

A Legítima Defesa e o Uso de Armas de Fogo pelas Autoridades Policiais

Diana Maria Cardoso Lopes

M

2021





A LEGÍTIMA DEFESA E O USO DE ARMAS DE FOGO PELAS AUTORIDADES POLICIAIS

Diana Maria Cardoso Lopes

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no âmbito do 2.º
Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob
a orientação do Professor Doutor António Manuel de Almeida Costa

Porto, setembro de 2021

Ao meu pai e à minha mãe, pilares da minha formação, pela ajuda constante ao longo desta jornada, pois sem eles nada disto seria possível.

Ao meu namorado, pelo amor, incentivo e confiança depositada em mim, que foi sem dúvida um apoio diário.

Às minhas amigas, pela compreensão nos momentos mais difíceis e pela amizade incondicional.

Ao meu Orientador de Dissertação, Senhor Professor Doutor António Manuel Almeida Costa, por toda a disponibilidade demonstrada e conhecimentos transmitidos.

RESUMO

Na presente dissertação de mestrado procuramos fazer um percurso ao longo da dogmática jurídica da legítima defesa, de forma a alcançar uma correta noção do fundamento que justifica o atual regime jurídico do recurso a armas de fogo pelas autoridades policiais. Para cumprir tal objetivo, este trabalho analisa todos os pressupostos da figura da legítima defesa (agressão, atualidade, ilicitude, conhecimento da situação objetiva de justificação, necessidade do meio e necessidade de defesa), com a finalidade de sustentar o papel que a mesma assume no ordenamento jurídico português e, ainda, tendo por base toda a doutrina que sobre a mesma se debruça.

É no último capítulo que abordamos as situações em que a autoridade policial está legitimada a recorrer a armas de fogo. Assim, é tratada a jurídico-constitucionalidade da atividade policial e os princípios que estão subjacentes ao recurso a arma de fogo por parte daqueles que desenvolvem tal atividade. Em face do exposto, procuramos analisar o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro, referente à utilização de armas de fogo e explosivos pelas forças e serviços de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima Defesa; Necessidade; Uso de Armas de Fogo; Autoridades Policiais.

ABSTRACT

In this master's thesis our main objective consists on going through the legal dogma of self-defence, in order to achieve a correct notion of the basis that justify the current legal regime related to the use of firearms by law enforcement authorities. Therefore, the aim in this work is to analyse all the assumptions linked to the figure of legitimate defence (aggression, actuality, illegality, knowledge of the objective situation of justification, necessity of the means and necessity of defence), in order to sustain the role that it assumes in the Portuguese legal system and, furthermore, based on all the doctrine that addresses it.

In the last chapter we will be reporting the situations in which the police authority is legitimated to use firearms. Also, the legal-constitutionality of the police activity and the principles that underlie the use of firearms by those who develop such activity are addressed. In light of the above, we seek to analyse Decree-Law no. 457/99, of november 5, regarding the use of firearms and explosives by security forces and services.

KEY-WORDS: Legitimate Defence; Need; Use of Firearms; Law Enforcement.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	- Acórdão
Al.	- Alínea
Art.	- Artigo
CC	- Código Civil
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	- Código Penal
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
N.º	- Número
p./pp.	- página/páginas
PSP	- Polícia da Segurança Pública
ss.	- seguintes
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
v.g.	- <i>verbi gratia</i>

ÍNDICE

RESUMO	4
ABSTRACT	5
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
ÍNDICE	7
INTRODUÇÃO	8
Capítulo I – A legítima defesa	10
1. Conceito	10
2. Fundamentos	13
3. Bens suscetíveis de legítima defesa	17
Capítulo II – Requisitos da legítima defesa	20
1. Requisitos da agressão	20
1.1. Conceito de agressão.....	20
1.2. Atualidade da agressão	23
1.3. Ilicitude da agressão.....	26
2. Requisitos da ação de defesa.....	27
2.1. Conhecimento da situação objetiva de justificação	27
2.2. A necessidade do meio.....	29
2.3. A necessidade da defesa.....	33
Capítulo III – Recurso a armas de fogo pelas autoridades policiais	39
1. O DL n.º 457/99, de 05.11 e a Lei n.º 5/2006, de 23.02.....	42
2. O alcance do artigo 2.º, n.º 2 da CEDH.....	44
3. Conceito de Polícia.....	48
4. Atuação policial legitimada.....	49
5. A CRP e a atividade policial	50
6. Princípios da subsidiariedade, necessidade e proporcionalidade	51
7. Exemplo prático da nociva ampliação do poder de atuação dos agentes policiais	53
SÍNTESE CONCLUSIVA	55
BIBLIOGRAFIA.....	57

INTRODUÇÃO

Cada vez mais surgem dúvidas quanto à questão de saber se um agente de autoridade, em determinada situação, está a agir a coberto do instituto da legítima defesa. Assim, no estudo realizado procurou-se especificar quais as situações em que as autoridades policiais estão a agir em legítima defesa e, por isso, situações pelas quais se exclui a ilicitude. É, pois, importante referir que a legítima defesa que teremos por base neste estudo é a que consta no artigo 31.º, n.º 2, alínea a) do CP e definida no artigo 32.º do mesmo diploma.

A legítima defesa, embora se configure como um tema clássico no Direito Penal, pouco consenso reúne na doutrina. Nesta medida, abordam-se alguns pontos mais questionáveis e debatidos atualmente.

É no 1.º Capítulo que fazemos referência aos fundamentos e aos bens suscetíveis de legítima defesa, fazendo expressa menção às diversas posições doutrinárias. De seguida, na análise dos requisitos da legítima defesa, começamos pelos pressupostos objetivos do lado agressão, expondo as posições doutrinárias sobre o que deve entender-se por agressão atual e ilícita.

Quanto às exigências do lado da defesa, começa-se pelo estudo do elemento subjetivo, isto é, o conhecimento da situação de legítima defesa. Ainda, neste ponto, merece referência o estudo da necessidade do meio e da necessidade de defesa – e das dificuldades especiais que estes requisitos convocam. No requisito da necessidade da defesa, sistematizamos os diversos grupos que mais reflexão têm encontrado na doutrina portuguesa.

O capítulo final é dedicado ao recurso a armas de fogo pelas autoridades policiais, nomeadamente procedemos a uma análise do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro. Em primeiro lugar, abordamos a Lei das Armas e suas Munições, na medida em que esta veio alterar profundamente o regime da legítima defesa. De seguida, procuramos interpretar o artigo 32.º do CP em conformidade com o artigo 2.º da CEDH – é assumido por parte de alguma doutrina que este preceito legal expressa uma limitação do direito de defesa por meio de uma proibição de causar ao agressor uma lesão sensivelmente desproporcionada ou, ainda, que uma ação a coberto de legítima defesa não contemplará a proteção de bens patrimoniais. Merece ainda uma breve referência ao conceito de polícia. Ainda, cabe-nos concretizar quais os principais princípios constitucionais que de alguma forma pautam a atividade policial, especificamente nos casos em que se mostra indispensável o uso da força que pode assumir em situações de

absoluta necessidade o recurso a arma de fogo. E, por último, a título de exemplo, julgamos importante fazer referência a um caso em que se mostra a ampliação lesiva do poder de atuação dos agentes policiais ocorrida no Rio de Janeiro.

Em face do exposto, é com base nesta lógica e encadeamento de ideias, explicando os pontos de vista da doutrina e também os nossos, que, deste modo, se tentará organizar o trabalho de investigação.

Capítulo I – A legítima defesa

1. Conceito

Tendo em conta a importância que a legítima defesa¹ assume no sistema social, enquanto meio jurídico de defesa particular contra agressões ilícitas, a sua base encontra lugar na lei fundamental. Assim, o artigo 21.º da CRP consagra que: «Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública». Destarte, trata-se de um direito fundamental individual que se traduz na impossibilidade de recorrer à autoridade pública como requisito da sua legitimidade.

A CEDH também consagra a legítima defesa, podendo retirar-se do seu artigo 2.º, n.º 2, alínea a) que o bem jurídico Vida pode ser lesado em legítima defesa, desde que esta lesão se mostre absolutamente necessária para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal.²

No Código Penal, a legítima defesa encontra-se prevista no artigo 32.º do CP. O artigo 32.º do diploma mencionado dispõe que «Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro». No entanto, tal figura também se encontra consagrada no artigo 337.º do CC. Este preceito legal exige, não só a impossibilidade de recurso à força pública, mas também que se não cause ao agressor um prejuízo manifestamente superior ao que poderia resultar da agressão. Do artigo decorre uma limitação da legítima defesa civil que dá lugar a uma implicação da exigência constitucional de necessidade da conduta defensiva³.

¹ A noção de legítima defesa teve a sua origem linguística no Código Penal Francês de 1791 com a expressão *légitime défense* – Cf. FIORETTI *apud* M. FERNANDA PALMA [et al.], *Casos e Materiais de Direito Penal*, p. 159.

² Dispõe o n.º 1 do artigo 2.º da CEDH que «O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei», porém o seu n.º 2 estatui que «Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte do recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para efetuar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição».

³ «Deste modo, a uma legítima defesa penal ilimitada corresponderia, no Direito Civil, uma defesa limitada. A consequência seria a da admissibilidade de uma legítima defesa civil contra uma defesa penal, que não preenchesse os requisitos do art.337.º, n.º 1 do CC. Além de se ter de admitir uma justificação contra conduta justificada, não se resolveria, definitivamente, o conflito entre agressor e defendente» – Cf. T. QUINTELA DE BRITO, *O direito de necessidade e a legítima defesa*, p. 34.

Em face do exposto, podemos afirmar que existem dois regimes jurídicos de legítima defesa, concorrendo ambos no mesmo ordenamento jurídico, porém, os pressupostos e requisitos da figura em direito civil e em direito penal não coincidem⁴. FIGUEIREDO DIAS⁵ também partilha desta autonomia da legítima defesa penal relativamente à legítima defesa civil.

A legítima defesa prevista no artigo 32.º do CP não está limitada por uma exigência de proporcionalidade, podendo em nome dela sacrificar-se bens jurídicos de valor superior ou mesmo muito superior ao dos ofendidos. Ao passo que na legítima defesa jurídico-civil, limitada negativamente pela cláusula de proporcionalidade, restringe-se substancialmente o âmbito da justificação relativamente àquela. Isto porque quando os prejuízos causados pelo defendente fossem manifestamente superiores aos que se pretendiam defender, a defesa, nos termos do artigo 337.º do CC, não seria legítima, subsistindo a ilicitude civil. Nestes casos, como afirma CONCEIÇÃO VALDÁGUA, o facto do defendente representaria também, relativamente ao primitivo agressor, uma agressão atual e ilícita, que daria lugar a que este pudesse responder em legítima defesa⁶. Entende CONCEIÇÃO VALDÁGUA que se A avança rapidamente para B, munido de um instrumento cortante, ameaçando que lhe vai tirar um olho e com manifesta intenção de executar a ameaça; B, que é de compleição física muito mais fraca do que A, emprega o único meio de que dispõe para afastar a agressão, disparando, à queima-roupa, um tiro contra A, daí resultando a morte do agressor. CONCEIÇÃO VALDÁGUA segue a ideia de que neste caso estamos perante um prejuízo manifestamente superior ao que resultaria da agressão, pois é manifesto que a perda da vida constitui um prejuízo ainda maior do que a perda de um olho. No entanto, ao contrário do nosso entendimento, a Autora entende que nos casos que visam provocar uma das ofensas corporais graves referidas no artigo 143.º do CP (mutilação ou desfiguração, privação da capacidade de procriação ou possibilidade de utilizar o corpo...), o sentimento jurídico da generalidade das pessoas e a própria linguagem comum negam à morte do agressor a qualificação de prejuízo desproporcionado. Ou seja, segundo a Autora não se poderá afirmar que o prejuízo causado pela defesa é desproporcionado ao que resultaria da agressão.⁷ Não conseguimos entender esta opinião, na medida em que o defendente naquela situação poderia recorrer a outros meios menos gravosos, tais como, por exemplo, disparar para uma zona não letal do corpo do agressor ou desferindo-lhe um pontapé. No

⁴ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, PG I^a, p. 173.

⁵ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG I^a, 15.º Cap., § 48.

⁶ M. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Aspetos da Legítima Defesa*, pp. 12-13.

⁷ *Ibidem*, p. 12.

entanto, ressalvam-se as situações em que o defendente atua com excesso dos meios empregues devido a perturbação, medo ou susto, não censuráveis – cf. artigo 33.º do CP.

Importa mencionar que a legítima defesa que teremos por base neste estudo é a enunciada no artigo 31.º, n.º 2, alínea a) do CP e definida no artigo 32.º do mesmo Código.

Este conceito não é universal para todos os sistemas jurídicos e pode ter um regime mais amplo ou mais restrito. Nesta medida, tal conceito pode abranger ou excluir a defesa de certos interesses (os interesses do Estado, os interesses coletivos, etc.) ou exigir mais ou menos condições para o exercício da defesa (como a possibilidade de recurso à força pública, a proporcionalidade entre os bens defendidos e os lesados no exercício da defesa, etc.).

A teorização dogmática da legítima defesa teve início nos princípios do século XIX, sendo vista como uma conceção absoluta do direito individual de defesa perante qualquer agressão ilícita, conceção esta que ficou marcada na história com as célebres frases de BERNER⁸ (1848): «O Direito não deve nunca ceder perante o ilícito». Ao que o mesmo Autor acrescentava: «Eu não sou obrigado a deixar-me tocar num cabelo, e posso, em defesa contra a mais insignificante agressão à intocabilidade da minha pessoa, ir até ao total aniquilamento do agressor». Esta primeira fase da legítima defesa ficou marcada pela radicalidade e unilateralidade deste instituto onde, na doutrina portuguesa, nomeadamente o Autor EDUARDO CORREIA entende que qualquer que seja a relação ou proporção entre o bem do agredido e o do agressor a lesar pela reação defensiva, «certo é que a legítima defesa realiza sempre o mais alto de todos eles, que é, por força da sua essência, a defesa da ordem jurídica.»⁹

TAIPA DE CARVALHO¹⁰ apresenta uma segunda fase da legítima defesa, com início na segunda metade do século XX e desenrolando-se até aos nossos dias, onde este instituto perde aquela conceção tradicional e absoluta, e se vê questionado no seu fundamento, na amplitude da sua tutela e na questão da exigência ou não de proporcionalidade entre os bens jurídicos ameaçados na agressão e os lesados com a defesa.

Pela análise do conceito de legítima defesa enunciado no artigo 32.º do atual CP, à luz destas novas questões suscitadas nas últimas décadas leva-nos a considerar que este, por conter um teor literal fortemente ligado àquela primeira conceção tradicional radical de legítima

⁸ Apud A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG³*, p. 355.

⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, pp. 36-37.

¹⁰ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG³*, pp. 359-360.

defesa, gera uma incerteza jurídica que pode implicar decisões judiciais injustas, na medida em que aquele texto legal não abrange nem dá resposta às novas questões que se colocam. Deste modo, pendemos no sentido de que o artigo 32.º do CP, de uma forma implícita, consagra o princípio da proporcionalidade, – em que o prejuízo causado pelo ato de defesa não pode ser manifestamente superior àquele que resultaria da agressão. Caso contrário, caíamos numa desordem tal que a generalidade das pessoas «podia» matar, estando convictos de que estavam a atuar em legítima defesa e, como consequência, não haveria qualquer punição.

