

Legítima Defesa: Proporcionalidade e Limites Ético-Sociais

CÁTIA PIRES *

1. Introdução

A teorização dogmática da legítima defesa começou nos princípios do séc. XIX ou seja, nos inícios da teoria geral do crime.

Verificam-se duas fases claramente distintas sobre o direito de legítima defesa durante os dois séculos em que se desenvolveu o instituto.

A 1ª fase da legítima defesa (desde a primeira metade do séc. XIX até aos anos 50 do séc. XX) foi marcada por uma concepção absoluta do direito individual de defesa contra qualquer agressão ilícita, independentemente da relevância ou insignificância da agressão, e independentemente da qualidade (adulto ou criança, imputável ou inimputável) do agressor.

Esta ideia absoluta do direito de legítima defesa encontra o seu simbolismo no dizer de Berner (1848): “*O Direito não deve nunca ceder perante o ilícito*” acrescentando ainda o autor que “*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*”.

A partir da 2ª metade do séc. XX passou-se a um pensamento oposto, em que tudo foi e continua a ser questionado desde o fundamento da legítima defesa como defesa

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 403-425.

* Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses; ex-Aluna do ISMAT.

do Direito, passando pelos bens jurídicos susceptíveis de legítima defesa até à eventual necessidade de respeito pelo princípio da igualdade, na sua vertente negativa de que a situações diferentes corresponde um tratamento diferenciado (por exemplo, agressões praticadas por inimputáveis).

Actualmente, não há quase nenhum aspecto do direito de legítima defesa que não seja questionado e que não seja objecto das mais diversas posições e respostas. Entre uma larga panóplia de problemas de maior relevância e discussão, poder-se-á destacar, entre outros aspectos, a questão dos limites inerentes ao direito de legítima defesa e bem assim a exigibilidade, ou não, da proporcionalidade entre os bens jurídicos: o do agressor, susceptível de ser lesado pela acção de defesa, e o do defendente, afectado pela agressão.

Antes porém, de nos debruçarmos sobre o tema em destaque (Limites Éticos e Proporcionalidade da Legítima Defesa) importante será expor uma breve e sucinta referência ao instituto da legítima defesa enquanto tipo justificador, diferenciando-o de outros institutos próximos, abordando a questão da sua fundamentação e enunciando os seus pressupostos e requisitos.

2. A legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude

Segundo o art.^o32^o do Código Penal Português (doravante designado C.P.): “constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.” Esta figura conhece também acolhimento constitucional, nomeadamente no art.^o21^o da Constituição da República Portuguesa (Direito de Resistência).

A legítima defesa é uma das causas de exclusão da ilicitude previstas pelo C.P. e que, quando presente, exclui a ilicitude do tipo, ou seja, justifica o facto praticado pelo agente.

Neste tema, vigora um princípio de extrema importância, que é o princípio da unidade da ordem jurídica, princípio este expresso no art.^o 31^o C.P. Assim, o facto não é ilícito quando a ilicitude for excluída pela ordem jurídica na sua globalidade. O que significa que, quando a ilicitude de um facto for excluída por qualquer elemento do ordenamento jurídico, esse facto não deve ser visto, para o direito penal, como um facto ilícito, como um facto não justificado.

Este conceito unitário e a exclusão da ilicitude explica-se, desde logo, por força do princípio da subsidiariedade do direito penal. O direito penal, de harmonia com este princípio, só deve intervir e emprestar a sua tutela robusta quando a tutela fornecida por outros ramos do Direito não for suficientemente eficaz para tutelar cabalmente

bens jurídicos reputados como fundamentais e essenciais à vida em sociedade. E, se os outros ramos jurídicos para determinados factos consideram que o comportamento é lícito, não deve vir o direito penal incriminar e emprestar a sua tutela àquele facto, que não merece tutela jurídico-penal, precisamente porque essas outras áreas jurídicas prescindiram da sua consideração como facto ilícito.

Ao analisar a questão do enquadramento jurídico-penal da legítima defesa, considerada pelo C.P. vigente como uma causa de exclusão da ilicitude, interrogamo-nos: mas afinal, o que são causas de exclusão da ilicitude e qual a sua finalidade jurídico-penal?

A legítima defesa, assim como as outras causas de justificação, como visam excluir a ilicitude e irresponsabilizar o agente, são normas penais favoráveis. Assim sendo, a elas não estão ínsitos os princípios de garantia e as limitações impostas, enquanto garante do princípio da legalidade, como acontece com as normas positivas ou normas que fundam positivamente a responsabilidade jurídico-penal do agente.

Inerente a toda a justificação existe uma ideia em comum: não há participação em factos justificados, ou seja, a participação num facto justificado não é punida. Quando existe comparticipação criminosa, quando existe um envolvimento plural de vários agentes no mesmo crime, alguns desses agentes podem ser qualificados como autores e outros como participantes. Ao dizer-se que não existe participação penalmente relevante, em termos de punição, num facto justificado, significa que não existe punibilidade da participação num facto típico justificado.

Outro elemento em comum nas diferentes causas de justificação, a ter em consideração, inclusive na legítima defesa, é que em todas aquelas existem elementos objectivos e elementos subjectivos. O facto será justificado se se verificarem, simultaneamente, os elementos objectivos e subjectivos das causas de justificação. Porém, verificando-se tão só a situação objectiva de justificação mas faltando o elemento subjectivo, no caso da legítima defesa, o “animus defendendi”, o facto será ilícito, mas o agente será punido por tentativa.

3. Distinção entre a legítima defesa e o estado de necessidade

Na legítima defesa, contrariamente ao que sucede com o direito de necessidade, não se exige (no que toca à letra da lei) que haja uma sensível superioridade entre o bem que se pretenda salvaguardar e o bem que é lesado com a defesa.

Assim, no âmbito do direito de necessidade, nos termos do art.º 34º do C.P., uma pessoa só actua em direito de necessidade quando, para afastar um perigo que ameace de lesão um determinado bem jurídico, lesar outro bem jurídico que não seja

superior ao bem que se pretende salvaguardar. Portanto, tem de haver uma ideia de ponderação entre os interesses a salvaguardar e os interesses lesados com o exercício do direito de necessidade.

Esta distinção revela-se de todo importante, pois aquando do tratamento da problemática dos limites e da proporcionalidade da legítima defesa, veremos como afinal, certos autores fazem um paralelo entre as figuras, concluindo que, assim como existe a exigência legal de ponderação entre os bens jurídicos a salvaguardar no direito de necessidade, existe também essa mesma exigência no direito de legítima defesa, se interpretarmos a lei teleologicamente.

