



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE CIÊNCIAS JURIDICO CRIMINAIS

**DA LEGÍTIMA DEFESA AO RECURSO A ARMA DE FOGO NA
ATIVIDADE POLICIAL**

MESTRANDO: JORGE HENRIQUE DIONÍSIO ESCALINHA

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

MAIO/2014

Ao Patrulheiro!

Aquele que vai lá, que corre para o local de onde os outros fogem, aquele que chega primeiro e que se depara com situações que o obrigam a ser de aço sendo de carne e osso.

Aquele a quem se exige dotes de polícia mas também de psicólogo, de padre, de vigia, de tropa de elite, de atirador, de condutor profissional, de mecânico, de atleta ou de negociador.

Aquele que vai para casa com marcas psicológicas e às vezes físicas, causadas pelo “peso” das situações que teve de enfrentar e quase sempre resolver, nunca esperando o agradecimento de ninguém, até porque raramente ouve palavras de apreço.

Aquele cujo serviço não permite dormir o suficiente e que enfrenta logo na primavera da carreira centenas de quilômetros que o separam dos seus, obrigando-o muitas vezes a viver limitado à corporação que integra e que não raras vezes lhe é madrasta.

Aquele que trabalha com o que têm, mas que chega sempre para “desenrascar”, que não diz que não, que não pode dizer que não sem se sentir mal consigo próprio.

Aquele que é julgado sumariamente por todos, mas que felizmente se apoia no juízo da sua consciência para seguir em frente.

Agradecimentos

Antes de mais aos meus avós, que no raciocínio do que a minha mãe num dia muito especial me disse acerca de flechas e setas, foram eles que lançaram os meus pais possibilitando a construção do grande arco que estes foram para a minha vida enquanto seta.

À minha esposa que sempre soube compreender o tempo que esta dissertação me levou, e que sempre me apoiou em todo o meu percurso, quer académico, quer profissional, nunca se queixando dos inconvenientes que estes dois setores da minha vida inevitavelmente trouxeram à nossa vida a dois.

Ao meu sempre fiel amigo Bruno Lucas e aos restantes colegas da então Universidade Moderna, casa onde fundei e sedimentei os alicerces do meu percurso académico.

Ao 4º pelotão da 3ª companhia de alunos do batalhão escolar do Centro de Formação de Portalegre, no decorrer do curso de formação de Guardas da Guarda Nacional Republicana, referente ao ano de 2010/2011, nobres camaradas que assumiram um papel determinante no meu progresso profissional e que por essa via contribuíram para a escolha deste importante tema dissertado.

Ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

“A Justiça em Estado Puro - Quero que me ensinem também o valor sagrado da justiça — da justiça que apenas tem em vista o bem dos outros, e para si mesma nada reclama senão o direito de ser posta em prática. A justiça nada tem a ver com a ambição ou a cobiça da fama, apenas pretende merecer aos seus próprios olhos. Acima de tudo, cada um de nós deve convencer-se de que temos de ser justos sem buscar recompensa. Mais ainda: cada um de nós deve convencer-se de que por esta inestimável virtude devemos estar prontos a arriscar a vida, abstendo-nos o mais possível de quaisquer considerações de comodidade pessoal. Não há que pensar qual virá a ser o prémio de um acto justo; o maior prémio está no facto de ele ser praticado. Mete também na tua ideia aquilo que há pouco te dizia: não interessa para nada saber quantas pessoas estão a par do teu espírito de justiça. Fazer publicidade da nossa virtude significa que nos preocupamos com a fama, e não com a virtude em si. Não queres ser justo sem gozares da fama de o ser? Pois fica sabendo: muitas vezes não poderás ser justo sem que façam mau juízo de ti! Em tal circunstância, se te comportares como sábio, até sentirás prazer em ser mal julgado por uma causa nobre!”.

Séneca, in 'Cartas a Lucílio'

Resumo

Na presente dissertação de mestrado é feito um percurso pela dogmática jurídica da legítima defesa por forma a alcançar uma correta noção do fundamento que justifica o atual regime jurídico do recurso a arma de fogo. Para cumprir tal objetivo, este trabalho alicerça-se em conceitos jurídicos básicos, com a finalidade de sustentar o papel que assume a figura da legítima defesa no ordenamento jurídico português, sendo esta por sua vez analisada detalhadamente e tendo por base a doutrina que sobre a mesma se debruça.

Como ponto fulcral desta dissertação, é tratada a jurídico-constitucionalidade da atividade policial, bem como os comandos normativos, nacionais e comunitários, que balizam o recurso a arma de fogo por parte daqueles que desenvolvem tal atividade.

Por fim, são ainda doutrinariamente analisadas possíveis mutações do regime jurídico da legítima defesa, despoletadas por uma coabitação no mesmo ordenamento jurídico de uma legítima defesa geral e de um regime específico que trata o recurso a arma de fogo pelas autoridades policiais.

Palavras-chave: Legítima defesa. Arma de fogo. Atividade policial. Proporcionalidade.

Abstract

In the present Master's degree thesis, a tour through the legal doctrine of self-defense as a way to achieve a more correct notion of the reason that justifies the current legal regime of the use of firearms is made. To fulfill that goal, this thesis is based on basic legal concepts, in order to sustain the role that the self-defense figure takes in the Portuguese legal system, which is thoroughly analyzed and having as a basis the doctrine on which it itself focuses.

As the main point of this thesis, the legality and constitutionality of police activity is approached, as well as the normative, national and community commands that outline the use of firearms by those that develop such an activity.

Finally, the possible mutations of the legal regime concerning self-defense, triggered by cohabitation in the same legal system of a general self-defense and of a specific regime that approaches the use of firearms by the police authorities are still doctrinally analyzed.

Key-words: Self-defense. Firearms. Police Activity. Proportionality.

Índice

1. Introdução.....	9
2. Conceitos jurídicos básicos	14
2.1. Introdução	14
2.2. A ciência do Direito.....	14
2.3. Direito Constitucional.....	17
2.4. Direito Penal	18
2.5. Direito Processual Penal	26
3. A Legítima Defesa	27
3.1. Introdução	27
3.2. Conceito.....	28
3.3. Fundamento	30
3.4. Positividade	31
3.5. A situação de legítima defesa	33
3.5.1. Objeto – bens susceptíveis de legítima defesa.....	33
3.6. Pressupostos.....	34
3.6.1. Agressão	34
3.6.2. Atualidade da agressão	36
3.6.3. Ilicitude da agressão	39
3.7. Requisitos da ação de defesa	40
3.7.1. Conhecimento da situação objetiva justificante	41
3.7.2. Necessidade de meio	42
3.7.3. Outros requisitos.....	44
3.8. O excesso e o erro na Legítima defesa	52
3.8.1. Erro.....	52
3.8.2. Excesso	53
4. Recurso a arma de fogo	55
4.1. Introdução	55
4.2. Polícia e Segurança.....	56

4.3. Constituição de República Portuguesa como meio e como meta da atividade policial	57
4.4. Princípios da Subsidiariedade, Necessidade e Proporcionalidade.....	59
4.5. Quadro internacional	60
4.6. O Regime Jurídico do recurso a arma de fogo pelas forças policiais – O Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro	63
4.7. Implicações do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, na legítima defesa enquanto causa de exclusão de ilicitude.....	74
4.8. Afastamento do regime geral da Legítima defesa?	76
5.Conclusão	79
Bibliografia.....	82

Abreviaturas

CP	– Código Penal
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CPP	– Código de Processo Penal
DL	– Decreto-Lei
EMGNR	– Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana
GNR	– Guarda Nacional Republicana
LOPSP	– Lei Orgânica da Polícia da Polícia de Segurança Pública
OPC	– Órgão de Polícia Criminal
PJ	– Polícia Judiciária
PSP	– Polícia de Segurança Pública

1. Introdução

A realidade criminológica que a nossa sociedade vive não é, ao contrário do que possa parecer, tão grave como a sentida há alguns anos atrás, verificando-se até um decréscimo do número de participações de natureza criminal efetuadas pelos órgãos de polícia criminal de competência genérica, nomeadamente a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública e a Polícia Judiciária. Como comprovam os dados contidos no Relatório Anual de Segurança Interna de 2012, verificou-se um decréscimo de 2,3 % do número factos criminosos participados, sendo Portugal, numa perspetiva da União Europeia, um dos países com menor índice de criminalidade¹.

Porém, isto não quer dizer que as patrulhas das nossas forças e serviços de segurança não sejam solicitadas diariamente, que exista um excesso de elementos nas ruas ou que tenham deixado de ocorrer situações de perigo. Bem pelo contrário, estes resultados benéficos do ponto de vista da redução da criminalidade são muitas vezes, para não dizer quase sempre, fruto de um melhor trabalho praticado por aqueles que todos os dias protegem a “grei em nome da lei”, conclusão que se pode tecer, não só mas também, e a título de exemplo, quer pelo aumento dos crimes de proatividade policial², o que revela uma maior fiscalização, quer pelo alargamento do âmbito de uma intervenção preventiva através da criação de novos programas de prevenção e policiamento, de importância fulcral para a redução do sentimento de insegurança que de forma gratuita tantas vezes os jornais fazer propagar.

A par destes esforços existe uma bem conhecida situação económico-social preocupante na nossa sociedade, que de forma indireta, mas acrescentada à dita “normal” frequência da prática de factos criminosos, pode levar a que o indivíduo esteja de alguma

¹ Gabinete do Secretário Geral, Sistema de Segurança Interna - **Relatório Anual de Segurança Interna 2012**. Lisboa: 26 de Março de 2013. Pp. 52 e seguintes [Consult. 30 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-administracao-interna/documentos-oficiais/20130327-rasi-2012.aspx>, onde se dá conta que foram registadas, pelos OPC de competência genérica (GNR, PSP e PJ), durante o ano 2012, um total de 395.827 participações criminais, o que representou um decréscimo de 2,3%, face a 2011 (menos 9.461 participações), sendo que desde o ano 2008 a tendência observada é claramente de diminuição (face àquele ano, os dados de 2012 representaram uma diminuição de 25.210 participações), o que faz de Portugal um dos países com menor índice de criminalidade entre os restantes países membros da União Europeia.

² Referimo-nos aqui aos crimes cuja participação depende essencialmente da atividade policial, o que pressupõe uma maior fiscalização, nomeadamente os crimes de condução sem habilitação legal, condução de veículo com taxa de álcool igual ou superior a 1,2 gramas por litro de sangue, tráfico de armas proibidas, crimes relativos à caça e pesca, exploração ilícita de jogo, desobediência, resistência e coação sobre funcionário, crimes relacionados com a imigração ilegal e crimes respeitantes a estupecifacientes.

forma mais motivado para a prática de ilícitos criminais. Para juntar a este fator, certo é que, à medida que as forças de segurança evoluem em termos técnicos e táticos, os indivíduos com comportamentos desviantes também não ficam estagnados, fazendo agora uso de métodos mais eficazes e estando melhor preparados para a prática de atividades criminosas, dito por outras palavras, se é verdade que as forças de segurança “estudam” o criminoso, este também aprendeu e tem agora mais recursos para conhecer as forças de segurança e os moldes técnicos e jurídicos em que estas podem atuar, o que pode não originar um direto aumento da criminalidade, mas certamente torna mais árdua e arriscada a atividade policial.

A razão de ser da atividade policial é a “*manutenção da ordem e a preservação da segurança e da tranquilidade pública*”³, objetivos estes que garantem um direito fundamental do cidadão, a segurança, cuja promoção é uma das tarefas fundamentais do Estado⁴, o que faz com que esta atividade ocupe uma posição de relevo na sociedade, atuando legitimada por lei emanada de órgão eleito pelo povo⁵.

Ainda assim, apesar de as forças de segurança desempenharem funções de cariz tão digno, arriscado e essencial ao Estado de direito democrático, continuam a enfrentar várias dificuldades no cumprimento do seu dever, veja-se:

- O número de agressões dirigidas aos seus elementos⁶, em que vezes de mais o agressor não chega a enfrentar medida de coação privativa da liberdade ou pena de prisão efetiva, o que faz com que possa fomentar, aos olhos da sociedade em geral e do delinquente em particular, um certo sentimento de impunidade;
- As interpretações sumárias e de quando em vez desconhecedoras da realidade, divulgadas em massa pelos órgãos de comunicação social, que fazem com que se crie

³ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal** – Coleção Clássicos Jurídicos, reimpressão da 1ª Edição de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp.397-400. *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. P.48.

⁴ Por força alínea b) do artigo 9º da Constituição da República Portuguesa, nomeadamente a defesa da legalidade democrática e a garantia da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, conforme plasmado no n.º1 do seu artigo 272º.

⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. P.158, onde o mesmo autor especifica este tema da legitimidade da atividade policial, fazendo a distinção entre legitimação normativa legitimação social.

⁶ Cf. Gabinete do Secretário Geral, Sistema de Segurança Interna - **Relatório Anual de Segurança Interna 2012**. Lisboa: 26 de Março de 2013. Pp. 257 [Consult. 30 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-administracao-interna/documentos-oficiais/20130327-rasi-2012.aspx>. Julgamos importante referir, a este propósito e para que melhor se compreenda o atual quadro tantas vezes esquecido pelos críticos, que no passado ano de 2012 em resultado da atividade operacional das forças de segurança, registou-se 1 morto e 775 feridos de entre os elementos policiais.

a ideia mais ou menos generalizada de que a força pública se encontra manietada por uma série de diretivas que a impede de ser violenta ou de usar da força⁷;

- As não divulgadas fraquezas das instituições policiais que atrofiam a eficácia da sua intervenção, revelando um estado fraco em que vezes de mais o incumpridor não é chamado à responsabilidade, aniquilando o poder de autoridade que uma farda transmitia há algumas décadas atrás, constatando-se assim uma polícia mal-amada e desapojada pelo poder político e cargos dirigentes que cedem perante a opinião pública dos órgãos de comunicação social⁸;

- Por último, ainda que não completo o quadro de dificuldades, referimos aqui a mais evidente, mas também a mais esquecida, nomeadamente o facto de o elemento da força de segurança ser uma pessoa humana que, à semelhança dos demais, tem família muitas vezes dependente dos seus rendimentos, e que pode errar, falhar e ser menos hábil.

Abordadas estas situações que julgamos espelharem bem a realidade social relativamente à atuação das nossas forças e serviços de segurança, merecendo por isso ser tomadas em conta ao longo deste nosso estudo, certo é que vivemos num Estado de direito democrático, baseado no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, sendo que a atuação destas forças tem de conciliar a promoção da segurança com o respeito pelo quadro normativo vigente e pelos valores fundamentais nele refletidos. “A polícia é, hoje, não só defensora e garante da legalidade democrática, da segurança interna nacional e europeia e dos direitos dos cidadãos, como também é ela promotora desses

⁷ Veja-se um caso bastante difundido pelos órgãos de comunicação social, disponível em <http://expresso.sapo.pt/o-corajoso-agente-da-gnr-que-pontapeia-porc0s-na-autoestrada=f782952>, que mostra como um agente de uma força de segurança se viu envolvido num processo disciplinar por ter, na berma de uma autoestrada, afastado do trânsito de veículos em alta velocidade, um animal de raça suína. A este propósito, não querendo tecer considerações, será que caso o animal fosse para a faixa de rodagem e originasse um acidente com vítimas mortais, não se iria censurar o agente por não ter dado o dito “pontapé” no animal? Será que nesse caso figurado o agente não se iria ver envolvido num processo disciplinar por não ter abatido o animal antes do embate? Ao homem médio colocado nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, com o conhecimento do agente, que comportamento lhe seria exigido? Apanhar o animal com um laço?

⁸ Cf. CONTUMÉLIAS, Fernando; CONTUMÉLIAS, Mário - **Polícia à portuguesa**, um retrato dramático. 1.^a ed. [S.L.]: Livros D’Hoje, 2008. 186 p. ISBN: 9789722037167. Pp. 9-16, onde se dá conta de uma polícia portuguesa, “cujos agentes não dormem o suficiente para desempenharem a sua missão na plenitude das suas capacidades físicas e mentais e em condições de segurança”, “acabam por viver isolados, limitados ao universo da corporação que não raras vezes lhes é madrastra. À entrada contam com a arma, um distintivo e a ordem de giro. Pouco mais”, sendo que “os meios que equipam a nossa polícia são fracos. A maioria deles falha nos piores momentos” e “não há formação suficiente ao longo da carreira e os processos disciplinares/crime tornam-se parte integrante de quem desempenha, e quer continuar a desempenhar, funções” porém “mesmo assim dão o melhor deles próprios à corporação e ao país”.

mesmos interesses, valores, bens jurídicos, cuja acção se deve conformar com a lei infraconstitucional, constitucional e supraconstitucional”⁹.

A este nível e de uma forma transversal aos temas até aqui aflorados, o problema maior está nas dificuldades práticas, no terreno, em que quem decide tem de o fazer de um modo tão racional e seguro como rápido e eficaz, adequando a sua conduta à realidade com que se depara, sendo que nas mais dramáticas o agente enfrenta elevados níveis de risco e stress, estando por diversas vezes em causa a sua integridade física ou a sua vida. Estas situações extremas mas reais, obrigam o OPC a optar pelo uso ou não uso do último recurso que tem disponível, sendo esta rápida escolha, em regra tomada em frações de segundo, determinante para o resto da sua vida. Falamos aqui do **uso da arma de fogo**, um instrumento auxiliar letal, mas que lhe foi confiado pela sociedade como último recurso na defesa da sua segurança, de outrem e de todos.

E é acerca das situações concretas em que as forças de segurança podem utilizar da força, em ultima análise da arma de fogo, que nos cumpre investigar, caminhando na direcção da legítima defesa presente no Código Penal e continuando até à análise do Regime Jurídico do Recurso a Arma de Fogo em Acção Policial, uma vez que este recurso enforma na maior parte das circunstâncias em que ocorre e como adiante melhor se verá, uma defesa legítima de âmbito penal¹⁰. É a este propósito que decidimos elaborar a presente dissertação de mestrado. Exatamente por considerarmos que esta decisão acerca do uso da arma de fogo é de suprema importância na vida de todos os cidadãos em geral e na de quem anda com ela à cinta (OPC) em particular, fazendo a diferença entre a vida e a morte, a prisão ou a liberdade, que vamos abordar este tema tendo como prisma o ordenamento jurídico português.

Ao longo da nossa dissertação verificámos a interessante neblina que rodeia esta temática, onde se mostram opiniões doutrinárias quase que opostas, onde se exige uma certa especificidade de pressupostos, e onde, entendemos nós, existem tantas dúvidas e interrogações por parte dos intervenientes em situações deste género. Contra esta neblina doutrinária remamos, na tentativa de esclarecer dúvidas e de traçar um caminho mais seguro no dia-a-dia do OPC, que com prontidão, diariamente é solicitado para resolver situações de

⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. P.101.

¹⁰ O Regime Jurídico do Recurso a Arma de Fogo em Acção Policial encontra-se previsto Decreto-lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, e legitima o recurso a arma de fogo em determinadas situações, sendo que a maior parte delas consubstanciam-se em repelir uma agressão atual e ilícita nos termos do artigo 32º do Código Penal, que trata da legítima defesa de âmbito penal.

conflito, saindo sempre do seu posto/esquadra com este auxiliar letal, susceptível de se mostrar necessário para o cumprimento da sua missão.

Quanto à fundamentação teórica utilizada para alcançar o nosso objetivo, por entendermos que esta dissertação de mestrado pretende ajudar todo e qualquer elemento das forças e serviços de segurança, começamos por abordar alguns conceitos jurídicos essenciais para que o leitor, eventualmente sem formação jurídica, prossiga a análise desta dissertação sustentado pelo conhecimento daqueles conceitos, melhorando assim o entendimento acerca dos temas principais. Ainda no caminho para a matéria do recurso a arma de fogo na atividade policial, é analisada a dogmática e positividade do instituto da legítima defesa enquanto causa de exclusão da ilicitude. Já no tema fulcral desta dissertação de mestrado, e com as bases adquiridas na passagem pelos temas precedentes, é analisado o regime jurídico do recurso a arma de fogo na atividade policial, de onde se extrairão as conclusões que consideramos mais importantes desta obra.

Resta referir que não é nossa intenção, nem poderia ser, negar, contrariar ou pôr de parte, as doutrinas que sobre estes temas se debruçam e que ao longo deste trabalho serão enunciadas. Pretendemos ajudar o OPC a desenvolver e aplicar os seus conhecimentos, para que este, com menos dúvidas, enfrente o risco inerente à sua profissão, agora e no futuro, certo que da sua ação se espera qualidade e eficácia, mas consciente acerca dos limites impostos pelos direitos e liberdades fundamentais e pessoais dos cidadãos a que esta deve obedecer.

2. Conceitos jurídicos básicos

2.1. Introdução

Os temas centrais da presente dissertação de mestrado são a **legítima defesa e o recurso a arma de fogo na atividade policial** pelo que se torna conveniente para uma correta noção por parte do leitor acerca do local que tais conceitos ocupam na dogmática jurídico-penal, uma abordagem, ainda que a título meramente enunciativo, de certos conteúdos jurídicos que, de forma mais ou menos evidente, estão interligados aos temas principais, orientando melhor o nosso estudo para o caminho que nos propusemos percorrer.

2.2. A ciência do Direito

É evidente que enquanto cidadãos, nascidos entre os séculos XX e XXI, encontramos-nos de alguma forma enquadrados numa comunidade, fazemos com toda a certeza parte de uma sociedade que comporta milhões de seres humanos como nós. Cada um desses seres, cidadãos, independentemente da posição que ocupa, do género ou qualquer outro critério, é um ente portador de direitos e deveres, mas também de vontades, desejos, medos, instintos e sobretudo de interesses. Há quem lhe interesse vestir bem, enriquecer, bater recordes desportivos, viajar, construir uma família e por outro lado, haverá certamente quem deseje roubar, vingar, agredir, matar e, até mesmo, morrer.