2. Fundamentos

Durante muito tempo, o fundamento justificador da legítima defesa foi encontrado na afirmação de que o Direito não deve nunca ceder perante o ilícito. No entanto, ela não pode ser aceite no sentido supra individual e supra pessoal de que, defendendo o Direito perante o ilícito, o agente, através do seu facto, está a defender não só os interesses agredidos como também o interesse da comunidade na integridade do direito objetivo. Aliás, tal afirmação não pode ser aceite na aceção de que a legítima defesa representaria uma transferência legal para os agentes privados do monopólio penal do Estado.

Atualmente, e tendo em conta todas as críticas apontadas, bem se compreende que o fundamento da figura em estudo seja visto como residindo, predominante ou exclusivamente, na defesa necessária – e consequente preservação – do bem jurídico agredido – esta é a posição da doutrina maioritária.

Para FIGUEIREDO DIAS¹¹, são dois os fundamentos justificadores da legítima defesa. Por um lado, a necessidade de defesa da ordem jurídica, através da qual se justifica que se sacrifiquem bens jurídicos de valor superior aos postos em causa pela agressão; se justificará que a legítima defesa não esteja limitada por uma ideia de proporcionalidade. Por outro lado, ainda a necessidade de proteção dos bens jurídicos ameaçados pela agressão. Os dois fundamentos ligam-se e interpenetram através da ideia de que na legítima defesa se trata em último termo de uma «preservação do Direito na pessoa do agredido»¹². Contudo, não há fundamento para uma ação de legítima defesa quando, no caso, se verifique um interesse na preservação do Direito, mas inexista a necessidade de proteção de um bem jurídico. A razão

¹¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P²*, 15.º Cap., § 2.

¹² STRATENWERTH *apud* J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P²*, 15.º Cap., § 2.

pela qual a defesa é legítima ainda quando o interesse defendido seja de menor valor do que o interesse lesado pela defesa é que, dir-se-á, ainda neste caso o interesse defendido é aquele que prepondera no conflito, porque ele preserva do mesmo passo o Direito na pessoa do agredido.

Contrariamente ao entendimento de FIGUEIREDO DIAS, TAIPA DE CARVALHO¹³ entende que o direito de legítima defesa se baseia no princípio da autoproteção individual e no princípio da prevenção geral e especial ético-juridicamente fundamentada. O princípio da autoproteção individual reconduz-se ao direito natural que assiste a cada um de impedir as agressões contra si dirigidas. O princípio da prevenção geral e especial traduz-se na necessidade individual e social de advertência dos potenciais agressores – prevenção geral – e do atual agressor – prevenção especial – de que estão sujeitos às consequências resultantes da ação de defesa que for necessária para impedir a agressão ou a continuação desta. Este duplo fundamento que configura, simultaneamente, a dupla função do direito de legítima defesa recusa que a fundamentação da legítima defesa esteja, à semelhança da sua conceção tradicional, na defesa da ordem jurídica como se esta constituísse um valor absoluto, cuja preservação se impusesse como um imperativo jurídico categórico ou abstrato. TAIPA DE CARVALHO não considera, pois, que o fundamento da legítima defesa esteja na «preservação do Direito na pessoa do agredido» - ao invés do entendimento de FIGUEIREDO DIAS. Para TAIPA DE CARVALHO, é a defesa do bem jurídico concreto que justifica o direito de defesa, isto é, o direito individual de reagir contra a agressão, impossibilitando-a ou impedindo a sua continuação.

TAIPA DE CARVALHO defende que a razão pela qual se deve rejeitar qualquer ideia de proporcionalidade no âmbito da legítima defesa reside na «injustiça que seria impor ao agredido, por um agressor doloso e censurável, uma limitação da sua liberdade de estar ou da defesa ativa dos seus bens, mesmo que tal liberdade e defesa só possam ser realizadas mediante uma ação necessária que tenha de sacrificar bens jurídicos do agressor muito mais valiosos que os defendidos»¹⁴. É essa injustiça que parece constituir para este Autor o próprio fundamento da legítima defesa, pois só aquela especial situação, a de uma agressão atual, ilícita, dolosa e censurável, e a injustiça de impor ao agredido um dever de suportar essa agressão fará cessar o dever de solidariedade do agredido para com o agressor e permitir que sobre ele recaia uma ação de legítima defesa, que não deverá ser limitada pelo princípio da proporcionalidade.¹⁵

¹³ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG³*, p. 361.

¹⁴ Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima defesa*, p. 420.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 431 e ss.

Recentemente, FERNANDA PALMA, na sua dissertação de doutoramento¹⁶, reagiu contra a fundamentação dualista da legítima defesa perfilhada por FIGUEIREDO DIAS, rigorosamente contra a atribuição à legítima defesa de uma função de afirmação da ordem jurídica e mesmo contra a imputação a esta causa de justificação de uma função preventiva de agressões ilícitas. Ao esquecer os concretos «estatutos» do agressor e do agredido, vendo naquele pouco mais que um criador de um perigo de lesão iminente de um bem jurídico, FERNANDA PALMA preocupou-se mais, ou quase exclusivamente, em impedir as injustiças a que a conceção dominante poderia levar, do que em questionar os vícios metodológicos e teórico-normativos de que padece a referida doutrina dominante. Assim, acabou por reduzir a legítima defesa a um problema de hierarquização/bipartição de direitos ou bens jurídicos, convertendo, na prática, o direito de legítima defesa num mero estado de necessidade defensivo.

Deste modo, quando a Autora distingue entre uma legítima defesa ilimitada e uma legítima defesa proporcionada – admitindo aquela só quando tanto o bem jurídico agredido como o bem jurídico afetado pela ação de defesa necessária pertencerem à mesma categoria de bens, e impondo a limitação ou mesmo a negação da utilização do meio necessário à indispensável defesa, quando o bem jurídico agredido pertencer à categoria dos bens que ela classifica como não pertencentes ao núcleo dos bens constitutivos da essência da dignidade da pessoa humana (a vida, a integridade física «substancial» e a liberdade «substancial») e o bem jurídico do agressor, a ter de ser sacrificado pela ação de legítima defesa pertencer a essa categoria essencial dos bens jurídicos –, ela mais não está do que a reduzir a legítima defesa ao mero estado de necessidade defensivo, de modo que, por exemplo, nunca estaria justificada por legítima defesa a causação de uma ofensa corporal grave para impedir o furto de uma coisa por mais valiosa que esta fosse, ou para impedir a violação do domicílio. Em suma, FERNANDA PALMA¹⁷ entende que a legítima defesa possui dois fundamentos. Em primeiro lugar, a insuportabilidade¹⁸ da agressão a um núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade

¹⁶ M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, pp. 253-268.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸ O princípio da insuportabilidade explica que o defendente possa lesar, por vezes, bens como a vida e a integridade física e a liberdade do agressor, ao mais alto nível – bens pertencentes, especificamente, ao núcleo em que se manifesta a dignidade da pessoa humana e cujo sacrifício uma lógica de ponderação de interesses, como a do direito de necessidade ou a da própria ação direta, jamais poderia explicar. Isto, porque são imponderáveis, como o legislador reconhece na alínea c) do artigo 34.º do CP.

da pessoa humana e, como segundo fundamento, a igualdade¹⁹ na proteção dos sujeitos jurídicos.

Ainda é de destacar o entendimento de ALMEIDA COSTA. Este Autor entende que a legítima defesa se fundamenta na necessidade de proteção de bens jurídicos ameaçados pela agressão e já não na necessidade de defesa da ordem jurídica. No âmbito da sistematização das causas de exclusão da ilicitude é conhecida a oposição entre as teorias «monistas» e «pluralistas», que se diferenciam pelo facto de assimilarem os vários tipos justificadores, respetivamente, a um único ou a diversos princípios de fundamentação.

A adesão a uma conceção do ilícito pessoal²⁰ implica reconhecer que a categoria da ilicitude corporiza aquilo que é «exigível ao homem médio» o que significa que a sua exclusão há-de ser concebida nos termos do que lhe é inexigível²¹. O que acaba de afirmar-se importa atribuir ao ilícito um carácter pessoal-objetivo e considerá-lo como um facto em si mesmo, desligado da individualidade do agente, pelo que deve ser encarado como um «ato humano em geral»²², *i.e.*, à luz do critério do homem médio. É na «exigibilidade objetiva» que se fundem as considerações atinentes à dignidade penal e necessidade de pena que intercedem na configuração de cada tipo de crime. Isto posto, também na órbita da situação de conflito de bens jurídicos que subjaz a qualquer tipo justificador, o princípio geral da exclusão da ilicitude deverá buscar-se na aludida ideia da «(in)exigibilidade objetiva». Deste modo, qualquer conduta que seja praticada em circunstancialismo tal que se revele inexigível ao homem médio atuar de outro modo, não pode ser considerada ilícita por não se traduzir num conteúdo pessoal-objetivo de antinormatividade. O que se afirma tem como consequência a assunção da inexigibilidade objetiva, não como uma causa de exclusão da ilicitude *a se*, mas como o princípio fundamental em matéria de justificação.²³

¹⁹ O princípio da igualdade explica que o defendente possa lesar sempre bens de valor superior ao dos que assegura: os sujeitos jurídicos devem beneficiar de uma proteção proporcionada ao merecimento das suas condutas, não se podendo esquecer que um deles praticou um facto ilícito.

²⁰ O ilícito pessoal traduz-se na verificação de um conteúdo objetivo de antinormatividade definido a partir do padrão do homem médio e, assim, numa conduta humana (= desvalor de ação) cuja abstenção a ordem jurídica entende exigível em nome da preservação das condições indispensáveis à convivência comunitária – Cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, nota 160, p. 641-642.

²¹ *Idem*.

²² A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 611.

²³ Assim, A. M. ALMEIDA COSTA apresenta objeções à inclusão das figuras tradicionalmente tidas como causas de justificação – como o consentimento do ofendido, as atuações policiais, *o agere pro magistratum*, as autorizações oficiais e o dever de correção, configurando-as como causas de exclusão da tipicidade, cfr. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, nota 160, pp. 642-643.

Seguindo a convicção de ALMEIDA COSTA²⁴, não se afigura de seguir a doutrina dominante, que assenta a solução na ideia de que a legítima defesa, além da «preservação imediata dos bens jurídicos ameaçados», realiza o escopo da «proteção do ordenamento» e, assim, tanto objetivos de prevenção geral (positiva e negativa), como de prevenção especial contra agressões ilícitas – finalidades estas que continuariam a impor-se nas hipóteses em que o dano provocado supere em muito o que se pretende evitar e, portanto, afastariam a intervenção de considerações atinentes à ponderação dos interesses conflitantes.

Segundo este Autor, tendo em conta a experiência de vida, não se compreende em que medida a disciplina da legítima defesa possa comportar um acréscimo aos efeitos preventivos de proteção do ordenamento jurídico que decorrem das reações cominadas na lei e da respetiva aplicação.

É nosso entendimento que o fundamento justificador da legítima defesa é a proteção dos bens jurídicos. Reconhecemos que o princípio orientador da legítima defesa – a proteção dos bens jurídicos – também está presente noutras causas de justificação da ilicitude, por exemplo, no estado de necessidade justificante. As diferenças entre a legítima defesa e o estado de necessidade haverão de ser dadas por outros critérios, não significando a submissão ao mesmo princípio orientador uma qualquer perda de autonomia dos institutos. Afirmar que a legítima defesa serve a preservação de bens jurídicos não exprime uma qualquer conceção supra-individual da mesma e, por isso, firmada necessidade de reafirmação da ordem jurídica. Significa apenas a asserção de que esta serve a proteção de bens jurídicos, ainda que comunitários ou estaduais, dado que sejam passíveis de fruição individual, não havendo qualquer razão de princípio para a afastar.

3. Bens suscetíveis de legítima defesa

TAIPA DE CARVALHO, na sua dissertação de doutoramento²⁵, defende que a restrição do círculo dos bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa deve fundamentar-se na aceitação de dois pressupostos. Face ao direito de necessidade defensiva, a especificidade do direito de legítima defesa consiste, quanto ao seu regime, na recusa da exigência da proporcionalidade dos bens e, quanto à sua função, na necessidade preventivo-geral e especial, função preventiva

²⁴ *Ibidem*, p. 643.

²⁵ A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, p. 475.

esta que encontra a sua legitimação ético-jurídica, por um lado, na plena autorresponsabilidade do agressor e, por outro lado, na autonomia pessoal do agredido, autonomia que não tem que ser limitada, quando, simultaneamente, se faz coincidir a situação de legítima defesa com agressão atual, ilícita, dolosa e culposa, e se exige do agredido a indispensabilidade do meio de defesa e, quando não corram riscos importantes bens pessoais, uma certa gradualidade no processo da ação de defesa.

Assim, entende o Autor que o reconhecimento do direito de necessidade defensiva contra agressões (ou ataques de animais ou perigos provenientes de coisas), que não preencham os requisitos da situação de legítima defesa (isto é, agressão atual, ilícita, dolosa e censurável), ou contra agressões que, embora preencham esses requisitos, contudo não têm por objeto um dos bens pertencentes a esse determinado núcleo de bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa, confere ao agredido uma defesa que, quando inevitável para se proteger o bem agredido, pode sacrificar um bem do agressor, mesmo que mais valioso, só que não muito mais valioso.

A doutrina atual divide-se relativamente à matéria dos bens suscetíveis de legítima defesa. Certamente que as posições dos diferentes Autores são, pelo menos tendencialmente, influenciadas pela fundamentação que atribuem à legítima defesa. Destarte, aqueles que defendem uma fundamentação exclusiva ou acentuadamente individualista são levados a considerar como suscetíveis de legítima defesa apenas os bens jurídicos individuais²⁶. Nesta medida, para FERNANDA PALMA²⁷, a legítima defesa está sujeita a uma exigência de proporcionalidade qualitativa. Ou seja, se a agressão ilícita puser em causa bens jurídicos constitutivos da dignidade da pessoa humana, apenas a defesa pode lesar bens jurídicos desse mesmo grupo. Já se a agressão lesar ou colocar em perigo de lesão bens jurídicos não expressivos da dignidade humana, não pode o defendente atingir bens jurídicos pessoais essenciais do agressor.

Por um lado, os que atribuem à legítima defesa uma *ratio* exclusivamente supra-individual de «afirmação da vigência do direito» são, em princípio, encaminhados para acolherem, entre os bens capazes de legítima defesa, também os bens supra-individuais. Por outro lado, já a conceção dominante dualista – defendida por FIGUEIREDO DIAS²⁸ –, que considera como *rationes* da legítima defesa a proteção individual e a afirmação do direito,

²⁶ Posição de M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, embora exclua da legítima defesa os bens patrimoniais, p. 255 e ss.

²⁷ M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, pp. 243 e ss.

²⁸ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P²*, 15.º Cap. § 2.

defende a possibilidade da legítima defesa não só relativamente aos bens jurídicos estritamente individuais (ou seja, cuja titularidade efetiva pertence a uma pessoa privada) como também aos bens que, embora não sendo da titularidade efetiva da pessoa privada (individual ou coletiva), todavia o poderiam, juridicamente, ser. Nesta medida, para estes Autores incluídos nesta conceção são suscetíveis de legítima defesa não apenas a vida, a saúde, a propriedade, etc. de uma pessoa individual, mas também os bens jurídicos comunitários de fruição individual (por exemplo, jardins públicos, cabines telefónicas, etc.), assim como os bens patrimoniais do Estado (monumentos, pontes, florestas, etc.).