4. Fundamentos

O fundamento desta figura reside predominantemente na ideia da defesa necessária e na conseqüente preservação do bem jurídico agredido, considerada esta causa de justificação como um instrumento (relativo) socialmente imprescindível de prevenção, de defesa da ordem jurídica.

Como afirma Figueiredo Dias, são dois os fundamentos justificativos da legítima defesa: a necessidade de defesa da ordem jurídica e a necessidade de protecção dos bens jurídicos ameaçados. Ao conjugar os dois fundamentos, conclui o autor que a legítima defesa “*se trata em último termo de uma preservação do Direito na pessoa do agredido*”.¹ O que significa que não haverá fundamento para uma acção de legítima defesa quando, no caso, se verifique um interesse na preservação do Direito, mas não exista a necessidade de protecção de um bem jurídico.

Na mesma esteira de pensamento, embora utilize diferentes termos jurídicos, Roxin fala em princípios do direito de legítima defesa, tais como o princípio de protecção e o princípio da defesa do direito.

Contrariamente, Taipa de Carvalho, entende que o fundamento do direito de legítima defesa reside no “*princípio da autoprotecção individual e no princípio da prevenção geral e especial ético-juridicamente fundamentada*”, acabando o autor por concluir em última análise que, “*é a defesa do bem jurídico concreto (i. é, 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 continuação*”.

¹ STRATENWERTH / KUHLEN, 9, n.º58 e s.

5. A situação de legítima defesa: requisitos

O defendente, defende-se duma *agressão actual e ilícita*. Uma *agressão*, para efeitos de legítima defesa, é todo o comportamento humano que lese ou ameace de lesão um interesse digno de tutela jurídica. Assim, ao pensarmos no termo “agressão”, teremos de ter em mente que terá de se tratar de uma *agressão humana*, pois só seres humanos podem violar o Direito. Ficam por isso excluídas do âmbito da legítima defesa as actuações de animais (quando não sejam utilizados como instrumentos de agressão), bem como os perigos para bens jurídicos decorrentes de coisas inanimadas. Dentro deste conceito de agressão também se entende que todos aqueles movimentos corpóreos que não constituem acções penalmente relevantes, não serão considerados como agressões para efeitos da legítima defesa, porque são movimentos que não são dominados pela vontade humana.

Exige-se também que a conduta seja voluntária, não havendo lugar a legítima defesa quando a resposta seja exercida contra uma agressão cometida em estado de inconsciência ou em que a vontade esteja completamente ausente (sonambulismo, coacção física absoluta, puros actos reflexos).

A agressão pode consistir num comportamento positivo ou numa omissão. Por exemplo: aceita-se sem grande controvérsia poderem estar justificadas pela legítima defesa as ameaças ou agressões sobre a mãe que se recusa a alimentar o seu filho recém-nascido (omissão impura: arts. 10º, 131º ou 144º do C.P.) para que esta alimente a criança; assim como não se estranha forçar um automobilista a transportar ao hospital a vítima de um acidente (omissão pura: art.º200º C.P.).

A agressão pode ser dirigida quer a bens ou interesses de natureza pessoal, quer a bens de natureza patrimonial do defendente ou de terceiro, consoante se esteja no âmbito de uma legítima defesa própria ou alheia.

Também se devem considerar susceptíveis de legítima defesa os bens supra-individuais comunitários de fruição individual. Assim, configura uma agressão susceptível de legítima defesa, a tentativa de danificação ou destruição de jardins públicos ou de poluição de rios.

A agressão em causa terá de ser também uma agressão qualificada. Para além de haver uma agressão, ela terá que ser actual e ilícita.

A ilicitude da agressão não tem, porém, de ser penal (o furto do uso de uma peça de arte, por exemplo). Ao analisar este requisito, avança Figueiredo Dias que “*A ilicitude da agressão afere-se à luz da totalidade da ordem jurídica, não tendo de ser*

especificamente penal.” Invocando, neste sentido, a “unicidade” entre ilicitude geral e ilicitude da agressão para efeito de legítima defesa,² lembra-nos o mesmo autor que “*Podem, por conseguinte, repelir-se em legítima defesa agressões violadoras não apenas do direito penal, mas também do direito civil, do direito de mera ordenação social, do direito constitucional, etc.*”³

Diferentemente das agressões ilícitas, recebe a agressão lícita, no âmbito e para os efeitos da legítima defesa, um outro tratamento, visto que, para além de não contrariar o direito, quem a praticou tem o direito ou o dever de o fazer. Ou seja, aquele que age conforme o direito não comete um facto ilícito e, por isso, não pode ser impedido de o prosseguir. Assim, se a agressão é lícita, a defesa não será legítima. Nesta linha de pensamento, serão lícitas as agressões que são justificadas, não podendo contra elas ser exercida legítima defesa. O mesmo será dizer que contra legítima defesa não poderá haver legítima defesa.

A situação da legítima defesa pressupõe a ilicitude da agressão, mas não a culpa do agressor. Quer isto dizer que, poderão ser repelidas em legítima defesa, agressões em que o agente actue sem culpa, devido a inimputabilidade, à existência de uma causa de exclusão da culpa ou a um erro sobre a ilicitude não censurável.

Relativamente ao requisito da actualidade, a agressão apenas será actual quando iminente, o que querará dizer que esta já se iniciou ou ainda persiste.

Sobre este requisito, Taipa de Carvalho entende que a alínea c) do n.º2 do art.º22º do C.P. ao falar em actos “que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores” contém uma definição-delimitação de actos susceptíveis de estabelecer o momento a partir do qual a agressão se deva considerar iminente e, portanto, actual.

Quanto ao termo da agressão, momento a partir do qual a agressão deva considerar-se passada, o que releva é o momento até ao qual a defesa é susceptível de pôr fim à agressão. Quanto aos crimes de furto, por exemplo, tem-se entendido que estará sempre coberta por legítima defesa a resposta necessária para recuperar a coisa subtraída se a reacção tiver lugar logo após o momento da subtracção, enquanto o ladrão

² Não obstante esta “unicidade” defenda a doutrina maiorit que tratando-se de agressões contra interesses para as quais a lei prevê procedimentos especiais (“direitos relativos”), não poderão ser aquelas agressões consideradas ilícitas, caindo por isso fora do âmbito da legítima defesa, como é o caso dos direitos de crédito, direitos familiares ou direitos laborais. Cf., assim, CARVALHO, Taipa de, 2006, ob. cit., p. 182; DIAS, Figueiredo, 2007, ob. cit. p.415 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, ob. cit., p.147.

³ V., ainda, CARVALHO, Taipa de, 2006, p. 180; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit. p. 147: “(...) atendendo ao carácter ilimitado dos “interesses juridicamente protegidos” (...).”.

não tiver a posse pacífica da coisa. Os factos praticados depois desse momento já não estarão cobertos pela legítima defesa, uma vez que a agressão deixou de ser actual, mas poderão estar justificados por acção directa (336º do Código Civil) se estiverem preenchidos todos os requisitos desta causa de justificação.

