

Introdução ao Estudo do Direito – II

Continuação da análise dos **meios de tutela privada de direitos**.

Detenção em Flagrante delito:

Na detenção em flagrante delito prevista no **artigo 255º do C.P.P.**, está em causa uma figura que em certa medida está próxima da acção directa, mas com uma diferença substancial “é que não está em causa assegurar o próprio direito do agente mas assegurar o direito em sentido objectivo ou seja realizar directamente a ordem jurídica”, e em que consiste? Consiste no poder que a lei reconhece a qualquer pessoa que assiste à prática de um crime a que corresponde uma pena de prisão, a proceder à detenção em flagrante delito dessa mesma pessoa e quando não haja nenhuma autoridade policial por perto, e 3aspecto e finalmente, essa detenção em flagrante delito só é valida se a pessoa que procede à detenção a entregar imediatamente essa pessoa a uma autoridade judiciária ou policial, portanto para que haja detenção em flagrante delito existem 3requisitos:

1. Tem que estar a ocorrer a prática de um crime que corresponde uma pena de prisão;
2. Só pode haver detenção se não estiver por perto ou não for possível recorrer em tempo útil a uma autoridade policial;
3. O aspecto da provisoriedade, quem procede a essa detenção tem que depois entregar o detido a autoridade judiciária ou policial;

Portanto nesta figura tem especial relevo as características da subsidiariedade, que aliás está presente em todos os meios de tutela, mas aqui a subsidiariedade acompanhada pelo carácter provisório, obviamente que se alguém procedesse a detenção de uma pessoa em flagrante delito e não o entregasse a uma autoridade judiciária, o que havia não era um meio de autotutela porque não é um meio próprio mas enfim não havia uma figura

justificada, o que havia era a prática de um crime, que é o crime de **(((crase – perguntar ao professor)))** privado.

O direito de resistência:

O direito de resistência está previsto no artigo 21º, da Constituição, quando se diz que todos tem o direito de resistir a qualquer ordem que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão quando não seja possível recorrer a autoridade pública.

Ora, o que está aqui em causa? Está em causa por um lado a existência de uma ordem de uma autoridade que ofende os direitos, liberdades e garantias ou então a 2hipoteses a existência de uma agressão providas dessas mesmas autoridades públicas, **no 1caso** quando existe uma ordem que contraria um direito de liberdade e garantia, o que nós temos é a chamada **resistência passiva** porque existe uma autoridade pública que nos dá uma ordem que ofende os nosso direitos de liberdade e garantias e nós por e simplesmente não obedecemos a essa ordem, daí essa expressão resistência passiva, que pode ser positiva ou negativa conforme nos exercemos ou não um direito de liberdade e garantia por acção ou por omissão.

Mas para além desta resistência passiva existe a **resistência defensiva**, que é aquela que ocorre, como no artigo 21º, se fala já não em resistir a uma ordem, mas repelir uma agressão pela força, aqui é a resistência defensiva, o que se passa é que se uma autoridade publica lhe agredir ilicitamente, existe aqui uma possibilidade de reagir e de repelir pela força essa mesma agressão. O artigo da Constituição menciona ainda um requisito que é a inexistência de possibilidade de recorrer a força pública, que é um requisito um pouco absurdo porque se eu estou a repelir uma agressão de uma autoridade pública, exigir-se aqui que não seja possível recorrer à autoridade pública é um contra-senso, mas pelo menos tem esta precisão da Constituição tem um mérito que é de dizer ou de esclarecer que não se pode repelir pela força uma agressão da autoridade pública se essa agressão for ela própria lícita ou legítima, mas como requisito do direito de resistência defensivo é absurdo este requisito. Portanto quando é que existe direito de resistência? Quando é dada uma ordem que ofende direitos, liberdades e garantias ou quando as autoridades publicas agredem qualquer particular? No **1caso** direito de resistência passiva –

desobedecer a uma ordem; **2caso** direito de resistência defensivo – repelir uma agressão da autoridade pública.