É evidente que os bens jurídicos comunitários de fruição individual²⁹ e os bens jurídicos patrimoniais do Estado ou Autarquias Locais são interesses juridicamente protegidos e que não se vê qualquer argumento válido para não considerar estas pessoas jurídicas (Estado e Autarquias Locais) como abrangidas pela expressão «terceiro» que consta do artigo 32.º do CP.³⁰

²⁹ Além dos exemplos já mencionados, pode ainda mencionar-se o caso dos rios, das piscinas públicas, etc.

³⁰ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., §§ 9-10; Posição diferente assume A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 480-481, ao defender que neste tipo de casos, a reação defensiva já não se funda na legítima defesa, mas sim no direito de necessidade defensiva, o que leva a que o bem lesado pela ação de defesa não possa ser muito superior ao defendido, embora possa ser superior.

Capítulo II – Requisitos da legítima defesa

1. Requisitos da agressão

1.1. Conceito de agressão

Como dispõe o já mencionado artigo 32.º do CP, uma situação de legítima defesa supõe a existência de uma «agressão atual e ilícita»³¹ de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro»; devendo a ação de legítima defesa constituir o meio necessário para repelir a agressão.

O conceito de agressão³² deve entender-se como uma «ameaça derivada de um comportamento humano a um bem juridicamente protegido»³³. A restrição ao comportamento humano resulta do fundamento mesmo da legítima defesa: só seres humanos podem violar o direito.³⁴ Por isso, ficam excluídas do âmbito da legítima defesa as atuações de animais, bem como os perigos para bens jurídicos decorrentes de coisas inanimadas. Obviamente, não significa isto que cesse o direito à defesa contra ameaças deles provenientes, podendo sempre a resposta ser justificada pelo direito de necessidade (artigo 34.º do CP), particularmente pelo direito de necessidade defensivo³⁵. Todavia, a legítima defesa não deverá ser negada quando exercida contra animais que estejam a ser usados por alguém como instrumento de agressão, já que nestes casos não deixa de se estar perante uma agressão humana, apenas com a especificidade de um animal ser utilizado como arma.³⁶

EDUARDO CORREIA entende, ao contrário de FIGUEIREDO DIAS, que não se deve afastar do instituto da legítima defesa a agressão de animais, de crianças, de inimputáveis ou de agentes que atuem sem culpa em virtude de erro ou boa-fé.³⁷ É do seu entendimento que não faria sentido remeter estas hipóteses para o regime do estado de necessidade e, portanto, para o domínio da ponderação dos interesses do atacante e do defendente. Será suficiente ponderar

³¹ Sublinhado nosso.

³² Cf. ponto II do sumário do Ac. do STJ, de 25-06-92, processo n.º 042595: «A legítima defesa pede ou supõe uma agressão actual e ilícita. A agressão é qualquer ameaça de lesão a bens ou interesses penalmente tutelados...», disponível em www.dgsi.pt.

³³ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 6.

³⁴ Neste sentido, G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*, § 9, nm. 72 e ss. e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 6.

³⁵ O fundamento do direito de necessidade defensivo reside no direito de autodefesa face à conduta do causador do perigo, devidamente temperada pela solidariedade social – Cf. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, nota 309, p. 185.

³⁶ Cf. Exemplo dado por J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 6.

³⁷ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, pp. 37 e 38.

que, na nossa hipótese, ao contrário do que acontece no domínio do estado de necessidade, os interesses sacrificados pertencem à esfera jurídica donde provém o ataque aos interesses jurídicos defendidos. Para além de que, quando os interesses em conflito fossem de igual valor, teríamos que negar um direito de necessidade e, portanto, que considerar ilícita – embora talvez não culposa – a ação do defendente, o que vai contra o princípio já referido de que o direito não tem nunca que ceder perante um ataque ilícito.

Normalmente a agressão é constituída por um *facere*. Na medida, porém, em que a omissão seja forma de cometer um delito, realiza-se através dela um comportamento agressivo. Assim, como agressão deve considerar-se tanto o comportamento ativo como o comportamento omissivo³⁸ referido à violação de um dever jurídico (equiparação esta enunciada no artigo 10.º do CP)³⁹. A agressão pode também consistir em ofensas verbais⁴⁰.

Sucede que, por exemplo, o não cumprimento de uma obrigação civil não pode, em princípio, constituir uma agressão para efeitos de legítima defesa. *V.g.*, a lesão de direitos de crédito que sejam fundados num contrato não serve de base à legítima defesa.⁴¹

Segundo o entendimento de FIGUEIREDO DIAS, deve exigir-se que a conduta humana seja voluntária, não havendo lugar a uma situação de legítima defesa quando a resposta seja exercida contra uma agressão cometida em estado de inconsciência ou em que a vontade esteja completamente ausente. Esta exigência de domínio da ação é justificada pela circunstância de que «só atua aquele cujo comportamento for dominado por um mínimo de vontade e, por isso, não faz qualquer sentido considerar como agressão uma conduta não determinada por ela»⁴². Acontece, porém, que esta limitação não impede o defendente de agir, simplesmente exclui essa defesa do âmbito do artigo 32.º do CP e a enquadra então no direito de necessidade (artigo 34.º do CP) defensivo, permitindo assim que sejam sacrificados bens jurídicos da pessoa cuja esfera advém o perigo.

³⁸ Posição defendida por STRATENWERTH/ L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 9, nm. 72 e ss., A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG*³, p. 368 e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*², 15.º Cap., § 8.

³⁹ Posição diferente assume M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, p. 68, «Na omissão, não há, em rigor, uma conduta dirigida à criação de um perigo para um bem jurídico».

⁴⁰ O verbo *agredir* vem do latim *agredire* e significa atacar, assaltar, insultar, ir contra alguém.

⁴¹ STRATENWERTH/ L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 9, nm. 72 e ss.

⁴² Neste sentido escreve M. MIGUEZ GARCIA, *O Risco de Comer uma Sopa I*, p. 367, referindo que «Nesta perspetiva, contra a ação imprudente caberá estado de necessidade defensiva»; Posição diferente assume M. CAVALEIRO DE FERREIRA uma vez que afirma, referindo até que a doutrina é praticamente unânime que «A agressão não carece de ser agressão voluntária, isto é, culpável», M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, PG I*⁴, p. 178.

TAIPA DE CARVALHO discorda da opinião de FIGUEIREDO DIAS que considera que tais situações são abrangidas pelo artigo 34.º do CP (que consagra o direito de necessidade interventiva, que na doutrina alemã e, entre nós, ainda costuma ser designado por estado de necessidade agressivo⁴³). Na verdade, diferentemente do que afirma FIGUEIREDO DIAS, TAIPA DE CARVALHO entende que a correta interpretação do artigo 34.º pressupõe, necessariamente, que o interesse ou bem sacrificado, como meio necessário ao salvamento do bem em perigo, seja um bem de terceira pessoa alheia à criação da situação de perigo. Donde que não entram no âmbito normativo justificador do direito de necessidade interventiva (artigo 34.º) as situações de perigo ou de ataque cuja neutralização passe pela lesão de bens jurídicos da pessoa de cuja órbita provém tal perigo ou ataque. Estas situações só se encontram resolução justificadora da ação típica necessária para impedir a respetiva concretização danosa no âmbito do direito de necessidade defensiva.

Por outro lado, TAIPA DE CARVALHO além de entender que a agressão tem de ser voluntária, esta também tem de ser dolosa.⁴⁴ A exigência de que a conduta agressiva seja dolosa corresponde ao significado etimológico e comum do termo agressão, é imposta pela própria função preventivo-geral e especial de dissuasão que cabe à legítima defesa e resulta, ainda, do próprio pressuposto de legitimidade da ação de defesa, que é a necessidade do meio. Agredir tem por base um comportamento doloso, uma ação (ou omissão) voluntariamente dirigida contra alguém.

Além destas exigências, o Autor entende que a função preventiva no direito de legítima defesa só se afirma plenamente em relação a agressores dolosos. Finalmente, a necessidade da ação de legítima defesa só existe em relação a agressões dolosas. Perante agressões negligentes, o que aquele que pode ser lesado nos seus bens tem a fazer é advertir, avisar o agressor dos perigos que da sua conduta resultam para os seus bens jurídicos. Uma vez advertido, se prossegue na sua conduta suscetível de lesar o bem jurídico, passa a sua ação a constituir uma agressão. Não havendo tempo de avisar, então o direito de defesa que assiste ao que corre o risco de lesão iminente é o direito de necessidade defensiva.

⁴³ No estado de necessidade interventiva (impropriamente designado de «agressivo») sacrifica-se o interesse de um «inocente», enquanto no estado de necessidade defensivo sacrifica-se um interesse do causador do perigo. No entanto, não podemos deixar de considerar 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) – Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 286 e ss.

⁴⁴ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG*³, p. 368.

1.2. Atualidade da agressão

A agressão tem de ser atual, mas ser atual não significa que já tenha de estar em execução. Somos da opinião que seria disparatado que o agredido tivesse que esperar que a agressão começasse a efetivar-se para só depois poder defender-se. Neste sentido, ser atual significa estar iminente, isto é, que ameaça executar-se imediatamente, que está prestes a executar-se, que já se iniciou o *iter criminis*, ou já em execução.⁴⁵

A atualidade da agressão exige assim que, em «ambiente» de sincronização, se estabeleçam os seus parâmetros «antes» e «depois». No primeiro caso, deverá atender-se ao disposto no artigo 22.º, n.º 1 do CP, e verificar se o agente pratica atos de execução de um crime (critério do início da tentativa). No exemplo de TAIPA DE CARVALHO, já será agressão atual o gesto de A de agarrar o revólver que tem à cinta – e não apenas o empunhar e apontar essa arma – quando, no contexto da azeda troca de palavras entre A e B, nada indica que ele não irá utilizar, de facto, a arma contra B. Salvo circunstâncias concretas muito claras no sentido de que ele não dispararia, em hipótese alguma, a arma contra B (hipótese muito improvável e que ter-se-ia de provar), assistia ao B um direito de legítima defesa que poderia, se necessário, conduzir à morte do A. *In casu*, permite-se que o agredido ou o que está em perigo de agressão se defenda.

São discutidas pela doutrina as situações em que, não obstante a agressão não ser ainda sequer iminente, já se sabe antecipadamente, com certeza ou com um elevado grau de segurança, que ela vai ter lugar. *V.g.*, o dono de uma estalagem ouve, ao jantar, três hóspedes combinarem entre si o assalto ao estabelecimento durante a noite. Se o dono da estalagem colocar soníferos nas bebidas dos clientes para se permitir a exclusão da ilicitude por legítima defesa, neste tipo de casos, alguns Autores defendem a chamada «teoria da defesa mais eficaz»⁴⁶, segundo a qual a agressão seria já atual no momento em que se soubesse que ela viria a ter lugar se o adiamento da reação para o momento em que ela fosse iminente tornasse a resposta impossível ou se ela só fosse possível mediante um grave endurecimento dos meios (dita por vezes legítima defesa preventiva). Trata-se, contudo, de uma proposta que não deve ser acolhida. Por um lado, em termos dogmáticos, alarga em demasia o conceito de atualidade; por outro lado, em termos político-criminais, pode ter consequências extremamente nefastas,

⁴⁵ Neste sentido, STRATENWERTH/ L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*º, § 9, nm. 68 e ss. e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*º, 15.º Cap., §§ 11-12.

⁴⁶ Citado por A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, nota 473, pp. 276-277.

legitimando formas privadas de defesa em substituição da atuação das autoridades policiais competentes, a quem pertence em princípio intervir nestas situações. Deve, assim, nestas situações ser negada a legítima defesa por não estarmos em presença de agressões atuais. Uma possível exclusão da ilicitude das condutas referidas só poderá verificar-se através, eventualmente, do apelo ao direito de necessidade do artigo 34.º do CP, à figura do direito de necessidade defensivo, uma vez verificadas determinadas condições, sobretudo, a impossibilidade ou ineficácia de uma intervenção policial.

No contexto do início da atualidade da agressão coloca-se ainda o problema da preparação antecipada da defesa, nomeadamente através de aparelhos automáticos (v.g., dispositivos que disparam por si mesmos quando houver uma intromissão na propriedade, como é o caso das redes elétricas), relativamente a uma agressão eventual. A doutrina dominante reputa tal tipo de defesa como legítimo; mas este ponto de vista só pode ser aceite desde que se verifiquem os restantes pressupostos da legítima defesa, nomeadamente o de que no momento da defesa a agressão seja atual, o da necessidade da defesa e, em especial, o de que a defesa esteja preparada para atingir apenas o agressor – segundo também EDUARDO CORREIA⁴⁷.

É importante ainda fazer a contraposição entre a legítima defesa e a ação direta. Os requisitos da figura da ação direta (artigo 336.º do CC⁴⁸) são, por um lado, que o recurso à força seja indispensável, dada a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais; por outro lado, que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo; e, por último, que o facto não sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar. Contudo, o Código Civil mistura nesta figura elementos que pertencem à legítima defesa e ao estado de necessidade justificante. Por uma parte, parece que o preceito visa defender o Direito perante o ilícito, configurando conseqüentemente o ato potencialmente lesivo de bens jurídicos do agente não como um perigo, mas substancialmente como uma agressão; e o ato do agente não como ato de afastamento de um perigo, mas verdadeiramente como um ato de defesa. Enquanto, por outra parte, exige um estrito juízo de proporcionalidade dos bens em conflito, que só seria substancialmente aceitável e compreensível se não se tratasse

⁴⁷ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, p. 43.

⁴⁸ Estabelece o artigo 336.º do CC que «1. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a ação direta for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo; 2. A ação direta pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro ato análogo; 3. A ação direta não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.»

de repelir uma agressão imediata à ordem jurídica. Estamos assim perante uma contradição normativa e teleológica que apenas seria resolvida afastando a ação direta do modelo da legítima defesa e aproximando-a do modelo do estado de necessidade.

Ainda, nos crimes permanentes, nomeadamente no crime de sequestro (art.158.º CP) e na violação de domicílio (art.190.º CP), a agressão dura pelo tempo que durar a situação típica. Se o intruso que permanece no domicílio alheio recusa retirar-se, pode o dono da casa invocar a legítima defesa, mas não assim se simplesmente lhe bloqueia a saída com o pretexto de que já chamou a polícia.

No entendimento de FIGUEIREDO DIAS⁴⁹, quando estão em causa crimes contra a propriedade, como o furto (art.203.º e 204.º, ambos do CP), releva o momento até ao qual a defesa é suscetível de deter a agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir a agressão. Até esse último momento a agressão deve ser considerada como atual. Vejamos, A dispara e fere gravemente B, para evitar que este fuja com as coisas que acabou de subtrair. Será que podemos considerar a agressão de B como ainda atual? O entendimento mais razoável, e com o qual também concordamos, é o de que está coberta por legítima defesa a resposta necessária para recuperar a detenção da coisa subtraída se a reação tiver lugar logo após o momento da subtração, enquanto o ladrão não tiver logrado a posse pacífica da coisa. Como sabemos, nos crimes patrimoniais a consumação depende da efetiva ocorrência de um prejuízo patrimonial, que só se consuma com a saída dos bens e valores da esfera de disponibilidade fáctica da vítima.