A agressão que o defendente repele com a defesa há-de ser uma agressão que até pode ter sido provocada pelo próprio defendente e aí, ainda existe legítima defesa. O que não pode é a agressão que o defendente repele ter sido pré-ordenada pelo defendente com o intuito de agredir simulando uma defesa.

6. A acção de defesa: requisitos

Neste âmbito, há que proceder a uma adequada interpretação teleológica da norma: *“constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão”*.

A acção de defesa é assim caracterizada através da necessidade racional do meio utilizado e prende-se também com a necessidade da defesa como tal.

Ora, *“não há defesa “legítima” se ela for desnecessária”*.⁴

Ao analisar a legítima defesa sob a perspectiva da colisão de bens que se confrontam, conclui-se que apenas existirá verdadeiramente este direito quando, de acordo com os critérios da ordem jurídica, for necessário salvar um deles à custa do outro.

7. A necessidade do meio

Um outro elemento da legítima defesa, também de natureza objectiva, no entendimento da Prof. Teresa Beza, é a impossibilidade de recurso à força pública, ou a impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais. No entanto, há autores que consideram que esta ideia de impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais não é tanto um pressuposto da legítima defesa, mas é um problema que se reconduz à racionalidade do meio empregue, à adequação da defesa. Assim, é preferível que não se exija como pressuposto da legítima defesa a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais pois será através da análise do meio em concreto que o defendente utiliza para repelir a agressão actual e ilícita que se vai ver se há ou não uma defesa necessária. Se o defendente puder recorrer, em tempo útil aos meios coercivos e não o fizer, defendendo-se

⁴ ANDRADE, Costa, O princípio constitucional *“nullum crimen sine lege”* e a analogia no campo das causas de justificação, RLJ 134, 2001, p.136.

por suas próprias mãos, poder-se-á dizer então que o meio não é adequado, sendo antes um meio excessivo.

Assim, temos como elemento objectivo da legítima defesa a racionalidade do meio empregue, ou defesa necessária, relacionando-se aquela com a ideia de meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita que ameaça interesses juridicamente protegidos do defendente ou de terceiro.

Para que se actue legitimamente, ou seja, para que se actue ao abrigo desta causa de exclusão da ilicitude é preciso verificar se o meio utilizado para repelir uma agressão iminente e ilícita de que está a ser vítima, ou de que está a ser vítima um terceiro, é um meio racional, adequado para afastar essa agressão. Se o meio utilizado pelo defendente para afastar a agressão for um meio desajustado, um meio que ultrapassa os limites da racional, então já não se está perante a situação de legítima defesa, estar-se-á no âmbito de um excesso de legítima defesa (art.º33º do C.P.).

O que seja efectivamente o meio necessário para repelir a agressão deve aferir-se sempre no caso concreto.

Em teoria, pode dizer-se que o meio necessário é aquele que dos vários meios que o agente tem à sua disposição, é de eficácia mais suave, ou seja, aquele que importa consequências menos gravosas para o agressor. Mas, um meio de eficácia suave será simplesmente um meio eficaz, ou de eficácia certa. Quer-se dizer que, em última análise, a necessidade do meio empregue para repelir a agressão é aferida em concreto atendendo a múltiplos factores. Desde logo, atendendo às características da vítima (o porte físico, a experiência em situações de confronto) e do agressor (idade, compleição física, perigosidade); aos meios que o defendente tenha à sua disposição; ao meio com que o agressor ameaça de lesão o interesse jurídico protegido do defendente ou de terceiro; a intensidade e a surpresa do ataque; etc.

O meio será necessário se for um meio idóneo para deter a agressão e, caso sejam vários os meios adequados de resposta, ele for o menos gravoso para o agressor.

Figueiredo Dias considera ainda neste âmbito que, *“na ponderação dos meios não deve entrar-se em linha de conta com a possibilidade de fuga. Esta pode constituir em certos casos um meio idóneo para evitar a agressão e aquele que certamente menos prejuízos causa ao agressor. Todavia, não deve ser imposta como meio de defesa, não tanto por apelo à tradicional justificação de que a ordem jurídica não pode obrigar o agredido ao uso de meios “desonrosos”,⁵ mas sobretudo porque dessa forma se precludiria a função de prevenção geral a que a legítima defesa está*

⁵ CORREIA, Eduardo, II, n.º10.

adstrita, acabando a ordem jurídica por permitir que facticamente prevalecesse “a lei do mais forte” em detrimento do agredido”.

A situação que se coloca pressupõe uma frieza de ânimo em regra incompatível com a emoção derivada da agressão. Toda esta realidade dá azo a que muitas vezes sejam usados meios mais gravosos para o agressor do que aqueles que teriam sido necessários para a defesa; o que, se não impede a afirmação da ilicitude, pode todavia determinar uma diminuição da culpa e permitir, nos termos do art.º33º, n.º1 do C.P., uma atenuação especial da pena ou, inclusivamente, a própria exclusão da culpa, nos casos em que o excesso de meios fique a dever-se a “*perturbação, medo ou susto, não censuráveis*” (excesso extensivo).

Assim, a título meramente exemplificativo, a seguinte situação: “*Numa noite, G encontrava-se sozinho em casa com a sua mãe, quando ela o acordou, após ouvir ruídos que indiciavam uma tentativa de intrusão. G levantou-se e após verificar ter sido aberta uma janela que ele próprio havia fechado disparou dois tiros de espingarda para o ar, com o intuito de afugentar os intrusos. Logo de seguida, a sua mãe ouviu novos barulhos vindos da janela de um quarto e gritou “eles estão a entrar”. Num estado de pânico e de medo, G dirigiu-se a esse quarto e efectuou dois disparos na direcção da janela, de onde provinha o ruído, o que produziu a morte do assaltante (Ac. da RP de 27-9-2006, www.dgsi.pt).”* O Tribunal considerou que o defendente utilizou os meios necessários para afastar a agressão, não lhe sendo exigível, depois de ter efectuado os disparos de aviso, que utilizasse outro qualquer meio de defesa, o que significaria suportar riscos para si e para a sua mãe ao aguardar pelo esclarecimento global da situação, pois se esperasse pela entrada dos intrusos no interior da sua casa, poderia ser tarde de mais. Neste sentido também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/04/2002.

No entanto, excede evidentemente nos meios aquele que depois de ter sido agredido com uma bofetada impede uma nova investida através de um disparo mortal sobre o tronco do agressor (Ac. da RP de 23-6-1976).