Neste sentido, não há sombra de dúvida de que, em qualquer sociedade, coexiste um sem fim de interesses, muitos dos quais necessariamente conflitantes, onde uns apenas se conseguem concretizar se outros deixarem de ser levados a cabo. Vejamos a título de exemplo, o pastor que prossegue todos os dias o seu interesse em guardar e alimentar o rebanho, tendo como fim último aumentar o valor de cada cabeça de gado para que a possa vender ou consumir, obtendo para si ou para o patrão o maior lucro possível. Conflitante com este, existe o interesse do indivíduo que na “calada da noite” tenta furtar o maior número de elementos daquele rebanho, para que possa obter para si uma vantagem patrimonial resultante do furto e venda dos animais. Como é fácil constatar, estes dois interesses não

conseguem ser concretizados sem que um deles ceda: ou o pastor mantém o rebanho íntegro ou o indivíduo concretiza o furto.

Se não há dúvidas quanto à identificação e valoração do conflito de interesses presente na figurada situação, o mesmo não se pode dizer num sentido mais amplo, com um número gigantesco de intervenientes sociais, e uma panóplia vasta de situações conflituosas que se vislumbra ao analisar todos os sectores de uma sociedade.

A nossa própria experiência pessoal permite-nos apurar que qualquer grupo de pessoas seja ele mais ou menos vasto, necessita para sobreviver que sejam respeitadas condutas mínimas pelos seus membros, importando, assim, compor e resolver conflitos, evitar a colisão de interesses e posicionar, concatenar, uns em relação aos outros. Veja-se um exemplo baseado num conhecimento empírico, em que uma banda filarmónica que não tem um maestro, ou melhor, que não tenha normas que pautem o comportamento dos seus elementos, é, com toda a certeza, uma filarmónica sem harmonia alguma, em que cada membro toca o que quer e ao ritmo que melhor sabe. Certamente não continua naquela atividade por muito tempo.

É portanto com essa intenção, a de ordenar os comportamentos, agora de uma sociedade, procurando conformar a atuação dos membros a uma indispensável ordem, que existe a norma jurídica¹¹, enquanto *“regra de conduta social que, numa determinada sociedade é, em cada momento, considerada necessária à permanência, perpetuidade, e bem-estar dessa sociedade e à consecução dos seus objetivos comuns, e que é aplicável obrigatória e coercivamente”*¹².

Este tipo de normas, as jurídicas, enformam o Direito em sentido objetivo ou normativo¹³, sendo este *“o conjunto sistemático de normas jurídicas, o complexo ordenado*

¹¹ Que apesar de ser uma norma de conduta social tal como as normas religiosas, morais ou de etiqueta, aquelas normas, as jurídicas, entendidas porventura como as mais importantes, estão dotadas de jurisdição o que as torna coercivamente aplicáveis, portanto suscetíveis de serem impostas pela força se necessário, cf. SILVA, Eduardo Norte Santos - **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ªed. Sintra: Pedro Ferreira-Editor, 2000. Pp. 42-43.

¹² SILVA, Eduardo Norte Santos - **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ªed. Sintra: Pedro Ferreira-Editor, 2000. p. 46.

¹³ Que se distingue do direito em sentido subjetivo, uma vez que este é entendido como o poder atribuído a uma pessoa para praticar uma certa conduta ou não a praticar, ou para exigir de outrem uma determinada conduta ou que dela se abstenha.

de regras disciplinadoras da actividade humana numa Sociedade organizada, regras que são susceptíveis de serem aplicadas pela força”¹⁴, evitando ou dirimindo os conflitos atuais ou potenciais de interesses, hierarquizando-os e como tal, protegendo uns em relação aos outros, harmonizando assim a vida em sociedade.

Este complexo ordenado de normas jurídicas, criadas pelo ente dotado de soberania, o Estado¹⁵, que cuida de garantir o seu cumprimento, está como foi dito, sistematizado por forma a tutelar mediata ou imediatamente todas as situações juridicamente relevantes da vida social constituindo assim uma ordem jurídica plena¹⁶, encontra-se dividido em diversos ramos que constituem diferentes sectores de intervenção.

De entre estes setores, ramos do direito, onde podemos encontrar o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito do Trabalho, entre outros, destacam-se, do ponto de vista da problemática a que este trabalho diz respeito, o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Direito Processual Penal na medida em que o primeiro consagra as traves mestras de todo o ordenamento jurídico, o segundo contempla as normas jurídicas sancionatórias por excelência definindo o que é crime e as suas consequências, e o terceiro atua no âmbito dos procedimentos a observar para a realização do segundo sempre orientado em sintonia com os princípios fundamentais plasmados no primeiro.

Resta referir, a propósito do âmbito da ciência do direito, que esta é uma das espécies das ciências sociais e que o seu objetivo “*é conhecer quais as soluções de direito, o quid jûris, investigando o fenómeno jurídico na sua correlação com o Homem, na sua génese, fundamentos, fins, evolução, elaborando conceitos e definindo princípios, encontrando métodos e sistematizações apropriadas.*”¹⁷

¹⁴ SILVA, Eduardo Norte Santos - **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ªed. Sintra: Pedro Ferreira-Editor, 2000. p. 35.

¹⁵ Estado em sentido amplo, compreendendo um povo um território e um Governo soberano.

¹⁶ Fala-se aqui do princípio da “plenitude da ordem jurídica” evidenciado no artigo 8º do Código Civil, em que não é admitida a falta ou lacuna de lei sendo que, quando tal aconteça, estatui o artigo 10º do mesmo Código, deve proceder-se à integração ou preenchimento das lacunas da lei, através da analogia ou pela criação de preceito pelo intérprete, sempre dentro do espírito do sistema.

¹⁷ SILVA, Eduardo Norte Santos - **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ªed. Sintra: Pedro Ferreira-Editor, 2000. p. 35.

2.3. Direito Constitucional

O Direito Constitucional é o ramo do direito que tem por objeto a Constituição da República Portuguesa, portanto, *“é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.”*¹⁸. Por assumir tais funções, o Direito Constitucional é mais do que um ramo, enformando sim o próprio tronco da ordem jurídica na medida em que abrange, sintetiza e coordena, direta ou indiretamente todos os grupos, interesses e situações.

Muitos dos princípios característicos do Direito Penal¹⁹ e Processual Penal²⁰ têm consagração no Direito Constitucional e estão plasmados na Constituição da República Portuguesa, por assumirem a mais alta relevância no plano de valores da comunidade política, sendo diretamente aplicáveis os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias nos termos do n.º 1 do artigo 18º da CRP, Lei Fundamental do nosso Estado de direito democrático.²¹

Em sede de direito constitucional, no que toca á problemática deste trabalho, importa desde já referir, não obstante tratarmos da análise constitucional da atividade policial adiante, que a vinculação desta aos valores constitucionalmente plasmados, nomeadamente o respeito pelo direito à vida²², à integridade pessoal²³, entre outros, está consagrada desde logo no n.º 1 do artigo 18º da CRP.

¹⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional** – Tomo I, Preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais, 7.ª ed. [S.L.] Coimbra Editora 2003. Pp 11-12, acrescenta o mesmo autor que ao Direito Constitucional se chama também Direito Político por as suas normas ... *“serem normas que se reportam directa e imediatamente ao Estado, que constituem o estatuto jurídico do Estado ou do político, que exprimem um particular enlace da instância política e da instância jurídica das relações entre os homens.”*

¹⁹ Desde logo o princípio da legalidade a que os n.ºs 1 e 3 do artigo 29º da CRP fazem referência, mas também, o princípio da jurisdicionalidade (artigos 29º e 32º da CRP), entre outros.

²⁰ A título de exemplo, o princípio da jurisdição e do juiz natural, cf. artigo 202º e n.º 9 do artigo 32º, ambos da CRP e o princípio da presunção de inocência (n.º 2 do artigo 32º da CRP).

²¹ Cf. art.º 2º da CRP: *“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”*

²² Cf. art.º 24º da Constituição da República Portuguesa.

2.4. Direito Penal

Acontece que, de entre uma imensidão de comportamentos humanos possíveis, que, na maior parte das vezes representam o meio que o agente emprega para concretizar o seu interesse, alguns deles são qualificados como crime, derivando dessa qualificação uma específica sanção.

Para que um determinado comportamento seja considerado crime, à luz do estatuído na alínea a) do artigo 1º do Código de Processo Penal, é necessário que se verifique um *“conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais”*. Já o Código Penal no seu artigo 1º, define crime como *“o facto descrito e declarado passível de pena por lei (crime em sentido próprio e pena) e o estado de perigosidade cujos pressupostos sejam definidos por lei a que sejam aplicáveis medidas de segurança criminais”*²⁴. Estes conceitos de crime mostram-se puramente formais na medida em que definem o crime como *“tudo e só aquilo que o legislador considerar como tal.”*²⁵

O Direito Penal mostra-se, então, como o *“conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito”*²⁶, e é constituído por princípios e normas presentes quer no Código Penal, quer em diplomas avulsos, que consagram os pressupostos gerais de punição (teoria geral do crime), preveem os comportamentos puníveis enquanto crimes e estabelecem as penas e os respetivos regimes.

²³ Cf. art.º 25º da Constituição da República Portuguesa.

²⁴ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português - Parte Geral I**, Introdução e Teoria da Lei Penal. 2.ª ed. Loures: Editorial VERBO, 2001. 348p. ISBN: 9789722218283. Pp. 14-15; refere também o mesmo autor que *“no decurso da história da Ciência Penal a doutrina tem tentado conceitos materiais de direito penal e de crime, sendo as orientações dominantes as que lhes referem como fim a protecção de interesses especialmente importantes para a convivência social, interesses que constituiriam condições de existência, conservação e progresso social ou uma formulação mais moderna a protecção de bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade e, por isso, merecedores de tutela penal, sendo o crime o comportamento humano que lesa ou põe em perigo de lesão esses bens.”*

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.106, *“uma tal concepção é inaceitável e inútil”* ... *“a pergunta por um conceito material de crime só tem sentido se um tal conceito se situar acima ou atrás – mas, em todo o caso, sempre fora – do direito penal legislado”*, *“o conceito material de crime é, neste sentido, previamente dado ao legislador e constitui-se em padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar de fora do âmbito do direito penal”*.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.3.

Como consequências destes comportamentos, considerados como crime, encontramos a pena e a medida de segurança sendo aquela a sanção característica do Direito Penal prevista e regulada nos artigos 40º e seguintes do Código Penal podendo assumir o caráter de pena de prisão ou de multa, e esta, a medida de segurança, baseada na perigosidade do agente e pressupondo uma inimputabilidade do mesmo nos termos do artigo 20º do CP, implicando o internamento em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, nos termos dos artigos 91º e seguintes do mesmo diploma.

Trata-se, portanto, de um Direito sancionador que intervém quando as sanções não repressivas dos outros ramos do ordenamento jurídico não asseguram os fins por eles prosseguidos. Bem se entende, analisado o conceito de norma jurídica, que esta determina o comportamento que deve ser seguido, que deve ser adotado, sendo que o seu incumprimento provoca, verificados certos pressupostos, a aplicação de uma sanção ao incumpridor, que é uma sanção penal caso o incumprimento diga respeito a uma norma incriminadora.

Conforme se pode constatar pelo já aqui exposto, o Direito Penal acaba por ser a forma como o Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada e no desempenho das suas tarefas fundamentais²⁷, exerce e expressa o seu “*ius punendi*”²⁸, cabendo-lhe a definição de quais os comportamentos que constituem crime, a determinação das sanções aplicáveis aos agentes e a aplicação daquelas a estes no caso de desobediência aos imperativos e preceitos previstos nas normas penais incriminadoras, protegendo os bens jurídicos²⁹ assumidos pela consciência ético-social como indispensáveis à realização pessoal e à convivência comunitária.

O Direito Penal, verificados certos pressupostos, apesar de limitar direitos fundamentais dos cidadãos, acaba por ser um mal menor do que resultaria na sua ausência na

²⁷ Desde logo as enunciadas nas várias alíneas do artigo 9º da CRP.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.6; refere o autor, que “*ius punendi*” será o Direito Penal em sentido subjetivo, como “*poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas*”.

²⁹ Isto é, “*valores essenciais à subsistência da sociedade como espaço de desenvolvimento máximo, em condições de igualdade, da pessoa*”. Cf. PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel - **Dicionário Jurídico – Direito Penal – Direito Processual Penal – Vol. II**. 2ª ed. [S.L.] Almedina, 2012. 524p. ISBN 978-972-40-3765-3. P. 69.

medida em que este prossegue fins, quer utilitaristas, de prevenção³⁰, intimidando o potencial delinquente, dissuadindo-o da prática do crime ao ameaçá-lo com um mal superior ao que resultaria da renúncia à sua prática e educando-o, na medida em que orienta comportamentos reafirmando valores prosseguidos coletivamente, quer garantísticos, uma vez que *“impede que os cidadãos ofendidos pelos atos lesivos dos demais se sintam compelidos a fazer justiça pelas próprias mãos e disciplina ainda o poder punitivo do Estado, limitando também os possíveis abusos dos seus agentes.”*³¹, sendo estas as duas grandes categorias de fins específicos que o Direito Penal deve prosseguir, *“naturalmente ordenados e subordinados a essa finalidade última de todo o Direito que é a da ordenação da vida social conforme à justiça”*³².

De uma forma mais específica, mas, atinente a todo o Direito Penal em geral e particularmente ao conceito de crime, encontra-se o facto enquanto facto humano susceptível de produzir efeitos jurídico-criminais podendo fazer despoletar a responsabilidade criminal do agente que o praticou, assumindo assim aquele, a qualificação de facto punível constituindo o fundamento e o limite dogmáticos do conceito geral de crime. Quer isto dizer que

³⁰ Fala-se aqui de Prevenção geral negativa em que *“para tentar alcançar que os comportamentos humanos sejam conformes à lei, o sistema jurídico-penal prevê consequências desfavoráveis para os violadores das normas, procurando deste modo reforçar a sua imperatividade”* e de Prevenção geral positiva enquanto *“função pedagógica, de orientação de comportamentos, de reafirmação de valores prosseguidos coletivamente, da própria moral social, no que for necessário para a manutenção e desenvolvimento da comunidade”*, cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português - Parte Geral I**, Introdução e Teoria da Lei Penal. 2.^a ed. Loures: Editorial VERBO, 2001. 348p. ISBN: 9789722218283. pp. 44 e seguintes. Acrescenta-se, ainda, a este respeito que, dentro dos moldes da prevenção geral positiva, devem observar-se pontos de vista de prevenção especial, *“isto significa que releva neste contexto qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realiza: seja a função positiva de socialização, seja qualquer uma das funções negativas subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização”*, DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 81 e seguintes.

³¹ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português - Parte Geral I**, Introdução e Teoria da Lei Penal. 2.^a ed. Loures: Editorial VERBO, 2001. 348p. ISBN: 9789722218283. P. 42.

³² *Ibidem*, p.43; Note-se que existem outras teorias relativas aos fins do Direito Penal, de entre os quais a **teoria funcionalista** que teve como expoentes máximos os juristas alemães *Claus Roxin* e *Gunther Jakobs* para quem o Direito Penal deve ser estruturado, desenvolvido, interpretado e aplicado a partir de suas finalidades principais, partindo dos pressupostos político-criminais ligados diretamente às funções do Direito Penal, principalmente no que diz respeito à chamada teoria dos fins da pena, cf. WIDAL, Márcio - **Principais Noções da Doutrina Funcionalista do Direito Penal**. [Em linha]. 16 Mar. 2013. [Consult. 02 Nov. 2013]. Disponível em <http://marciowidal.wordpress.com/2013/03/16/principais-nocoas-da-doutrina-funcionalista-do-direito-penal/>. Não querendo desenvolver em demasia esta temática específica relativa aos fins das penas, importa referir que Figueiredo Dias faz uma cuidada análise da mesma em DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 43 – 85.

determinados comportamentos humanos, nomeadamente aqueles qualificados como crime, constituem um facto criminoso, sendo puníveis à luz das normas penais³³.

Acontece que a punição cifrada na aplicação da sanção penal, não tem um efeito automático acionado apenas pela prática do facto descrito num tipo legal de crime. A responsabilidade criminal do agente está dependente da verificação de certos pressupostos maioritariamente gerais a todos os tipos de crime, sendo esta problemática, a que anda em torno da determinação e definição das características, elementos ou categorias essenciais e comuns a qualquer tipo de crime bem como a caracterização da relação recíproca entre estas, objeto da teoria geral do crime³⁴.

Esta teoria, também definida por doutrina geral do crime³⁵, tem como funções garantir a segurança jurídica uma vez que reparte a análise da responsabilidade criminal em diferentes setores, em diferentes categorias, por forma a evitar a mera intuição, improvisação ou a eventual arbitrariedade das decisões judiciais através da criação de um caminho lógico para a averiguar se determinado facto concreto constitui crime.³⁶

A análise das categorias analíticas que operam nesta teoria que se apresenta como um dos sectores mais complexos da dogmática jurídico-penal, facilita a perceção acerca da localização da figura da legítima defesa que tantas vezes é expoente de um recurso a arma de fogo. Portanto, vamos analisar os traços essenciais daquelas categorias para que mais facilmente se perceba o local que este instituto ocupa na dogmática jurídico-penal, pois é ele, o instituto da legítima defesa, que opera quando o agente da força pública, no cumprimento da sua missão, recorre ao uso da arma de fogo.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.235 e seguintes; A este respeito reitera o mesmo autor, que é um princípio indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime, o de que *“todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente”*.

³⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2.^a ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. Pp. 241 – 243.

³⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 235 e seguintes.

³⁶ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2.^a ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. Pp. 243, onde o autor refere que, como funções ou vantagens da teoria geral do crime, *“no plano prático da aplicação do direito penal ao caso concreto, é factor de certeza e segurança jurídica, evitando a mera intuição, a improvisação e a eventual arbitrariedade nas decisões judiciais; é também condição de igualdade no tratamento de casos criminais “idênticos”; e contribui, ainda, para a economia na análise de casos práticos”*.

O facto praticado pelo agente, enquanto base da construção dogmática do conceito de facto punível, constituindo fundamento e limite do conceito geral de crime, é constituído por uma ação que poderá depois ser qualificada como típica, ilícita, culposa e punível.³⁷

No ponto de partida desta teoria, encontramos a ação empreendida pelo agente como início da construção do conceito de facto punível, constituindo aquela, a conduta ativa ou passiva (ação ou omissão)³⁸, dolosa ou negligente³⁹, apresentada como jurídico-penalmente relevante, sendo que esta relevância jurídico-penal exige que a ação constitutiva do suporte de um tipo legal seja sempre *“um comportamento humano, constituído por um agir ou por um omitir, dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão a um bem jurídico”*⁴⁰. Acresce referir, a propósito da ação penalmente relevante, que não se deve buscar um conceito geral para a definir, ao invés disso, deve esta ser encarada como conduta humana prevista numa norma incriminadora, portanto, a ação deve ser vista como uma de várias condutas tipificadas criminalmente⁴¹.

Seguidamente, como primeiro degrau, há que analisar se aquela ação em concreto preenche os elementos de um tipo de crime para que se verifique assim a *tipicidade* da mesma. Esta tipicidade, enquanto categoria analítica, encontra-se preenchida quando o facto se compreende ao tipo de crime, correspondendo ao seu modelo legal abstratamente formulado pelo legislador.

³⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 237. *“Assim se chega à compreensão do facto – e porquanto de todo e qualquer crime – como conjunto de cinco elementos: como acção, que é depois qualificada como típica, ilícita, culposa e punível. Como quer que estes elementos devam mutuamente compreender-se e delimitar-se (e eventualmente, até certo ponto fundir-se), acção, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade são os elementos constitutivos do conceito de facto ou do conceito de crime e do respectivo sistema dogmático-sistemático.”*

³⁸ Cf. art.º 10º do Código Penal.

³⁹ Cf. art.º 13º, 14º e 15º do Código Penal.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis – **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 109. *apud* SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1.^a ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 44.

⁴¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 259 e seguintes. Segue-se aqui a doutrina da realização do tipo de ilícito, defendida por este autor.

O tipo legal de crime desempenha uma função de garantia do cidadão e de política criminal protegendo bens jurídico-penais, sendo por isso co-constitutivo do ilícito criminal⁴². Quer isto dizer que aquela conduta típica é ilícita⁴³, na medida em que se mostra contrária à lei, ilegal, lesando determinado bem jurídico-penal, o que faz com que a categoria analítica da ilicitude represente um sentido de desvalor jurídico-penal relativamente a determinado comportamento humano, desvalor este, indiciado pela verificação da tipicidade daquele comportamento humano.

Ainda na categoria da ilicitude, importa verificar se estamos perante alguma circunstância que exclui a ilicitude do facto, portanto que o torna legal, não contrário à lei. Estas circunstâncias, a estarem presentes na ação típica e ilícita empreendida pelo agente, excluem a ilicitude do facto, fazendo com que aquela ação seja apenas típica, já não ilícita, culposa ou punível. São as denominadas “causas de exclusão de ilicitude” ou “*causas de justificação*” que “*têm por objectivo a protecção do interesse ou bem jurídico que, na concreta situação de conflito, é considerado mais valioso, mais merecedor de protecção*”⁴⁴.

Fazendo um ponto de situação neste percurso pela teoria geral do crime, já vimos as características que deve revestir a ação penalmente relevante, o que se entende por tipicidade e que esta, a se verificar, é um indício de que aquela conduta é ilícita, podendo ainda assim esta ilicitude estar excluída pela presença de uma causa de exclusão da mesma.

Para melhor entendermos como estes conceitos operam, vejamos a seguinte situação: o indivíduo A, adepto fervoroso de uma equipa de futebol que acaba de perder o primeiro lugar do campeonato nacional a uma jornada do fim, de perfeito juízo embora revoltado com a situação constrangedora, ao ser abordado por um adepto de outro clube que, na sua ótica, “não pode falar muito pois está a meio da tabela”, decide agredi-lo através de uma sequência de socos na face, por forma a que o mesmo desmaia-se.

⁴² CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 256.