Mas é preciso precisar um pouco este conceito de direito de resistência:

1. Só pode haver direito de resistência em relação aos próprios direitos, liberdades e garantias do agente e não direitos, liberdades e garantias de terceiro;
2. A Constituição diz: todos tem o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias, portanto todos significa não apenas os cidadãos nacionais mas também os estrangeiros, enfim todos aqueles que possam ser titulares de direitos, liberdades e garantias;
3. Embora não possa haver direito de resistência para defender direitos, liberdades e garantias de um terceiro, pode haver um exercício colectivo do direito de resistência se estiverem em causa direitos de uma categoria de pessoas, por ex: direito de manifestação, liberdade de associação... estes direitos são exercidos na maior parte dos casos colectivamente e isso obviamente não é afastada pela Constituição;
4. Outro esclarecimento é que a Constituição diz, desobedecer a ordens, mas não tem que estar necessariamente em causa ordens, quaisquer actos do poder ou mesmo operações matérias, actuações de facto, não é necessário que esteja em causa uma determinação, uma ordem em sentido próprio;
5. É que de facto o direito de resistência não se distingue na pratica de uma característica do regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias que é a sua aplicabilidade directa e a vinculação quaisquer entidades publicas e privadas, que está prevista no artigo 18º, da Constituição, que diz que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades publicas e privadas, quase se podia dizer que o direito de resistência se esgota nisto, se de facto qualquer pessoa pode invocar um direito, liberdade e garantia é claro que pode resistir a uma ordem que

ofenda esses seus direitos ao fazê-lo está aplica-lo directamente um direito, liberdade e garantia, quer dizer que não existe na pratica o direito de resistência não traz nada de novo em relação ao regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, isto quanto à resistência passiva, e quanto à resistência defensiva o caso já mudaria de figura se o direito de resistência que está previsto no artigo 21º da Constituição se consagra-se aquela figura clássica do direito de resistência, que é a resistência activa, que é no fundo o direito de rebelião, ou de revolução, mas obviamente que a nossa Constituição não consagra esse direito de revolução, aliás nenhuma ordem Constitucional o pode fazer, pode reconhecer, portanto aos cidadãos ou em geral às pessoas do direito de subverter essa mesma ordem constitucional, isso seria um contra-senso e portanto é esta grande distinção entre o direito de resistência, tal como ele era pensado classicamente e o direito de resistência, tal como ele é pensado num estado constitucional, num estado constitucional não faz sentido reconhecer o direito de revolução.

Direitos de retenção:

Que já falamos a propósito das sanções compulsórias e da excepção de não cumprimento, o direito de retenção está previsto no **artigo 754º do C.C.**, quando se diz o devedor quando se disponha de um crédito contra o seu credor, goza do direito de retenção se estando obrigado a entregar certa coisa o crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou danos por ela causado

Excessão de não cumprimento:

Que está previsto no **artigo 428º, do C.C.**, que se diz nos contratos bilaterais em que não haja prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efectuar o que lhe compete. Ora bem, quanto ao direito de retenção todos os autores reconhecem que há aqui um caso de autotutela de direitos, ou tutela privada de direitos, quais são os requisitos deste direito de retenção? 1- tem que existir uma coisa que esteja na posse de alguém a titulo de simples detenção, depois

essa pessoa tem que ter um crédito relacionado com essa mesma coisa e finalmente tem que existir um devedor, digamos que seja aquela pessoa a quem a coisa tem que ser restituída, pode ser o proprietário ou enfim ou exercer qualquer outro poder sobre a coisa, o exemplo típico é o da empreitada: “a pessoa que realiza obras em determinada coisa que não é sua e que obviamente tem de devolver, mas tenha um crédito que é o pagamento da empreitada e se não for pago o preço pode exercer retenção sobre a coisa”, mas existem outros casos de direito de retenção, por exemplo: “a transportadora em relação às coisas transportadas” por exemplo: o depositário ou o mandatário em relação às coisas que lhe tenham sido conferidas para depósito,” portanto em todos os casos em que alguém detenha uma coisa e tenha que a entregar e ao mesmo tempo tenha um crédito relacionado com essa mesma coisa, portanto não há dúvida que há aqui um exercício de um poder de autotutela que é a pessoa protege o seu direito de credito, a pessoa está obrigada a entregar a coisa, mas tem um direito de credito e retêm a coisa enquanto esse direito não for satisfeito, ora o que é que acontece com a excessão de não cumprimento? Passa-se algo diverso, o que se passa é que havendo um contrato bilateral uma das partes pode não cumprir enquanto a outra não o fizer. Qual é então a diferença entre as **2 figuras**: é que no **direito de retenção**, aquele que está obrigado a entregar a coisa já tem um crédito que é o direito de serem pago no caso do empreiteiro por ex: “o direito de que lhe seja paga a empreitada, esse direito já existe e portanto ele ao reter a coisa está a proteger o seu direito de crédito”, mas na **excepção de não cumprimento**, o que se protege é a condição de devedor, ainda ninguém cumpriu, o que se pretende é não cumprir e ficar em situação desvantajosa enquanto a outra parte não cumprir, portanto não há aqui uma tutela de um direito, o que á é a defesa da condição de devedor, só cumprir quando a outra parte também cumprir, portanto há uma diferença decisiva entre as duas figuras que nos leva a dizer que o **direito de retenção** é um caso de tutela privada de direitos e a **excepção de não cumprimento** já não é, aliás pode até dizer-se que no direito de retenção o que se faz é uma espécie de acção directa, protege-se o direito de credito através da acção directa retendo a coisa que está em poder do credor, pelo contrário como disse na **excepção de não cumprimento** o que se está a proteger é a condição de devedor é não exercer