Com a situação de violência depois da subtração (art.211.º CP) e com os casos de agressão frustrada em que o ladrão foge de mãos abanar porque não conseguiu apanhar o que queria, se o ladrão abandonar o que subtraiu e foge de mãos vazias, o lesado não está autorizado a exercer a legítima defesa, que é desnecessária. De qualquer forma, se o dono da coisa furtada não a recupera de imediato, *i.e.*, se a agressão perde a sua atualidade, no indicado sentido, a recuperação forçada da coisa só poderá fazer-se com apoio na ação direta (art.336.º do CC).

⁴⁹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P*, 15.º Cap., § 15.

1.3. Ilicitude da agressão

A agressão tem também de ser ilícita. Não carece a agressão de ser crime, basta que seja objetivamente contrária ao ordenamento jurídico. Assim, a legítima defesa é possível não só contra agressões que configurem um tipo de ilícito penal (agressões corporais, furto...), como também contra agressões que constituam apenas um ilícito contraordenacional (v.g., fortes ruídos noturnos junto de uma casa, condução sob o efeito de álcool) ou um ilícito civil (os factos praticados por A para impedir que B leve o seu colar de pérolas a uma festa sem a sua autorização – furto de uso não punível criminalmente – art. 208.º do CP, *a contrario*). Acresce ainda que, a agressão não carece de ser culpável, apenas que seja contrária ao direito, que ponha em perigo ou lese, sem que o agente tenha o direito ou o dever de o fazer, interesses juridicamente tutelados do defendente ou de terceiro⁵⁰.

Notemos que há violências não injustas e contra essas não é possível atuar em legítima defesa. Aquele que age em conformidade ao direito não comete facto ilícito e, por isso, não pode ser impedido de prosseguir. Não estarão por isso cobertas por legítima defesa, v.g., as agressões ou ameaças tipicamente relevantes levadas a cabo pelo credor sobre o devedor para que este lhe pague.

Por outro lado, defendemos que não há legítima defesa contra legítima defesa.⁵¹ Ora vejamos: se A atua justificadamente perante B (em legítima defesa, por ordem da autoridade, por ex., para o prender, etc.) não pode este ripostar em legítima defesa, antes tem o dever de tolerar tal situação. Recordemos os casos de legítima defesa putativa⁵²: se A vê que o seu carro está a ser deslocado do sítio em que o estacionara e reage ao que toma pelo furto do carro, quando na realidade do que se tratava era de acudir com ele a uma emergência, por ser o único meio de salvar uma vida, a intervenção na esfera jurídica de A, por não ser ilícita, não autoriza

⁵⁰ Alguns Autores defendem que a agressão tem de constituir um ataque voluntário, doloso. Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 243 e ss.

⁵¹ Neste sentido, STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 9, nm. 72 e ss.; A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, p. 392 e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*², 15.º Cap., § 17, nota 34.

⁵² O sumário do Ac. do STJ de 01-02-1996, processo n.º 048471 dispõe que «Quando o arguido atua na convicção de que o ofendido tinha uma arma no bolso e se ia servir dela para o atingir, já que acabara de dizer que lhe dava um tiro, constava que andava sempre armado e levou a mão ao bolso das calças, fá-lo numa situação de erro sobre um ataque iminente a tiro por parte do ofendido. Neste caso, existe uma situação de erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude que exclui o dolo, ou seja, a legítima defesa. Trata-se de uma legítima defesa putativa, de um erro indireto sobre o facto, em que o erro sobre os pressupostos das causas de justificação tem a mesma relevância que o erro sobre os elementos essenciais do facto ilícito.» disponível em www.dgsi.pt.

a legítima defesa, pois falta-lhe um dos pressupostos do artigo 32.º - todavia poderá prevalecer-se do regime, que lhe é favorável, do artigo 16.º, n.º 2 e 3 do CP.

Contudo, para ALMEIDA COSTA, que parte de uma conceção do ilícito pessoal, pode haver ações justificadas *versus* ações justificadas. Não existe um direito de intervenção e consequente obrigação de suportar a agressão. Para este Autor é possível, no âmbito da teoria do ilícito pessoal, existirem situações de verdadeira defesa face a condutas justificadas, nomeadamente em situações de *perigo* ou de *ameaça*⁵³.

2. Requisitos da ação de defesa

Depois de conhecidos os pressupostos que se têm de verificar para que uma agressão seja suscetível de legítima defesa, vejamos então os requisitos que esta deve obedecer para que a mesma seja tomada ao abrigo do artigo 32.º do CP e que, assim, esteja excluída a ilicitude do ato que foi levado a cabo para repelir a agressão. Queremos desde já salientar que perante uma agressão, ainda que atual e ilícita, não se pode reagir de qualquer forma, por quaisquer meios e sem limites. Pelo contrário, analisando a legítima defesa enquanto uma colisão de bens ou interesses, esta só se justifica se, de acordo com os critérios de valor da ordem jurídica, for necessário salvar um deles à custa de outro.

2.1. Conhecimento da situação objetiva de justificação

Este requisito traduz-se na exigência de que o defendente tenha a correta noção acerca da agressão que tornará a sua defesa legítima, atuando esclarecido relativamente à atualidade e à ilicitude da agressão que está a ser, ou foi alvo, e assim forme a sua vontade. Assim, «quem desconhece a situação objetiva que conduz à justificação atua com um desvalor de ação em tudo equivalente, do lado subjetivo, ao autor de um facto típico relativamente ao qual se não verifica qualquer situação de justificação; por outras palavras, atua com vontade de realização do tipo objetivo de ilícito e o seu facto contém, de forma completa, o desvalor da ação»⁵⁴, apresentando-se assim este requisito como uma exigência subjetiva mínima, indispensável à exclusão da ilicitude de toda e qualquer causa justificativa.

⁵³ A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, nota 160, p. 645.

⁵⁴ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P*, 14.º Cap., § 16.

Autores como WELZEL⁵⁵ entendem que para a justificação de uma ação típica não basta que existam os elementos objetivos de justificação⁵⁶, é preciso que o autor os conheça e tenha os demais elementos subjetivos especiais de justificação. Deste modo, por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade (justificante), o autor deve conhecer os elementos objetivos da justificação e ter a vontade de se defender ou salvar. Se um ou outro elemento subjetivo estiver em falta, o autor não está justificado, apesar da existência de elementos objetivos de justificação.

De seguida, resta-nos determinar como deve ser punido o agente que atua numa situação objetiva de justificação sem, todavia, a representar ou conhecer. Tendo realizado por um lado um tipo incriminador (v.g., A dispara mortalmente sobre B para lhe herdar os bens) e, por outro lado, não podendo atuar qualquer tipo justificador por falta do exigido elemento subjetivo do conhecimento ou representação do tipo objetivo justificador, pareceria dever logo concluir-se que o agente realizou integralmente o tipo de ilícito respetivo e, na verdade, sob a forma consumada. Esta solução, contudo, apesar de dever ter-se por dogmaticamente correta⁵⁷, não parece ser a que melhor se adequa à mais justa composição dos interesses em conflito e, sobretudo, a que melhor solução oferece em termos de consequência prático-normativas. É verdade que na situação se verifica um desvalor da ação em tudo equivalente ao do facto em que não intervém qualquer causa justificativa. Mas não é menos verdade que, ao contrário do facto em que não concorre uma causa justificativa, quando se verificam todos os pressupostos objetivos do tipo justificador falta o desvalor do resultado. Deste modo, a situação é análoga à da tentativa. Por isso, deve defender-se a aplicação, por analogia, do regime da tentativa aos casos em que faltam os elementos subjetivos da justificação. Cumpre ainda salientar que o CP português previu expressamente esta solução para o caso em que falta o elemento subjetivo relativamente à causa justificativa do consentimento: *se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa*. Do que se trata é somente de alargar esta solução a todas as causas justificativas.

Ainda, tem-se suscitado a questão de saber se o artigo 38.º, n.º 4 do CP remete para a aplicação do regime da tentativa ou somente para a pena que à tentativa seria aplicada. Segundo

⁵⁵ H. WELZEL, *Derecho Penal*, p. 100.

⁵⁶ São cinco os requisitos objetivos da legítima defesa: a agressão de interesses juridicamente protegidos ou de terceiro; a atualidade da agressão; a ilicitude da agressão; a necessidade da defesa e a necessidade do meio. O conhecimento da situação objetiva de legítima defesa é um requisito subjetivo que se refere à situação de ação de defesa.

⁵⁷ Cf. é acentuado por M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo*, pp. 533-537.

COSTA ANDRADE, este artigo remete somente para a pena aplicável à tentativa. Para este Autor, um preceito como o constante no n.º 4 do artigo 38.º CP acaba por se revelar perfeitamente congruente com o sistema do Código Penal. Entende que se trata de um preceito de irrecusável funcionalidade normativa: isto porquanto o silêncio da lei a este propósito apontaria sem mais para a punibilidade como crime consumado. Ressalvada apenas a possibilidade, aberta ao aplicador do direito, de recurso à analogia como fundamento de mitigação da pena.⁵⁸

2.2. A necessidade do meio

Perante uma agressão atual e ilícita não pode reagir-se de qualquer forma, por quaisquer meios e sem limites. A defesa para ser legítima tem de ser necessária. O facto praticado para repelir a agressão tem de consistir no meio necessário.⁵⁹

O artigo 32.º do CP dispõe que o facto praticado, como meio necessário, para repelir uma agressão, constitui legítima defesa. A referência da expressão «meio necessário» sugere que a necessidade se alude a toda a conduta defensiva e não, apenas, aos meios de defesa eficazes ao dispor do defendente.

Assim sendo, a necessidade do ato de defesa não pode medir-se, exclusivamente, pelos instrumentos materiais de defesa que estão na disponibilidade do defendente, sem ter em consideração os interesses sacrificados com a utilização desses meios, face à natureza ou ao modo como são empregues. Comprovando que tal assim é, está a figura do excesso de defesa (art.33.º do CP), cujo regime – a manutenção da ilicitude da conduta – encontra a sua explicação no regime da legítima defesa não alheio relativamente aos danos causados ao agressor, consoante a utilização de uma certa espécie de meios ou num certo grau. Nesta medida, o excesso de meios parece abranger, pelo menos, duas hipóteses.

A primeira, em que o defendente utiliza um meio desnecessariamente gravoso, em si ou pela forma da sua utilização, apesar de não provocar no agressor um dano manifestamente superior. A segunda hipótese, em que o meio defensivo, só por si ou pela intensidade do seu uso, lesa logo um bem que é manifestamente superior do agressor, quer se trate ou não do único meio ao dispor do defendente.

⁵⁸ M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo*, pp. 536-537.

⁵⁹ STRATENWERTH/L. KUHLLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 9, nm. 76 e ss.; J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*², 15.º Cap., § 22 e A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, PG*³, pp. 376-377.

Em qualquer uma destas hipóteses, a caracterização do meio como excessivo, no contexto concreto da agressão e da defesa e no momento em que esta última se exerce, não passa, apenas, pela consideração dos instrumentos materiais de defesa ao dispor do agredido. Envolve, necessariamente, a ponderação dos bens jurídicos lesados com a utilização.

A avaliação da necessidade do meio não é auferida em função da qualidade do instrumento, mas sim do resultado da sua utilização. Vejamos: o uso de arma de fogo pode-se mostrar menos gravoso do que o uso de uma arma branca, na medida em que aquela pode causar apenas a imobilização do agressor com uma ofensa à integridade física simples, e esta última pode vir a causar a morte do mesmo. Portanto, a qualidade do instrumento não é determinante para a análise da necessidade do meio, mostrando-se relevante sim o resultado que se alcançou com a sua utilização⁶⁰. No entanto, este juízo de necessidade de defesa reporta-se ao momento da agressão, onde «deve ser avaliada objetivamente toda a dinâmica do acontecimento, merecendo especial atenção as características pessoais do agressor (idade, compleição física, perigosidade), os instrumentos de que dispõe, a intensidade e a surpresa do ataque, em contraposição com as características pessoais do defendente (o porte físico, a experiência em situações de confronto) e os instrumentos de defesa de que poderia lançar mão».⁶¹

A utilização de meios de autoproteção, como cães perigosos, aparelhos elétricos ou venenos, objetos perfurantes ou cortantes, pode ser tida como válida em certos casos. Contudo, o risco de na situação em concreto não se ter tratado de um meio necessário corre sempre à custa de quem dele se serve.⁶²

Ainda quanto à análise da necessidade do meio, importa referir que a fuga por parte daquele que se deve defender, apesar de constituir um meio idóneo e certamente o que menos prejuízos causa ao agressor, não deve ser tomada em linha de conta, porque «dessa forma se precludiria a função da prevenção geral a que a legítima defesa está adstrita, acabando a ordem jurídica por permitir que facticamente prevalecesse a lei do mais forte em detrimento do agredido».⁶³ Por exemplo, ao contrário do agressor, o defendente dispõe de uma arma de fogo, deverá, em princípio, começar por ameaçar o agressor, por palavras ou disparando para o ar, e

⁶⁰ Cf. G. MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*², p. 181.

⁶¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 23. No mesmo sentido alude M. MIGUEZ GARCIA, *O risco de comer uma sopa I*, p. 372, «...contra um agressor de 130 quilos, que bate repetidamente com a cabeça da vítima na capota do automóvel, pode o arguido defender-se à facada.»

⁶² J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 24.

⁶³ *Ibidem*, 15.º Cap., § 23.

só se tal não for suficiente estará autorizado a disparar sobre ele, devendo, quando possível, evitar atingi-lo nas suas zonas vitais. Como igualmente não poderá exigir-se que para afastar uma agressão física o agredido se envolva numa luta corporal de resultado incerto contra o agressor. Não podemos considerar como necessário um meio que não seja suficientemente seguro para o agredido e que, embora idóneo para repelir a agressão, só o seja à custa de um risco para a sua vida ou integridade física. Assim, o defendente não está obrigado a tentar afastar a agressão através de um meio mais leve, antes de fazer uso de um meio mais prejudicial para o agressor, se for incerta a eficácia dessa forma de defesa menos gravosa e não for desprezível o risco que sobre ele se abaterá em caso de insucesso desse meio.

O uso de um meio não necessário à defesa representa um excesso que vai determinar a não justificação do facto por legítima defesa. Nos termos do artigo 33.º do CP⁶⁴, é o denominado excesso de meios ou excesso intensivo de legítima defesa que tem como consequência a afirmação da ilicitude do facto praticado. Por exemplo, haverá excesso de meios se, no decorrer de uma discussão entre duas vizinhas, uma delas, perante a entrada de outra no seu prédio de faca de cozinha em riste, reage desferindo-lhe uma pancada de enxada na cabeça, lesando dessa forma gravemente a sua integridade física. Neste caso, teria sido suficiente apontar a enxada ou, no máximo, dar um golpe na mão que segurava a faca.

Desta forma, muitas vezes são usados meios mais gravosos para o agressor do que aqueles que teriam sido necessários para a defesa. Todavia, tal não impede a afirmação da ilicitude, pode sim determinar uma diminuição da culpa e permitir, nos termos do artigo 33.º, n.º 1 do CP, uma atenuação especial da pena ou, inclusivamente, a própria exclusão da culpa, nos casos em que o excesso de meios fique a dever-se a «perturbação, medo ou susto, não censuráveis» (art. 33.º, n.º 2 do CP).