⁴³ Ilicitude esta, também designada de antijuridicidade, enquanto contrariedade ao direito, Cf. PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel - **Dicionário Jurídico – Direito Penal – Direito Processual Penal – Vol. II**. 2ª ed. [S.L.] Almedina, 2012. 524p. ISBN 978-972-40-3765-3. P.42.

⁴⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.331

Esta conduta praticada por **A**, sendo penalmente relevante e aceitando que preenche o desenho típico do n.º 1 do artigo 143º do Código Penal, faz com que a mesma seja então uma conduta típica, facto que é indiciário da sua ilicitude, o que a torna uma ação típica e ilícita.

Agora, pegando na mesma situação, mas acrescentando o facto de o individuo **B**, aquando da abordagem ao individuo **A**, lhe ter mostrado uma cinta repleta de dinamite que o mesmo se preparara para acionar e assim fazer explodir toda a bancada onde se encontravam centenas de adeptos. Neste caso, a ilicitude presente na ação empreendida por **A**, pode mostrar-se provisória, se atendermos que naquela situação fáctica, **A**, atuou numa situação específica, por exemplo em legítima defesa, o que faz com que a sua conduta, apesar de típica, seja aprovada pela ordem jurídica, devendo ser tolerada pelo afetado⁴⁵, o individuo **B**, adepto de outro clube.

Julgamos que, com estas duas variações da situação fáctica exemplificativa, ficou bem perceptível como um facto que em abstrato se apresenta como ilícito, pode em concreto, por força das circunstâncias em que é praticado, transformar-se num facto justificado, aprovado pela ordem jurídica e, portanto, lícito. De qualquer forma, importa referir que, a par da legítima defesa encontram-se outros tipos de causas de exclusão da ilicitude, aliás, as causas que excluem a ilicitude de factos típicos, não estão exclusivamente plasmadas no Código Penal (legítima defesa, direito de necessidade, entre outras), pois derivam também de outros ramos do direito (o estado de necessidade ou a ação direta, provenientes do Direito Civil), podendo até não estarem legalmente explícitas, denominando-se então estas últimas, de causas de justificação supraleais⁴⁶.

Como terceira categoria analítica da teoria geral do crime apresenta-se a culpabilidade, que se imputará ao agente que cometeu aquela ação típica e ilícita. Esta imputação de culpabilidade pressupõe que o agente tenha a capacidade de avaliar a ilicitude, o desvalor ético-social da sua conduta, por forma a poder decidir a sua atuação de acordo com o quadro valorativo. Para que o facto seja punível com uma pena criminal, necessário se torna que a

⁴⁵ Cf. alínea a) do n.º 2, n.º 1 do art.º 31º e art.º 32, ambos do Código Penal.

⁴⁶ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português - Parte Geral I**, Introdução e Teoria da Lei Penal. 2.ª ed. Loures: Editorial VERBO, 2001. 348p. ISBN: 9789722218283. P.75. Têm-se aqui em conta o estatuído no n.º 1 do artigo 31º do Código Penal onde se mostra o “princípio da unidade da ordem jurídica”, na medida em que abrange, como causas de exclusão da ilicitude, todas as que resultem da ordem jurídica considerada na sua totalidade, não sendo esta totalidade apenas constituída pelas normas expressas na lei, mas também as normas implícitas e os princípios jurídicos gerais, que por não estarem legalmente explícitos podem revestir as também chamadas causas de justificação, enquanto causas de exclusão de ilicitude, supraleais.

conduta seja culposa, portanto, “*que o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever ser sócio- comunitário*”⁴⁷.

Este juízo de culpabilidade pressupõe à partida, que o agente tenha, no momento da prática do facto, capacidade de avaliar a negatividade ético-social e ético-jurídica, a ilicitude da sua conduta, e decidir-se de acordo com essa avaliação, pelo que, caso não se verifique aquela capacidade, o mesmo é tido por inimputável não sendo possível imputar-lhe culpa na sua ação⁴⁸.

Em caso afirmativo, portanto, verificando-se o pressuposto de imputabilidade de culpa, o seu juízo jurídico-penal, quer isto dizer, aquilo que se censura ao agente, é a sua “*atitude ético-social de oposição, indiferença ou de descuido perante o bem jurídico-penal lesado ou posto em perigo pela sua conduta*”⁴⁹, afigurando-se como causas excludentes da culpa a já referida inimputabilidade em razão da idade ou de anomalia psíquica, mas também, o facto de o agente ter atuado em estado de necessidade desculpante (artigo 35º do Código Penal), obediência indevida desculpante (artigo 37º do CP) ou excesso de legítima defesa por medo, susto ou perturbação não censuráveis (artigo 33º do CP). De referir ainda que o grau de culpa do agente, está intimamente ligado à determinação da medida da pena, nos termos do artigo 71º do Código Penal.

Percorrido este caminho, e tendo presente uma conduta, típica, ilícita e culposa, a mesma é no geral punível por se verificarem os pressupostos gerais de punibilidade, nomeadamente a ilicitude e a culpa, podendo no entanto serem exigidos pressupostos especiais dos quais depende a punição. Falamos aqui de determinadas circunstâncias a que a lei penal atribui o efeito de condicionar a punibilidade de certos factos, veja-se a título de exemplo as disposições penais em que o legislador atribui a ressalva de “*o facto não é punível*”, em determinadas circunstâncias. Por exemplo no crime de difamação, previsto e punido pelo artigo 180º do Código Penal, cuja conduta não é punível quando se verificarem as

⁴⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P. 274.

⁴⁸ Cf. art.º 20º do Código Penal, sendo esta inimputabilidade penal, atribuída desde logo para os menores de 16 anos, nos termos do art.º 19º do mesmo Código.

⁴⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 260.

circunstâncias previstas nas suas alíneas a) e b) do n.º 2 do mesmo artigo⁵⁰, nomeadamente, quando “A imputação for feita para realizar interesses legítimos” e “O agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira”.

2.5. Direito Processual Penal

Quanto ao Direito Processual Penal, o mesmo assume a função de estabelecer o processo, os trâmites usados para cumprir os fins do Direito Penal servindo aquele como instrumento deste, uma vez que as suas normas disciplinam o procedimento que se impõe seguir desde a notícia do crime à aplicação ao agente de uma eventual sanção penal. Neste sentido, o Direito Processual Penal pode ser definido como “*o complexo de normas jurídicas que tem por objectivo proceder à regulamentação dos procedimentos a que deve obedecer a averiguação de um facto criminalmente ilícito, por forma a permitir que a entidade pública competente dê concretização prática e efetiva ao correspondente poder punitivo de que é titular*”⁵¹.

⁵⁰ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 263. Situação que não só exclui a culpa como também a ilicitude do facto.

⁵¹ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - **Noções de Processo Penal**. [S.L.]: Letras e conceitos, 2010. 647p. ISBN 978-989-8305-10-7. P.13.

3. A Legítima Defesa

3.1. Introdução

A atividade policial desempenhada pelas forças e serviços de segurança⁵² no sentido de 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 de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática, preenche e cumpre a tarefa fundamental do Estado prevista na alínea b) do artigo 9º da CRP e contempla também a função policial plasmada no n.º 1 do artigo 272 da CRP.

Inerente a este tipo de funções públicas, está uma quase permanente exposição dos elementos destas forças a situações conflituosas e problemáticas, de onde não poucas vezes resultam agressões que têm por alvo, quer a generalidade dos cidadãos, quer estes indivíduos em particular.

Queremos com isto dizer que numa sociedade, qualquer indivíduo, pode em determinada altura de sua vida, ser confrontado com agressões na sua pessoa ou na esfera de um terceiro, porém, certo grupo de pessoas, os elementos das forças e serviços de segurança, devido à natureza das funções inerentes à sua profissão, está sujeito a uma maior probabilidade de se deparar com a ocorrência de agressões ilícitas, cabendo-lhe entre outras, a função de não permitir que estas se concretizem, protegendo assim pessoas e bens, de ações ilícitas lesivas de bens jurídicos.

Ora, se em determinadas circunstâncias este “não permitir” que agressões ilícitas se concretizem, é alcançado por uma defesa não lesiva de um bem jurídico do agressor, nomeadamente por um comando verbal ou até pela simples presença do elemento das forças de segurança, em outras, necessária se torna a lesão de determinado bem jurídico do agressor ilícito, para que a defesa seja eficaz.

⁵² Que, conforme se extrai do art.º 25º da Lei de Segurança Interna, aprovada pela Lei n.º 53/2008 de 29 de Agosto, o conceito de forças e serviços de segurança compreende a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública, a Polícia Judiciária, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, o Serviço de Informações e Segurança, os órgãos da Autoridade Marítima Nacional, e ainda, os órgãos do Sistema de Autoridade Aeronáutica.

No plano jurídico, ao repelir-se este tipo de agressões, nomeadamente as atuais e ilícitas, que ofendam interesses juridicamente protegidos do agente ou de um terceiro, através da prática de uma ação defensiva, à partida lesiva de determinado bem jurídico mas necessária para aquele fim, está-se perante a figura da legítima defesa. Conforme já afluído no capítulo que nos precede, a legítima defesa encontra-se estatuída no artigo 32º do CP e atua como causa excludente da ilicitude de determinado fato típico.

Neste sentido entendemos ser de extrema importância para os objetivos a que nos propusemos, o estudo do regime jurídico da legítima defesa, na medida em que a atuação policial apenas pode lesar bens jurídicos dos cidadãos, desde que legitimada para tal, sendo que os contornos dessa legitimação devem estar presentes quando o órgão de polícia criminal decide pela tomada de determinado comportamento, em última análise, do recurso de arma de fogo.

3.2. Conceito

O artigo 32º do Código Penal Português define “legítima defesa” como “*o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro*”. Ora sendo o objetivo do fato que constitui a legítima defesa, afastar uma agressão, o mesmo enforma uma defesa, defesa esta que só será legítima se for dirigida contra aquele tipo de agressões em concreto, nomeadamente aquelas que são atuais, ilícitas e que tenham como alvo interesses protegidos pela ordem jurídica, pertencentes ao próprio agente defensor ou a um terceiro.

Este conceito, que não é universal para todos os sistemas jurídicos, podendo ter um âmbito mais amplo ou mais restrito, abrangendo ou excluindo a defesa de certos interesses ou exigindo mais ou menos condições para o exercício da defesa, teve a sua origem linguística no Código Penal Francês de 1791 sob a expressão “*legitime défense*”⁵³.

Apesar de existirem autores que afirmam que a legítima defesa não têm história por nascer espontaneamente do próprio homem⁵⁴, a verdade é que este instituto pressupõe a

⁵³ FIORETTI, G. - **La Legittima difesa** - 2ª ed., 1893, p. 60. *apud.* PALMA, Maria Fernanda – **Legítima Defesa**. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. p. 159.

⁵⁴ DIAS PALOS, D. Fernando - **Legítima Defesa**. P. 19 e BARRAGÁN MATAMOROS, Luís - **La Legítima Defensa Actual**. P.22, *apud.* SILVA, Carlos Alberto B. Burity da - **Illicitude e Legítima Defesa**. Lisboa: C.A.B.B. da Silva, 1996. 55p. ISBN 972-700-067-3. P.11.

existência de uma sociedade jurídica que, por muito rudimentar e diferente da atual, certamente não nasceu com o homem.

Pode-se encontrar nos primórdios da história do ser humano um substrato psicológico e fisiológico da legítima defesa⁵⁵ mas não se encontra traço algum daquele instituto jurídico, sendo preciso esperar que o Estado progrida até ao ponto de avocar a si a punição das ofensas públicas e particulares, para que surja uma legítima defesa, ainda que sob uma forma abreviada de juízo e execução penal cuja prática representa um instrumento de defesa dado à sociedade num momento de perigo iminente. Como tal, é um erro supor que no momento em que se estabelece a autoridade do Estado, a legítima defesa apenas se distingue da vingança por até lá estar confundida com esta. A legítima defesa não é um direito inato do indivíduo, é sim fruto de uma formação lenta e recentíssima da civilização⁵⁶.

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 bem marcada na história com as célebres frases de Berner (1848) «O Direito não deve nunca ceder perante o ilícito» e «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» onde a defesa da ordem jurídica justificava até as mais gravosas consequências da resposta a uma agressão ilícita, fosse esta praticada por uma criança, um inimputável ou até mesmo um animal⁵⁷. Esta primeira fase da legítima defesa ficou marcada pela radicalidade e unilateralidade deste instituto, onde na doutrina portuguesa, nomeadamente o professor Eduardo Correia, afirmava que *“qualquer que seja a relação ou proporção entre o bem do agredido e o bem do agressor*

⁵⁵ Cf. FIORETTI, Júlio - **Sobre a Legítima Defesa: estudo de criminologia**. Trad. Octávio Mendes, 4ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925. 133p. Pp. 14– 15. Refere este autor que, enquanto substrato fisiológico deste instituto, podemos encontrar o *“Princípio da Individualidade”*, enquanto lei (física) da conservação da integridade em que da mesma forma que um corpo elástico contraria a força que o comprime, assim é a reação de cada ser vivo contra a ameaça da sua própria existência, reação esta, que cresce em razão direta com a energia do agente que o ofende. A respeito de um substrato psicológico deste instituto, refere o mesmo autor, que do *“instinto da própria conservação”*, se retira a existência uma atividade física aumentada por parte do indivíduo que perante uma crise difícil, percebe o perigo e os meios de afastá-lo, com uma clareza e prontidão que lhe são desconhecidas nas condições normais da vida.

⁵⁶ Cf. FIORETTI, Júlio - **Sobre a Legítima Defesa: estudo de criminologia**. Trad. Octávio Mendes, 4ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925. 133p. Pp. 16-19.

⁵⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. Pp. 348-352; Figueiredo Dias acrescenta que nesta fase, a legítima defesa se assume como o tipo justificador mais sedimentado e mais consensual, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.404.

a lesar pela reacção 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”⁵⁸.

O mesmo autor⁵⁹ apresenta uma segunda fase da legítima defesa, com início na segunda metade do século XX 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.

A verdade é que a análise do conceito de legítima defesa enunciado no artigo 32º 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 de legítima defesa tradicional e absoluta, gera uma incerteza jurídica que pode implicar decisões judiciais injustas, na medida em que aquele texto legal não contempla nem dá resposta às novas questões que se colocam e que adiante analisaremos em maior detalhe.

3.3. Fundamento

Para melhor entender a natureza da legítima defesa, a doutrina divide-se em duas correntes que procuram encontrar o seu fundamento, nomeadamente as teorias subjetivistas e as teorias objetivistas. Aquelas teorias, as subjetivistas, justificam a legítima defesa na ausência de perigosidade do agente que a pratica, sendo portanto legítima, porque apenas é despoletada pela perturbação de ânimo em que este se encontra ao ser confrontado com a agressão ilícita. Já as teorias objetivistas, mais recentes, negam que a justificação deste instituto resida naquela perturbação de ânimo, afirmando que o seu fundamento está, ou na existência de uma colisão de bens jurídicos em que deve prevalecer o mais valioso, que é o agredido, ou no próprio fim do Direito, que é a proteção dos bens ou interesses jurídicos tutelados por este instituto⁶⁰.

⁵⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 350.

⁵⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. Pp. 353 – 354.

⁶⁰ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 89.

Nesta mais recente teoria, a objetivista, discute-se ainda, se a legítima defesa constitui um direito individual de defesa de bens ou interesses individuais⁶¹, ou a defesa da ordem jurídica⁶², ou se ambos os objetivos estão presentes no seu fundamento (teoria dualista). A doutrina majoritária defende esta última hipótese, a de uma teoria dualista que encara como fundamento da legítima defesa, quer a defesa de interesses e direitos individuais, quer a defesa da ordem jurídica⁶³.

3.4. Positividade

Dada a importância que a legítima defesa assume no sistema social, enquanto meio jurídico de defesa particular contra agressões ilícitas, a sua base encontra lugar na lei fundamental, consagrando o artigo 21º da CRP 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”*.

⁶¹ Neste sentido e referindo-se ao princípio da autoproteção individual, onde escreve Taipa de Carvalho, *“para nós é a defesa do bem jurídico concreto (i.e., tendo em conta a situação concreta) que justifica o direito de defesa, o direito individual de reagir contra a agressão, impedindo-a ou impedindo a sua concretização”*, cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.355; Também Manuel Cavaleiro de Ferreira partilha desta fundamentação, afirmando que *“a legítima defesa não é, na sua essência, um poder delegado pelo Estado e o seu exercício não constitui o exercício pelos particulares de uma função pública”* porem acrescenta que *“isso não obsta a que a legítima defesa, além de um direito de defesa contra a agressão a bens jurídicos, deva coincidir com a finalidade de conservação da ordem jurídica”* cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 172.

⁶² CORREIA, Eduardo - **Direito criminal**, II, p.36 *apud*. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN:9789722219020. P.90: *“a legítima defesa realiza sempre” ... “a defesa da ordem jurídica”*. Então pergunta-se a quem defende esta fundamentação, o porque de defende-la se uma vez que, para estes, o fim da legítima defesa é a defesa da ordem jurídica, porquê existir uma legítima defesa que lesa essa mesma ordem jurídica com a ação defendida? A esta pergunta responde o mesmo autor, Eduardo Correia, *“porque? Por se entender que, em princípio, o uso do meio exigido ou necessário para a defesa ou prevenção de uma agressão actual e ilícita do agente ou terceiros corresponde á prevalência do justo contra o injusto, à defesa do direito contra a agressão, ao princípio de que a ordem jurídica não quer ceder perante a sua agressão”* cf. COSTA, Faria - **O Perigo em Direito Penal**. P.393. *apud*. GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 361.

⁶³ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN:9789722219020. Pp.89-90. Este autor anota porém que *“a sua função primordial não é a defesa da ordem jurídica, mas a proteção individual, e que só através desta protecção de direitos individuais se defende também a ordem jurídica, isto é, protegendo os direitos de cada um é que se protegem os direitos de todos e a própria ordem jurídica”*; Também Figueiredo Dias refere que *“À defesa de um bem jurídico acresce sempre o propósito da preservação do direito na esfera da liberdade pessoal do agredido, tanto mais quanto a ameaça resulta de um comportamento ilícito de outrem”*, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.405.

O Estado que consagra no seu ordenamento jurídico este regime de defesa dotado de carácter constitucional (ainda que de forma abstrata, deixando para as leis civis e penais ordinárias a definição do conceito de legítima defesa e a determinação dos requisitos e pressupostos a que a ação e a defesa devem obedecer), confere aos intervenientes sociais a resolução de conflitos quando não se mostre possível o recurso à força pública, valorando assim a defesa das pessoas contra aquelas agressões, em detrimento de um completo monopólio do poder do Estado na defesa do Direito, apresentando-se então como um indício da autonomia da autoridade do Direito perante o poder da autoridade.⁶⁴

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁶⁵ consagra a legítima defesa, podendo-se retirar da alínea a) do n.º 2 do seu artigo 2º, 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.⁶⁶

De forma mais específica, a legítima defesa encontra-se prevista no já citado art.º 32º do Código Penal, mas também no artigo 337º do Código Civil. Quer isto dizer que existem dois regimes jurídicos da legítima defesa, concorrendo ambos no mesmo ordenamento jurídico, porém com diferente âmbito de aplicação⁶⁷. Também Figueiredo Dias⁶⁸ partilha desta autonomia da legítima defesa penal relativamente à legítima defesa civil⁶⁹.

Ainda que não se tenham levantado dúvidas por parte do leitor, importa referir que a legítima defesa que teremos por base neste estudo é a enunciada na alínea a) do n.º 2 do artigo 31º do CP, e definida no artigo 32º do mesmo Código, onde “*constitui legítima defesa o facto*

⁶⁴ Cf. PALMA, Maria Fernanda – **Legítima Defesa**. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. p. 160.

⁶⁵ Que têm aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico por força do n.º 2 do art.º 8º da Constituição da República Portuguesa, pois este contém uma cláusula geral que determina a aplicabilidade direta das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vinculativas internacionalmente do Estado Português.

⁶⁶ Dispõe o n.º 1 do referido artigo que “*O direito de qualquer pessoa à vida é protegido por lei. Ninguém pode ser intencionalmente privado da sua 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 efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.*”.

⁶⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P.173.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.436.

⁶⁹ Acerca desta temática específica veja-se VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana – **Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil**, separata da revista da Faculdade de Direito. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 54p.

praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”.

3.5. A situação de legítima defesa

Ainda que as ações tomadas ao abrigo deste instituto sejam consideradas lícitas, não deixam de lesar interesses ou bens jurídicos dos agressores sendo por isso necessário que assumam determinados contornos. Para que uma defesa seja lícita, portanto, que caia no âmbito da legítima defesa enquanto causa de exclusão de ilicitude, esta deve ter por base um objeto com uma certa qualidade, pressupor um preciso acontecimento e obedecer a determinados requisitos.

3.5.1. Objeto – bens susceptíveis de legítima defesa

O objeto de uma defesa legítima deve assumir certa qualidade, nomeadamente deve constituir um interesse juridicamente protegido do defendente ou de um terceiro⁷⁰, não limitando a lei, a natureza que o mesmo deve revestir⁷¹. Porém é bastante discutido na doutrina não só nacional, se este interesse juridicamente protegido diz respeito apenas bens jurídicos individuais, se comporta também bens jurídicos comunitários de fruição individual, ou se abrange bens jurídicos do Estado ou autarquias locais. A este respeito constata-se que, se é verdade que a legítima defesa é encarada como um direito ou garantia individual⁷², não menos verdade é que um bem comunitário atribuído a um particular não sofra grandes

⁷⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.434 - 435, assumindo aqui que a legítima defesa se estende à proteção dos bens jurídicos de terceiros, tendo esta forma de legítima defesa o nome de “auxílio necessário”, cujos requisitos são os mesmos que na situação de legítima defesa própria, porém “*a defesa de terceiro levada a cabo contra ou sem a vontade manifestada do agredido não parece poder reivindicar-se como exercício da legítima defesa do artigo 32º: ela não representa a defesa do direito na pessoa do agredido.*”.