O uso de um meio não necessário à defesa representa um excesso que determina a não justificação do facto por legítima defesa. É o caso do excesso intensivo de legítima defesa que, nos termos do art.º33º do C.P., tem como consequência a afirmação da ilicitude do facto praticado.

8. A necessidade da defesa

Relativamente ao requisito da necessidade da defesa, para que esta seja legítima, há que ter em linha de conta não só a necessidade do meio mas também a necessidade da defesa normativamente imposta. A fórmula da necessidade da defesa encontra-se

ligada ao próprio fundamento da legítima defesa, para que possa este direito ser visto como exigência de reafirmação do Direito face ao ilícito na pessoa do agredido.

O Supremo Tribunal de Justiça, num seu acórdão de 04/02/1981, ao tratar de um caso de voyeurismo confirmou uma situação de excesso de legítima defesa não quanto aos meios utilizados mas quanto à necessidade da própria defesa. A situação que ali estava em causa era a de um agressor que espreitava, em noites sucessivas, pela janela do quarto do defendente, sem no entanto ter alguma vez revelado intenção de assalto ou outro crime violento. A vontade criminosa circunscrevia-se à penetração na reserva de vida privada do defendente e este disparou a cerca de quatro metros da janela pela qual o agressor espreitava, matando-o. Ora, o Tribunal colocou o problema da necessidade racional do meio empregado para suspender a agressão, não como escolha do meio de defesa, mas como necessidade defensiva, porque o defendente poderia simplesmente ter ocultado o interior do seu quarto. Aquilo que no fundo o Tribunal questionou foi além da necessidade do meio de defesa empregado, mas a necessidade de defesa, como meio de repelir a agressão.

A necessidade da defesa é referida à própria defesa e não, limitadamente, ao meio da defesa.

Refere Fernanda Palma que, *“entre a necessidade da defesa e o fundamento da legítima defesa existe uma elevada implicação recíproca: por um lado, a necessidade carrega um conteúdo valorativo próprio; por outro, exprime a razão de ser da legítima defesa”*.

É no âmbito deste requisito que surge a problemática dos limites éticos e da proporcionalidade deste tipo justificador.

A necessidade da defesa há-de apurar-se segundo a totalidade das circunstâncias em que ocorre a agressão e, em particular, com base na intensidade daquela, da perigosidade do agressor e da sua forma de agir.

Assim, e analisando a legítima defesa sob a perspectiva da colisão de bens jurídicos, assevera Figueiredo Dias que esta só existirá verdadeiramente se, de acordo com os critérios de valor da ordem jurídica, for necessário salvar um deles à custa do outro. Ora, apenas se justifica, no âmbito e para os efeitos da legítima defesa, uma concreta acção de defesa quando esta for necessária, isto é, quando desencadeada em defesa e protecção de um ou mais interesses juridicamente protegidos, assim como juridicamente relevantes e, precedida como se sabe, da utilização pelo defendente, dos meios necessários.

O direito de legítima defesa não se trata de um direito ilimitado. Certo é que existem limitações, usualmente apelidadas pela doutrina de limitações ético-sociais da legítima

tima defesa, pelo que, nem toda a situação de legítima defesa justificará a acção de defesa perpetrada pelo defendente, isto é, lhe dará um pleno direito de legítima defesa, uma vez que terá ele de limitar ou até mesmo afastar, em certos casos, o seu direito.

Certo é também que a lei penal não exige como requisito intrínseco do direito de defesa o requisito da proporcionalidade entre a agressão e a defesa. Mas isso não impede que em certas circunstâncias seja de exigir uma certa proporcionalidade entre a agressão e a defesa.

Segundo Figueiredo Dias, *“casos existem, na verdade, em que, sendo a agressão actual e ilícita, todavia ocorre dentro de um condicionalismo tal que faz com que ela se não apresente como uma ofensa socialmente intolerável dos direitos do agredido.”* Casos há em que a legítima defesa *“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 conflituantes.”*

A existência de certas limitações é predominantemente aceite, sendo que aquelas são resultado de uma maior exigência na necessidade da defesa e no dever de evitar a agressão. Caso essa exigência seja infrutífera, admite-se a persistência da legítima defesa.

Quererá dizer-se que, em certos casos, estar-se-á perante agressões que não importam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido. São situações em que não é concedido um direito “pleno” de legítima defesa porque pode não surgir como socialmente indispensável à afirmação do Direito na pessoa do defendente ou só o surgir respeitada que seja certa proporcionalidade dos bens conflituantes. É acerca destes casos que nos debruçaremos nos pontos seguintes.

8.1. Agressões não culposas ou com culpa sensivelmente diminuída

Esta questão está relacionada com os casos em que a agressão é actual e ilícita mas o agressor age sem culpa, porque se trata de um inimputável (por exemplo, menor de 16 anos) ou porque o agressor actua com falta de consciência do ilícito não censurável ou a coberto de uma situação de inexigibilidade legalmente prevista ou situação análoga.

Roxin, entendedor de que a defesa do direito é expressão de necessidades preventivas, não deixa de admitir a manutenção dessas necessidades perante os agressores não culposos. Propõe este autor um dever de evitar a defesa apenas quando haja

alternativas não defensivas. Mas, se a necessidade da própria defesa for imperiosa, a legítima defesa permanece em toda a sua extensão.⁶

Nestes casos, quanto menos responsável for o agressor pela sua actuação, mais restritos serão os limites de necessidade de defesa. Por isso, a defesa agressiva não é necessária se o agredido puder esquivar-se à agressão (sem prejuízo da sua honra).

Segundo Fernanda Palma “*em caso algum é aceitável que, por causa da solidariedade com o agressor não culposo, se venha impor a renúncia à defesa (e um correspondente dever de suportar a agressão) inexigível na perspectiva da necessidade da defesa*”.

Por exemplo, face a uma situação em que um doente mental insulta o agredido, este em vez de retorquir, agredindo-o fisicamente, deve afastar-se ou recorrer a auxílio alheio. Nestas situações, a defesa é necessária e o direito de legítima defesa persiste, embora deva manter-se dentro de limites de compreensão objectiva. Já não será assim, e consequentemente já não haverá defesa necessária se, no exemplo ilustrado, o agredido se defender a tiro.

Esta limitação aponta para a compreensão da necessidade da defesa à luz de uma racionalidade, que implica a utilização de meios duros de combate à agressão, só em último recurso.

Deste modo, parece inequívoco que, em situações como estas, introduz-se na legítima defesa uma ideia de proporcionalidade entre a agressão e o dano.

8.2. Agressões provocadas

A pretensão de lesar, através de uma agressão actual e ilícita, determinados interesses juridicamente protegidos de uma outra pessoa, parte, como se sabe, da iniciativa do próprio agressor.

