Frankfurt, 1972.

Sentença de 24 de julho de 1975, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strasachen*, 26, pp. 176 e ss., Carl Heymanns Verlag KG, Colónia e Berlim, 1977.

Sentença de 15 de maio de 1979, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Ano 32, pp. 2053 e ss., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique e Frankfurt, 1979.

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT

Sentença de 18 de dezembro de 1974, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Ano 28, pp. 840-841, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique e Frankfurt, 1979.

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN.

Sentença de 26 de abril de 1956, in *Monatschrift für Deutsches Recht*, Ano 10, p. 565, Otto Schmidt, Colónia, 1956.