⁷¹ No passado, já exigiu a lei que os interesses defensáveis estivessem limitados aos que digam respeito a bens de natureza pessoal, cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1.^a ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 92; Também DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.410.

⁷² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4.^a ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 174.

modificações perante um bem individual⁷³, além disso quer os referidos bens, quer os bens do Estado ou das autarquias locais, são interesses juridicamente protegidos, não se vendo qualquer argumento válido para não considerar estas entidades como “terceiro”, termo utilizado no corpo do artigo 32º do CP.⁷⁴

3.6. Pressupostos

3.6.1. Agressão

Uma defesa pressupõe sempre uma agressão, o que faz com que estes conceitos sejam correlativos na medida em que o segundo só se concretiza no caso de se verificar o primeiro. Quer a agressão, quer a defesa, tem como objeto interesses juridicamente tutelados e pertencentes ao defendente ou a um terceiro. Porém, para que esta seja legítima (e portanto lícita), tem desde logo que ter por pressuposto uma agressão atual e ilícita.

Por agressão deve entender-se a “*ameaça derivada de um comportamento humano a um bem jurídico protegido*”⁷⁵. E só o comportamento humano pode caber neste conceito de agressão, uma vez que apenas aquele é susceptível de violar o direito⁷⁶, ficando fora do âmbito da legítima defesa as atuações de animais⁷⁷, e as ameaças causadas por coisas inanimadas⁷⁸.

O comportamento humano, enquanto agressão e como pressuposto da ação de legítima defesa, pode cifrar-se numa ação ou omissão (equiparação esta enunciada desde logo no

⁷³ PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, Vol. I**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906. P. 515.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.410-411; Posição diferente assume CARVALHO, Américo Taipa de – **A Legítima Defesa** – Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0694-3. 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.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.408.

⁷⁶ Cf. já tratado supra, p. 22. Também PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, Vol. I**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906. P.44.

⁷⁷ Expeto se o animal for usado como instrumento da agressão, não deixando aqui de se verificar a agressão humana uma vez que o animal é utilizado como arma, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.408.

⁷⁸ *Ibidem* p.408 “Naturalmente, não significa isto que cesse o direito à defesa contra ameaças deles provenientes, sempre podendo a resposta ser justificada pelo direito de necessidade (art.º34º)”.

artigo 10º do CP)⁷⁹, que deve ser dominada por um mínimo de vontade, não podendo o agente defender-se legitimamente de alguém que inconscientemente o agride⁸⁰. Esta exigência de domínio da ação é justificada pela circunstância de que “*só actua 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*”⁸¹. Acontece porém que esta limitação não impede o defendente de agir, simplesmente exclui essa defesa do âmbito do artigo 32º do CP e a enquadra então no direito de necessidade defensivo (supralegal), permitindo assim que sejam sacrificados bens jurídicos da pessoa cuja esfera advém o perigo⁸². Nesta ordem de ideias aufere-se que para a defesa ser legítima, a agressão que a tem por pressuposto, deve ser dirigida contra um determinado bem jurídico, tendo esta que ser dolosa⁸³.

⁷⁹ *Ibidem*, 409; posição diferente assume PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, Vol. I**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906. P.68, “*Na omissão não há em rigor, uma conduta dirigida à criação de um perigo para um bem jurídico*”.

⁸⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 408-409

⁸¹ *Ibidem*, p.409; Note-se porem que este conceito é o adotado pela Teoria Geral do Crime, já aflorado supra p.22, neste sentido escreve GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 367, referindo que “*Nesta perspetiva, contra a agressão imprudente caberá estado de necessidade defensiva (supra-legal)*”; Posição diferente assume Cavaleiro de Ferreira uma vez que afirma, referindo até que a doutrina é praticamente unanime e de remota origem, que “*A agressão não carece de ser voluntária, isto é, culpável*”, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 178.

⁸² Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 361.

⁸³ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 362, Este autor sustenta esta exigência, por três ordens de razão. Primeiro refere que num plano ontológico e na perspetiva da linguagem comum o termo agredir, significa um comportamento doloso, uma ação (ou omissão) voluntariamente dirigida contra alguém, pois que uma pisadela descuidada não é neste plano considerada agressão. Em segundo lugar verifica-se que a função preventiva no direito de legítima defesa só se afirma plenamente em relação a agressores dolosos. Em terceiro lugar e como ultima ordem de razão, verifica-se que a necessidade de defesa só existe em relação a agressões dolosas, devendo aquele que pode vir a ser lesado por “agressões” negligentes, advertir o “agressor” dos perigos que podem advir da sua conduta, sendo que, uma vez advertido e prosseguindo na sua conduta lesiva, passa a ação a constituir uma agressão, portanto aqui já dolosa. Ainda neste terceiro aspeto, caso não exista tempo para avisar o “agressor”, o direito que assiste ao eventual agredido, não cabe na legítima defesa, mas sim no direito de necessidade defensiva; Diferentemente considera FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 178, que afirma que “*A agressão não carece de ser agressão voluntária, isto é, culpável*” e DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.416, sustentando que o artigo 32º do CP não comporta qualquer negação da possibilidade de reações em legítima defesa contra condutas negligentes sendo que, “*tal restrição introduziria nesta matéria uma grande e mesmo insuportável margem de incerteza e insegurança, dado que em numerosas situações o agredido terá dificuldade em saber se a agressão é dolosa ou negligente.*”.

3.6.2. Atualidade da agressão

Outra característica que a agressão, alvo de uma legítima defesa, tem de revestir é a atualidade, entendendo-se esta, a agressão atual, como a agressão *“iminente, isto é, que ameaça executar-se imediatamente, que está prestes a executar-se, que já se iniciou o inter criminis, ou já em execução”*⁸⁴. Não significa isto que o agredido deva esperar até que o agressor concretize a agressão, para só depois poder reagir e efetivar a defesa, porém a atualidade da agressão marca o espaço temporal em que uma defesa é susceptível de ser justificada pelo artigo 32º do Código Penal.

Este espaço temporal inicia-se com a ameaça do bem jurídico, portanto com a iminência da agressão, momento que coincide com o início dos atos de execução de um crime nos termos do artigo 22º do CP⁸⁵. Porém, *“Este critério da equiparação do início da actualidade da agressão ao início da tentativa deverá ser acolhido, desde que sejam respeitadas as seguintes condições: em primeiro lugar há que manter bem viva a diferença entre a ratio da legítima defesa e a ratio da punibilidade da tentativa” ... “em segundo lugar, há que não esquecer que a agressão, pressuposta pela legítima defesa, não tem que ter por objecto bens jurídico-penais”* e finalmente *“o critério do início da tentativa há-de ser compatível com a já mencionada ratio da legítima defesa e, portanto, há-de coincidir praticamente, com o conceito de iminência da agressão.”*⁸⁶.

⁸⁴ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 94.

⁸⁵ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.365, em que o autor refere que a alínea c) do n.º2 do artigo 22º do CP, *“ao falar em actos «que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos indicadas nas alíneas anteriores» (que são os actos adequados a produzir o resultado) contém uma definição-delimitação de actos que é, também para a legítima defesa, perfeitamente aplicável para definir e estabelecer o momento a partir do qual a agressão se deve considerar iminente e, portanto, actual.”*. Já Figueiredo Dias, interpreta de forma mais ampla o conceito de atualidade da agressão referindo que, podem existir situações em que uma agressão ainda não iniciada mas já iminente, não pode ser excluída do âmbito da legítima defesa por estar excluída do âmbito da tentativa. Refere o mesmo autor que aquela solução (a de equiparar o momento do início da atualidade da agressão, com o regime da tentativa previsto no artigo 22º do CP) *“não nos parece a melhor, pois, para além de desta forma se excluir a actualidade de agressões porventura ainda não iniciadas, mas que são iminentes, se faz, de todo o modo, entrar na legítima defesa um regime cuja teologia lhe é alheia e não é idóneo para resolver as situações em que a agressão se não dirige a bens jurídico-penalmente tutelados”*, DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.411-412.

⁸⁶ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. Pp. 270 – 271.

Para melhor demonstrar este plano: “No ex., do Prof. Taipa de Carvalho, já será agressão actual 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 a 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 ter-se-ia que provar), assistia ao B um direito de legítima defesa que poderia se necessário, conduzir á morte do A”⁸⁷.

Ainda relativamente ao início da atualidade da agressão, mostra-se importante a referência a casos particulares em que se tem por quase certo que uma determinada agressão vai ter lugar e se verifica que o adiar da ação defensiva para o início da iminência da agressão tornará difícil e arriscada a defesa. Veja-se a título de exemplo o caso do dono de uma estalagem, que ouve, ao jantar, três hóspedes combinarem entre si o assalto ao estabelecimento durante a noite. Posto isto, o dono da estalagem, não conseguindo contactar com as autoridades, decide colocar soníferos nas bebidas daqueles clientes. Estará esta atitude defensiva abrangida pela legítima defesa e portando estará excluída a sua ilicitude?

Para justificar este tipo de atitudes defensivas, a doutrina⁸⁸ têm recorrido à figura da “teoria da defesa mais eficaz” com o propósito de acautelar os interesses daquele que é alvo de uma agressão, ainda que não iminente, mas cuja espera pelo desencadear da agressão significaria a impossibilidade ou dificuldade da ação defensiva que a verificar-se apenas no momento da agressão iminente, trará um dano mais gravoso na esfera jurídica do agressor⁸⁹.

A resposta à pergunta sobre a validade desta teoria da defesa mais eficaz é negativa, pois segundo esta, para além de a agressão não ser atual naquele determinado momento antecipado à iminência da agressão, também este alargamento do conceito de agressão atual

⁸⁷ GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral**, I. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 368

⁸⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2.^a ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.276; Também DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.412.

⁸⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P. 277.

traria graves problemas politico-criminais na medida em que legitimaria demasiadas formas privadas de defesa em substituição das autoridades competentes⁹⁰.

Outro tema que importa aqui abordar é o que alguns autores⁹¹ chamam de “*legítima defesa antecipada*”. Trata-se de meios que o indivíduo se “apetrecha” para impedir uma eventual agressão. A título de exemplo referimo-nos a vidros no cimo de muros, armadilhas, cercas eletrificadas, entre outros que aparentemente podem ser vistos como defesa, mas também como agressão, e que apesar de até poderem estar colocados em propriedades privadas, fazem perigar a integridade física ou mesmo a vida de um não agressor, por exemplo uma criança. Estes casos não podem entrar no âmbito de tutela da legítima defesa uma vez que falta a atualidade do perigo na altura em que aqueles “apetrechos” são predispostos.⁹²

Já quanto ao momento a partir do qual a agressão deixa de ser atual e para melhor definir este requisito, há que referir que, nem sempre esse momento se pode fazer coincidir com o da consumação uma vez que diversos são os casos em que a agressão perdura para além daquele momento (veja-se o crime de ofensas à integridade física em que a consumação pode ocorrer no primeiro soco o que não impede que a mesma perdure no caso de serem disferidos mais que um soco, passando-se o mesmo relativamente ao sequestro). Portanto, o momento do término da atualidade da agressão “*é o momento até ao qual a defesa é susceptível de por fim à agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela*”⁹³.

Aproposito do término da agressão e particularmente no que diz respeito à legítima defesa que tenha pressuposto agressões à propriedade, nomeadamente o crime de furto, importa referir que é com recurso a este conceito, acerca do momento do término da agressão, que se encontrará a resposta sobre a verificação ou não de uma defesa legítima. Portanto, “*para haver consumação formal – momento a partir do qual já se não pode desencadear o direito de legítima defesa – não basta que o sujeito passivo se veja privado do*

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.412.

⁹¹ Cf. GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 369

⁹² Cf. GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 368.

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.413.

*domínio de facto sobre a coisa, é ainda imprescindível que o agente da infracção tenha adquirido um pleno e autónomo domínio sobre a coisa”*⁹⁴

3.6.3. Ilicitude da agressão

Para terminar a enumeração de características que a agressão de bens ou interesses juridicamente protegidos, que serve de pressuposto a uma defesa legítima, deve revestir, há que referir que esta necessita de ser ilícita, portanto contrária ao direito, não carecendo de ser culpável, bastando apenas que se cifre na lesão ou perigo de lesão de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro⁹⁵. *“A ilicitude da agressão afere-se à luz da ordem jurídica, não tendo de ser especificamente penal”*⁹⁶, verificando-se portanto uma unicidade entre ilicitude geral e ilicitude da agressão para efeito da legítima defesa.⁹⁷

Ainda assim, existe uma exceção a esta unicidade do conceito de ilicitude, nomeadamente nos casos em que a lei prevê procedimentos especiais, como é o caso de direitos de crédito, de natureza familiar ou laborais. Nestes casos, a agressão deve ser

⁹⁴ COSTA, Faria – **«Artigo 203.º (Furto)»** In DIAS, Jorge de Figueiredo - **Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial - Tomo II**. Artigos 202.º a 307.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 1252 p. ISBN: 9789723208559. P.49; No mesmo sentido GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 370 – *“Por conseguinte, a vítima poderá perseguir, in actu, o delinquente para recuperar o subtraído – justificando-se que para recuperar os bens ou valores se utilizem os meios da legítima defesa”*.

⁹⁵ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 94; Contrariamente Américo Taipa de Carvalho considera que o ilícito da agressão tem de ser doloso, referindo que *“Nós – partindo da ratio preventiva da legítima defesa, da gravidade dos efeitos (lesivos do agressor) possíveis por uma acção de legítima defesa e da própria etimologia e semântica da palavra agressão – defendemos que o dolo é elemento integrante da situação de legítima defesa. Este dolo, como sabemos, não tem de ser directo, podendo ser apenas eventual”*, CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P. 395.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.414; CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 364. *“O conceito de ilicitude da agressão coincide com o conceito de ilicitude da teoria geral do crime (cf.§ 470). O desvalor de acção é característica irrenunciável da ilicitude da agressão, embora, obviamente, a legítima defesa só justifique a acção de defesa, quando a conduta em si desvalorosa for adequada a produzir a lesão de bem jurídico”*.

⁹⁷ No mesmo sentido PALMA, Maria Fernanda – **Legítima Defesa**. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. P. 165. *“A justificação por legítima defesa no Direito Penal pressupõe, essencialmente, que a conduta do defendente seja necessária para impedir uma agressão que ele não deva suportar, requisito que não depende da natureza do ilícito perpetrado contra o agente”*.

considerada lícita para efeitos de legítima defesa, uma vez que existem “mecanismos de defesa” legalmente criados com a finalidade de tutelar aqueles interesses agredidos ou postos em perigo.⁹⁸

As agressões justificadas, portanto aquelas que são empregues a coberto de uma causa de justificação, também não podem ser alvo de uma legítima defesa pois quem atua ao abrigo daquelas é portador de um direito de intervenção na esfera de terceiros e sendo justificadas pela lei, são as mesmas lícitas, e como tal excluídas do âmbito da legítima defesa precisamente por não revestirem a característica da ilicitude. E é por este motivo que o agressor ilícito nunca se pode defender licitamente de uma defesa que é legítima, que é empreendida ao abrigo do artigo 32º do Código Penal, ou mesmo de outra causa de exclusão de ilicitude.⁹⁹

Antes de terminar esta secção, importa referir que as características que a agressão que serve de pressuposto à legítima defesa estatuída no artigo 32º do CP e enquanto causa de exclusão de ilicitude deve revestir, são apenas a atualidade e a ilicitude. Quer isto dizer que, podem ser repelidas em legítima defesa agressões em que o agente atue sem culpa, devido a inimputabilidade, à existência de uma causa de exclusão da culpa ou a um erro sobre a ilicitude não censurável. O que pode aqui ocorrer é uma limitação da necessidade de defesa para estes casos.¹⁰⁰

3.7. Requisitos da ação de defesa

Conhecidos os pressupostos que se têm de verificar para que uma agressão seja susceptível de defesa legítima, vejamos então os requisitos que esta deve obedecer para que a mesma seja tomada ao abrigo do artigo 32º do CP e que assim esteja excluída a ilicitude do ato que foi levado a cabo para repelir a agressão. Queremos desde já referir que perante uma

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.415; também CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 364.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.415.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P. 417; no mesmo sentido FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 181.

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 interesses¹⁰¹, esta só se justifica se, de acordo com os critérios de valor da ordem jurídica, for necessário salvar um deles à custa de outro.

3.7.1. Conhecimento da situação objetiva justificante

Este requisito prende-se com a exigência de que o defendente tenha a correta noção acerca da agressão que tornará a sua defesa legítima, atuando esclarecido quanto à atualidade e à ilicitude da agressão que está a ser, ou foi alvo, e assim forme a sua vontade, pois “*Quem desconhece a situação objectiva que conduz à justificação actua com um desvalor de acção em tudo equivalente, do lado subjectivo, ao autor de um facto típico relativamente ao qual se não verifica qualquer situação de justificação; por outras palavras, actua com vontade de realização do tipo objectivo de ilícito e o seu facto contem, de forma completa, o desvalor da acção*”,¹⁰² apresentando-se assim este requisito como uma exigência subjetiva mínima, indispensável à exclusão da ilicitude de toda e qualquer causa justificativa.¹⁰³

Caso não se verifique este requisito, portanto, caso o facto seja praticado sem o conhecimento da atualidade e ilicitude da agressão, deve concluir-se que, para além do comportamento não se enquadrar numa legítima defesa enquanto causa de justificação, entende-se que o mesmo constitui uma verdadeira tentativa de lesão do bem jurídico ameaçado ou lesado.¹⁰⁴

¹⁰¹ Como já referido supra.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P. 393.

¹⁰³ Pela não exigência deste requisito, assume posição Germano Marques da Silva, cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1.^a ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. Pp. 100 - 101.

¹⁰⁴ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. Pp. 193 - 197.

3.7.2. Necessidade de meio

O facto praticado para repelir a agressão têm de se mostrar como meio necessário, sendo este o principal requisito da legítima defesa. A necessidade de meio apenas se verifica se o agente repeliu a agressão com o facto idóneo para aquele efeito, desde que seja o menos prejudicial de entre os meios de defesa na situação concreta, portanto, “*O meio mais prejudicial não é necessário, se outro menos prejudicial for igualmente eficaz*”¹⁰⁵. Como tal o meio só é necessário se for idóneo para por fim à agressão e caso existam diversos meios concretizadores deste efeito, o necessário é o que se mostrar menos gravoso para o agressor¹⁰⁶.

Como primeiro degrau deste requisito da legítima defesa, encontra-se o recurso à autoridade pública, encontrando esta exigência caracter constitucional no artigo 21º da CRP que estatui “*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*”. Retira-se do exposto que, caso seja possível o recurso eficaz à autoridade pública não há necessidade de defesa privada uma vez que a defesa dos direitos pertence primacialmente àquela¹⁰⁷.

A avaliação da necessidade de meio, não é auferida em função da qualidade do instrumento mas sim do resultado da sua utilização. Quer isto dizer que, o uso de arma de fogo poder-se-á 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 pode vir a causar a morte do mesmo. Portanto a qualidade do instrumento não é determinante para a análise da necessidade de meio mostrando-se relevante sim, o resultado

¹⁰⁵ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 94.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.419. “*só quando assim aconteça se poderá afirmar que o meio utilizado foi indispensável à defesa e, portanto, necessário*”. A este respeito, refere GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 372, que “*O agredido pode defender-se com tudo o que seja necessário, mas só com o que for necessário*”.

¹⁰⁷ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN:9789722219020. P. 95. A este propósito, especifica Figueiredo Dias “*Com efeito, o recurso às autoridades policiais será por via da regra o meio de resposta menos gravoso para o agressor, pelo que, sendo possível recorrer em tempo útil às forças policiais para repelir eficazmente a agressão, deve considerar-se esse meio como meio necessário à defesa*”, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.419.

que se alcançou com o seu uso¹⁰⁸. Porém, este juízo de necessidade da defesa, reporta-se ao momento da agressão, onde *“deve ser avaliada objectivamente toda a dinâmica do acontecimento, merecendo especial atenção as características pessoais do agressor (idade, complexão 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.”*¹⁰⁹.

A utilização de meios de autoproteção (cães perigosos, aparelhos elétricos ou gases venenosos), pode ser tida como válida em certos casos, porém o risco de na situação em concreto não se ter tratado de um meio necessário corre sempre à custa de quem dele se serve.¹¹⁰

Caso desta análise acerca da necessidade de meio se conclua que foi utilizado um meio não necessário à defesa, estamos perante um excesso de meios ou excesso intensivo de legítima defesa, que nos termos do artigo 33º do CP, tem como consequência a afirmação da ilicitude do facto praticado, portanto da defesa.¹¹¹ De qualquer forma, por a agressão gerar situações de forte tensão ou conflito, origina no agredido sentimentos de intranquilidade e insegurança que podem afetar o seu discernimento, e assim fazer com que este faça uso de meios mais gravosos para o agressor do que aqueles que teriam sido necessários para a defesa, o que, apesar de não excluir a ilicitude do facto defensivo, pode todavia determinar uma diminuição da culpa.¹¹²

Ainda quanto à análise da necessidade de 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, quer por se tratar de um

¹⁰⁸ Cf. SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 95.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.419; No mesmo sentido refere GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. 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 (BGHST 27,336).”*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.420.

¹¹¹ GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 375.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.422.

meio “desonroso”, quer 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*”.¹¹³

3.7.3. Outros requisitos

3.7.3.1. A necessidade de defesa

A doutrina e a jurisprudência, frequentemente exigem outros requisitos atinentes à ação de defesa e para além da necessidade de meio, sendo um deles, a necessidade de defesa, que apenas se verifica se não estiverem em causa determinado tipo de circunstâncias. O texto legal referente à legítima defesa, mais propriamente o artigo 32º do CP, apenas exige que a ação defensiva seja tomada como “*...meio necessário para repelir a agressão...*”, porém, “*reduzindo a consideração da necessidade de defesa à necessidade de 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 de 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*”¹¹⁴ e como tal, a doutrina funda a exigência de outros limites, em imposições de carácter genérico que resultam da ordem jurídica na sua globalidade.