No entanto, existem alguns casos em que o agredido, com o propósito de se vir a defender posteriormente através da legítima defesa, provoca o agressor, ou seja, em que é o agredido que dá azo à situação de confronto.

Segundo Figueiredo Dias “*a necessidade da defesa deve ser seguramente negada quando esteja em causa uma agressão pré-ordenadamente provocada*”. A negação da necessidade de defesa, aqui suscitada por este autor, tem como fundamento, con-

⁶ ROXIN, “Die soziaethischen Einschränkungen...”, cit., pp. 73-81

forme opina, o facto de que “*quem criou pré-ordenadamente a situação de legítima defesa não defende mais o lícito sobre o ilícito*”.

Por sua vez, afirma Roxin “(...) *há que negar a legítima defesa na chamada provocação intencional (...)*”, já que conforme explica “(...) *o provocar intencional perde o direito de legítima defesa não pela sua conduta ilícita, mas porque não necessita de ser protegido face a perigos por ele desejados, imanescentes à situação por ele criada.*”

A provocação aqui referenciada terá que constituir, segundo Figueiredo Dias “*um facto ilícito ofensivo de um bem jurídico do provocado*” e não uma ofensa moral ou socialmente censurável. Há porém que exigir da provocação uma estreita conexão temporal e uma adequada proporção com a agressão que provoca pois casos há em que a provocação intencional não acarreta uma limitação da legítima defesa, dada a desproporção entre a gravidade do facto provocador e a da agressão.⁷ Assim, se A dirige uma injúria leve a B, quando ambos conduzem os respectivos automóveis, e este reage através de uma ofensa corporal grave, a reacção de B não será da responsabilidade de A.

Segundo a opinião de Stratenwerth,⁸ o problema centra-se sobretudo numa ponderação entre graus de responsabilidade pelo facto quer do lado do provocador, como do provocado, aproximando-se assim da teoria do estado de necessidade.

A defesa nestas situações não se afigura como necessária pois não existe qualquer necessidade de afirmação da ordem jurídica na pessoa do agredido.

Nesta linha de pensamento, afirma Fernanda Palma que “*é, na verdade, eticamente incómodo ou teoricamente chocante que o provocador, sobretudo o intencional, possa arrogar-se a gloriosa função da defesa da ordem jurídica*”.

8.3. Crassa desproporção do significado da agressão e da defesa

Noutros casos, a limitação da necessidade da defesa ocorre em função da verificação de uma crassa desproporção do peso da agressão para o agredido e da defesa (ainda que como meio necessário) para o agressor.

É o caso clássico do paralítico A que, na falta de outro meio, dispara a matar contra o ladrão B que quer furtar-lhe a carteira que contém 5 euros. Ora, a reacção de B

⁷ O critério da proporcionalidade entre a provocação e a reacção defensiva é utilizado pela nossa jurisprudência – cf., por exemplo, Acs. Do S.T.J. de 28-7-54, B.M.J. 345, 239.

⁸ STRATEN WERTH/KUHLEN, loc. Cit. na nota 55.

constitui na verdade um facto ilícito mas nem por isso, deixa de estar em crassa desproporção com a defesa. A doutrina germânica que tratou deste caso acabou por admitir a necessidade de não excluir um critério de proporcionalidade na legítima defesa.⁹

A irrelevância social da agressão não é aqui invocada no sentido da sua insignificância. Como nota Taipa de Carvalho, o problema é relativo a agressões “significantes” mas que nem por isso deixam de estar em crassa desproporção com a defesa.¹⁰

Ao interrogar esta crassa desproporção sob o ponto de vista da necessidade da defesa, alguns autores preferem introduzir uma ideia de proporcionalidade dos bens jurídicos em conflito como condição de legitimidade da defesa. Fernanda Palma, considera que a agressão a bens que não os “*definidores da dignidade essencial da pessoa*”, de bens que não sejam a vida e a integridade física essencial (como os bens patrimoniais) exclui a legitimidade da defesa quando esta determine a morte ou lesões graves à integridade física do agressor.

Figueiredo Dias, por sua vez, critica este pensamento que introduz um critério de proporcionalidade entre os bens em conflito no tipo justificador em análise, pois considera que esta linha de raciocínio poderá provocar uma confusão desnecessária entre os limites das causas justificativas da legítima defesa e do direito de necessidade. A perspectiva que defende é a de que não pode ser legítima a defesa que se revela notoriamente excessiva face aos bens agredidos e que, nessa medida, representa um abuso do direito de legítima defesa. Não se trata pois aqui tanto da hierarquia ou do valor (jurídico) dos valores em conflito, quanto sobretudo da comparação objectiva do significado jurídico-social da defesa com o peso da agressão para o agredido. Óbvio será afirmar que, uma defesa inadmissivelmente excessiva ou abusiva, não pode constituir uma defesa necessária.

A necessidade da defesa não tem de ser necessariamente negada por a agressão se dirigir a outros bens que não os da mesma categoria dos lesados pela defesa (inclusive, em certas situações, bens patrimoniais). Já o será se é dada a morte ao ladrão que foge com a carteira que contém 5 euros.

No mesmo sentido lembra Roxin que “*o direito de legítima defesa não é concedido em casos de extrema ou intolerável desproporção entre o que se repele e o que se ocasiona*”.

⁹ Assim, por exemplo Roxin reconhece a exclusão da legítima defesa em casos de enorme desproporcionalidade, text. Cit., p.94.

¹⁰ CARVALHO, Taipa de, nota 6, p.487

Como refere também Jescheck, perante bagatelas como zombarias ou gracejos de estudantes, brincadeiras de Carnaval, grosserias nas festas populares e impertinências nos bailes, os interesses ameaçados são tão insignificantes que a defesa deve limitar-se a uma resposta meramente verbal; o ilustre penalista dá como exemplo o visitante de um bar a quem outro cliente coloca a mão no ombro, com força, no decurso de uma troca de palavras, referindo que perante tal situação não se pode responder com um soco na cara.

A este respeito, entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra de 17/09/2003 que: *“No direito de legítima defesa devem ser incluídos a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, o domicílio e o património e, excepcionalmente, perante agressões repetidas e de extrema gravidade, todas os demais interesses juridicamente tutelados do agredido ou defendente.*

Contra agressões insignificantes deve-se recusar a legítima defesa.

(...)

Por isso, o defendente deve limitar-se ao uso do meio ou meios adequados menos gravosos para o agressor e abster-se de qualquer acto defensivo perante agressões insignificantes ou irrelevantes.

Vem provado que o assistente quando com o arguido se cruzou, caminhando este na direcção do bar, fez menção de puxar a barba ao arguido, e não de o atingir, designadamente na face, com a mão ou o punho.