Há excesso asténico de legítima defesa quando o defendente se excede na ação de defesa devido a perturbação, susto ou medo não censuráveis causado pela agressão. Neste tipo de situações está excluída a culpa e, portanto, também deve ser excluída a pena. Em contrapartida, se o excesso for devido a perturbação, medo ou susto censuráveis (por ser exigível outra conduta ao agente, por exemplo, atentos os seus especiais conhecimentos e deveres profissionais), não está excluída a culpa, mas ela pode ser diminuída, podendo então a pena ser especialmente

⁶⁴ «Artigo 33.º - Excesso de legítima defesa

- 1- Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada.
- 2- O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.»

atenuada. Vejamos então melhor: age com excesso intensivo censurável de legítima defesa aquele que, após pressentir que a vítima, a hora tardia, tinha entrado no pátio do seu prédio, com a cara tapada com um gorro artesanal, munido de um pau ostensivo e de uma pistola oculta, convencendo-se que se tratava da mesma pessoa que havia colocado herbicida e cortado a vedação anteriormente, dispara sobre a mesma, a cerca de 18,30 metros de distância, visando o tórax da pessoa e atingindo-a mortalmente nessa zona.⁶⁵

Contudo, se a perturbação, medo ou susto assumirem uma dimensão patológica, como pânico, pode haver a exclusão da imputabilidade, em virtude de a anomalia psíquica privar o agente da capacidade de querer livremente⁶⁶ – artigo 20.º do CP.

Ao invés, há excesso de legítima defesa estênico quando o defendente se excede devido a raiva, ódio, vingança ou avidez, em função das quais o defendente ultrapassa a medida da necessidade do meio de defesa, levando-o a um excesso de meios de defesa. Nestes casos, não há diminuição da culpa, mas quando ela se verifique pode ser atenuada a pena, nos termos gerais (como fator de atenuação da pena) do artigo 71.º do CP.⁶⁷

Já se concorrerem o excesso astênico e o excesso estênico, pode haver uma diminuição da culpa, quando se verifique a predominância deste. Nesse caso, a diminuição da culpa deve ser ponderada na medida da pena⁶⁸. O excesso de legítima defesa, seja astênico ou estênico, tem um limite absoluto, qual seja o da crassa desproporção entre o bem defendido e o bem lesado. Neste caso, o excesso é sempre censurável e, por isso, não pode ser desculpado.

No caso de o excesso causar uma pluralidade de ações de defesa, por exemplo, ofensas à integridade física e dano (concurso de ações de defesa excessiva do mesmo defendente), a culpa do agente deve ser aferida em relação a cada uma dessas concretas ações criminosas e, concomitantemente, a pena de cada crime atenuada, sendo esse o caso.⁶⁹ Todavia, o excesso pode consistir na prática de ações dolosas ou negligentes⁷⁰, devendo ser apurada a culpa em

⁶⁵ Exemplo dado no Ac. do STJ de 27.10.2010, processo n.º 971/09.1JAPRT, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁶ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, PG I^a, p. 368.

⁶⁷ Admitindo a aplicação das regras de atenuação geral ou especial da pena, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, PG I^a, p. 200 e G. MARQUES DA SILVA, *Direito Penal*, II, p. 104, mas defendendo a atenuação especial obrigatória da pena, em virtude de uma «diminuição do ilícito», quer no caso de excesso estênico quer no caso de excesso astênico censurável, A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*. PG II, p. 349.

⁶⁸ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG I^a, 22.º Cap., § 38.

⁶⁹ Diferentemente, em favor da atenuação da pena conjunta, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, PG I^a, p. 198.

⁷⁰ PAULA RIBEIRO DE FARIA, in *Comentário Conimbricense CP I*, art. 145.º, § 16 e IDEM, *Comentário Conimbricense, CP I^a*, art. 147.º, §§ 1-23.

relação a cada crime e, sendo esse o caso, a pena concreta de cada crime. Portanto, se houver uma ação de defesa excessiva negligente, para efeitos de atenuação deve ser considerada a moldura do crime negligente, caso ele seja punível.

No caso do concurso de ações de defesa excessiva de vários defendentes, a culpa de cada um deles é aferida separadamente (artigo 29.º do CP).

2.3. A necessidade da defesa

A redação do §32 do Strafgesetzbuch (Código Penal) refere-se à necessidade da defesa, com a expressão *geboten*, que pode traduzir-se como «imposta». É por referência a tal expressão que, na doutrina alemã, se exige a necessidade do meio, em cujo juízo de ponderação deverão considerar-se todas as circunstâncias da situação de defesa, desde a surpresa e intensidade da agressão, à perigosidade do agressor, aos meios disponíveis para a defesa. A avaliação da necessidade da defesa tem, assim, um caráter bilateral: do lado dos meios e do lado da própria defesa.

Segundo ROXIN, a análise da expressão *geboten* traduz-se na exigência de que a defesa seja normativamente imposta e, por isso, permitida.⁷¹

TAIPA DE CARVALHO discorda das posições daqueles Autores que pretendem ver no elemento «necessidade» da ação de defesa um duplo significado, isto é, um sentido descritivo e um sentido normativo. Um sentido descritivo, na medida em que uma ação de defesa será considerada necessária quando ela for, segundo as circunstâncias concretas, considerada indispensável para repelir a agressão; e um sentido normativo em que a ação de defesa, mesmo a considerar-se indispensável para repelir a agressão, só estaria justificada, só seria considerada como exercício do direito de ação de legítima defesa, quando ela fosse considerável como razoável. Nas palavras deste Autor, «esta normativização do elemento “necessidade da ação de defesa” para repelir a agressão (CP, art. 32.º: “meio necessário para repelir a agressão”), sendo consequência de compreensíveis motivações de obviar a um direito de legítima defesa radical e irrazoável, o certo é que não tem a ver com a definição da “necessidade” do meio utilizado para repelir a agressão, mas sim com a definição do que deve considerar-se como uma verdadeira “situação de legítima defesa”, situação que haverá de compreender os aspetos

⁷¹ Cf. a discussão que ROXIN expõe acerca da utilização da terminologia «restrições ético-sociais» à legítima defesa – C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 15, nm. 54.

relativos à natureza e importância dos bens agredidos e os relativos ao tipo de agressão (dolosa ou negligente; culposa ou não)». ⁷² Para TAIPA DE CARVALHO, todos estes aspetos importantes têm a sua sede própria na definição da «situação de legítima defesa» e não na «ação de legítima defesa».

A doutrina e a jurisprudência exigem outros requisitos relativos à ação de defesa e para além da necessidade do meio, sendo um deles, a necessidade de defesa, que apenas se verifica se não estiverem em causa determinado tipo de circunstâncias.

O texto legal que se refere à legítima defesa, mais propriamente o artigo 32.º do CP, apenas exige que a ação defensiva seja tomada como «...meio necessário para repelir a agressão...», contudo, «reduzindo a consideração da necessidade de defesa à necessidade dos meios, a interpretação não se revela justa nem adequada à teleologia da norma e aos fundamentos da justificação: estes têm a ver com a necessidade do meio empregado, decerto, mas também (e, num certo sentido, ainda mais) com a necessidade de defesa como tal na situação, face à exigência de prevalência do Direito sobre o ilícito na pessoa do agredido: não há defesa “legítima” se ela for desnecessária» ⁷³ e como tal, a doutrina funda a exigência de outros limites em imposições de carácter genérico que resulta da ordem jurídica na sua globalidade.

Esta análise que cai sobre a necessidade ou não de defesa, tem em linha de conta o fundamento da justificação, levando a que se elejam quatro grupos diferentes de situações em que a mesma não se encontra necessária, portanto, situações que se apresentam como limites à necessidade de defesa. ⁷⁴ Nestes termos, a sistematização que mais eco encontra na doutrina portuguesa ⁷⁵ pertence a FIGUEIREDO DIAS e que se analisa nos grupos seguintes:

As agressões que não importam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido, portanto, situações em que, apesar de a agressão ser atual e ilícita, a mesma ocorre dentro de um circunstancialismo tal que leva a que esta se não apresente como uma ofensa socialmente tolerável dos direitos do agredido, não sendo concedido a este um pleno direito de legítima defesa por se entender que esta «pode não surgir como socialmente indispensável à afirmação do Direito face ao ilícito na pessoa do agredido, ou só o surgir respeitada que seja uma certa

⁷² A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, PG³, p. 376.

⁷³ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG I², 15.º Cap., § 21.

⁷⁴ *Ibidem*, 15.º Cap., § 28.

⁷⁵ Também por STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I⁶*, § 9, nm. 85 e ss.

proporcionalidade dos bens conflitantes». ⁷⁶ Neste grupo, o Autor faz caber dois subgrupos: as agressões não culposas e as agressões provocadas.

Este primeiro subgrupo tem a ver com as situações em que a agressão é levada a cabo de uma forma não culposa, por o agressor se tratar de um inimputável, por atuar em erro sobre a ilicitude não censurável, ou por atuar a coberto de uma situação de inexigibilidade legalmente prevista ou situação análoga. ⁷⁷ Nestes casos, quanto menos responsável for o agressor pela sua atuação, mais restritos são os limites de necessidade de defesa. V.g., afastando-se do doente mental que o insulta em vez de o ofender corporalmente; ou se pode buscar auxílio alheio para repelir menos danosamente a agressão. Porém, se nenhuma destas situações se verifica, a defesa será necessária e o direito de legítima defesa persiste, embora deva manter-se dentro dos limites da compreensão objetiva imposta perante atuações não culposas ⁷⁸. Nessa medida, já não será defesa necessária a defesa a tiro (mesmo que seja o único meio disponível) para evitar repetidos empurrões acompanhados de insultos de um doente mental.

Também situações em que o agredido cria, por sua vontade, a situação de confronto, portanto, situações em que a agressão é provocada, fazem com que não se verifique este requisito da necessidade de defesa, exigindo-se, assim, a não ocorrência de uma provocação da agressão atual e ilícita, enquanto pressuposto da legítima defesa, para que perante esta, o agente provocador possa reagir a coberto de uma legítima defesa por ele provocada. ⁷⁹

No que concerne às agressões provocadas, deve distinguir-se as agressões provocadas e as provocações pré-ordenadas. Na primeira hipótese, é o agredido que origina a situação de conflito, por exemplo, através de injúrias, da prática de atos ilícitos, mas não atuais ou até de atos lícitos, mas socialmente reprováveis. Se em resposta à provocação, o provocado comete uma agressão ilícita e atual contra o provocador, a doutrina maioritária afirma que deverá ainda aqui assegurar a verificação da necessidade da defesa por parte do provocador, ainda que sujeita a restrições ⁸⁰. Estes serão os casos mais frequentes e que mais dúvidas levantam ⁸¹. Apesar de

⁷⁶ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG I²*, 15.º Cap., § 29.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ O que se disse em relação às agressões não culposas deve valer igualmente para os casos em que o agressor atua com a culpa sensivelmente diminuída (em virtude de embriaguez, ou erro sobre a ilicitude censurável).

⁷⁹ Cf. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal, PG I⁴*, p. 188, onde o Autor refere que «A agressão, embora motivada por provocação, continua sendo uma agressão ilícita. E a defesa deixa de ser legítima para ser defesa ilegítima (ou excesso de legítima defesa) e por isso se diz que a defesa tem de ser inculpada para ser legítima. Isto é, a não provocação da agressão será requisito da legitimidade da defesa».

⁸⁰ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG I²*, 15.º Cap., § 33.

⁸¹ *Ibidem*, 15.º Cap., §§ 33-34.

não se refutar a presença da necessidade da defesa, a doutrina introduz-lhe fortes restrições que, no limite, podem ir até a uma verdadeira negação daquela necessidade. Para se considerar a defesa como necessária é preciso que a provocação assuma o caráter de um facto ilícito que ofenda um bem jurídico do provocado ou de terceiro, que exista uma estreita ligação temporal e adequada proporção entre a provocação e agressão.

Solução diferente é aquela que as teses maioritárias entendem dever presidir nos casos de provocação pré-ordenada. Aqui a conduta do provocador tem como objetivo desencadear uma agressão atual e ilícita por parte do provocado e, deste modo, criar uma situação de legítima defesa, pelo que a maioria da doutrina nega a defesa⁸². No entanto, a negação da defesa só vai, de acordo com alguma doutrina, até onde o provocador assumiu um risco. Se, contudo, a agressão, resultante da provocação, provoca uma reação, cuja perigosidade vai além do que era esperado pelo agressor, existe uma situação de legítima defesa, com a particularidade de que aqui se revela preponderante uma obrigação de o provocador se eximir ao ataque. Só quando não for, de todo em todo possível furtar-se à agressão e esta se revelar como um risco sério para a sua vida ou integridade física, surge para o provocador, em toda a sua plenitude um direito de legítima defesa.

Num outro grupo de casos a limitação da necessidade da defesa ocorre em função da verificação de uma crassa desproporção do peso da agressão para o agredido e da defesa, ainda que com o meio necessário, para o agressor. Segundo alguma doutrina portuguesa, nestes casos não está em causa a insignificância da agressão, que está já sujeita a uma «reserva de relevância social»⁸³. Assim, estabelecem um critério de proporcionalidade entre os bens em conflito, de forma a afirmar-se a legitimidade da defesa. Para estas correntes, a justificação da conduta depende de um resultado lesivo que não seja sensivelmente superior ao que resultaria da agressão; ou, noutra formulação, considera-se que a agressão a bens que não são definidores da dignidade humana (a vida e a integridade física), rejeita a defesa se esta determina a morte ou lesões graves à integridade física do agressor.⁸⁴ É o caso de escola do parálítico, A, que, na falta

⁸² J. FIGUEIREDO DIAS e ROXIN negam a necessidade da defesa com base no argumento de que, nestes casos, não estão presentes quaisquer necessidades de reafirmação do direito – J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I²*, 15.º Cap., § 34 e ss.

⁸³ Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG I²*, 15.º Cap., § 36 e ss. Assim, o problema que aqui se coloca, segundo A. TAIPA DE CARVALHO, é que se está perante agressões relevantes, mas que ainda assim não deixam de estar em maciça desproporção com a defesa, ainda quando se possam confirmar a necessidade do meio – por exemplo, é o único meio disponível e, por isso, idóneo nos termos acima referidos, *apud* J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG I²*, 15.º Cap., § 36.

⁸⁴ M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, pp. 313 e ss.

de outro meio, dispara a matar contra o ladrão B, que quer furtar-lhe a carteira que contém 5 euros.⁸⁵ Todos estamos de acordo em que não pode, em casos deste teor, conferir-se a A um direito de intervenção com o relevo jurídico que este possui, seja em nome da legítima defesa ou de qualquer outra causa justificativa: uma tal reação de A constitui, em definitivo, um facto ilícito. Outra corrente defende que é aquela manifesta desproporção, em si mesma considerada, que deve ser questionada no âmbito da necessidade de defesa. Defender que nestas hipóteses devem entrar exigências decorrentes de um critério de proporcionalidade mostra-se violador dos pressupostos básicos da legítima defesa, levando a uma confusão entre a legítima defesa e o estado de necessidade⁸⁶. Quer dizer, a velha ideia segundo a qual a defesa não pode ser considerada legítima quando se revela manifestamente excessiva em face dos bens alvo da agressão, pelo que representa um abuso do direito de legítima defesa⁸⁷. Para estes Autores, deve negar-se a necessidade da defesa sempre que se verifique uma incomportável desproporção jurídica entre a ação de defesa e a agressão: nesta linha, uma tal defesa será «inadmissivelmente excessiva» e, por isso, abusiva – daí que não possa considerar-se necessária.