Esta análise que se debruça 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 mostra necessária, portanto, situações que se apresentam como limites à necessidade de defesa, sendo elas:¹¹⁵

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.420.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.418.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6; A mesma situação mas na doutrina alemã, PALMA, Maria Fernanda – Legítima Defesa. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3.^a ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. P. 163. “*Para mitigar as consequências de uma legítima defesa concebida como defesa da Ordem Jurídica, a jurisprudência e a doutrina germânicas conceberam um modelo de moderação do paradigma neo-hegeliano da legítima defesa, designado como doutrina dos limites ético-sociais da legítima defesa. Segundo tal modelo, em certos contextos de responsabilização social do defendente (provocação da agressão, relação familiar ou posição de garante relativamente ao agressor, insignificância da*

- **As agressões que não importam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido**, portanto, casos em que, apesar de a agressão se mostrar atual e ilícita, a mesma acontece dentro de um circunstancialismo tal, que leva a que esta se 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 proporcionalidade dos bens conflitantes na pessoa do agredido”*.¹¹⁶

Abrangidas por este sector, estão 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 com falta de consciência do ilícito, não censurável, ou por atuar a coberto de uma situação de inexigibilidade legalmente prevista ou situação análoga.¹¹⁷

Também as situações em que é o agredido que cria, por sua vontade, a situação de confronto¹¹⁸, 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.¹¹⁹ Caso não se verifica-se a exigência deste requisito, o indivíduo que pretendesse agredir outro, sem que a sua conduta fosse condenada, poderia criar propositadamente uma situação de legítima defesa, para que,

agressão e inimputabilidade do agressor), a legítima defesa não seria autorizada como resposta ilimitada à agressão ilícita, impondo-se uma certa compressão do direito de defesa.).”

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.424.

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.424 – 425.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.424 - 427.

¹¹⁹ Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4.^a ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. Pp. 188 – 189, 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 legítima defesa”*.

provocando o agressor, este tenta-se agredi-lo, legitimando assim uma ação defensiva a coberto deste instituto jurídico.¹²⁰

Nestes casos de agressões provocadas, a defesa por parte do provocador, não se vê como necessária, precisamente porque não se verificar a necessidade de afirmação da ordem jurídica na pessoa do agredido, pois se foi ele que pré-ordenadamente criou a situação de legítima defesa, não lhe cabe já a defesa do lícito perante o ilícito.¹²¹

Agora note-se que, para que uma ação caiba no conceito de provocação, deve revestir um facto ilícito ofensivo de um bem jurídico do provocado, não se atendendo como provocação uma qualquer ofensa moral ou socialmente censurável¹²², sob pena de que um simples “chapéus há muitos”, passe a ser considerado provocação, retirando a necessidade de defesa de quem profere estas palavras.

Verificando-se uma agressão provocada, esta, desde que seja atual e ilícita, não impede o direito de defesa, deve é concluir-se que o agora defendente, mas inicialmente provocador, vê a sua conduta enquadrada no abuso de exercício do direito de defesa e já não no instituto da legítima defesa.¹²³

- **A desproporcionalidade entre a agressão e a defesa.** A elaboração do artigo 32º do atual Código Penal partiu da letra do artigo 36.º do Projeto de Parte Geral, do Professor Eduardo Correia, que dispunha que, “*O facto praticado como meio necessário à defesa contra agressão actual e ilícita de bens jurídicos do agente ou de terceiro considera-se legítima defesa.*”.¹²⁴ Naquele preceito, bem como no atual corpo do artigo 32º do Código Penal, não é feita qualquer referência à exigência de proporcionalidade entre a agressão e a defesa, pois conforme esclareceu o mesmo autor na Comissão Revisora do Código Penal, “*Exigir do defendente que estivesse a sopesar os valores em jogo seria coloca-lo numa situação ingrata e, muitas vezes, a*

¹²⁰ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 97.

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.426.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.427.

¹²³ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 97.

¹²⁴ BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.187.

impedi-lo de legitimamente se defender”.¹²⁵ E foi essa a conclusão a que chegou aquela Comissão Revisora¹²⁶, portanto, em sede de direito positivo, a nossa lei penal não exige este requisito, enquanto requisito intrínseco da legítima defesa¹²⁷.

Ainda assim, apesar do texto legal, nomeadamente o artigo 32º do Código Penal, não fazer qualquer referência a critérios de proporcionalidade, a doutrina encontra-se bastante dividida acerca da exigência do requisito da proporcionalidade entre o bem ameaçado com a agressão e o lesado com a defesa.

Existe uma parte da doutrina que rejeita uma ideia de proporcionalidade¹²⁸, fundando essa posição, quer na valoração superior atribuída à defesa, na medida em que a agressão, ao contrário daquela, não lesa apenas um interesse jurídico individual pois viola a própria ordem jurídica enquanto interesse comunitário¹²⁹, quer no seu fundamento individual e social de tutela de bens jurídicos, de prevenção geral, de intimidação dos potenciais agressores e de prevenção geral positiva de estabilização, pacificação ou confiança da comunidade social,¹³⁰ e defende que, “*a exigência de que*

¹²⁵ Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral, AAFDL, 1979. Pp. 227-231 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.187.

¹²⁶ BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. Pp. 187-188. A este propósito e como resposta a sugestões no âmbito da comissão revisora, no sentido de incluir o requisito da proporcionalidade, refere ainda o Professor Eduardo Correia, que “*a consagração do requisito da proporcionalidade reputa-se (...) – mesmo que feita só por via negativa (...) – perigosíssima, até porque os indivíduos deixarão de saber com precisão quando podem ou não defender-se*”.

¹²⁷ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 97.

¹²⁸ DIAS, Figueiredo, **Direito Penal – Aditamentos aos Sumários**, Universidade de Coimbra, 1977, pp. 28-33 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.189-190; BELEZA, Teresa, **Direito Penal**, 2.º vol., AAFDL, 1983 pp. 271 – 275 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. Pp.190 – 191; CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. Pp. 390 – 391, 432 – 434, 439, 57 – 58, 319 – 321 e 483 – 486; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384; VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana – **Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil**, separata da revista da Faculdade de Direito. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 54p. Pp30-31.

¹²⁹ DIAS, Figueiredo, **Direito Penal – Aditamentos aos Sumários**, Universidade de Coimbra, 1977, pp. 28-33 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN:9789723210538. P.189-190 onde o autor refere mesmo que “*na legítima defesa (trata-se) da defesa de um interesse mais valioso do que os que se ofendem (o interesse da própria ordem jurídica).*”

¹³⁰ Conforme conclui o professor Taipa de carvalho em CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela

*o acto de defesa seja praticado, como meio necessário para repelir a agressão (Cfr 32º), nada tem a ver com qualquer relação de grandeza entre o valor dos interesses, bens jurídicos ou prejuízos em causa”*¹³¹ e que o requisito da necessidade do ato de defesa significa exclusivamente que aquele ato deve ser o menos gravoso possível para o agressor, de entre os vários meios idóneos para repelir a agressão, o que faz com que a legítima defesa esteja limitada sim, mas apenas pelo meio necessário para repelir a agressão.¹³²

Do lado oposto da doutrina encontramos os autores que defendem a exigência de uma proporcionalidade entre a agressão e a defesa, como é o caso da Professora Maria Fernanda Palma, que é talvez o autor que mais se evidencia na defesa desta tese.¹³³

A referida autora sustenta que a legítima defesa está submetida a uma exigência de proporcionalidade qualitativa entre a agressão e a defesa, proporcionalidade esta que leva em linha de conta a natureza dos bens conflituantes devendo estes ser divididos em dois grandes grupos, nomeadamente o núcleo de bens jurídicos constitutivo da dignidade da pessoa humana¹³⁴ e o grupo de bens jurídicos não expressivos da dignidade humana, sendo que, caso a agressão ilícita ponha em causa bens jurídicos do

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P. 432. O mesmo autor sustenta que perante uma agressão atual, ilícita, dolosa e praticada por pessoa consciente da censurabilidade social do seu ato, não há razão para impor ao agredido um dever de solidariedade que faça recair sobre ele a obrigação de fugir ou de tolerar a lesão de um bem jurídico, quando não se possa defender sem que sejam sacrificados bens do agressor, superiores aos ameaçados. P. 390; também na defesa desta tese da não exigência de proporcionalidade escreve a Professora Teresa Beleza que “*saber se uma pessoa agiu correctamente em legítima defesa, ou se se excedeu, tem mais a ver com as possibilidades práticas de defesa(...) do que propriamente com uma comparação de gravidade entre a agressão e a defesa*” Cf. BELEZA, Teresa, **Direito Penal**, 2.º vol., AAFDL, 1983 pp. 271 – 275 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN:9789723210538. P.190. A este propósito refere Manuel Cavaleiro de Ferreira que “*não é possível criar limites à legítima defesa que não constem expressamente da lei, sem ofensa ao princípio da legalidade, porquanto a restrição do direito de defesa corresponde à incriminação indirecta dos factos que a definição legal da legítima defesa abrangia no seu teor, como exercício do direito de defesa*” Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 193.

¹³¹ VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana – **Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil**, separata da revista da Faculdade de Direito. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 54p. Pp30-31.

¹³² GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 363.

¹³³ Mas também, BRITO, Teresa Quintela – **o Direito de necessidade e a legítima defesa no Código Civil e no Código Penal**, Lex, Lisboa, Lisboa, 1994, p. 63. *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.189-190.

¹³⁴ Nomeadamente a vida, lesão grave da integridade física ou da liberdade, bens patrimoniais que socialmente tem feição pessoal ou que se encontram numa relação pessoal essencial objetivamente reconhecida com o seu titular.

primeiro grupo, apenas aí a defesa pode lesar bens jurídicos desse mesmo primeiro grupo, por terem a mesma natureza. Já se a agressão lesar ou colocar em perigo de lesão bens jurídicos do segundo grupo, nomeadamente 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 democrático¹³⁵, 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 ordem¹³⁶, 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.¹³⁷

Na mesma linha de pensamento, mas negando a necessidade de existência de uma proporcionalidade alicerçada na natureza dos bens em conflito pois que também será desproporcional a defesa que não é necessária uma vez que a gravosidade do meio utilizado a torna inapta para o efeito de repelir ou sustentar a agressão, está a posição de Teresa Quintela Brito que 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 ambos¹³⁸, o reconhecimento do direito de defesa estatuído no artigo 21º da CRP¹³⁹ e o n.º 2 do

¹³⁵ PALMA, Maria Fernanda, **Legítima defesa**, enciclopédia Pólis, 1999 *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.197.

¹³⁶ PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, Vol. I**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906. pp. 461, 472 e 573 – 574.

¹³⁷ *Ibidem* pp. 246 – 250.

¹³⁸ BRITO, Teresa Quintela – **o Direito de necessidade e a legítima defesa no Código Civil e no Código Penal**, Lex, Lisboa, Lisboa, 1994, p. 43. *apud* BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. P.189-190.

¹³⁹ Que dispõe que “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” (n.º2); “*As leis restritivas de direitos liberdades e garantias devem revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retractor nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*” (n.º3)”.

artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que apenas autoriza a morte do agressor para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal.¹⁴⁰

Quando exista uma crassa desproporção do significado da agressão e da defesa, como no caso de escola do paralítico, A, que na falta de outro meio dispara a matar contra o ladrão B, que quer furtar-lhe a carteira que contém cinco euros, não há duvida que o furto da carteira constitui uma agressão atual e ilícita, e que o meio empregado na defesa se mostra como necessário, porém, não pode ser legítima a defesa que se revela notoriamente excessiva face aos bens agredidos e que, nessa medida, representa um abuso de direito de legítima defesa¹⁴¹, pois *“se é certo que a Legítima defesa visa salvaguardar interesses individuais e com isso a salvaguarda geral do Direito, nem sempre estas necessidades individuais e comunitárias tem que ser valoradas de igual maneira, podendo haver casos em que se exclua a protecção individual ou a de um interesse geral, limitando-se ou excluindo-se o direito de legítima defesa...”*¹⁴²

-Posições especiais do agressor e do agredido. Quando entre estes existam laços de solidariedade juridicamente relevantes, como os laços existentes entre cônjuges ou entre pais e filhos, deve considerar-se que a necessidade de defesa diminui ou até mesmo em certos casos-limite desaparece, pois conclui-se que está justificada uma maior compreensão da agressão, ainda que limitada. De qualquer forma, este limite à necessidade de defesa desaparecerá se a agressão for de tal natureza e gravidade, que elimine o dever de solidariedade existencial que fundamenta a limitação.¹⁴³

-Atos de Autoridade. Quando a necessidade de defesa diz respeito a atuações da autoridade, nomeadamente das forças policiais, questão controversa e que melhor analisada será adiante, ou não fizesse ela parte do objeto principal desta dissertação.

¹⁴⁰ BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538. Pp. 202 – 206.

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.427 – 430, referindo o mesmo autor que *“A necessidade de defesa deve ser negada sempre que se verifique uma insuportável (do ponto de vista jurídico) relação de desproporção entre ela e a agressão: uma defesa inadmissivelmente excessiva e, nesta acepção, abusiva, não pode constituir simultaneamente defesa necessária; logo porque não pode de algum modo representar-se como uma defesa do Direito contra o ilícito na pessoa do agredido.”*

¹⁴² GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 379.

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.430 – 431.

De qualquer forma pode desde já adiantar-se que esta especial situação se coaduna com os mesmos critérios que à necessidade de defesa dizem respeito.¹⁴⁴

3.7.3.2.O *animus defendendi*

Enquanto outros requisitos não expressamente previstos na letra do artigo 32º do CP, e para além da necessidade de defesa, parte da doutrina sustenta que é exigível um elemento subjetivo da legítima defesa, nomeadamente de um *animus defendendi*.

Para a doutrina que entende que este requisito se deve verificar na ação defensiva¹⁴⁵, exige-se que o agente que repele a agressão tenha, para além de perceção de que está perante uma situação em que se pode defender legitimamente (requisito este que é considerado como elemento comum a toda a causa de justificação, sendo vulgarmente designado de “conhecimento da situação objetiva justificante”)¹⁴⁶, atue de acordo com essa motivação defensiva, assumindo esta o elemento subjetivo específico da legítima defesa, nomeadamente, o “*animus defendendi*” que se cifra na atuação com o intuito de preservar o bem jurídico ameaçado.

A respeito desta dupla exigência de requisitos subjetivos, nomeadamente o “conhecimento da situação objetiva justificante” e a atuação motivada pela defesa (*animus defendendi*), refere Figueiredo Dias, que apenas têm que estar presente o requisito subjetivo que vale para a generalidade das causas de justificação e já não, a exigência de um “*animus defendendi*” enquanto atuação com a vontade de defender os bens jurídicos ameaçados pela agressão, sendo que a doutrina hoje dominante corre no sentido de que “*existindo o conhecimento da situação de legítima defesa, não deverá fazer-se a exigência adicional de uma co-motivação de defesa.*”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp.431 – 433.

¹⁴⁵ GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral**, I. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 376; BARROS, Fernando Jorge Ferreira Araújo – **Legítima Defesa**. Porto: Athena Editora, 1980. 114 p. P. 51-52.

¹⁴⁶ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P.373.

¹⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.433; No

A verdade é que analisando o teor literal do artigo 32º do CP, não verificamos esta exigência na ação defensiva, “a lei refere-se apenas ao acto de defesa como meio necessário para repelir a agressão, não exigindo que o agente tenha o propósito de repelir a agressão.”.¹⁴⁸

3.8. O excesso e o erro na Legítima defesa

Apresentada que está a rota do cumprimento de uma ação defensiva que se enquadre na legítima defesa estatuída no artigo 32º do CP, vejamos os efeitos jurídicos da não verificação dos pressupostos da agressão, ou da não observância dos requisitos que a defesa legítima exige, elementos esses que a não se verificarem, fazem despoletar a responsabilidade penal do “defendente”.

3.8.1. Erro

No caso de o agente representar erroneamente o preenchimento dos pressupostos que a agressão deve assumir para que seja legalmente possível uma defesa legítima, portanto, assumindo que o suposto defendente está perante uma agressão que não é atual ou que não é

mesmo sentido, CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P.387, onde o autor refere que “o *animus defendendi*, quer como motivação ou sequer como co-motivação da acção de legítima defesa (necessária), não é uma exigência, não é um elemento subjectivo específico condicionante da plena justificação por legítima defesa. O único elemento subjectivo da acção de legítima defesa é o conhecimento da situação de legítima defesa.”; Ainda no mesmo sentido PALMA, Maria Fernanda – **Legítima Defesa**. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. Pp. 166-167, refere que “Não será exigível, propriamente um “*animus defendendi*”, no sentido de a defesa ser a exclusiva motivação do defendente, mas é necessário que a conduta que se opõe á agressão ilícita seja explicável como defesa na linguagem social – o que impõe uma ação conscientemente dirigida á defesa, em que a agressão seja motivo determinante de agir.”.

¹⁴⁸ No mesmo sentido FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. P. 191, onde o mesmo autor refere que “...não parece que a exigência do *animus defendendi* possa ser mais do que um ensaio de limitação da definição legal da legítima defesa –limite subjectivo em vez de limite objectivo – para se afigurar mais fácil derivá-lo duma interpretação rebuscada da lei, enquanto novos requisitos da legitimidade da defesa da natureza objectiva só poderiam buscar-se com dificuldade, mediante o apelo a princípios gerais.”. Já SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN:9789722219020. Pp. 97-98, dá conta de uma posição diferente, defendida pelo Conselheiro Maia Gonçalves, para quem “a lei exige como requisito intrínseco da legítima defesa o *animus defendendi*”, e refere também que “...a interpretação dominante da doutrina e da jurisprudência portuguesa é no sentido da exigência de um *animus defendendi* como requisito da legitimidade da defesa. Não nos parece que a exigência desse requisito resulte da lei”.

ilícita, representando assim erroneamente que se pode defender a coberto de uma legítima defesa, estamos perante uma situação de erro sobre as circunstâncias de facto, que deve ser resolvida pela aplicação dos n.º 2 e 3 do artº 16 do CP sendo excluído o dolo da conduta, mas ficando ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais, situação que ao ocorrer na legítima defesa assume o nome de “*legítima defesa putativa*”.¹⁴⁹

Outro tipo de erro é o erro sobre a existência ou limites da legítima defesa, situação em que o agente pensa que a legítima defesa se configura de forma diferente ou com limites diferentes dos legalmente estabelecidos, o que se cifra num erro sobre as valorações vigentes no Direito, pelo que apenas a culpa do agente será afetada, eventualmente excluída no caso deste erro não lhe ser censurável, aplicando-se então o disposto no artigo 17º do CP.¹⁵⁰

3.8.2. Excesso

O que determina a situação de excesso de defesa é a não observância do requisito da necessidade de meio, constituindo crime a defesa praticada sem este, pois apesar de o agente afastar uma defesa atual e ilícita, não respeita os limites do direito de defesa, ultrapassa a medida da necessidade, constituindo crime caso se trate de um facto ilícito e culposos. Porém, a punição do crime praticado nas vestes de excesso de legítima defesa, encontra um regime especial de punição no n.º1 do artigo 33º do CP podendo a pena aplicada ser especialmente atenuada, ou até mesmo excluída se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis. (nos termos do n.º 2 do artigo 33º do CP).¹⁵¹

¹⁴⁹ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 105; no mesmo sentido GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529. P. 339: “*Quem actua na suposição de que o faz com o beneplácito de uma causa de justificação alcança o apelo de norma de Direito tanto quanto aquele que ignora a existência de um elemento do facto. Ambas as situações conferem com a razão de ser da regulamentação prevista no artigo 16º, mas não com a prevista no artigo 17º.*”.

¹⁵⁰ PALMA, Maria Fernanda – **Legítima Defesa**. In PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300. Pp. 166-167.

¹⁵¹ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 102. O mesmo autor especifica e distingue duas figuras distintas de excesso: “*A doutrina distingue frequentemente entre excesso intensivo e excesso extensivo, mas só aquele é verdadeiro excesso e só a ele se refere o artigo 33º.*”.

Este tipo de atos defensivos podem assumir um carácter doloso, culposo ou causal ¹⁵², sendo o primeiro aquele em que o agente conhece e quer fazer uso de meio mais gravoso para o agressor tirando assim partido da uma situação de legítima defesa para de alguma forma ver a penalidade da sua conduta atenuada. No segundo caso em que existe uma mera culpa do agente que praticou o excesso, verificar-se-á crime ou não, consoante o facto típico for ou não punível a título de negligência. A terceira situação, aquela em que o excesso se verificou “causalmente”, não pode existir crime por falta de elemento subjetivo, uma vez que o facto pode ser típico mas não culposo. *“A regra geral é a de que o facto de o crime ser cometido em excesso, seja culposo ou doloso, pode beneficiar de uma atenuante de natureza especial com os efeitos previstos no art. 73.º Além disso, se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis o agente não será punido, pois onde falta a censurabilidade do comportamento carece o fundamento para a punição.”* ¹⁵³

De salientar ainda que a legítima defesa excessiva constituirá a prática do crime que a legítima defesa não justificou precisamente por ser excessiva, não sendo por isso uma figura unitária, pois pode o crime subjacente ser um homicídio se a defesa excessiva consistir na morte do agressor, ou um crime de dano se a mesma consistir na provocação de danos desnecessários para repelir a agressão (que como vimos pode ainda assim ser atual e ilícita) uma vez que pode constituir a forma que toma, em concreto, a defesa excessiva. ¹⁵⁴

¹⁵² Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384. Pp. 196 – 197, *“distinção doutrinária utilizada sobretudo em razão da terminologia adotada pelo código italiano (expressamente no mesmo sentido, o código brasileiro). Excesso doloso e excesso culposo são igualmente de entender, enquanto formas de excesso punível, como crime doloso ou como crime culposo cometido em excesso de legítima defesa. A culpa e o dolo, porém, no excesso reportam-se especialmente ao próprio excesso, no sentido de que foram intencionalmente excedidos os limites que são requisitos da legitimidade da defesa ou de que foram excluídos por culpa. Mas essa particularidade não contradiz, antes se enquadra na própria noção legal de dolo e de culpa.”*.