Deste modo, parece-nos claro que o simples uso das mãos ou dos punhos era suficiente para evitar o “puxão”, pelo que o tipo de defesa que o arguido utilizou – pancada na cara do assistente (testa e olho) com um copo de vidro que detinha na mão – deve ser considerada desnecessária, a significar que sempre se deveria ter por excluída a justificação do facto, bem como a eventual não punição nos termos do n.º 2 do art.33º, do Código Penal, visto que de acordo com o quadro fáctico apurado, não se poderá dizer que o arguido agiu sob perturbação, medo ou susto.

Aliás, enquanto ofensa à integridade física, temos muitas e fundadas dúvidas sobre se a agressão em apreço não deve ser qualificada como insignificante.”

Fernanda Palma, no âmbito deste problema refere que dever-se-á substituir *“um puro sentimento de que furtos de maçãs, bicicletas, poucos escudos ou marcos são subtraídos a uma defesa gravosa, por uma delimitação da legítima defesa, a partir dos seus princípios positivos (a defesa da ordem ou da autonomia) e negativos (o valor da vida humana)”*.

Decisiva será a imagem global do facto complexivo constituído pela agressão e pela defesa.

8.4. Agressões no âmbito de relações de garante ou proximidade existencial

Um outro grupo de hipóteses relativamente às quais pode ser questionada a necessidade da defesa é a das agressões no âmbito de relações de garante ou proximidade existencial. A questão coloca-se sobretudo em relação às relações entre cônjuges ou pessoas que vivam em situação análoga (art.º1672º do Código Civil) ou entre pais e filhos (art.º1874º do Código Civil).

A fundamentação destas restrições apela para os deveres de solidariedade e assistência previstos na lei ou, de um modo geral, para os deveres de garante.

Encontrando-se os participantes “*numa mútua posição especial de proximidade existencial, criadora de especiais laços de solidariedade juridicamente relevante*”, parece razoável sustentar que a necessidade da defesa pode diminuir ou até mesmo desaparecer. Como sugere Figueiredo Dias, “*comprovada a efectiva proximidade existencial está justificada uma maior compreensão da agressão (limitada, por certo): o ameaçado deve sempre que possível evitar a agressão, escolher o meio menos gravoso de defesa*”.

Quererá isto dizer que perante uma agressão física a esposa do agressor não poderá defender-se quiçá atingindo a integridade física ou mesmo a vida do marido? Terá ela de renunciar ao seu direito? Ressalva ainda o mesmo autor, “*a limitação desaparecerá e o direito de legítima defesa reverterá à sua integridade se a sua agressão for de tal natureza e gravidade que elimine o dever de solidariedade existencial que fundamenta a limitação.*”

A exigência de evitar certas agressões ou de as suportar, não poderá de modo algum implicar graves restrições de direitos fundamentais. A restrição da legítima defesa está circunscrita a uma área limitada (por exemplo, o furto entre cônjuges). Esta é uma tendência que só poderá ser contemplada num campo em que não estejam em causa bens de uma natureza profundamente individual e elevado valor.

O modelo subjacente à doutrina dos limites éticos conjuga a afirmação de um direito com o reconhecimento de restrições excepcionais, coincidindo com a figura do abuso do direito. Tal como no abuso de direito, a doutrina dos limites éticos concretiza-se por duas vias: por uma espécie de redução teleológica do conteúdo da interpretação, que vincula a afirmação do direito de defesa à ratio político-social do seu reconhecimento e atribuição; e, uma dimensão externa do direito de defesa, através de valores do sistema, que se revelam superiores aos que o enformam.

8.5. A legítima defesa de bens pessoais e patrimoniais

Sobre este assunto se destaca a posição de Fernanda Palma. A autora pretende determinar qual a área nuclear insusceptível de restrições na legítima defesa bem como os casos em que a “não defesa” seja suportável, devido à prevalência de outros princípios, nomeadamente o da solidariedade com os bens do agressor. Neste contexto, duas perguntas se colocam: a que direitos e bens jurídicos se deve atribuir uma protecção absoluta na situação de defesa? Fora dessa área, em que condições pode ser restringida a defesa de direitos ou bens – e em nome de que princípios?

A autora entende que a resolução destas questões implica a elaboração dogmática da legítima defesa, a partir da norma constitucional que a prevê, conjugada com os artigos 32º do C.P. e 334º do C.C.

Assim, a título exemplificativo, quanto à agressão não culposa, um genérico afastamento da legítima defesa não será aceitável e o dever de evitar a defesa não poderá ser mais do que uma exigência expressiva de uma diferente necessidade de defesa. O que acontece não é uma negação do direito de defesa mas sim uma sua modificação.

Apenas as agressões de insignificante valor, e só estas, indiciam a necessidade de articular a legítima defesa com princípios fundamentais do sistema jurídico, sob a relação valorativa entre os bens em conflito, sugerindo limitações oriundas do sistema.

Para que se possa distinguir as agressões de irrecusável importância daquelas agressões baptizadas pela doutrina de ínfima importância há que ponderar toda uma hierarquia de valores. O critério que a autora aponta para a distinção entre bens relevantes na delimitação da legítima defesa refere-se à esfera das necessidades humanas fundamentais, sendo porém este critério de difícil concretização como por exemplo nos casos de bens patrimoniais de diminuto valor e elevado valor pessoal.

A distinção entre bens merecedores de uma legítima defesa “ilimitada” e os que a não justificam não está condenada a uma hierarquia que subordine aos bens pessoais os patrimoniais. O espaço do absolutamente intangível, em relação ao qual não pode haver limitações do direito de defesa, pressupõe um fácil consenso, no pressuposto de que está em causa a dignidade do ser humano. A esta ideia corresponde, nos seus traços gerais, a inversão do que é explicitado, nas alíneas b) e c) do art.º34º do C.P., para o estado de necessidade justificante, pois esta norma aflora um princípio geral de ponderação, constituindo este direito um limite à legítima defesa.

Fernanda Palma considera que em legítima defesa “*o agente pode lesar bens jurídicos de valor superior aos que assegura, mas não pode haver uma desproporção qualitativa entre esses bens. Se o bem a salvaguardar pertencer ao núcleo dos bens*

intangíveis, que exprimem a essencial dignidade da pessoa humana, o defendente pode lesar – se necessário for – quaisquer bens do agressor, incluindo a sua própria vida”.