em termos desvantajosos, em não ficar digamos permitir, não cumprir enquanto o outro não cumprir, portanto não há cumprimento de nenhuma das partes, não há nenhum direito a tutelar e que possa dizer-se que há aqui uma tutela privada de direitos.

Ora, estes são os casos sendo que este ultimo **excepção de não cumprimento** não é verdadeiramente um caso de autotutela, mas todos os casos que falei e na aula anterior são casos de autotutela, portanto **a legítima defesa, acção directa a direito de resistência, o direito de retenção** e depois temos o caso especial da detenção em **flagrante de delito** que não é autotutela de um direito, o que se está a fazer, é a proteger a ordem jurídica. Mas há uma realidade que temos ainda de mencionar brevemente, que é uma realidade cada vez mais presente nas nossas sociedades, que é a segurança privada, a existência de empresas de segurança privada coloca 2 problemas, aqui só vamos tratar de um deles.

1. É saber em que medida o estado pode permitir que os privados exerçam eles próprios tarefas de segurança;
2. Em que medida o estado pode conferir a privados o exercício das suas próprias funções de segurança, em vez de recorrer às autoridades de polícia.

Não vamos aqui tratar da 2ª questão porque é essencialmente de direito administrativo, direito administrativo da polícia, mas vamos tratar da 1ª questão e a resposta a 1ª questão, ou seja, saber em que medida é que o estado pode admitir os privados exerçam ou prossigam tarefas de segurança, a resposta é evidente e vem na sequência do que falei anteriormente: “pode admitir na medida em que esses privados exerçam estas figuras de que falamos até agora ou seja, na medida em que essas empresas de segurança podem exercer os direitos que nesta matéria assistem a todas as pessoas, ou seja a legítima defesa, acção directa, eventualmente a detenção em flagrante delito”, só nestas medidas podem existir as empresas de segurança privada, no exercício destes poderes, destas faculdades que correspondem à legítima defesa, à acção directa e à detenção em flagrante delito, é claro que coloca-se aqui um problema, como nos sabemos a legítima defesa pode ser uma legítima

defesa de terceiro, portanto pode haver uma empresa de segurança privada que defende os direitos de terceiros, mas nós vimos que acção directa, aliás foi uma das criticas que fizemos como ela esta revelada, a acção directa visa a realização do próprio direito e portanto parece que não podia haver uma empresa de segurança privada a, digamos a realizar um direito de um terceiro, é precisamente por isso que a lei prevê estas figuras das empresas de segurança privada e há um regime próprio, regime esse que exclui a sua actuação em alguns aspectos que importa aqui realçar:

1. As empresas de segurança privada não podem exercer funções correspondentes a competências exclusivas das autoridades policiais, designadamente ao uso da força, uso de meios coercivos, como vimos na aula anterior;
2. As empresas de segurança privada também não podem restringir direitos, liberdades e garantias de quaisquer pessoas;
3. As empresas de segurança privada, por último não podem proteger bens, serviços ou pessoas envolvidas em actividades ilícitas, isto está expressamente excluído da actividade das empresas de segurança privada.

Qual é o problema que coloca a existência e o reconhecimento das empresas de segurança privada é no fundo uma profissionalização dos meios de autotutela de que falamos, portanto é o que está aqui em causa, é profissionalizar a actividades que são concebidas como excessões e é precisamente por isto ser assim que faz sentido agravar o requisito da proporcionalidade ao exercício das actividades de segurança privada por parte deste tipo de empresas, que de alguma forma resulta do seu próprio regime jurídico, portanto tem que haver e mesmo que não resultasse desse regime jurídico, resultaria das circunstancias tem que haver requisitos de proporcionalidade de acrescidos para o exercício destas actividades por pessoas que no fundo são profissionais, sobretudo em matéria ainda que não tanto em matéria de ponderação de interesses, em matéria de proporcionalidade no sentido de proibição do excesso, aí claramente há requisitos agravados para as empresas de segurança privada.