Existe hoje unanimidade quanto à ilegitimidade da defesa abusiva. A necessidade da defesa deve ser negada sempre que se verifique uma insuportável relação de desproporção entre ela e a agressão: uma defesa notoriamente excessiva e, nesta aceção, abusiva, não pode constituir simultaneamente defesa necessária.

Um terceiro grupo de hipóteses segundo o qual pode ser questionada a necessidade da defesa é a de os participantes se encontrarem numa mútua posição especial de proximidade existencial, criadora de especiais laços de solidariedade juridicamente relevante. O caso tem sido sobretudo considerado relativamente às relações entre cônjuges ou pessoas que vivam em situação análoga (art.1672º do CC) ou entre pais e filhos (art.1874º do CC). TAIPA DE CARVALHO procura considerar estes casos ao mesmo nível jurídico-dogmático dos da agressão provocada⁸⁸.

Nestes casos, comprovada a efetiva proximidade existencial – proveniente da verificação da existência de uma relação real entre os parentes – está justificada uma maior

⁸⁵ Exemplo citado em FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG P*, 15.º Cap., § 35.

⁸⁶ Assim, nesta ótica, a melhor perspetiva seria aquela que pode levar à eliminação da própria necessidade de defesa, pois é a que mais se aproxima ao seu fundamento da «preservação do direito na pessoa do agredido» – J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG P*, 15.º Cap., § 36 e ss.

⁸⁷ *Ibidem*, 15.º Cap., § 37 e ss.

⁸⁸ *Apud* J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG P*, 15.º Cap., § 40.

compreensão da agressão. O ameaçado deve sempre que possível evitar a agressão, escolher o meio menos gravoso de defesa, ainda que ele se apresente menos seguro para afastar a agressão e renunciar a uma defesa que ponha em perigo a vida ou a integridade física essencial do agredido. De todo o modo, a limitação desaparecerá e o direito de legítima defesa reverterá à sua integralidade se a agressão for de tal natureza e gravidade que elimine o dever de solidariedade existencial que fundamenta a limitação.

O último grupo de casos diz respeito à atuação da autoridade, mormente, das forças policiais. Há uma certa doutrina alemã que pretende excluir aqui a doutrina geral da legítima defesa sempre que existam disposições legais especiais na matéria relativas a tais forças, em particular no que respeita ao uso de armas. No outro extremo situam-se aqueles que sustentam carecer o problema totalmente de autonomia⁸⁹: as exigências de necessidade seriam exatamente as mesmas para os particulares e para as forças públicas quando estas têm elas próprias de se defender ou prestam auxílio necessário a particulares.

⁸⁹ Como antes considerava A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 323 e ss.

Capítulo III – Recurso a armas de fogo pelas autoridades policiais

O Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro, é aplicável «às situações de recurso a arma de fogo em ação policial» – artigo 1.º, n.º 1 do diploma.

Este Decreto-Lei enuncia os princípios que devem reger esta matéria e define o quadro em que esses princípios devem concretizar-se, impondo fortes limitações ao uso de armas de fogo quer quanto às situações em que ele é permitido, quer quanto aos procedimentos a adotar. Nesta medida, o «recurso a arma de fogo só é permitido em caso de absoluta necessidade, como medida extrema, quando outros meios menos perigosos se mostrem ineficazes, e desde que proporcionado às circunstâncias⁹⁰» (art.2.º, n.º 1 do DL citado). Em analogia, e no que releva em sede de legítima defesa, só é autorizado o recurso a arma de fogo contra pessoas se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física (art.3.º, n.º 2, al. a) do DL n.º 457/99). A possibilidade de defesa através do uso de armas de fogo contra pessoas parece, deste modo, ficar restringida aos casos de necessidade de proteção da vida humana e da integridade física, vedando-se uma defesa armada contra a pessoa do agressor em caso de grave ofensa atual e ilícita a interesses pessoalíssimos de primeira ordem, como, por exemplo, entre outros, a liberdade ambulatoria e a liberdade sexual. Crimes de rapto ou de violação não podem ser travados pela polícia mediante disparos de armas de fogo sobre os respetivos agentes ainda que, concretamente, seja esse o meio necessário para repelir tais agressões. Trata-se de uma solução não só materialmente incompreensível, como até constitucionalmente insustentável⁹¹. Assim como, por exemplo, não é permitido o uso de arma de fogo pela polícia que, perante desobediência de uma ordem de paragem, dada a uma viatura em virtude de os seus ocupantes não levarem o cinto de segurança posto, persegue a referida viatura e a cerca de 15 a 20 metros dela dispara cinco tiros contra a parte traseira da viatura e, em consequência, mata um dos ocupantes e fere outro gravemente⁹². Partilhamos o entendimento descrito no Acórdão de que, uma vez que estava apenas em causa a falta de uso do cinto de segurança dos ocupantes, e não havendo quaisquer suspeitas da prática de crimes graves, nem se tratar de viatura alvo de

⁹⁰ Sublinhados nossos.

⁹¹ No sentido da inconstitucionalidade M. FERNANDA PALMA, *Direito Penal*. PG⁵, pp. 310-315, que propõe uma interpretação extensiva do DL n.º 457/99, conforme ao art. 272.º, n.º 1 da Constituição, de modo a reconhecer «aos agentes da autoridade a possibilidade de usarem armas de fogo e, se necessário, as dirigirem contra agressores para repelir ofensas insuportáveis de bens jurídicos inerentes à essencial dignidade da pessoa».

⁹² Tal como resulta do caso descrito no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, datado de 30-10-2013, processo n.º 1382/06.6GAMAI.P2, disponível em www.dgsi.pt. Neste caso, concluiu-se que a entidade policial agiu com culpa consciente e negligência grosseira, violando os princípios da necessidade e proporcionalidade, estabelecidos no artigo 2.º do DL n.º 457/99 de 5.11.

apreensão, mostra-se claramente desajustado o uso de arma de fogo contra aquele tipo de veículo.

A conclusão que podemos retirar é a de que, mesmo verificando-se o pressuposto da necessidade ou indispensabilidade, não está justificada a utilização de arma de fogo contra o agressor, desde que haja o risco de o disparo poder causar a morte ou lesão corporal grave do agressor. Isto quer dizer que não há justificção por legítima defesa – nem por qualquer outra causa de justificção – quando a ação de defesa lesar ou constituir perigo sério de lesar a vida ou de provocar lesão corporal grave no agressor e o bem jurídico objeto da agressão não for a vida ou a integridade física essencial do polícia ou de terceiros.⁹³ A legítima defesa de bens jurídicos individuais, realizada pela polícia, não pode basear-se na morte ou lesão da integridade corporal do agressor.

Dispõe o artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 457/99 que só é permitido o recurso a arma de fogo para repelir a agressão atual e ilícita dirigida contra o próprio agente da autoridade ou contra terceiros. Todavia, o alcance desta norma só se esclarece quando o confrontamos com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo.

Uma ação de defesa traduzida na morte ou lesão grave corporal do agressor só se justifica quando os bens objeto da agressão forem a vida ou a integridade física «essencial» (art.3.º, n.º 2, alínea a) do DL n.º 457/99). Assim sendo, não se preenchendo este pressuposto da «proporcionalidade qualitativa» dos bens, a ação de defesa, que se traduza na morte ou lesão corporal grave do agressor, é considerada ilícita (crime de homicídio ou de ofensas corporais graves).

Da conjugação da alínea a) do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 457/99 resulta a seguinte conclusão: são pressupostos da justificção por legítima defesa a necessidade do meio para impedir a agressão atual e ilícita e a proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos objeto da agressão e da ação de defesa. Nesta medida, a tese da exigência da «proporcionalidade qualitativa» de FERNANDA PALMA⁹⁴ passou, na opinião de TAIPA DE CARVALHO, a ter acolhimento legal com este Decreto-Lei n.º 457/99.

Seguindo a convicção de FERNANDA PALMA, a legítima defesa está submetida a uma exigência de proporcionalidade qualitativa entre a agressão e defesa, proporcionalidade esta

⁹³ Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG*³, p. 390.

⁹⁴ M. FERNANDA PALMA, *A justificção por legítima defesa I*, pp. 243 e ss.

que leva em linha de conta a natureza dos bens conflituantes, devendo estes ser divididos em dois grandes grupos. O primeiro grupo é o do núcleo de bens jurídicos constitutivo da dignidade da pessoa humana⁹⁵ e o segundo grupo o dos bens jurídicos não expressivos da dignidade humana. Caso a agressão ilícita ponha em causa bens jurídicos do primeiro grupo, apenas aí a defesa pode lesar bens jurídicos desse mesmo grupo, por terem a mesma natureza. Já se a agressão lesar ou colocar em perigo de lesão bens jurídicos do segundo grupo, especificamente aqueles que não são expressivos da dignidade humana, não pode o defendente atingir bens jurídicos pessoais essenciais do agressor. A Autora refere como razões para esta medida de proporcionalidade, desde logo a existência de uma hierarquia de bens na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático⁹⁶, mas também, o facto de a legítima defesa valer enquanto defesa de um certo tipo de interesses e não apenas de um interesse geral na preservação da ordem⁹⁷, onde a ponderabilidade do valor da defesa implica uma sujeição a um critério de proporcionalidade derivado de um princípio estrutural do sistema, nomeadamente a igualdade na proteção jurídica do agressor e do agredido, centrada no valor relativo dos seus bens.⁹⁸

Posição diferente tem TERESA QUINTELA DE BRITO. Esta Autora nega a necessidade de existência de uma proporcionalidade alicerçada na natureza dos bens em conflito. Entende que será desproporcional a defesa que não é necessária, uma vez que a gravidade do meio utilizado a torna inapta para o efeito de repelir ou sustar a agressão. A Autora invoca entre outros argumentos para a exigência de uma proporcionalidade entre a agressão e a defesa, a igual dignidade do agressor e do arguido e a correspondente igualdade na proteção jurídica de ambos⁹⁹, o reconhecimento do direito de defesa estatuído no artigo 21.º da CRP e o n.º 2 do artigo 2.º da CEDH, que apenas autoriza a morte do agressor para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal.

Segundo FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁰, a regulamentação rigorosa deste diploma (que consagra o princípio da proporcionalidade na atuação das forças policiais) encontra a sua justificação «somente no âmbito da legítima defesa respeitante às atuações oficiais», não só pela posição especial do agente policial que deve correr «riscos mais pesados», mas também na «superior

⁹⁵ Nomeadamente a vida, lesão grave da integridade física ou da liberdade, bens patrimoniais que socialmente têm feição pessoal ou que se encontram numa relação pessoal essencial objetivamente reconhecida com o seu titular.

⁹⁶ M. FERNANDA PALMA, *Legítima defesa*, enciclopédia Pólis, 1999 apud T. QUINTELA DE BRITO, *Homicídio justificado em legítima defesa I*, p. 197.

⁹⁷ M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, pp. 461, 472 e 573-574.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 246-250.

⁹⁹ T. QUINTELA DE BRITO, *Homicídio justificado em legítima defesa I*, pp. 197-198.

¹⁰⁰ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 15.º Cap., § 42.

condição física e preparação técnica relativamente ao particular», constituindo, portanto, uma concretização do princípio da proporcionalidade que rege a atividade pública e da teoria da necessidade da defesa.

Ao invés, TAIPA DE CARVALHO entende que o Decreto-Lei n.º 457/99, artigos 2.º e 3.º, é muito claro na distinção entre os pressupostos e princípios da necessidade (dos meios de defesa) e da proporcionalidade (entre os bens). Este Autor¹⁰¹ considera que toda a legítima defesa fica sujeita a esta cláusula de proporcionalidade «qualitativa» entre os bens jurídicos da agressão e da ação de defesa, por força do novo regime legal de 1999, pois o particular tem um direito de autodefesa subsidiário da intervenção pública e, portanto, não pode ser-lhe permitido o exercício da defesa em termos mais amplos do que à polícia que o exerce a título principal, sendo o dever de correr maiores riscos e a melhor preparação física dos polícias de ponderar apenas na aferição da necessidade dos meios de defesa e não na proporcionalidade dos bens (no sentido de que esta discussão entre FIGUEIREDO DIAS e TAIPA DE CARVALHO deixou de fazer sentido após a entrada em vigor da lei das armas¹⁰²). Ora, para um particular pode um determinado meio ser considerado necessário, isto é, indispensável à ação de defesa, enquanto que o mesmo meio já relativamente a um polícia pode ser considerado desnecessário e portanto excessivo, na medida em que, tendo em conta a sua melhor preparação física e também a obrigação de correr mais riscos que um particular, um meio menos gravoso para o agressor seria suficiente, seria o necessário, segundo o inevitável juízo *ex ante*.

1. O DL n.º 457/99, de 05.11 e a Lei n.º 5/2006, de 23.02

Em 2006, o legislador alterou de novo profundamente o regime da legítima defesa, por intermédio de uma revisão da lei das armas, aprovada pela Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro.

O artigo 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23.2¹⁰³, prevê que o uso de armas de fogo é excecionalmente autorizado como último meio de defesa para fazer cessar ou repelir uma agressão atual e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando exista perigo iminente de

¹⁰¹ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, PG II*, pp. 210-213. TAIPA DE CARVALHO criticou a tese da exigência da «proporcionalidade qualitativa» na sua dissertação, mas agora defende que esta passa a ter acolhimento legal no DL n.º 457/99.

¹⁰² F. CONDE MONTEIRO, *O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, VI, pp. 725-728.

¹⁰³ Lei que regula o Regime Jurídico das Armas e suas Munições.

morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo os disparos ser exclusivamente de advertência.

Esta disposição é aplicável a qualquer cidadão, sem prejuízo das regras aplicáveis aos agentes das forças de segurança. Com efeito, o artigo 118.º da Lei n.º 5/2006 não revoga nenhum preceito do Decreto-Lei n.º 457/99. Por outro lado, este diploma de 1999 constitui direito especial em relação à referida lei de 2006. Portanto, o legislador introduziu o princípio da proporcionalidade «qualitativa» entre os bens jurídicos da agressão e da ação de defesa como princípio geral da legítima defesa. Mas ao fazê-lo, o legislador de 2006 limitou severamente o âmbito da ação de defesa dos particulares em relação aos agentes das forças de segurança. Por um lado, o particular não pode, em circunstância alguma, usar armas de fogo para prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas, nem para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça ou impedir a sua fuga (como a polícia pode fazer). Por outro lado, na defesa com armas de fogo contra o agressor que cria perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física, o particular não pode visar zona letal do corpo humano (restrição que não existe para a polícia). Desta forma, esta limitação torna-se constitucionalmente intolerável.