¹⁵³ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol II. 1ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020. P. 104.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

4.Recurso a arma de fogo

4.1. Introdução

O principal objetivo do estudo destes temas, conforme foi proposto no projeto de elaboração da presente dissertação de mestrado, bem como no início da mesma, é a clarificação do caminho legal a seguir no dia-a-dia dos elementos das forças e serviços de segurança nomeadamente no que diz respeito à tomada de decisão acerca do recurso a arma de fogo enquanto medida extrema do uso da força.

Na verdade, antes do início da elaboração do referido projeto, era nossa intenção tratar apenas da matéria do recurso a arma de fogo na atividade policial, uma vez que é neste campo que julgamos existirem as mais perigosas dúvidas a nível prático-jurídico, podendo estas resultar em graves consequências para o agente policial, derivadas do uso ou não, da arma de fogo, bem como para os demais intervenientes. Acontece que valor mais elevado se levantou. Mais importante do que o esclarecimento acerca dos moldes jurídicos específicos do recurso a arma de fogo mostrou-se a segurança jurídica dos comportamentos defensivos do cidadão em geral e do agente das forças de segurança em particular, devendo esta ser companheira de toda a atividade policial, uma vez que com ela beneficia não só o próprio agente por se sentir mais seguro na tomada atitude perante uma ameaça, mas também a população em geral que verá com certeza uma polícia mais eficaz no cumprimento do seu dever.

E foi para apetrechar o elemento policial de segurança jurídica na sua atuação, que desenvolvemos os temas precedentes devendo aqueles ser tomados em linha de conta nas situações de recurso a arma de fogo. Como tal, analisado que está o regime jurídico da legítima defesa e tendo em conta o carácter subsidiário que a vertente privada daquele instituto assume¹⁵⁵ perante a legítima defesa pública, esta é levada a cabo e em primeira linha pelo agente policial, que pode, em casos extremos recorrer a arma de fogo. E é exatamente sobre essa medida extrema mas tantas vezes necessária para a defesa do agente policial ou de terceiros que nos debruçaremos de seguida.

¹⁵⁵ Decorrente do artigo 21º da CRP que dispõe que “*Todos têm o direito de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer a autoridade pública*”, afirmando-se a subsidiariedade da legítima defesa privada face à legítima defesa pública, portanto, face àquela defesa praticada pelas autoridades policiais, Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P.324.

4.2. Polícia e Segurança

Quando iniciámos a análise da situação de legítima defesa, avançámos um conceito de atividade policial que a definia como sendo aquela que, desempenhada pelas forças e serviços de segurança¹⁵⁶ no sentido de 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 de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática¹⁵⁷. Acontece que, como resulta da definição avançada, a polícia, concebida como modo de atuar da autoridade administrativa, intervindo no exercício das atividades individuais ou coletivas, susceptíveis de fazer perigar interesses gerais ou individuais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir¹⁵⁸, encontra-se hoje subordinada a princípios constitucionais decorrentes do Estado de direito democrático.

Como tal, e como ensina Manuel Monteiro Guedes Valente, um conceito lato e atual de polícia compreende uma *“actividade de natureza executiva – ordem e tranquilidade públicas e administrativa -, dotada de natureza judiciária no quadro de coadjuvação e de prossecução de actos próprios no âmbito do processo penal – cuja função jurídico-constitucional se manifesta na concreção da defesa da legalidade democrática, da garantia de segurança interna e da defesa e garantia dos direitos do cidadão e da prevenção criminal quer por vigilância quer por prevenção criminal stricto sensu, podendo para cumprimento daquelas funções fazer uso da força – coacção – dentro dos limites do estritamente necessário e no respeito pelo Direito e pela pessoa humana”*¹⁵⁹.

Neste sentido, é através das forças de segurança, portanto da Polícia em sentido lato e que nos termos do n.º 1 do artigo 272º da CRP *“tem por funções defender a legalidade*

¹⁵⁶ Que, conforme se extrai do art.º 25º da Lei de Segurança Interna, aprovada pela Lei n.º 53/2008 de 29 de Agosto, compreende a atividade desenvolvida pela Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Polícia Judiciária, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Serviço de Informações e Segurança, órgãos da Autoridade Marítima Nacional, e ainda, os órgãos do Sistema de Autoridade Aeronáutica.

¹⁵⁷ Nos termos da alínea b) do artigo 9º e n.º1 do artigo 272, ambos da Constituição da República Portuguesa.

¹⁵⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. Pp 45 – 50.

¹⁵⁹ *Ibidem* p. 101.

*democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos*¹⁶⁰, que o Estado cumpre a sua tarefa fundamental prevista na alínea b) do artigo 9º da CRP, de “*garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*”.

4.3. Constituição de República Portuguesa como meio e como meta da atividade policial

Dado o carácter basilar da Constituição da República Portuguesa¹⁶¹ na disposição de todo o ordenamento jurídico, cumpre-nos agora concretizar quais os principais princípios constitucionais que de alguma forma pautam a atividade policial, especialmente nos casos em que se mostra necessário o uso da força que pode assumir em situações extremas o recurso a arma de fogo.

A Lei Fundamental consagra logo no seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana¹⁶² como base da República Portuguesa, sendo que a integridade moral e física das pessoas é inviolável nos termos do n.º 1 do artigo 25º do texto constitucional. Acontece que para cumprir a sua função de garantia dos direitos dos cidadãos, que assumem a mesma dignidade social e igualdade perante a lei (artigo 13º da CRP), como é o caso do direito à liberdade e à segurança (n.º1 do artigo 27 da CRP), a atuação policial pode entrar em conflitualidade com a liberdade e dignidade de pessoa humana concreta, 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 18º da CRP, a verdade é que todos

¹⁶⁰ Estas funções assumem o papel de princípios gerais de atuação policial onde se consagra a defesa da legalidade democrática enquanto garantia de respeito e cumprimento das leis em geral, a defesa e garantia da segurança interna sendo esta a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito da legalidade democrática (nos termos do n.º1 do artigo 1º da Lei de Segurança interna), e a defesa e garantia dos direitos do cidadão, defesa e garantia esta, efetiva para todo o ser humano, sem exceção ou discriminação. Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. Pp. 117 – 155.

¹⁶¹ Previamente abordado no ponto 2.3, aquando da abordagem a princípios básicos.

¹⁶² “*A dignidade da pessoa humana, reconhecida pelo preâmbulo da DUDH como “fundamento da liberdade, de justiça e da paz no mundo”, apresenta-se como princípio estruturante do nosso Estado e como fundamento do direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade e à segurança quer pessoal, quer colectiva. Cfr. Art.º 1.º e a anotação a este comando constitucional em GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República..., 4.ª Edição, Vol I, pp 196 – 201 e em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa anotada – tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005 pp.5157*”. Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. P. 110, nota 196.

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 do cidadãos ou da legalidade democrática.

Ainda assim, situações certamente haverá, em que a fronteira do uso legítimo da força pode, consciente ou inconscientemente, ser quebrada, entrando-se por essa via no abuso inaceitável que, quer se trate de ofensa á integridade física, injúria, ameaça, coação, humilhação ou colocação de algemas, atinge sempre o direito à dignidade da pessoa humana, direito este que é um direito indisponível, o que deita por terra qualquer tipo de consentimento do visado.

Além do exposto, note-se que é a atuação conforme ao quadro constitucional e infraconstitucional que legítima não só normativamente, mas também socialmente, a atividade da polícia, na medida em que *“a população está disposta a colaborar com uma polícia que lhe pareça claramente legítima, ou seja, uma polícia que respeite a legalidade, seja tecnicamente eficaz, cumpra os imperativos morais dominantes e seja eticamente responsável.”*¹⁶³

Neste sentido, como já ficou assente, a atividade policial, bem como toda a atividade da administração pública, está hoje subordinada à Constituição da República Portuguesa¹⁶⁴, à lei ordinária e a todo o Direito, aplicando-se àquela os princípios gerais da legalidade e da constitucionalidade¹⁶⁵, da proporcionalidade¹⁶⁶, entre outros.¹⁶⁷ Para além da subordinação de

¹⁶³ SILVA, Germano Marques da, **Ética Policial e Sociedade Democrática** – Lisboa Edições do ISCPSI, 2001, p.85, *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. P. 160.

¹⁶⁴ Nos termos do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶⁵ Princípios estes que se prendem com a conformidade da atuação policial com o quadro jurídico vigente desde logo por esta estar vinculada ao respeito dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, mas também ao Direito Internacional nos termos do n.º 1 do artigo 18 e artigo 8º, ambos da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶⁶ Consagrado no n.º 2 do artigo 18º, no n.º 2 do artigo 266º e no n.º 2 do artigo 272º da Constituição da República Portuguesa, este princípio está diretamente ligado á adequação, exigibilidade e necessidade da atuação policial.

¹⁶⁷ Acerca dos princípios que regem a intervenção da polícia veja-se: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3ª ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3. pp. 165 – 239, onde são analisados os princípios supracitados, mas também o princípio do respeito dos interesses e dos direitos protegidos dos cidadãos, o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da boa-fé, o princípio da oportunidade da atuação policial, o princípio democrático na atuação da polícia, o princípio da

toda a administração pública á Constituição da República Portuguesa, há que ter presente a responsabilidade adjacente à atividade das entidades públicas e dos funcionários e agentes da mesma nos termos dos artigos 22º e 271º da CRP.

4.4. Princípios da Subsidiariedade, Necessidade e Proporcionalidade

De ligação direta ao assunto que agora nos ocupa estão os princípios da Subsidiariedade, Necessidade e Proporcionalidade, nomeadamente no que ao uso da força e ao recurso a arma de fogo diz respeito. A atividade policial, apesar de juridicamente legitimada nos termos que atrás referimos, 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.

Perante 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. E não o pode porque faz parte de uma força policial com funções constitucionalmente consagradas e por isso limitadas, devendo assim 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 pelo 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 efectivamente houvesse a certeza da correspondência entre a representação do polícia e a realidade, a verdade é que acresce o facto da possibilidade de*

lealdade na atuação da polícia, os princípios da igualdade e da imparcialidade, o princípio da justiça, o princípio da “concordância prática” na atuação da polícia e o princípio da liberdade.

*erro por parte da polícia e a eventualidade de o condutor não se ter apercebido do sinal feito pela polícia.”.*¹⁶⁸

É neste campo que entram os princípios e 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 subsidiariamente a outros meios de resolução de conflitos.¹⁶⁹

4.5. Quadro internacional

O artigo 8º da Constituição da República Portuguesa funciona como uma porta de entrada de normas e princípios de Direito Internacional na medida em que atribui vigência na ordem jurídica interna, às normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas que vinculem internacionalmente o Estado português, bem como às normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte, aplicando-se estas diretamente, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.¹⁷⁰ Para além disso, também *“as disposições dos tratados que regem a União europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”*¹⁷¹

Quanto à matéria do uso da força e por conseguinte do recurso a arma de fogo, desde algumas décadas a esta parte que vêm sendo intenção da comunidade internacional, a disciplina de situações que envolvam a atuação das entidades policiais. Como tal, iremos referir as normas que nos parecem essenciais para a matéria que agora nos ocupa.

¹⁶⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3. P. 324-325 nota 559.

¹⁶⁹ Cf. n.º 2 do artigo 266º e n.º2 do artigo 18º, ambos da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷⁰ Nos termos dos n.º 1, 2 e 3 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷¹ Texto do n.º4 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa.

Para além da **Declaração Universal dos Direitos do Homem**¹⁷², que se aplica harmonicamente na interpretação dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais plasmados na Constituição da República Portuguesa¹⁷³, com consciência das importantes tarefas desempenhadas na atividade policial, mas também das possibilidades de abuso que as mesmas proporcionam, a Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua resolução 34/169 de 17 de Dezembro de 1979 adotou o **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, recomendando que os Governos encarem favoravelmente a sua utilização no quadro legislativo de cada país. O referido Código enuncia uma panóplia de princípios que submetem os funcionários responsáveis pela aplicação da lei¹⁷⁴, desde logo o respeito e a proteção da dignidade humana, a manutenção e apoio dos direitos fundamentais de todas as pessoas (art.º 2º), só podendo empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever (art.º 3º)¹⁷⁵.

Em 1989, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas, guiado pelo desejo de promover a aplicação do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotou os **Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, convidando o 8º congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e as suas reuniões preparatórias a estudarem meios de promover o respeito pelos referidos Princípios Orientadores que passam, de entre outras medidas¹⁷⁶, pela incorporação do

¹⁷² Disponível em <https://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>, onde se acentua logo no seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade do homem como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, e se considera essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.

¹⁷³ Nos termos do n.º 2 do artigo 16º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷⁴ Que inclui todos os agentes da lei, quer nomeados, quer eleitos, que exerçam poderes de polícia, especialmente poderes de prisão ou detenção, conforme se refere no comentário ao artigo 1.º do **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 34/169, de 17 de Dezembro de 1979. disponível em “<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-18.html>”.

¹⁷⁵ Acrescenta-se em comentário ao artigo 3º do **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei** que “O emprego de armas de fogo é considerado uma medida extrema. Devem fazer-se todos os esforços no sentido de excluir a utilização de armas de fogo, especialmente contra as crianças. Em geral, não deverão utilizar-se armas de fogo, excepto quando um suspeito ofereça resistência armada, ou quando, de qualquer forma coloque em perigo vidas alheias e não haja suficientes medidas menos extremas para o dominar ou o deter. Cada vez que uma arma de fogo for disparada, deverá informar-se prontamente as autoridades competentes.”

¹⁷⁶ Assumindo grande relevo a importância dada à seleção, educação e formação dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como à satisfação da sua remuneração e benefício das condições de trabalho, disciplina interna e controlo externo, adoção de mecanismo para recebimento de queixas formuladas por particulares bem como outras medidas com vista à implementação do Código, que passam pela difusão nacional e relato internacional das mesmas conforme os números 1,2,3 e 4 das questões específicas dos

Código¹⁷⁷ na legislação e práticas nacionais, pela recomendação de interpretação extensiva do conceito de “funcionários responsáveis pela aplicação de lei” e pela adoção das medidas necessárias para que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei recebam instrução sobre as disposições da legislação nacional relativas ao Código assim como outros textos básicos sobre a questão dos direitos do homem.

No ano seguinte, a 7 de Agosto de 1990, o 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes adotou os **Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, considerando a grande importância do serviço social por eles desempenhado, bem como o perigo social decorrente das ameaças à vida e integridade física dos mesmos dado o papel essencial que estes funcionários assumem na proteção do direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa. A adoção destes princípios teve também em conta que a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser conciliada com o respeito devido pelos Direitos do Homem, lendo-se no seu preâmbulo que *“Os Governos devem ter em conta os Princípios Básicos a seguir enunciados, que foram formulados tendo em vista auxiliar os Estados Membros a garantirem e a promoverem o verdadeiro papel dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, a observá-los no quadro das respectivas legislação e práticas nacionais e a submete-los à atenção dos funcionários responsáveis pela aplicação de lei, bem como de outras pessoas como os juízes, os magistrados do Ministério Público, os advogados, os representantes do poder executivo e do poder legislativo e o publico em geral”*.¹⁷⁸

As disposições gerais dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei vinculam os Governos à adoção e aplicação de regras específicas acerca da utilização da força e de armas de fogo contra pessoas e à habilitação dos funcionários pela aplicação da lei com diversos tipos de

Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de Maio de 1989. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-19.html>.

¹⁷⁷ **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 34/169, de 17 de Dezembro de 1979. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-18.html>.

¹⁷⁸ Conforme Preâmbulo dos **Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de Setembro de 1990. disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-20.html>.

armamento que permitam uma utilização diferenciada da força e das armas de fogo devendo para o efeito, ainda que carecendo de uma avaliação cuidadosa, desenvolver armas neutralizadoras não letais. Estabelece-se também que quando seja indispensável o uso legítimo da força ou de arma de fogo, o mesmo deve obedecer a critérios de proporcionalidade preservando-se sempre a vida humana pelo que deve sempre ser assegurada a rápida assistência e socorro médico às pessoas feridas ou afetadas, bem como a atempada comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas, e que caso tenham resultado lesões ou a morte derivadas do uso da força ou de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, deve tal facto ser relatado aos superiores, pelo que os Governos devem garantir que, caso aquele uso se tenha afigurado como abusivo, o mesmo será punido como infração penal nos termos da legislação nacional.

Os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, preveem ainda disposições especiais relativas ao uso de armas de fogo contra pessoas e a diretrizes a ter em conta nas normas e regulamentações da utilização daquelas armas, bem como disposições em matéria de manutenção da ordem em caso de reuniões ilegais, manutenção da ordem entre pessoas detidas ou presas, habilitações, formação e aconselhamento dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e procedimentos de comunicação hierárquica e de inquérito.

4.6. O Regime Jurídico do recurso a arma de fogo pelas forças policiais – O Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro

No seguimento das orientações internacionais plasmadas nos diplomas acima referidos respeitantes ao uso da força e ao recurso a arma de fogo, foi por despacho de 04 de Fevereiro de 1997, que o então Ministro da Administração Interna, Alberto Costa, determinou à Inspeção Geral da Administração Interna a elaboração de um estudo e anteprojeto com vista à revisão da legislação sobre o uso de armas de fogo pelas forças de segurança. Em cumprimento desse despacho, o Inspetor-Geral da Administração Interna nomeou uma comissão responsável por aquele estudo, impondo que a mesma levasse em linha de conta o direito comparado no âmbito da união europeia, integrando a filosofia das recomendações de

organizações internacionais¹⁷⁹. Como resultado desse processo, no dia 05 de Dezembro de 1999, entrou então em vigor o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, diploma que, embebido pelas recomendações internacionais, veio regular as situações de recurso a arma de fogo em ação policial em Portugal.

A maior parte das estatuições legais de origem internacional acerca do uso da força pelos agentes policiais já encontravam previsão no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente nos diplomas orgânicos estatutários das forças policiais portuguesas¹⁸⁰, alicerçados pelas normas constitucionais aplicáveis à matéria, as quais já tivemos oportunidade de enunciar.

Acontece que a disciplina específica aplicável à utilização de arma de fogo assumia contornos diferentes consoante o agente policial fosse um militar da Guarda Nacional Republicana, um inspetor da Polícia Judiciária, um Guarda Prisional ou um agente da Polícia de Segurança Pública, o que se afigurou como uma disparidade de tratamentos legais injustificada¹⁸¹.

Só na legislação diretamente aplicável aos militares da GNR verificavam-se três textos legais diferentes para pautar a utilização de armas de fogo¹⁸² sendo que na letra do n.º 3 artigo 13º do EMGNR, apenas constava o “uso de arma”, não referindo se se tratava de arma de fogo ou outra. Também o circunstancialismo que envolvia a utilização de arma de fogo para prisão de indivíduo evadido ou com um mandato de captura era mais restrito para um agente

¹⁷⁹ Conforme texto introdutório do Anteprojeto do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, publicado pela Inspeção-geral da Administração Interna em: PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>. Pp.208 – 209.

¹⁸⁰ Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 231/93, de 26 de Junho (artigo 30º); Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho (Artigo 13º); Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 321/94, de 29 de Dezembro (n.º 3 e n.º4 do artigo 9º); Regime Jurídico do Uso de Armas de Fogo pela Polícia de Segurança Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 364/83, de 28 de Setembro; Lei Orgânica da Polícia Judiciária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 295-A/90, de 21 de Setembro (artigos 91º, 92º, 93º e 94º); Regime jurídico aplicável aos guardas prisionais, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/80 de 22 de Março (Artigos 122º, 123º, 124º, 125º e 126º).

¹⁸¹ Cf. ponto 4 da introdução ao anteprojeto do atual Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro publicado pela Inspeção-geral da Administração Interna em: PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>. P.210.

¹⁸² Os três textos legais distintos, que se aplicavam ao uso de arma de fogo por militares da GNR eram os do artigo 30º da Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 231/93, de 26 de Junho, o número 3 do artigo 13º do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, e o artigo 7º da Parte III do Regulamento Geral do Serviço da GNR, aprovado pela portaria n.º 722/85, de 25 de Setembro.

da PSP do que para a PJ.¹⁸³ Até mesmo a disciplina do recurso a arma de fogo por parte do Corpo de Guardas prisionais era bastante diferente das disposições aplicáveis às restantes forças de segurança¹⁸⁴, sendo estes alguns exemplos das diferenças substâncias dos diferentes regimes no que respeita ao uso da força ou recurso a arma de fogo.¹⁸⁵

Note-se que esta injustificada diferença de tratamentos fomentava a insegurança jurídica das forças policiais que, podendo até estar a desenvolver uma atividade conjunta na mesma hora e local, assumindo a mesma qualidade de órgãos de polícia criminal, alguns gozavam de um maior poder discricionário na tomada de decisão acerca do recurso de arma de fogo, enquanto outros, elementos de uma outra força de segurança, seriam disciplinar e talvez penalmente sancionados, ainda que atuando nos exatos termos de um colega de uma outra força de segurança onde vigora-se um regime menos restritivo.

Ora o novo articulado aplicável a todas as forças e serviços de segurança¹⁸⁶ havia sido criado com vista à uniformização de tratamento legal do recurso a arma de fogo, mas também à distinção ainda não feita na legislação portuguesa, dos dois planos possíveis de recurso a arma de fogo, nomeadamente o recurso a arma de fogo, e o recurso a arma de fogo especificamente contra pessoas sendo este muito mais restrito que o primeiro, pois que, apesar de parecer óbvia dada a diferença dos valores jurídicos postos em causa nos diferentes planos, não estava contemplada na legislação portuguesa, pelo que se pretendeu com ela aumentar a salvaguarda da vida humana, mas também a segurança jurídica do agente policial que estaria a partir de agora apetrechado com um quadro jurídico bastante mais claro e linear do que o previsto nos seus estatutos.