Ora, perante os casos enunciados, usualmente apelidados pela doutrina como de limites ético-sociais, qual a solução legal que se lhes aplica? Entende a doutrina, na sua generalidade que quando se está perante situações em que se excede o requisito da necessidade da defesa, estar-se-á perante um abuso do direito de legítima defesa. Estipula do art.º334º do C.C. que *“é ilegítimo o exercício do direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”*. Nestes casos é de parecer que a defesa será ilícita, pois verifica-se um abuso do exercício do direito de defesa, sobretudo quando em causa estejam prejuízos reparáveis. Mas pergunta-se: será realmente necessário recorrer a esta figura civilística para tratamento dos casos em que se excede a defesa e os seus limites? Será que a mesma solução não se encontra já presente no próprio C.P. nomeadamente, no que toca ao problema do excesso de legítima defesa? Quanto a nós, parece-nos que a ratio da solução já se encontra prevista quanto ao excesso de legítima defesa, pois a consequência será precisamente a de não se justificar o acto mas afirmar a ilicitude do mesmo, podendo como tal vir a ser punível. Mas este é um tema sobre o qual nos debruçaremos noutras instâncias....

8.6. Actos de autoridade

Neste âmbito, a questão que se analisa é a da necessidade da defesa no que diz respeito a actuações da autoridade, nomeadamente, das forças policiais.

Em Portugal, a questão reveste particular acuidade no que respeita ao uso de armas de fogo pelos órgãos de polícia criminal, matéria esta regulamentada pelo DL 457/99 de 5-11. Este diploma, enuncia princípios e estabelece fortes limitações quanto ao uso de armas de fogo, quer em relação às situações em que ele é permitido, quer quanto aos procedimentos a adoptar.

Deste modo, o *“recurso a arma de fogo só é permitido em caso de absoluta necessidade, como medida extrema, quando outros meios menos perigosos se mostrarem ineficazes, e desde que proporcionado às circunstâncias”*, sendo apenas de admitir o seu uso contra pessoas quando tal se revele necessário para repelir agressões que constituam um perigo iminente de morte ou ofensa grave que ameace vidas humanas.

Nesta medida, Taipa de Carvalho assegura que tais preceitos prevalecem sobre a regulamentação geral da legítima defesa constante do art.º32º do C.P., revelando-se como explicitações legais do princípio da proporcionalidade que rege toda a inter-

venção pública; e que 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.

No entender deste autor, as implicações resultantes daquele diploma legal alteram substancialmente a configuração da causa de justificação legítima defesa, na medida em que esta exigência da *“proporcionalidade qualitativa também se aplica à legítima defesa privada”*. Isto significa que a acção de defesa não pode lesar bens jurídicos do agressor que sejam qualitativamente mais valiosos que os bens objecto da agressão. Pode-se ver na al. C) do art.º34º do C.P. o ponto de referência para a delimitação dos bens qualitativamente superiores. Como defende Fernanda Palma, trata-se do *“núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa humana”* e dos bens vida e integridade física essencial.

Conclui assim este autor que, o art.º32º do C.P. não pode deixar de ser complementado, isto é, de ser restringido no seu campo de aplicação por força do referido Decreto-Lei nº457/99, pelo que, a legítima defesa encontra-se sujeita a um princípio de proporcionalidade qualitativa dos bens, introduzido expressamente pelo mencionado Decreto-Lei, reduzindo-se deste modo a dinâmica e função preventiva da legítima defesa.

Ora, não nos parece que este entendimento esteja correcto. Parece-nos, aliás, e salvo o devido respeito, que o autor se contradiz a ele próprio. Senão vejamos: ao longo do capítulo em que trata da legítima defesa e dos actos de autoridade, vem o autor afirmando que os agentes policiais colocam-se eles próprios na situação de perigo ao ingressar naquela profissão, que têm melhor preparação física e técnica relativamente ao comum particular, e que por isso se justifica que o seu âmbito de actuação em legítima defesa (nomeadamente quanto à utilização de armas de fogo) esteja restringido à defesa do núcleo dos bens essenciais. Ora, destas premissas não resulta logicamente a conclusão de que o mesmo se aplique aos particulares. Muito pelo contrário, parece-nos que precisamente porque o agente policial se encontra melhor dotado de capacidades técnicas e físicas, não será exigível ao particular que não defenda o seu património à custa da lesão da integridade física do agressor, por exemplo. Nem nos parece de aceitar a ideia de que o particular que esteja munido de arma de fogo, tenha que renunciar à sua defesa, quando vê o ladrão a tentar fugir da residência do deficiente com bens de elevado valor tanto patrimonial quanto pessoal, apenas e porque os bens não sejam qualitativamente iguais...

O que nos parece, é que não se poderá radicalizar qualquer posição que se adopte pois o que de facto releva, é o caso concreto e todo o circunstancialismo que o envolve.

Como parece evidente, para além destes bens jurídicos, também o bem jurídico liberdade (física ou sexual) pertence aos bens jurídicos qualitativamente superiores. Portanto, uma agressão actual e ilícita contra este bem justifica, se tal for necessário e indispensável para impedir a agressão, a acção de defesa, mesmo que esta se traduza na lesão corporal grave do agressor ou até na lesão da própria vida do agressor.

Já uma agressão contra outros bens, como por exemplo, honra e património, não justifica uma acção de defesa que, posto que necessária para impedir a agressão, se traduzisse na lesão corporal grave do agressor. No entanto, estaria justificada a defesa que se traduzisse em lesões corporais não graves deste.

9. Elemento subjectivo: “*Animus defendendi*”

Para além dos requisitos objectivos inerentes ao direito de legítima defesa, parte da doutrina entende que há também a considerar o elemento subjectivo, o “*animus defendendi*”. Há autores que entendem que as causas de justificação não têm elementos subjectivos e referem inclusivamente que não existe nenhuma expressão literal, em sede de legítima defesa, que inculque a ideia ou a necessidade de se ter presente este elemento subjectivo que é o “*animus defendendi*”, ou seja, a consciência que uma pessoa tem de que está na iminência de ser agredida e a vontade que tem de se defender.

No entanto, alguns autores consideram que tal não é verdade, pois o elemento subjectivo do consentimento é precisamente o conhecimento do consentimento. Se existe consentimento na realidade, mas o agente desconhece esse consentimento, o agente actua com falta do elemento subjectivo, porque não tem conhecimento do consentimento. E a lei diz: se assim for, se houver consentimento mas o agente actuar desconhecendo esse consentimento, ou seja, faltando o elemento subjectivo desta causa de justificação, o agente é *punido por facto tentado*.

O “*animus defendendi*” é a consciência que uma pessoa tem de que está perante uma agressão e a vontade que a tem de repelir, ou a vontade que tem de se defender dessa mesma agressão.