Somos da opinião de que ao impor que o defendente vise zona não letal do corpo humano do agressor diante de uma agressão que cria um perigo iminente de morte ou ofensa à integridade física, a norma do artigo 42.º da Lei n.º 5/2006 impõe um dever desproporcional e irrazoável, porque impõe ao ofendido que corra um perigo iminente de morte em virtude da agressão, mas proíbe («em caso algum») que o agressor corra perigo de morte em virtude da defesa. Aliás, esta norma é também desproporcional e irrazoável, na medida em que impõe ao cidadão comum o manejo de arma de fogo com uma perícia que não é sequer exigível aos agentes policiais. Os agentes policiais, que estão mais habilitados para o uso da arma de fogo direcionada para uma zona não letal do corpo humano, não têm de o fazer, podendo mesmo atingir uma zona letal do corpo humano se o agressor tiver criado um perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física (art. 3.º do DL n.º 457/99). Já o cidadão comum, que está menos habilitado para uso de arma de fogo direcionada para uma zona não letal do corpo humano, tem de o fazer, sob pena de agir injustificadamente e cometer um homicídio. Assim, o artigo 42.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 1/2006 é inconstitucional, por violar o artigo 24.º, n.º 1, da CRP, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, na parte relativa à não autorização da legítima defesa

com disparo de arma de fogo pelo defendente em zona letal do corpo humano do agressor diante de agressão que cria um perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física.¹⁰⁴

Há uma outra consequência constitucionalmente inadmissível do novo regime da legítima defesa: a mulher que está prestes a ser violada não pode usar arma de fogo contra o seu violador e, se o fizer e matar o agressor, comete um crime de homicídio. A ordem constitucional dos bens jurídicos não tolera esta decisão do legislador, da qual resulta que a defesa da mulher constitui um ato ilícito não justificado. Ao invés, a ordem constitucional dos bens jurídicos impõe decisão inversa: a mulher que está prestes a ser violada pode usar uma arma de fogo contra o seu violador e, se o fizer e matar o agressor, não comete um crime de homicídio. Isto mesmo resulta da tutela constitucional da liberdade e autodeterminação sexual fundada nos artigos 25.º e 26.º, n.º 1 da CRP. Portanto, o artigo 42.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 5/2006, como o artigo 3.º, n.º 2, al. a) do DL n.º 457/99, são inconstitucionais, na parte relativa à não autorização da legítima defesa com armas de fogo contra o agressor no caso de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual¹⁰⁵.

Resumindo, desde 2006 vigora de novo no direito português o princípio da proporcionalidade da legítima defesa para todos os cidadãos. Os casos que estão tipificados na doutrina de ponderação acrescida da necessidade de defesa (agressões negligentes, agressões não culposas, crassa desproporção entre a agressão e a defesa, especiais laços de solidariedade entre agressor e defendente e agressões provocadas pelo defendente) são apenas expressão de um princípio geral de proporcionalidade¹⁰⁶.

2. O alcance do artigo 2.º, n.º 2 da CEDH

Atendendo ao impacto que o entendimento da *Convenção* pode ter na interpretação da legislação interna, consideramos de extrema importância aferir o sentido do artigo 2.º da CEDH. Neste sentido, destaca-se uma imposição que decorre da necessidade de interpretar o artigo 32.º

¹⁰⁴ Também assim defende A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal*, PG³, pp. 395-402.

¹⁰⁵ Assim, A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal*, PG³, pp. 395-402 e F. CONDE MONTEIRO, *O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, VI, p. 727.

¹⁰⁶ Cf. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal*³, nm. 40, p. 243, entendendo este Autor que «Sempre que a legítima defesa se afigure desproporcional, o defendente não pode reagir, devendo tudo fazer para evitar a defesa e, se possível, devendo mesmo fugir. Só não sendo possível a fuga, o defendente pode reagir, mas essa reação não pode lesar bens jurídicos mais valiosos de que os bens defendidos.»

do CP em conformidade com o artigo 2.º da CEDH, sob pena de se verificar uma inconstitucionalidade orgânica do preceituado no artigo 32.º.

É assumido por parte da doutrina que o artigo 2.º da CEDH expressa uma limitação do direito de defesa por meio de uma proibição de causar ao agressor uma lesão sensivelmente desproporcionada¹⁰⁷ ou, ainda, que uma ação a coberto de legítima defesa não contemplará a proteção de bens patrimoniais.

De acordo com o n.º 1 do artigo 2.º da CEDH¹⁰⁸, é de facto inequívoca a proteção da vida, independentemente das condições físicas ou mentais. Impõe-se ao Estado e aos particulares a exigência de medidas adequadas e necessárias para incriminar atentados à vida humana e a proteção da mesma.

Relativamente ao limite da (des)proporcionalidade, supostamente estatuído no artigo em estudo, podemos verificar que não há qualquer referência literal ao mesmo. O que se verifica é, à semelhança do artigo 32.º do CP, uma condição de «absoluta necessidade» para que se legitime uma possível morte humana (cf. art. 2.º da CEDH). Desta forma, além do incontornável relevo dado à inviolabilidade do bem vida, da verificação de uma violência ilegal (cf. art. 2.º, n.º 2, al. a) da CEDH), da detenção ou impedimento de evasão (cf. art. 2.º, n.º 2, al. b) CEDH) ou da repressão de uma revolta ou insurreição (cf. art. 2.º, n.º 2, al. c) CEDH), não se verifica a exigência de um critério de proporcionalidade.

A partir da disposição do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) da CEDH, uma corrente da doutrina jurídica alemã procurou obter um argumento em favor da tese de que uma legítima defesa mortal só era permitida, quando tal fosse necessário (indispensável) para defender bens jurídicos pessoais, excluindo-se, portanto, a legítima defesa, com efeitos mortais, contra o agressor de bens jurídicos patrimoniais.

Dentro desta corrente, distinguem-se duas posições.¹⁰⁹ Uns Autores entendem que esta alínea a) só tem por destinatários as autoridades públicas (as forças policiais), ou seja, esta disposição só visa as relações verticais Estado-cidadão, e não as relações entre particulares (cidadão-cidadão). Para estes, a *Convenção* proibia, portanto, e somente, as autoridades

¹⁰⁷ T. QUINTELA DE BRITO, *Homicídio justificado em legítima defesa I*, p. 204.

¹⁰⁸ O artigo 2.º, n.º 1 da CEDH dispõe que: «1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.»

¹⁰⁹ A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, nota 845, pp. 483-486.

públicas de exercerem uma legítima defesa mortal contra agressões patrimoniais. Relativamente à legítima defesa exercida por particulares, esta era uma questão do foro interno dos direitos nacionais de cada uma das Partes Contratantes.

Todavia, há outros Autores que consideram que a referida alínea a) não só proíbe a legítima defesa mortal de bens patrimoniais como é, de igual modo, aplicável, tanto às autoridades públicas (forças policiais) como aos particulares cidadãos.

Há duas objeções relativamente à primeira posição mencionada. Em primeiro lugar, seria disparatado permitir aos particulares exercerem legítima defesa mortal contra agressões patrimoniais e já a recusar às autoridades policiais, quando é certo que a estas cabe, em primeira linha, o direito e o dever de defender as pessoas e os bens (patrimoniais). Em segundo lugar, se assim fosse, então as desvantagens sociais, e mesmo para o próprio agressor (e até para o agredido), seriam profundamente negativas, pois que, em caso de agressões a bens patrimoniais, seriam, por um lado, os próprios agredidos a, com razão, não solicitarem nem quererem o auxílio policial e, pelo lado dos polícias, sentir-se-iam estes inibidos de intervir.

Ratificamos a segunda corrente que corresponde, pelo menos no campo jurídico-penal, à doutrina dominante. Esta corrente defende que a disposição do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) não proíbe, seja às autoridades policiais seja aos particulares, a legítima defesa mortal contra agressões a bens patrimoniais. O que ela proíbe é, quando está em causa a defesa de bens patrimoniais, a ação de defesa dirigida a matar o agressor. Por outras palavras, proíbe-se o dolo direto e necessário, mas não o dolo eventual, isto é, não proíbe (e, portanto, continua a estar justificado por legítima defesa) que o agredido de bens patrimoniais ou um terceiro auxiliar (particular ou policial) exerça uma ação de defesa, utilize um meio necessário, mesmo que este seja representado pelo defendente como suscetível de poder provocar a morte do agressor. Neste sentido, defende-se que não há razões para se concluir que, quando a CEDH se refere à «proteção de qualquer pessoa», se refira apenas a bens pessoais e não a bens patrimoniais.

Contudo, embora a indefinição e indeterminação do artigo em estudo, e relevando a al. a) do mesmo preceito, quando se refere a uma «violência ilegal», releva a possibilidade de se admitir que só legitima a morte de uma pessoa em situações de efetiva necessidade e para «assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal», o que, *a contrario sensu*

parece excluir a morte do agressor para defesa de bens patrimoniais¹¹⁰. No entanto, atenta-se para uma particularidade no nosso ordenamento jurídico português que insere o artigo 210.º do CP, sob a epígrafe «roubo», no Título II do CP, *Dos Crimes Contra o Património*, configurando-o desta forma como uma violência ilegal embora enquadrada penalmente nas ofensas aos bens patrimoniais. Assim, nestes casos, parece poder ser contemplado nos critérios referidos na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da CEDH.

Neste sentido, nem no espírito nem na letra da lei da alínea a) se poderá incluir uma limitação da legítima defesa contra agressões patrimoniais. Acresce ainda o facto de que, não se compreenderia a proibição da legítima defesa contra agressões ao património de valor elevado quando, de acordo com a leitura do artigo, seria permitida a defesa contra uma ofensa à honra ou até mesmo uma ofensa corporal simples (ou qualquer outra «violência ilegal»).

Acrescenta-se ainda que, dentro do espírito do artigo 2.º da CEDH, também não faria sentido proibir-se a defesa contra agressões patrimoniais e, seguidamente, permitir, por força da alínea b), o disparo mortal (intencional), simplesmente para «efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente»¹¹¹. Ora, neste último exemplo poder-se-ia, de facto, discutir a questão da proporcionalidade, mas nem sequer é posta em evidência no artigo em análise. Uma outra questão que se levanta é a seguinte: um polícia não poderá, justificadamente, disparar mortalmente contra um terrorista que vai fazer explodir uma ponte, sendo certo que só esse disparo mortal pode impedir a destruição da ponte? Ora, somos do entendimento que neste caso a atuação policial estaria justificada ao abrigo do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), uma vez que estamos perante dolo eventual e a conduta do agente de autoridade estaria justificada para proteger a vida das pessoas que seguiam na ponte.

Em resumo, entende-se que, de uma forma pouco clara, o n.º 2 do artigo 2.º da CEDH descreve as situações em que se permite o recurso à força, provocando, de modo voluntário, a morte. O recurso à força deve ser absolutamente necessário e dirigido para o cumprimento dos objetivos mencionados nas alíneas a), b) e c) da CEDH¹¹². Perante o descrito, presume-se que o legislador nacional não quererá consagrar uma legítima defesa ilimitada do deficiente, suportando a ideia de que o agressor se mantém protegido por inalienáveis direitos

¹¹⁰ Cf. G. MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*², p. 187; M. FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa I*, pp. 563 e ss. e A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 389 e ss.

¹¹¹ A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, nota 845, p. 486.

¹¹² Sublinhado nosso.

fundamentais e, salientamos que o conteúdo do artigo 32.º do CP é considerado suscetível de uma interpretação perfeitamente harmónica com o artigo 2.º da CEDH.

3. Conceito de Polícia

A palavra polícia tem a sua raiz no termo grego *politeia*, chega à língua portuguesa por via do latim *politia*¹¹³.

O vocábulo polícia é muitas vezes utilizado e parece fazer crer que a sua definição é absolutamente clara para qualquer cidadão. Todavia, isto não é totalmente assim pois, por exemplo, no caso português a designação polícia é vulgarmente associada à Polícia de Segurança Pública (PSP) – por oposição à guarda, que logo faz lembrar a Guarda Nacional Republicana (GNR) – ou, de um modo geral, ao indivíduo que desenvolve funções de segurança pública.

Tendo em conta que vários Autores têm vindo a debruçar-se sobre o conceito de polícia, é possível considerar a existência de duas perspetivas distintas: uma perspetiva funcional ou material e uma perspetiva orgânica ou institucional.

Na perspetiva funcional ou material, polícia é uma atividade. Já na perspetiva orgânica ou institucional, polícia é um serviço ou organismo público.

Autores como MARCELO CAETANO e SÉRVULO CORREIA consideraram a polícia numa perspetiva funcional. Assim, para MARCELO CAETANO¹¹⁴, a polícia é como «o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.»

A CRP no seu n.º 1 do artigo 272.º estabelece que «A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos».

No entender de GERMANO MARQUES DA SILVA¹¹⁵, a prossecução da garantia da segurança interna respeita não só à prevenção da criminalidade como também a prevenção de acidentes. A segurança interna deve aqui ser entendida de acordo com a definição constante do

¹¹³ E. MACIEL RODRIGUES, *As lesões contra a vida e contra a integridade física*, p. 31.

¹¹⁴ M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Vol. IIº*, p. 1150.

¹¹⁵ G. MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, p. 61.

artigo 1.º, n.º 1 da Lei de Segurança Interna (LSI) – aprovada pela Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto – segundo a qual «a segurança interna é a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática».

A Lei de Segurança Interna, no seu artigo 25.º, n.º 2, define as forças e serviços de segurança incumbidos de exercer funções de segurança interna, destacando na alínea b) a Polícia de Segurança Pública.

A Orgânica da Polícia de Segurança Pública (OPSP) – aprovada pela Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto – no seu artigo 1.º, n.º 2, estabelece como missão desta polícia «assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, nos termos da Constituição e na lei», entendendo-se esta lei como a Lei de Segurança Interna.

No mesmo sentido, o artigo 3.º, n.º 1, da OPSP, prevê que «Em situações de normalidade inconstitucional, as atribuições da PSP são as decorrentes da legislação de segurança interna e, em situações de exceção, as resultantes da legislação sobre defesa nacional e sobre o estado de sítio e de emergência». O n.º 2 do mesmo preceito enumera de forma taxativa a panóplia de competências genéricas da PSP: «garantir as condições de segurança que permitam o exercício dos direitos e liberdades e o respeito pelas garantias dos cidadãos, (...) o pleno funcionamento das instituições democráticas»; «(...) a ordem e a tranquilidade públicas e a segurança e a proteção das pessoas e bens»; «prevenir a criminalidade em geral (...) e entre outras.»

4. Atuação policial legitimada

Sabemos que a agressão ilícita é um requisito de carácter essencial, sem o qual não se poderá apreciar a defesa.

Quando os funcionários policiais ultrapassam o exercício das suas funções próprias dos seus cargos, os particulares também podem reivindicar legítima defesa quando resistirem ou confrontarem as ações daqueles ou quando violarem as suas ordens pela força. Existem atualmente inúmeros casos em que as autoridades policiais extravasam o exercício das suas competências.

Será necessário diferenciar, então, se o agente está revestido de autoridade na sua atuação ou se estamos diante uma ação arbitrária, abusiva e manifestamente excessiva ou desproporcional. No primeiro caso, não será apreciada a defesa da legítima defesa contra a ação lícita da polícia, geralmente em relação aos crimes de agressão ou resistência à identificação ou prisão de quem a alega e, se for o caso, de lesões causadas a agentes de autoridade.

Mesmo quando os agentes policiais fazem uso da força, a sua atuação profissional policial será protegida pela lei, devendo obedecer aos princípios de: oportunidade, congruência e proporcionalidade.

5. A CRP e a atividade policial

Cabe-nos agora concretizar quais os principais princípios constitucionais que de alguma forma pautam a atividade policial, nomeadamente nos casos em que se mostra necessário o uso da força que pode assumir em situações extremas o recurso a arma de fogo.