Importa agora reflectir sobre qual é que é o fundamento, qual é que é a natureza jurídica destas várias figuras de tutela privada de direitos ou de tutela privada de direito no caso de detenção em flagrante delito, o que está aqui em causa? Qual é o fundamento do reconhecimento destas figuras pela ordem jurídica? Não há dúvidas que estas figuras constituem excessões a um princípio de que já foi falado, que é o princípio do monopólio estatal da força, portanto só o estado, a força publica, as autoridades policiais, os tribunais é que podem exercer coactivamente os direitos, aplicar sanções e não os particulares, estes casos são casos excepcionais e são casos todos eles submetidos a um requisito comum a todas estas figuras que é a impossibilidade de recorrer a força publica, só com esse requisito é que admitem as figuras de tutela privada de direitos de que fui falando, a legitima defesa, a acção directa, a detenção em flagrante delito, o direito de resistência, no caso do direitos de retenção esse requisito não faz sentido porque aí o que está em causa é uma relação entre 2particulares que tem já uma relação subjacente, tem que existir uma relação jurídica já entre eles para que possa ser actuado o direito de resistência.

Mas nalguns casos, ou em todos estes casos existe sempre a violação de um direito subjectivo e essa violação iminente ou actual ou até nalguns casos já consumada que permite o recurso a estas figuras.

Ora no caso da legitima defesa e da acção directa nos podemos dizer que, qual é fundamento? Porque a ordem jurídica reconhece? Reconhece que não sendo possível recorrer a força publica é necessário que alguém defenda a ordem jurídica e nesse caso são os particulares, e defendem a ordem jurídica, obviamente defendendo os seus próprios direitos, no caso da legitima defesa defendendo também os direitos de terceiros, portanto o fundamento destas figuras é a própria defesa do sistema, é a própria ordem jurídica que é realizada através dos particulares, isso é sobretudo evidente na detenção em flagrante delito, onde já nem sequer há a defesa de um direito subjectivo do próprio agente ou de um terceiro, mas apenas a defesa da ordem em geral, isto é diferente do que acontece com o estado de necessidade de que falei nas aulas anteriores, aí não está em causa a defesa de um direito, está em causa sim realização de um interesse e portanto está em causa actuação de um

dever de solidariedade, mas será que há um direito subjectivo à legítima defesa à legítima defesa, há um direito subjectivo à acção directa, portanto se o fundamento é a defesa do sistema, a defesa da ordem jurídica quando não há presente nenhuma força policial que possa impor a força e assegurar os direitos, se este é o fundamento então qual é a natureza? São direitos subjectivos que estão aqui em causa? É evidente que esta em causa um direito subjectivo na legítima defesa, eu estou a defender o meu próprio direito, mas será que para além de estar a defender o meu próprio direito eu tenho um direito a legítima defesa, como uma espécie de direito de 2º grau? Nesta matéria o **prof. Menezes Cordeiro**, diz que não, não há aqui um direito subjectivo, há apenas uma permissão genérica de actuar, há uma liberdade de actuar ou de não actuar, mas não há propriamente um direito subjectivo que obviamente fundamente uma pretensão em tribunal de eu poder recorrer, fazer actuar pelo tribunal o meu direito à legítima defesa, isso seria um contra-senso, um absurdo, eu posso é através do tribunal reconhecer que actuei em legítima defesa e portanto não me aplicar uma pena ou não me responsabilizar por uma actuação minha, mas não há de facto um direito subjectivo à legítima defesa, há por simplesmente uma permissão genérica ou liberdade de actuação como disse.

E desta forma podemos dizer que todas estas figuras de autotutela não põem em causa o princípio do monopólio estatal da força e não põem em causa porque estão sujeitas ao requisito fundamental que é o requisito da impossibilidade de recorrer a força pública, portanto os particulares só podem actuar na defesa dos seus próprios direitos quando não está presente a força pública, quando não é possível assegurar a realização desses mesmos direitos, pelos meios normais (tribunais, ou em geral os agentes de autoridade).

Com isto concluímos a matéria das sanções, concluímos a matéria do uso da força, os casos em que são admitidos e vamos passar na próxima aula a uma matéria totalmente diferente que é uma matéria mais teórica, sobre no fundo a matéria da normatividade do direito, já não propriamente a questão de saber uma classificação das normas jurídicas, a definição da norma jurídica, a caracterização da norma jurídica, isso tratamos no semestre passado, mas vamos ver em que medida, digamos quais é que são as categorias normativas mais elementares, a permissão, a proibição, a imposição, as chamadas

categorias deonticas, portanto vamos analisar quais são as diferentes manifestações possíveis da estatuição de uma norma jurídica, e no fundo vamos falar aqui dos rudimentos (noção, princípios) deontologia, isso ficará para a próxima aula.