Existe unanimidade entre autores (para aqueles que os elementos subjectivos integram as causas de justificação) no sentido de que se faltar o elemento subjectivo da legítima defesa ou de qualquer outra causa de justificação, concretamente se faltar o “*animus defendendi*”, o facto não está justificado – o facto é um facto ilícito. Mas, a doutrina não está de acordo quanto à forma de punir o agente, nestes casos em que objectivamente está preenchida a causa de justificação, mas tão só falta o elemento subjectivo. E os artigos que tratam da legítima defesa não acolhem uma solução expressa quanto a esta questão. Será possível neste caso o recurso a analogia?

A analogia em direito penal só está proibida nos termos do art.º 1º, n.º3 do C.P. quanto a normas penais desfavoráveis, normas penais positivas que fundamentam ou agravam a responsabilidade jurídico-penal do agente. Tratando-se de uma analogia favorável ao agente, as razões que vedam o recurso à analogia ínsitas no princípio da legalidade perdem razão de ser. Ora, esta analogia do art.º 38º, n.º4 do C.P. é favorável, porque é mais favorável ao agente ser punido por facto tentado do que por facto consumado porque nem sempre a tentativa é punível (a tentativa só é punível quando ao crime, a ser consumado corresponda pena superior a três anos de prisão (art.º 23º, n.º1 do C.P.), a não ser que a lei expressamente diga o contrário; e porque, na tentativa, a pena é especialmente atenuada (art.º23º do C.P.). Dito de outro modo, será mais favorável ao potencial agressor ser punido por facto tentado do que por facto consumado.

10. Conclusão

A legítima defesa, ou melhor, o direito de legítima defesa, constitui uma causa de justificação ou causa de exclusão da ilicitude, consagrada, nestes termos, pelo artigo 32.º do C.P., assim como pelo art.º 21.º da CRP.

A justificação de um facto praticado em legítima defesa passa, essencialmente, pela verificação dos requisitos e/ou pressupostos objectivos legalmente impostos, conjugados, como vimos, à existência de um elemento subjectivo.

Classificam-se, para efeitos do estudo da legítima defesa em si, os seus “elementos constitutivos” em requisitos da “situação de legítima defesa” e requisitos da “acção de legítima defesa”. Quanto à “acção de legítima defesa” sobressai, ao lado da “necessidade da defesa”, o requisito “necessidade do meio”, assim como o elemento subjectivo “conhecimento da situação de legítima defesa”.

Relativamente à necessidade da própria defesa, sem a qual não se exclui a ilicitude do facto, há que colocar-se a seguinte interrogação: será o direito de legítima defesa um direito ilimitado? Ou só aplicável na sua plenitude a certas situações? É neste âmbito que se colocam as questões da proporcionalidade e dos limites éticos da legítima defesa que, se enquadram em quatro blocos principais: agressões pré-ordenadamente provocadas, crassa desproporção entre os bens em conflito, situações de proximidade existencial e agressões não culposas.

O que está em causa é saber se uma legítima defesa ilimitada é a resposta às necessidades de defesa individual, para além dos meios processuais e estatais, na nossa ordem jurídica.

Interrogamo-nos ainda: será que os direitos do agressor deixam de subsistir de todo, devido ao seu comportamento ou seja, será que o seu direito à vida e à integridade física, por exemplo, desaparecem pelo facto de ser autor de uma agressão ilícita?

De facto, o direito de legítima defesa não é um direito ilimitado e este tem sido o entendimento da maior parte da doutrina e jurisprudência. Nem toda a situação de legítima defesa justificará a acção de defesa perpetrada pelo defendente, isto é, lhe dará um pleno direito de legítima defesa, uma vez que terá ele de limitar ou até mesmo afastar, em certos casos, o seu direito.

Certo é porém que a lei penal não exige como requisito intrínseco do direito de defesa o requisito da proporcionalidade entre a agressão e a defesa. Mas isso não impede que em certas circunstâncias seja de exigir uma certa proporcionalidade entre a agressão e a defesa.

A existência de certas limitações é predominantemente aceite, sendo que aquelas são resultado de uma maior exigência na necessidade da defesa e no dever de evitar a agressão. Caso essa exigência seja infrutífera, admite-se a persistência da legítima defesa. A justificação da proporcionalidade da defesa, oposta à sua ilimitação, pressupõe a adequação da legítima defesa a fins considerados essenciais, sem impedir o funcionamento global da ordem jurídica, como sistema coerente e eficaz.

Fernanda Palma contribui decisivamente para esta matéria ao introduzir a ideia da proporcionalidade qualitativa dos bens. Quanto à autora, só poder-se-á atingir a integridade física ou a vida do agressor quando em causa esteja a defesa de bens jurídicos essenciais, de natureza qualitativa idêntica. Apesar desta ideia ser facilmente compreensível e aceite, não se poderá no entanto radicalizar esta posição. Defende-se a ideia de que o direito de legítima defesa persiste e não se reduz nem limita quando em causa estejam bens de outra natureza, nomeadamente patrimoniais de elevado montante, porquanto não me parece de rejeitar a hipótese de defesa mesmo que atingindo a integridade física do agressor (ainda que de forma grave), por exemplo, para impedir a consumação do crime. O mesmo raciocínio não se aplicará se o direito que se pretende defender for a honra, e o defendente reagir atingindo o bem jurídico vida do agressor. O que importa é a análise ponderada de todos os elementos envolventes da situação no caso em concreto.

Se se entender que de facto se extravasa o direito de defesa, a solução aponta para o sentido de não se excluir a ilicitude do facto e assim punir a conduta. A não exclusão da ilicitude para alguns autores parece ser consequência da aplicação da figura do abuso do direito mas, por aqui, entendemos que essa mesma solução advém do próprio C.P., nomeadamente, da norma que trata do excesso de legítima defesa, porque na realidade, é disso mesmo que se trata, de uma conduta excessiva, ainda que não quanto aos meios mas quanto ao próprio requisito da necessidade.

11. Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, (2008), *Comentário do Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- BELEZA, Teresa Pizarro, (1983), *Direito penal*, 2º Volume, Lisboa, Associação académica da faculdade de direito de Lisboa.
- BRITO, Teresa Quintela de, (1994), *O Direito da Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal: uma perspectiva de unidade da justificação*, Lisboa, Lex.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, (2007), *Constituição da República Portuguesa*, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de, (2006), *Direito Penal – Teoria Geral do Crime*, parte geral, reimpressão, Porto, Publicações Universidade Católica.
- CORREIA, Eduardo, (2007), *Direito Criminal II*, reimpressão, Coimbra, Almedina.
- DIAS, Jorge Figueiredo, (2007), *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A Teoria Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra editora.
- PALMA, Maria Fernanda, (1990), *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa.
- ROXIN, Claus, (2004), *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Veja Universidade.
- SILVA, Germano Marques da, (1998), *Direito Penal Português, Parte Geral do Crime*, Loures, Editorial Verbo.