¹⁸³ Exigindo-se que a ordem de captura tivesse por base a prática de um crime a que correspondesse pena superior a três anos de prisão (nos termos a alínea c) do n.º 1 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 64/83 de 28 de Setembro), enquanto que um agente da PJ estava legitimado a recorrer a arma de fogo desde que o crime correspondente à ordem de captura fosse sancionado com pena de pelo menos um ano, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 92º do Decreto-Lei n.º 295-A/90, de 21 de Setembro.

¹⁸⁴ Nos termos do artigo 126º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 01 de Agosto na redação do Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março.

¹⁸⁵ Também a resistência como circunstância que legitimava o uso da força por agente da PSP, nos termos da alínea b) do n.º 4 do artigo 9º da LOPSP, devia assumir a qualidade de “violenta” para que um militar da Guarda pudesse atuar da mesma forma que um agente da PSP. Acerca destas díspares regulamentações da mesma matéria e do mesmo objeto, Américo Taipa de carvalho, escreve em CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 379, que “estas disposições legais eram vagas e que, como tal, poderiam permitir uma utilização abusiva das armas de fogo pelas forças policiais”.

¹⁸⁶ Cf. artigo 1º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

Se é certo que o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro uniformizou a disciplina dada ao recurso a arma de fogo pelos agentes policiais¹⁸⁷, também é certo, como adiante se verificará, que o novo quadro jurídico se mostra bastante mais restritivo que o anterior.

Por entendermos que o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, é o diploma que objetivamente trata a matéria que nos ocupa, passemos a uma análise mais pormenorizada do mesmo.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, é desde logo feita referência aos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, necessidade, justiça, imparcialidade e boa-fé, que vinculam a atividade de todos os órgãos e agentes administrativos, estando portanto aqui englobados os agentes da função policial.¹⁸⁸ *“Só que não basta a mera proclamação de grandes princípios para que as forças policiais se sintam em condições de, a todo o momento, poder optar por um de entre os vários tipos de intervenção possíveis.”*¹⁸⁹ Retira-se também deste preâmbulo que o diploma procurou colmatar as falhas dos regimes anteriores evidenciando as condicionantes da atuação policial inerentes aos direitos liberdades e garantias constitucionalmente previstas, por forma a salvaguardar a vida humana até ao extremo possível, dotar o agente policial de um quadro mais claro e preciso de procedimentos na tentativa de facilitar a tomada de decisão no momento crítico utilização ou não, de arma de fogo, bem como aumentar a eficácia da atividade policial através da uniformização da disciplina em causa.

O **artigo 1º** aponta como objeto do presente diploma, as situações de recurso a arma de fogo¹⁹⁰ em ação policial, sendo esta a ação desenvolvida pelas entidades e agentes policiais definidos pelo Código de Processo Penal como órgãos e autoridades de polícia criminal¹⁹¹,

¹⁸⁷ Embora o DL n.º 457/99, de 5 de Novembro não tenha revogado expressamente as normas que tem por objeto o recurso a arma de fogo pelas diferentes forças de segurança, estas devem efetivamente considerar-se tacitamente revogadas, cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 379.

¹⁸⁸ Nos termos do n.º 2 do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁸⁹ Cf. preâmbulo do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro.

¹⁹⁰ A expressão “recurso a arma de fogo” veio substituir a expressão “uso de arma de fogo”, utilizada nos demais diplomas orgânicos evidenciando assim o carácter de exceção que aquele uso deve revestir.

¹⁹¹ Nos termos das alíneas c) e d) do artigo 1.º do CPP respetivamente, são órgãos de polícia criminal todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por aquele Código, e autoridades de polícia criminal os diretores, oficiais, inspetores e subinspetores de polícia e todos os funcionários policiais a quem as leis respetivas reconhecerem aquela qualificação; Pode ainda retirar-se do anteprojeto do presente DL, que o n.º 3 do seu artigo 1º lança a abrangência do diploma a todas as entidades e agentes policiais definidos pelo CPP como órgãos e autoridades de polícia criminal, tendo-se já em vista uma eventual mutação das diferentes polícias, para um único Sistema de

desde que autorizados a utilizar a arma de fogo de acordo com o respetivo estatuto legal, e desde que o façam no exercício das funções que legalmente lhe estiverem cometidas, ficando evidentemente de fora, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, a utilização da arma de fogo para efeitos de instrução ou demonstração.

Não há dúvida de que os principais princípios que este Decreto-Lei pretendeu enfatizar e que percorrem todas as disposições do mesmo foram os princípios da necessidade e da proporcionalidade que deve assumir o recurso a arma de fogo na atividade policial. De tal forma que estes princípios assumem mesmo a epígrafe do **artigo 2.º**, artigo este que faz depender o recurso a arma de fogo da ineficácia de outros meios menos gravosos, da proporcionalidade às circunstâncias, e apenas como medida extrema, em caso de absoluta necessidade, exigindo ainda o seu n.º 2 que caso esse recurso venha a concretizar-se, no mesmo deve o agente esforçar-se para reduzir ao mínimo as lesões e danos e respeitar e preservar a vida humana.¹⁹²

A grande novidade jurídica deste regime está na previsão de duas modalidades diferentes de recurso a arma de fogo em atividade policial, onde se estatui, por um lado o recurso a arma de fogo contra coisas, e por outro, bastante mais restrito, o recurso a armas de fogo contra pessoas. O dito “recurso a arma de fogo”, contra coisas, encontra previsão no n.º 1 do **artigo 3º** onde, impondo o respeito pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade constantes do artigo anterior e sem prejuízo do n.º 2 (situação de recurso a arma de fogo contra pessoas), se permite o recurso a arma de fogo para uma série de situações, divididas por alíneas, as quais passamos a descrever:

Polícia Nacional, Cf. comentário ao artigo 1.º do anteprojeto do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, publicado pela Inspeção-geral da Administração Interna em: PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>. P. 212.

¹⁹² A presente disposição do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro, merece uma análise crítica por parte da doutrina, fundada nas particulares exigências da avaliação da atuação do agente, e na dificuldade de provar que em determinada circunstância a utilização de arma de fogo se mostrou como medida extrema, tomada em caso de absoluta necessidade. No caso citamos MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. in **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116. pp. 718 – 719, onde o mesmo autor refere que “*De facto, face a uma agressão de terceiro, o agente policial quase nunca poderá ter a absoluta certeza do conteúdo efectivo dessa agressão e do meio absolutamente necessário (“extremo”) para a neutralizar...*” Portanto tendo em conta a necessária indeterminação dos juízos relativos a este tipo de situações, pergunta-se então o que se ganhará com estas fórmulas mais ou menos vazias de sentido e repetitivas de algo óbvio, como é o caso também da exigência da prova de meios menos perigosos como condição da legitimidade da defesa em causa (algo já inerente naturalmente ao conceito de necessidade)?” ... “Quer dizer, contrariamente ao princípio vigente (doutrinalmente) de que na dúvida sobre a necessidade do meio se deverá optar pelo sentido favorável ao defendente, aqui o intérprete será convidado a favorecer o agressor.”.

- a) *Para repelir agressão actual e ilícita dirigida contra o próprio agente da autoridade ou contra terceiros;*
- b) *Para efectuar a captura ou impedir a fuga de pessoa suspeita de haver cometido crime punível com pena de prisão superior a três anos ou que faça uso ou disponha de armas de fogo, armas brancas ou engenhos ou substâncias explosivas, radioactivas ou próprias para a fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes;*
- c) *Para efectuar a prisão de pessoa evadida ou objecto de mandado de detenção ou para impedir a fuga de pessoa regularmente presa ou detida;*
- d) *Para libertar reféns ou pessoas raptadas ou sequestradas;*
- e) *Para sustar ou impedir grave atentado contra instalações do Estado ou de utilidade pública ou social ou contra aeronave, navio, comboio, veículo de transporte colectivo de passageiros ou veículo de transporte de bens perigosos;*
- f) *Para vencer a resistência violenta à execução de um serviço no exercício das suas funções e manter a autoridade depois de ter feito aos resistentes intimação inequívoca de obediência e após esgotados todos os outros meios possíveis para o conseguir;*
- g) *Para abate de animais que façam perigar pessoas ou bens ou que, gravemente feridos, não possam com êxito ser imediatamente assistidos;*
- h) *Como meio de alarme ou pedido de socorro, numa situação de emergência, quando outros meios não possam ser utilizados com a mesma finalidade.*
- i) *Quando a manutenção da ordem pública assim o exija ou os superiores do agente, com a mesma finalidade, assim o determinem.*¹⁹³

¹⁹³ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 385, divide estas situações em que é permitido o recurso a arma de fogo em três grandes grupos nomeadamente, um primeiro grupo que diz respeito à alínea a) e que “*é constituído pelas situações de agressão actual e ilícita contra bens jurídicos individuais pessoais (excluídos os bens vida e integridade física essencial) ou patrimoniais do próprio agente policial ou de terceiros*”, um segundo grupo que abarca as situações descritas nas alíneas b), c), d), e), f) e i), e como tal contempla “*as situações em que estão em perigo interesses jurídicos estaduais ou colectivos*”, e por fim, como terceiro grupo, as situações contempladas na alínea g) em que se recorre a arma de fogo contra animais no sentido de os abater por estarem a pôr em perigo pessoas ou bens ou por estarem gravemente feridos

A segunda modalidade de uso de arma de fogo, portanto o recurso a arma de fogo contra pessoas, encontra previsão no n.º2 do mesmo artigo 3.º e submete aquele à verificação de dois requisitos cumulativos nomeadamente, a impossibilidade de alcançar a sua finalidade através do “recurso a arma de fogo contra coisas” previsto no n.º1 e a verificação de uma das circunstâncias previstas em uma das três alíneas do presente n.º 2 do artigo 3.º, todas contemplando a ameaça da vida humana ou da integridade física essencial:

- a) Para repelir a agressão actual ilícita dirigida contra o agente ou terceiros, se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física;*
- b) Para prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas;*
- c) Para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade ou impedir a sua fuga.*

A situação descrita na alínea a) está intimamente ligada ao conceito de legítima defesa penal prevista no artigo 32º do Código Penal, porém inovando o mesmo na medida em que aquele não faz qualquer menção a requisitos de proporcionalidade entre a agressão e a defesa, facto que pode ter alterado a interpretação a ser dada àquele artigo 32.º, questão esta que será abordada adiante.

As alíneas b) e c), “*descrevem situações que configuram uma espécie de legítima defesa preventiva, mas que, juridicamente, devem ser qualificadas como direito de necessidade defensiva, uma vez que não se trata de agressões actuais, mas sim de ameaças sérias para vidas humanas, cujo impedimento de sua concretização não é possível senão através de uma acção prévia (à efectiva agressão) de defesa.*”¹⁹⁴ Refira-se um alerta a respeito da alínea b), nomeadamente à aparente dificuldade de interpretação da mesma devido ao termo “*crime particularmente grave*” aí presente. Essa dificuldade deve ser sanada pela consideração de que a ameaça de vidas humanas, prevista na mesma alínea, é que é o

e não lhes poder ser, com êxito, prestada assistência médica; Note-se também que é nesta modalidade de uso de arma de fogo que se englobam as situações de disparo sobre rodados de veículo que se encontra em fuga, ou as situações de disparos contra os vidros ou a porta de uma casa onde se sabe que está escondido um indivíduo evadido.

¹⁹⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 387.

elemento decisivo da previsão, tendo até mesmo o legislador ponderado uma previsão equiparada a esta que dispunha “*Se não houver outro meio de suster ou impedir atentado em curso ou eminente, ou a continuação de atentado grave, contra instalações de utilidade pública ou social e que seja susceptível de provocar prejuízo importante, contra o posto de serviço ou contra transporte de bens perigosos*”, não o tendo feito porque tais circunstâncias que aqui se iriam prevenir continuam a encontrar previsão no n.º 1 do artigo 3º (quando não esteja em causa a vida ou a grave integridade física), e como medida extrema, na conjugação da alínea e) do n.º 1 do artigo 3º com a alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo do Decreto-Lei, considerando-se então a realidade que deve ser coberta, devidamente prevenida.¹⁹⁵

Desta forma, o legislador pretendeu clarificar o quadro jurídico do recurso a arma de fogo no exercício da atividade policial, para que o seu principal destinatário, o agente encarregado pela aplicação da lei possa elencar as diferentes situações e suas exigências facilitando assim a decisão de atuação, em consonância com o plano jurídico. “*Convém reiterar e sublinhar que é completamente diferente atirar contra uma pessoa, directamente contra uma pessoa, e atirar contra a porta de um edifício, para conseguir penetrar nele, ou contra um animal, nas circunstâncias expressamente previstas. Fica assim claramente traçado um limite, no qual não mais se compreende uma caça ao homem e só ao homem, na sequência da qual, sem qualquer indício de que este possa atingir a integridade física de terceiros ou de agentes policiais estes disparam na sua direcção, ainda que com o mero intuito de o intimidar. Só nos precisos limites deste numero 2 é que algo semelhante pode ocorrer*”.¹⁹⁶

Note-se que a exigência imposta para o recurso a arma de fogo contra pessoas, portanto o requisito de que a finalidade do recurso a arma de fogo contra pessoas não possa ser alcançada através do recurso a arma de fogo contra coisas, é só por si uma afirmação dos

¹⁹⁵ Cf. explicação ao n.º 1 do artigo 3º do anteprojeto do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, publicado pela Inspeção-geral da Administração Interna em: PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>. P. 216. Caso tal previsão fosse a contemplada no Decreto-Lei, a mesma estaria justificada com a necessidade de ação por parte da autoridade no caso de um patente delinquente, ainda que sem fazer perigar a vida ou gravemente a integridade física das pessoas, conhecedor de que as forças de segurança não poderiam disparar, se introduzia em posto de serviço de força de segurança ou em instalação de utilidade pública ou social, para aí provocar perigo importante.

¹⁹⁶ Cf. anteprojeto do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, publicado pela Inspeção-geral da Administração Interna em: PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>. P. 215.

princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, sendo aquele também mais uma expressão do objetivo de redução ao mínimo da possibilidade de perda de vidas.

O n.º 3 do artigo 3.º proíbe, também, o disparo de arma de fogo para efeitos de intimidação nos casos em que não seja admitido o recurso a arma de fogo nos termos do n.º1 ou n.º2 do mesmo artigo, o que significa que o mesmo pode ser efetuado desde que numa situação em que seja legítimo o recurso a arma de fogo ou o recurso a arma de fogo contra pessoas, assumindo esse disparo a designação “advertência” que se encontra regulada no artigo seguinte.

Para finalizar esta disciplina direta do recurso a arma de fogo por parte deste artigo 3.º, há que referir a disposição expressa no n.º 4 e que diz respeito a todos os seus números e alíneas na medida em que dispõe que todo o recurso a arma de fogo, quer seja contra coisas ou contra pessoas, ainda que estejam reunidos os requisitos que o legitimem, o mesmo “*só é permitido se for manifestamente improvável que, além do visado ou visados, alguma outra pessoa venha a ser atingida.*”¹⁹⁷. Esta estatuição deita por terra qualquer justificação de recurso a arma de fogo, que tenha por base argumentos como “*a arma foi utilizada apenas como advertência*” ou “*devido ao ricochete imprevisto do projétil, o mesmo veio a lesar a integridade física do indivíduo X que se encontrava no interior de um restaurante.*”¹⁹⁸

¹⁹⁷ Cf., n.º4 do artigo 3º do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro.

¹⁹⁸ Há que salientar aqui a abstração que o legislador demonstrou relativamente às situações em que outras pessoas estão também ser afetadas (correndo por exemplo perigo de vida) com a ação do agressor. Em tais situações, continua a ser ilegítimo o recurso a arma de fogo baseado na probabilidade de, “*além do visado ou visados, alguma outra pessoa venha a ser atingida*”. E a probabilidade de estas mesmas outras pessoas além do visado serem atingidas, não pelo agente policial mas pelo tal visado, agressor? Não deverá a probabilidade desta ocorrência, portanto este risco, ser tomada em linha de conta? É que assim, está-se a dizer ao destinatário da norma, agente policial, para não atuar recorrendo a arma de fogo, mesmo que este meio seja o único que se afigure eficaz, em situações, por exemplo de sequestro. Parece então que “*Se efectivamente se salvarem várias pessoas, pela actuação da polícia com este meio, mas se tiver provado a existência de riscos, ainda que mínimos, para elas, a justificação do acto nunca deverá ser alcançada. Os heróis deverão ser julgados pelo seu salvamento e condenados por homicídio, em princípio, doloso*”, Cf. MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. in **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116. pp. 718 – 719. Ainda quanto a esta matéria, o mesmo autor acrescenta em nota de rodapé 31 as seguintes considerações: “*Ainda sobre isto, relativamente ao designado “Assalto ao BES de Campolide”, http://www.youtube.com/watch?v=x_IAnYR2o, <http://www.youtube.com/watch?v=HzDLHXCZ3Go&feature=related>, <http://www.youtube.com/watch?v=HjTkGq90yzM&feature=related>, acessos em 26/10/2011, onde desde logo pelas diversas imagens captadas (com dois assaltantes de armas em punho sobre as cabeças de dois sequestrados, estilhaços a terem lugar numa das vítimas consequentes aos disparos dos agentes policiais, um disparo realizado de dentro do estabelecimento após os tiros dos polícias e ainda o ferimento de um dos sequestradores), se indica tudo, menos a manifesta improbabilidade de outras pessoas virem a ser atingidas. De resto, nem sequer resulta das imagens um real perigo iminente de morte ou ofensa grave á integridade física dos sequestrados, não se provando que os agressores iriam disparar sobre os seus reféns no momento em que as entidades policiais atiraram sobre eles, ficando apenas a possibilidade de se*

Paradoxal a todo este regime, como se apontou na análise do artigo 2.º, estão os princípios da necessidade e da proporcionalidade, sendo que estes impõem que o agente policial adote um comportamento que, de entre os eficazes, seja aquele que cause o menor dano ao visado, reduzindo assim ao mínimo as lesões e danos, respeitando e preservando a vida humana. E é neste sentido, portanto, impondo uma escala valorativa de medidas para por termo à violação ilegítima de direitos, que entendemos a previsão dos três números do artigo 4º cuja epígrafe é “Advertência”. Neste artigo é exigida a precedência de advertência relativamente ao recurso a arma de fogo que vai ser efetuado, desde que, como é óbvio, a natureza do serviço e as circunstâncias o permitam.

No caso de as circunstâncias e a natureza do serviço permitirem a advertência, a mesma é obrigatória¹⁹⁹, podendo “consistir em tiro para o ar, desde que seja de supor que ninguém venha a ser atingido e que a intimidação ou advertência prévia possa não ser clara e imediatamente perceptível”²⁰⁰. Como forma de garantir a perceção da advertência por parte de um ajuntamento de pessoas, a mesma deve ser repetida²⁰¹.

No caso de a advertência se mostrar impercetível, entendemos que devemos salientar duas questões que dizem respeito à advertência tratada neste artigo e que não se encontram diretamente na letra da lei. A primeira diz respeito à subsidiariedade que entendemos existir relativamente à modalidade de “tiro para o ar” como forma de advertir, devendo sublinhar-se que esta subsidiariedade se retira do n.º 2 do artigo 4.º na medida em que o mesmo só permite que a advertência se cifre no “tiro para o ar”, se não for de supor que alguém venha a ser atingido e que a intimidação ou advertência prévia possa não ser clara e imediatamente perceptível. Devemos então concluir que o agente policial apenas pode advertir com “um tiro para o ar” se for de supor que uma advertência verbal não se mostre eficaz e que, cumulativamente, for de supor que ninguém venha a ser atingido, conforme já referido no n.º 4 do artigo 3.º. A outra questão que merece anotação é a prevista no n.º 3 no mesmo artigo 4º, pois que o mesmo permite a repetição da advertência, que como vimos pode ser um tiro para

aplicar a al. b) do n.º 2 do art.º 3.º do Decreto-Lei 457/99 (sobre esta alínea infra III. 2.2.2.). Contudo, estranhamente (colocamos de lado questões de xenofobia), não houve lugar a qualquer condenação dos diversos agentes envolvidos no processo, antes a sua consagração pelo acto “heróico” realizado – quando se legisla mal, por vezes, a realidade da justiça impõe-se por si mesma, problema naturalmente é o casuismo daqui derivado, neste caso ter-se-á feito justiça, noutros terá vigorado o ascético império da lei, tal qual, o princípios da igualdade naturalmente disso se terá inevitavelmente ressentido...”

¹⁹⁹ N.º1 do artigo 4º do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro.

²⁰⁰ N.º2 do artigo 4º do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro. A este propósito, importa sublinhar que a advertência deve ser preferencialmente verbal.

²⁰¹ N.º3 do artigo 4º do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro.

o ar, contra um ajuntamento de pessoas. Entendemos que esta previsão apenas contempla as situações em que o visado da advertência, é um conjunto, ou melhor, “um ajuntamento de pessoas” e já não uma pessoa que se encontre no meio, ou de alguma forma englobada num ajuntamento de pessoas. Estas considerações não contrariam de forma alguma a letra ou o espírito presente dos percetos em análise, a intenção desta anotação é apenas revelar o que pode para o leitor não saltar á vista.

Dada a sensibilidade da matéria, portanto, os danos que podem ocorrer com um recurso a arma de fogo, o legislador entendeu no **artigo 5º** salvaguardar a melhor aplicação da arma, fazendo-a depender, na generalidade das situações, de ordem ou instrução do comandante da força, salvo, exceccionalmente, “*se o agente se encontrar isolado, ou perante circunstâncias absolutamente impeditivas de aguardar por aquelas ordens ou instruções.*”²⁰². Com esta previsão, contempla-se uma melhor análise acerca da tomada de decisão de recurso a arma de fogo, para além de que é garantida uma maior responsabilidade do seu uso, uma vez que esta recai sobre todos os intervenientes, portanto sobre quem dispara e sobre o comandante da força que ordenou ou instruiu o disparo, isto como é óbvio, se o mesmo for efetuado tendo por base aquela ordem ou instrução.²⁰³

Como corolário da já referida salvaguarda da vida humana até ao extremo possível, o **artigo 6º** tem por objeto exclusivo impor a obrigação de socorro que recai sobre o agente que recorreu a arma de fogo, logo que lhe seja possível.