A CRP dispõe logo no seu artigo 1.º a dignidade da pessoa humana, sendo que a integridade moral e física é inviolável nos termos do n.º 1 do artigo 25.º do texto constitucional. Acontece que para cumprir a sua função de garantia dos direitos dos cidadãos, que assumem a mesma dignidade e igualdade perante a lei (artigo 13.º da CRP), como é o caso do direito à liberdade e à segurança (artigo 27.º, n.º 1 da CRP), a atuação policial pode entrar em conflitualidade com a liberdade e dignidade da pessoa humana, pois apesar de os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias serem diretamente aplicáveis e vincularem as entidades públicas e privadas, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, a verdade é que todos os dias estes mesmos direitos, liberdades e garantias são violados por indivíduos também portadores dos mesmos, carecendo a maioria destas situações de uma intervenção policial que não envolva perda da autoridade que lhe é conferida, devendo por conseguinte, o uso da força ser visto, não como um direito, mas como um dever que deve ser cumprido verificados certos pressupostos e sempre na perspectiva da interrupção ou do evitar violações dos direitos fundamentais dos cidadãos ou da legalidade democrática.

6. Princípios da subsidiariedade, necessidade e proporcionalidade

A atividade policial, apesar de juridicamente legitimada, encontra diariamente conflitualidades de ordem prática, onde cidadãos pelos mais variados motivos, desrespeitam as mais basilares regras de convivência, colocando em perigo bens jurídicos de relevante valor como é o caso da vida ou integridade física, quer do agente policial quer de um terceiro.

Em resposta a este tipo de perigos, o elemento da força policial experimenta por vezes, sensações de tal ordem dramáticas que dificilmente se conseguiriam transcrever, mas ainda assim, não pode ripostar da forma que talvez os seus instintos lhe ditem. Assim, faz parte de uma força policial com funções constitucionalmente consagradas e, por isso, limitadas, dosear o uso da força em função do perigo com que se depara e do dano que provocará. O uso da força em geral e o recurso a arma de fogo em especial, apenas podem ter lugar em casos extremos e apenas quando estiverem esgotados ou se mostrem ineficazes outros meios menos gravosos que possam resolver o conflito. «Assim dever-se-á, por exemplo, considerar como desproporcional, tendo em conta os riscos (desvantagens) e as vantagens, o disparo feito pela polícia contra uma viatura que a polícia suspeita transportar um terrorista, automóvel esse cujo condutor não parou, apesar de o agente ter feito o sinal de stop. É que, para além de dever ser considerado como excessivo um tal disparo sobre o automóvel, mesmo que efetivamente houvesse a certeza da correspondência entre a representação da polícia e a realidade, a verdade é que acresce o facto da possibilidade de erro por parte da polícia e a eventualidade de o condutor não se ter apercebido do sinal feito pelo polícia».¹¹⁶

É neste campo que entram os princípios em causa, enquanto garante do Estado de direito democrático que vincula a subordinação dos órgãos e agentes policiais à Constituição e à lei, devendo estes atuar no exercício das suas funções com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da boa-fé, onde as restrições aos direitos de outros indivíduos se devem limitar ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e onde o uso da força deve ser aplicado subsidiariamente¹¹⁷ a outros meios de resolução de conflitos.¹¹⁸

¹¹⁶ Exemplo dado por A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, nota 559, pp. 324-325. Neste tipo de situações, não se pode deixar de ter em consideração o princípio da proporcionalidade, que vincula e condiciona a «detenção em flagrante delito», e é aplicável por maioria de razão.

¹¹⁷ Sublinhado nosso.

¹¹⁸ Cf. n.º 2 do artigo 266.º e n.º 2 do artigo 18.º, ambos da CRP.

Na opinião de FIGUEIREDO DIAS¹¹⁹, este regime do DL n.º 457/99, de 05 de novembro, sobrepõe-se ao regime geral estabelecido no artigo 32.º do CP, pelo que se deverá concluir pela exigibilidade de proporcionalidade dos danos resultantes da ação do defendente sobre o agressor. Este Autor fundamenta-se no facto de toda a atuação policial se reger por este princípio como consequência de uma «posição especial do agente (policial) que o obriga a correr riscos mais pesados» e da sua «superior condição física e preparação técnica relativamente ao particular». TAIPA DE CARVALHO¹²⁰, concordando com esta exigibilidade, fala de uma «proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos objeto da agressão e da ação de defesa», a qual considera extensiva à legítima defesa por particulares.

O princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso, no entender de JORGE MIRANDA¹²¹, «está sobretudo ao serviço da limitação do poder político, enquanto instrumento de funcionalização de todas as atuações suscetíveis de contenderem com o exercício de direito ou com a adstrição a deveres».

Na doutrina atual, este princípio é apresentado em sentido lato como sendo constituído por três corolários: o princípio da necessidade ou da exigibilidade, o princípio da adequação ou da idoneidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida.

A jurisprudência segue igualmente esta abordagem ao princípio da proporcionalidade. No Acórdão n.º 634/93, do Tribunal Constitucional, pode ler-se que «o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: princípio da adequação; princípio da exigibilidade; princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito.»

Segundo o princípio da necessidade, também designado princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade, todas as ações policiais restritivas devem configurar-se como necessárias (exigíveis), de tal modo que os fins visados não poderiam ser alcançados por outros meios menos gravosos para os direitos, liberdades e garantias daqueles a quem são aplicados. Daqui decorre que, de entre os meios coercivos idóneos à prossecução de qualquer objetivo, deverão ser sempre empregues aqueles que produzam efeitos menos restritivos.

¹¹⁹ Apud A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG II*, p. 211.

¹²⁰ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. PG II*, pp. 210-211.

¹²¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV², Reimp., Coimbra Editora, 1998, p. 216 apud E. MACIEL RODRIGUES, *As lesões contra a vida e contra a integridade física*, p. 46-47.

O princípio da adequação, também designado pela doutrina como princípio da idoneidade ou da aptidão, implica que as medidas restritivas tomadas pela Polícia se constituam como meio mais adaptado à prossecução dos fins visados pela lei.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito obriga a que as ações e os meios da Polícia não possam ser desproporcionados ou excessivos, em relação aos fins pretendidos. Implica que haja uma justa medida entre o sacrifício imposto pela restrição e o fim pretendido. No entendimento de JORGE MIRANDA¹²², este princípio obriga a «que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter um resultado devido, nem mais, nem menos (...)».

7. Exemplo prático da nociva ampliação do poder de atuação dos agentes policiais

Em maio de 2019, o atual governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, liderou uma operação em conjunto com a polícia civil. Do helicóptero onde o político estava foram disparados vários tiros contra uma tenda, sob a suspeita de que o local se destinava ao tráfico de drogas. Esse local é habitualmente utilizado por religiosos e que, por acaso, se encontrava vazio no momento dos disparos.¹²³

A inclusão do inciso I, ao artigo 25.º do Código Penal Brasileiro, determina que agirá em legítima defesa «o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco de iminente conflito armado, previne injusta agressão a direito seu ou de outrem». O objetivo da inclusão é isentar os agentes policiais ou de segurança pública de pena, ou se responsabilizados, as circunstâncias certamente apontarão para uma responsabilização culposa. É bastante previsível, portanto, que os excessos, por consequência, serão interpretados e justificados como ações preventivas. Isso quer dizer, que uma possível inserção desse dispositivo amplia, demasiada e desproporcionalmente, os requisitos objetivos da legítima defesa, pois atribuirá aos agentes estatais, de forma exclusiva, a permissão para atirar. Dessa forma, o que antes era um dever legal e, portanto, uma exceção do Estado de Direito para agir, agora figura como uma concessão para disparar fatalmente. Há várias razões para objetar a esta

¹²² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV², Reimp., Coimbra Editora, 1998, p. 216 *apud* E. MACIEL RODRIGUES, *As lesões contra a vida e contra a integridade física*, p. 47.

¹²³ Exemplo citado por G. MACEDO JÚNIOR e A. GABRIELA GALINDO, *A legítima defesa e a nociva ampliação*, p. 15-16.

proposta de inovação. Em primeiro, a proposta de redação do mencionado inciso contraria o princípio constitucional da proporcionalidade, que é um valioso instrumento de proteção aos direitos fundamentais e do interesse público; em segundo lugar, a proposta também estabelece um tratamento desigual entre o cidadão e os polícias, uma vez que somente os agentes estatais poderão agir sob o manto da causa justificante.

O caso exposto aponta o quão danosa será a inclusão do inciso I, pois não foram estabelecidos limites para a atuação dos agentes que fizeram parte da operação, e nem sequer houve ponderação sobre a necessidade e adequação para disparar no devido momento, tendo em vista que o helicóptero não estava sob mira de ataque. A aprovação da proposta dará margem para justificativa, de maneira equivocada, a casos semelhantes ao narrado, assim alcança-se uma política de extermínio e não de legítima defesa.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Logo nos primeiros parágrafos desta dissertação foi feita uma abordagem do instituto da legítima defesa, na sua generalidade de forma a sustentar a análise dos pressupostos de uma defesa mais específica, nomeadamente aquela que é tomada através do recurso a armas de fogo. Genericamente, portanto, sem fazer distinção na aplicabilidade da legítima defesa aos agentes das forças policiais ou ao comum cidadão, ficou assente que uma defesa que se queira por legítima, tem necessariamente que ter por objeto um interesse juridicamente protegido do agente ou de um terceiro. Tem também que pressupor a existência de uma agressão atual e ilícita daqueles, só assim podendo, nos termos que tivemos oportunidade de descrever, defender-se legitimamente, e desde que conhecedor da situação objetiva justificante, obedecendo a uma também já mencionada necessidade do meio e necessidade de defesa. Nesta medida, são estes os pontos gerais que foram aprofundados ao longo da dissertação, tendo por base a doutrina portuguesa e também alemã, que não nega a necessidade de verificação dos requisitos gerais referidos para que não se caia em erro ou excesso na atuação defensiva.

Assim, depois de terminada a análise da figura da legítima defesa e dos seus pressupostos, passámos ao estudo do regime que aprova o uso de armas de fogo pelas autoridades policiais. Neste último capítulo, entendemos que seria prudente abordar a Lei das Armas e suas Munições, no sentido que esta veio alterar profundamente o regime da legítima defesa. Desde 2006, vigora de novo no direito português o princípio da proporcionalidade para todos os cidadãos.

Ainda, atentando ao impacto que a CEDH pode ter na interpretação da legislação interna, concordamos ser de extrema importância aferir o sentido do artigo 2.º, n.º 2 da CEDH em conformidade com o artigo 32.º CP. Neste ponto, abordámos duas posições doutrinárias, aderindo à segunda corrente que corresponde à doutrina dominante. Entendemos que o artigo 2.º, n.º 2 exclui a morte para defesa de bens patrimoniais, na medida em que não nos parece razoável um agente de autoridade colocar em risco a vida de uma pessoa «apenas» porque, por exemplo, esse indivíduo está a furtar a sua carteira. No entanto, tudo depende do caso concreto. Deste modo, já nos parece razoável que o polícia dispare sobre um terrorista que afirma que irá colocar uma bomba numa ponte, apesar de estar em causa um bem patrimonial (a ponte), podemos estar perante a lesão da vida ou integridade física das pessoas que seguem na ponte.

Importa salientar que, quer se concorde, quer se julgue demasiadamente restritivo, o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro é o diploma legal que estatui o como, o quando, e o perante o quê, deve o agente de autoridade utilizar, ou melhor, recorrer a arma de fogo. Cumpre-nos chamar a atenção para o facto deste quadro legal ter que ser escrupulosamente cumprido pelas autoridades policiais de forma a garantir uma correta atuação, não colocando em causa a vida ou a integridade física. Alertar ainda para o facto da aplicação deste regime não implicar prejuízos para o agente policial que deu o melhor que podia e que sabia, estando apenas no exercício das suas funções e a cumprir com o seu dever que advém da observância das regras da sua profissão.

Sintetizando, e a nosso ver, o recurso à legítima defesa, seja por particulares seja por agentes de autoridade, tem que ter sempre presente o princípio da proporcionalidade, ou seja, o deficiente/agente de autoridade não pode lesar bens jurídicos manifestamente superiores aos que resultaram da agressão. Se esta figura não tivesse a exigência do princípio da proporcionalidade, tornar-se-ia numa legítima defesa ilimitada, em que todo e qualquer indivíduo poderia recorrer e, assim, sair, «injustificadamente», impune.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA (A. M.) – *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014.
- CAETANO (M.) – *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9.^a ed., Reimp., Coimbra: Almedina, 1980.
- CAVALEIRO DE FERREIRA (M.) – *Lições de Direito Penal – Parte geral I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4.^a ed., Reimp., Coimbra: Almedina, 2010.
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.) – *Aspetos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil*, separata da revista da Faculdade de Direito, Lisboa: AAFDL, 1990.
- CONDE MONTEIRO (F.) – *O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações crítico-reflexivas*, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012.
- CORREIA (E.) – *Direito Criminal II* (com a colaboração de J. FIGUEIREDO DIAS), Reimp., Coimbra: Almedina, 1996.
- COSTA ANDRADE (M.) – *Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- FERNANDA PALMA (M.) – *Direito Penal. Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 5.^a ed., Lisboa: AAFDL, 2020.
- *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1990.
- FERNANDA PALMA (M.) [et al.] – *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2000.
- FIGUEIREDO DIAS (J.) – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I (Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*, 3.^a ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- MACEDO JÚNIOR (G.)/GABRIELA GALINDO (A.) – *A legítima defesa e a nociva ampliação do poder de atuação dos agentes policiais*, CPCRIM, 2019, disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>.
- MACIEL RODRIGUES (E. A.) – *As Lesões contra a Vida e contra a Integridade Física dos Cidadãos como Consequência do Emprego de Meios Coercivos pela PSP*, Coimbra: Almedina, 2009.
- MARQUES DA SILVA (G.) – *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.
- *Direito Penal Português, Parte Geral, II, Teoria do Crime*, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998.
- MIGUEZ GARCIA (M.) – *O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral*, I, Coimbra: Almedina, 2011.
- PINTO DE ALBUQUERQUE (P.) – *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- QUINTELA DE BRITO (T.) – *Homicídio Justificado em Legítima Defesa e em Estado de Necessidade, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, 2001.
- *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1994.
- RIBEIRO DE FARIA (P.) – *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS) T. I, 2.^a ed., Coimbra, 2012, art. 143.º e ss.
- *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS) T. I, Coimbra, 1999, art. 143.º e ss.
- ROXIN (C.) – *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito (trad. De Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Aufl. München, 1994, por DIEGO MANUEL LUZÓN PENA/MIGUEL DÍAZ GARCÍA CONLLEDO/JAVIER DE VICENTE REMESAL), Reimp., Madrid, 2001.

STRATENWERTH (G.)/KUHLEN (L.) – *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6 Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2011.

TAIPA DE CARVALHO (A.) – *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2016.

– *Direito Penal. Parte Geral, Vol. II, Teoria Geral do Crime*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004.

– *A legítima defesa. Da fundamentação teórico-normativa e preventivo geral e especial à redefinição dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WELZEL (H.) – *Derecho Penal Aleman. Parte General* (trad. do alemão por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 11.^a edicion, 4.^a edicion en Español, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.