A exceccionalidade de recurso e os bens jurídicos que podem ser colocados em causa aquando de um recurso a arma de fogo, seja ele contra pessoas ou contra coisas, impõe um dever de relato, quer por parte do agente à sua cadeia de comando²⁰⁴, quer por parte desta ao Ministério Público²⁰⁵. Para além do relato ou comunicação, a força policial envolvida deve preservar a área dos disparos e dos bens atingidos, examinando de imediato os vestígios

²⁰² Parte do Texto do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

²⁰³ Note-se que uma interpretação apenas literal deste artigo, torna ilícito o recurso a arma de fogo sem ordem ou instrução do comandante da força à exceção dos disparos feitos em circunstâncias absolutamente impeditivas ou de isolamento do agente. Há porém que considerar que, se ainda assim, o recurso se tiver mostrado adequado apesar da não verificação deste dever, deve-se concluir pela legitimidade do mesmo do ponto de vista penal pois que “*obviamente que a ilicitude aparente, derivada do desrespeito desde logo deste normativo, seria apagada em função da actuação do agente no caso concreto*”. Cf. MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. in **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116. p. 720 – 721.

²⁰⁴ Nos termos do n.º1 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

²⁰⁵ Nos termos do n.º2 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

daquela ocorrência. No caso de o recurso a arma de fogo por agente policial constituir elemento da prática de um crime, impõem-se aos órgãos de polícia criminal os deveres gerais previstos no Código de Processo Penal, em especial, os que dizem respeito aos meios de obtenção de prova e às medidas cautelares e de polícia.²⁰⁶

Para concluir a enunciação do estatuído no Decreto-Lei 457/99, de 5 de Novembro, resta referir que no seu artigo 8.º o legislador entendeu chamar à previsão deste diploma a utilização de meios explosivos.

4.7. Implicações do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, na legítima defesa enquanto causa de exclusão de ilicitude.

Conjugando o tema da legítima defesa enquanto causa de exclusão de ilicitude, com o tema agora em análise, há que relembrar que a sua vertente privada é subsidiária perante a legítima defesa pública²⁰⁷, não por força do artigo 32º onde a legítima defesa está prevista, pois que aqui não se exige qualquer subsidiariedade nem tampouco se faz distinção entre legítima defesa privada ou pública, mas por força do artigo 21º da CRP que garante a todos os cidadãos “*o direito de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*”²⁰⁸

Uma vez que na defesa dos bens e interesses juridicamente protegidos, é a força pública, portanto as forças policiais, que devem à partida atuar prestando auxílio à legítima defesa dos particulares, importa verificar eventuais adaptações que este Decreto-Lei pode incrementar na legítima defesa praticada pelas autoridades policiais.

Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, as disposições legais que regulavam a matéria em análise não eram concludentes relativamente a limites impostos à defesa de agressão atual e ilícita dirigida contra o agente ou contra terceiros pois que, mesmo em sede de recurso a arma de fogo, o mesmo era justificado “*para impedir agressão iminente ou em execução, dirigida contra si ou terceiros*”²⁰⁹ ou “*para repelir uma*

²⁰⁶ Artigos 3º e 4º do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

²⁰⁷ Conforme já tratado *supra*, p.55, nota 155.

²⁰⁸ Artigo 21º da Constituição da República Portuguesa.

²⁰⁹ Artigo 92º do Decreto-Lei n.º 295-A/90, de 21 de Setembro (Lei orgânica da Polícia Judiciária).

agressão iminente ou em execução, em defesa própria ou de terceiros”²¹⁰, não se vislumbrando qualquer impedimento ao recurso a arma de fogo contra o agressor, quer estivessem em causa bens jurídicos como a vida, integridade física ou património.²¹¹

Acontece que o atual regime acabado de analisar revogou tacitamente tais disposições. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, para além da uniformização de disciplina, foram concretizadas estatuições que se encontravam em aberto quer através da afirmação inequívoca dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, quer através da criação de um quadro taxativo e linear das situações em que é permitido o recurso a arma de fogo, quadro este que dá corpo a esses princípios.²¹²

Nos termos da análise feita ao regime jurídico do recurso a arma de fogo na atividade policial, podemos afirmar que houve uma alteração substancial do conteúdo, pelo menos literal, da parte do ordenamento jurídico que regula esta matéria, pois que aquela legítima defesa praticada pelo elemento das forças de segurança, não está agora justificada se lesar ou constituir um sério risco para a vida ou para a integridade física essencial do agressor no caso de o bem jurídico ameaçado ou agredido não ser a vida ou a integridade física essencial do polícia ou de um terceiro. *“Uma acção de defesa que possa traduzir-se na morte ou lesão grave corporal do agressor, só está justificada quando os bens objecto da agressão forem a vida ou a integridade física “essencial”(al. A) do n.º2). Ora não se verificando este pressuposto da “proporcionalidade qualitativa” dos bens (objecto da acção de defesa), a acção de defesa, que se traduza na morte ou lesão corporal grave do agressor, é considerada ilícita (crime de homicídio ou de ofensas corporais graves).”*²¹³. Nestes termos devemos concluir que a defesa lesiva da integridade física essencial ou vida do agressor ilícito que furta ou que injuria não configura um excesso de legítima defesa pois que nem de uma situação de

²¹⁰ Artigo 30º do Decreto-Lei n.º 231/93, de 16 de Junho (Lei orgânica da Guarda Nacional Republicana).

²¹¹ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 383.

²¹² Porém, e conforme já citado *supra*, p. 66, *“não basta a mera proclamação de grandes princípios para que as forças policiais se sintam em condições de, a todo o momento, poder optar por um de entre os vários tipos de intervenção possíveis.”*

²¹³ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 386.

legítima defesa se trata dada a desproporcionalidade de bens lesados na defesa, comparativamente aos ofendidos na agressão ilícita.²¹⁴

Ao contrário do que acontecia na vigência do anterior quadro jurídico aplicável a esta matéria, a legítima defesa exige o cumprimento do requisito da necessidade de meio, mas também, e a partir da data da vigência do presente Decreto-Lei, é exigido ao defendente que, para ver a sua conduta enquadrada na legítima defesa, a mesma seja levada a cabo respeitando uma “proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos objeto da agressão e os bens jurídicos lesados com a defesa” sendo esta inovação determinante para o regime jurídico da legítima defesa conforme trataremos de seguida.²¹⁵

4.8. Afastamento do regime geral da Legítima defesa?

Quando tratámos o estudo do regime jurídico da legítima defesa, levantaram-se diversas questões relacionadas com a exigência de proporcionalidade entre o bem jurídico lesado com a agressão e o bem jurídico ofendido na defesa, importando agora, tendo em conta a harmonia do ordenamento jurídico, verificar os efeitos que este regime provocou em toda a

²¹⁴ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 386; O mesmo autor acrescenta que não nos devemos olvidar que a ação de defesa ainda que ilegítima por desproporcional, teve origem numa agressão ilícita, devendo o tribunal atenuar espacialmente a pena com fundamento nas circunstâncias que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade de pena para tal crime nos termos dos números 1 e da parte final da alínea b) do 2º do artigo 72º do Código Penal.

²¹⁵ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P. 388; De referir que esta exigência de uma proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos objeto da agressão e os bens jurídicos lesados com a defesa, já era defendida para a legítima defesa geral, e mesmo antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, por Fernanda Palma, cf. PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**, Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906. pp. 253 e seguintes; Importa também salientar que Figueiredo Dias, em: DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.432, defende que os preceitos estatuídos no Decreto – Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, “*encontram a sua justificação não só numa posição especial do agente que o obriga a correr riscos mais pesados*” ... “*como na superior condição física e preparação técnica relativamente ao particular*”, e já não na proporcionalidade qualitativa entre os bens, defendida por Américo Taipa de Carvalho e Fernanda Palma.

legítima defesa, uma vez que o regime geral desta, previsto no artigo 32º do Código Penal, não estabelece limites da natureza dos impostos neste Decreto - Lei.²¹⁶

Uma das funções da polícia é a garantia dos direitos dos cidadãos²¹⁷, como tal, a mesma deve ser levada a cabo, não só mas também, pela defesa dos bens e interesses legitimamente protegidos dos cidadãos, quando aqueles estão a ser alvo de agressão, assumindo primazia a intervenção da autoridade em detrimento da legítima defesa privada, sendo que esta primazia deriva do princípio da subsidiariedade da legítima defesa pública perante a legítima defesa privada.

Acontece que o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, veio estabelecer uma proporcionalidade qualitativa entre os bens ameaçados ou agredidos e os bens postos em perigo ou ofendidos no âmbito da defesa com recurso a arma de fogo. Consequentemente, *“embora seja certo que tal diploma teve por objecto directo a legítima defesa (que é o aspecto e parte do diploma que nos interessa) exercida pela polícia, a verdade é que tal “proporcionalidade qualitativa” não pode deixar de se aplicar á legítima defesa exercida pelos particulares. Com efeito, seria uma contradição (cf. § 684) permitir àquele que só a título subsidiário exerce o direito de legítima defesa mais do que é permitido àquele (à polícia) que exerce tal direito a título principal”*²¹⁸.

Afirma-se, portanto, a aplicabilidade da exigência da proporcionalidade qualitativa dos bens às forças policiais, mas também à legítima defesa privada que apenas se distingue da legítima defesa pública no âmbito do requisito da necessidade de meio uma vez que esta, estando melhor preparada física e tecnicamente e comportando uma maior capacidade dissuasora inerente ao seu papel na sociedade, consegue à partida impedir a agressão ou a sua

²¹⁶ Cf. MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. in **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116. p. 710.

²¹⁷ Cf. parte final do n.º1 do artigo 272º da Constituição da República Portuguesa.

²¹⁸ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.392; Posição diferente assume Figueiredo Dias em DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6. P.432, nota 74 e 75, *“Enquanto consideramos ser esta uma disciplina legal que determina uma posição especial, repercutindo-se somente no âmbito da legítima defesa respeitante às actuações oficiais, Carvalho, Taipa de, II, §679 e ss., confere ao DL 457/99, de 5 – 11, um efeito muito mais lato, estendendo as suas regras à legítima defesa exercida pelos particulares. ”*, onde o autor justifica esta sua posição argumentando que *“Estamos perante uma explicitação do principio da proporcionalidade que rege toda a intervenção pública”*.

continuação com meios de defesa menos gravosos para o agressor do que aqueles que o particular teria que utilizar para conseguir o mesmo objetivo.²¹⁹

Assim, cumpre-nos citar, como conclusão desta “revogação” do instituto da legítima defesa que “o art.º 32.º do Código Penal não pode deixar de ser complementado, isto é, de ser restringido no seu campo de aplicação por força do referido Decreto – Lei n.º 457/99. Até ao dia em que o legislador se lembre de que o artigo 32.º não tem servido como devia (Cf. § 638), de norma de orientação de condutas numa situação de conflito, mas de norma que “engana” os próprios cidadãos, seus destinatários”²²⁰.

²¹⁹ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.393.

²²⁰ Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de - **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9. P.395, onde o autor refere também que: “Objectar-se-á que, sujeitando a (justificação por) legítima defesa a um princípio de “proporcionalidade qualitativa” dos bens, se reduz, significativamente, a dinâmica e função preventiva de legítima defesa. E ter-se-á de reconhecer que é verdade. Mas acrescente-se que, pelo menos, deixará a norma sobre a legítima defesa de ser constantemente “manipulada” pela doutrina e, o que é pior, pela jurisprudência. Deixar-se-á de recorrer artificialmente à figura do excesso de legítima defesa em casos em que o meio utilizado foi efetivamente necessário (logo, excesso não houve), só que a desproporcionalidade entre os bens era grande. Assim, pelo menos, as coisas ficam claras, que é a primeira obrigação do legislador e é direito dos cidadãos”; De diferente conclusão relativamente aos efeitos da entrada em vigor desde Decreto-Lei apresenta-se MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. in **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116. p. 717-728, ao considerar discriminatório o carácter deste regime, pois que em seu entender, criou uma segunda legítima defesa altamente limitada onde “Os polícias, os mais directos representantes da defesa dos direitos dos cidadãos, estão efectivamente condenados a simples espectadores dos males provocados pelos delinquentes ou mesmo sendo eles vítimas desses mesmos delinquentes”. No entendimento deste autor, com a criação deste DL, passam a coexistir, duas legítimas defesas, “uma altamente limitada (com arma de fogo ou explosivos), outra expansiva, tudo se podendo utilizar.”. O autor conclui as suas considerações acerca deste regime referindo que “O regime da legítima defesa traçado pelo art.º 32.º do CP mantém-se em vigor apesar da aparente revogação derivada, quer do disposto no art.º 3.º, n.º 2 e 3 do Decreto-Lei 457/99, de 5 de Novembro, ou ainda do conteúdo do art.º 42.º, n.º1, al. a), da Lei 5/2006, de 6 de Maio. Para isto contribuem antes de mais as existências do art.º 21.º da CRP e de art.º 32.º do CP, ao expressarem um conteúdo tendencialmente “forte” à luz das finalidades de prevenção inerentes a essa justificante. Conteúdo este, que, a ser levado a cabo a perspectiva de fragmentação ou eventual reconstrução desta figura jurídica, derivada de uma possível interpretação das disposições dos diplomas em causa sobre o uso de armas de fogo, seria arbitrariamente reduzido, introduzindo limitações intoleráveis desde logo no plano da Constituição da República Portuguesa com violação directa do princípio da igualdade jurídica do seu art.º 13.º, n.º1.”.

5. Conclusão

Logo nos primeiros parágrafos desta dissertação, salientámos as dificuldades inerentes à atividade dos elementos das forças de segurança e apontámos como problema maior a importância da segurança jurídica que nem sempre acompanha a tomada de decisão acerca do uso ou não uso de arma de fogo como ultimo recurso para o cumprimento da missão policial.

Foi considerando a necessidade de consciencialização do órgão de polícia criminal relativamente aos limites jurídicos que pautam o uso legítimo de arma de fogo, que começámos desde logo por munir o leitor de conceitos jurídicos básicos, por forma a facilitar a perceção do local que este tema ocupa no ordenamento jurídico.

Desta forma, iniciámos o nosso estudo tendo como principais objetivos resolver um potencial problema prático-jurídico de coadunação do recurso a arma de fogo com o quadro jurídico vigente, trilhando assim um caminho juridicamente seguro por forma a facilitar a difícil tomada de decisão de recorrer a arma de fogo.

Numa escalada ao cume deste estudo, foi feita uma abordagem ao instituto da legítima defesa na sua generalidade por forma a sustentar a análise dos pressupostos de uma defesa mais específica, nomeadamente aquela que é tomada através do recurso a arma de fogo por agentes policiais. Genericamente, portanto sem fazer distinção na aplicabilidade da legítima defesa ao agente das forças de segurança ou ao comum cidadão, ficou assente que uma defesa que se queira por legítima, têm necessariamente que ter por objeto um interesse juridicamente protegido do agente ou de um terceiro, e 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 de meio. E são estes os traços gerais que foram aprofundados em local próprio, tendo por base a doutrina portuguesa, que apesar de, em parte, apresentar outros requisitos específicos, não nega a necessidade de verificação dos requisitos e pressupostos gerais referidos para que não se caia em erro ou excesso na atuação defensiva.

No capítulo que trata do recurso a arma de fogo, foi abordado o tema da atividade policial numa perspetiva constitucional, onde se mostraram sempre presentes os princípios da subsidiariedade, necessidade e proporcionalidade, tendo estes servido de bitola quer à

regulamentação internacional que tivemos oportunidade de referir, quer ao específico e nacional regime jurídico do recurso a arma de fogo que, como forma de garantia de tais princípios, divide o recurso a arma de fogo em duas vertentes tendo em conta o seu objeto e submetendo aquele, de entre outros requisitos, à improbabilidade de atingir terceiros.

Como consequências desta disciplina específica do recurso a arma de fogo em atividade policial, conclui-se pela revogação das anteriores disposições relativas a esta matéria, tendo-se verificado uma grande mudança no sentido de uma maior restrição das possibilidades de recurso a arma de fogo, pois que se passou a exigir uma proporcionalidade qualitativa entre os bens agredidos e os bens eventualmente lesados com a ação defensiva.

Os efeitos desta nova disciplina passam pela restrição dos limites de atuação das autoridades policiais, o que inevitavelmente, pela ordem de ideias apresentada, deve ter aplicabilidade ao regime da legítima defesa geral funcionando assim como baliza diminutiva do seu espaço.

Perante este cenário, exige-se agora que o órgão de polícia criminal, para além de observar os requisitos e pressupostos da legítima defesa geral, atue consciente e sabedor dos precisos passos que legitimam um recurso a arma de fogo e que passam pela observância dos princípios da necessidade e proporcionalidade tendo em conta se a necessidade do momento exige um recurso a arma de fogo contra coisa ou contra pessoa, negando sempre o mesmo no caso de haver uma probabilidade, ainda que pequena, de atingir terceiros além do visado.

Dadas as divergências doutrinárias que foram sendo relatadas ao longo desta investigação, seria com toda a certeza enriquecedor o estudo do tratamento que a jurisprudência maioritária dá a estas temáticas na medida em que julgamos estar a assistir a uma lenta mutação da figura da legítima defesa pelos motivos já expostos.

Importa salientar que, quer se concorde, quer se julgue demasiadamente restritivo, este é o quadro legal que estatui o como, o quando, e o perante o quê, deve o agente policial utilizar, ou melhor, recorrer a arma de fogo. Cumpre-nos apelar à consciencialização deste quadro legal por parte das polícias portuguesas por forma a garantir uma correta atuação não comprometedora da vida ou da integridade física, mas também que não implique prejuízos ao agente policial que certamente deu o melhor que podia e que sabia, pois que ninguém enverga

uma farda policial por se querer colocar em situações extremas voluntariamente, fazendo-o sim porque a sua consciência de dever assim lho dita, habituado que está a correr para os locais de onde os outros querem fugir!

Bibliografia

BARROS, Fernando Jorge Ferreira Araújo – **Legítima Defesa**. Porto: Athena Editora, 1980. 114 p.

BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade. in **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol I**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 960 p. ISBN: 9789723210538.

CARVALHO, Américo A. Taipa de – **A Legítima Defesa**. [S.L.]:Coimbra Editora, 1995. 568 p. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 972-32-0694-3.

_____, **Direito Penal - Parte Geral**, Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime. 2ª ed. [S.L.]: Coimbra Editora, 2008. 594 p. ISBN 978-972-32-1618-9.

CONTUMÉLIAS, Fernando; CONTUMÉLIAS, Mário - **Polícia à portuguesa**, um retrato dramático. 1.ª ed. [S.L.]:Livros D´Hoje, 2008. 186 p. ISBN: 9789722037167.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial - Tomo II**. Artigos 202.º a 307.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 1252 p. ISBN: 9789723208559.

_____, **Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais - Tomo I**, A Doutrina Geral do Crime. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1108 p. ISBN 978-972-32-1523-6.

FIORETTI, Júlio - **Sobre a Legítima Defeza: estudo de criminologia**. Trad. Octávio Mendes, 4ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925. 133p.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - **Lições de Direito Penal - Parte Geral I**, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992. 569 p. ISBN: 9789722201384.

GARCIA, M. Miguez - **O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal: Elementos da Parte Geral, I**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 814 p. ISBN: 9789724048529.

Gabinete do Secretário Geral, Sistema de Segurança Interna - **Relatório Anual de Segurança Interna 2012**. Lisboa: 26 de Março de 2013. Pp. 52 e seguintes [Consult. 30 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-administracao-interna/documentos-oficiais/20130327-rasi-2012.aspx>

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional** – Tomo I, Preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais, 7.^a ed. [S.L.] Coimbra Editora 2003.

MONTEIRO, Fernando Conde – O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações critico-reflexivas. *in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2012. 1020 p. ISSN: 0870 – 3116.

PALMA, Maria Fernanda – **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, Vol. I**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 600 p. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas. ISBN: 9721007001906.

PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel - **Casos e matérias de Direito Penal**. 3.^a ed. [S.L.]: Almedina, 2009. 496 p. ISBN: 9789724021300.

PORTUGAL. Inspeção-geral da Administração Interna - **Controlo externo na actividade policial** [Em linha]. Lisboa: IGAI 1998. 224 p. [Consult. Em 15 Abr. 2013]. Disponível em <http://www.igai.pt/Publicacoes/Outras-Publicacoes/Documents/Controlo%20Externo%20da%20Actividade%20Policial.pdf>.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel - **Dicionário Jurídico – Direito Penal – Direito Processual Penal – Vol. II**. 2.^a ed. [S.L.] Almedina, 2012. 524p. ISBN 978-972-40-3765-3.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - **Noções de Processo Penal**. [S.L.]: Letras e conceitos, 2010. 647p. ISBN 978-989-8305-10-7.

SILVA, Carlos Alberto B. Burity da - **Ilícitude e Legítima Defesa**. Lisboa: C.A.B.B. da Silva, 1996. 55p. ISBN 972-700-067-3.

SILVA, Eduardo Norte Santos - **Introdução ao Estudo do Direito**. 2.^aed. Sintra: Pedro Ferreira-Editor, 2000.

SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português - Parte Geral I**, Introdução e Teoria da Lei Penal. 2.^a ed. Loures: Editorial VERBO, 2001. 348p. ISBN: 9789722218283.

Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral II**, Teoria do Crime – Vol. II. 1.^a ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1998. 354p. ISBN: 9789722219020.

VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana – **Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil**, separata da revista da Faculdade de Direito. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 54p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria Geral do Direito Policial**. 3.^a ed. [S.L.]: Almedina, 2012. 659 p. ISBN: 978-972-40-4726-3.

WIDAL, Márcio - **Principais Noções da Doutrina Funcionalista do Direito Penal**. [Em linha]. 16 Mar. 2013. [Consult. 02 Nov. 2013]. Disponível em <http://marciowidal.wordpress.com/2013/03/16/principais-noco-es-da-doutrina-funcionalista-do-direito-penal/>.