

17-04-2012

Introdução ao Estudo do Direito – II

Várias Figuras da auto-tutela ou da tutela privada de direito.

Legítima defesa

Legítima defesa é o caso mais elementar de auto-tutela de direitos porque surge ou assenta nesta consideração evidente, não se pode negar a ninguém o direito de se defender, se for ilicitamente atacado, é digamos uma proposição que dificilmente alguém contestará, mas se isto parece evidente que a legítima defesa não pode deixar de ser reconhecida como uma excepção ao princípio do monopólio estatal da força, porque é isso que significa a legítima defesa, que é permitir a alguém usar a força para defender o seu próprio direito, neste caso se estiver ser atacado, portanto se isto parece irrefutável (evidente, incontestável), há no entanto que conhecer este regime da legítima defesa e vamos ver que se levanto aí algumas dificuldades.

Comecemos pelos requisitos da legítima defesa previstos no **artigo 337º, do C.C.**, são 5 requisitos:

1. Para que se possa falar de legítima defesa tem que existir uma agressão actual ou iminente, portanto só pode haver legítima defesa se houver agressão e essa agressão tem que estar a decorrer ou ser iminente o seu decurso;
2. Consiste no carácter ilícito dessa agressão, essa agressão tem que ser ilícita;
3. Essa agressão pode visar a pessoa ou património do agente ou de terceiro, portanto essa agressão ilícita tem que se fazer contra aquele que actua em legítima defesa, contra a sua pessoa, contra o seu património ou de um terceiro;
4. Requisito essencial, impossibilidade de recorrer a força pública em tempo útil;

5. Muito questionável, como não vigente é o requisito da proporcionalidade indicado no artigo 337, do C.C., onde diz que o prejuízo causado por aquele que actua em legítima defesa não pode ser manifestamente superior aquele que quer evitar, portanto este é o requisito da proporcionalidade no sentido da ponderação, ou seja, o estrago que eu causa ao actuar em legítima defesa pode ser superior mas não manifestamente superior aquele que quero evitar.

Ora este requisito da proporcionalidade é importante perceber que há uma diferença desde logo qualitativa entre o requisito da proporcionalidade na legítima defesa previsto no Código civil e o requisito da proporcionalidade do estado de necessidade que já vimos anteriormente e na acção directa que vamos ver a seguir, nessas figuras exige-se uma proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, quem actua ao abrigo dessas figuras não pode causar prejuízos, superiores, aqueles que pretende evitar.

Mas na legítima defesa é diferente eu posso causar prejuízos superiores mas não manifestamente superiores, já vamos ver o que justifica esta diferença, esta diferença é muito maior porque o requisito da proporcionalidade de facto não se aplica no caso da legítima defesa, mas antes de tratar disto temos que tratar de outro requisito, já não da proporcionalidade no sentido de ponderação de equilíbrio entre interesses que são afectados pelo agressor e interesses que são afectados por aquele que actua em legítima defesa, mas um outro aspecto que é o do **excesso**.

No **artigo 337º, nº 2, do C.C.**, diz que se pode, aquele que actua em legítima pode actuar em excesso, ou seja, pode usar meios mais gravosos do que aqueles do que seria normal utilizar, mas apenas pode fazê-lo em caso de perturbação ou medo não culposo do agente, portanto só nestes casos é que o acto se considera justificado.

O que é esta ideia de excesso, como ela se distingue da proporcionalidade, quais são os casos em que podemos dizer que há perturbação ou medo não culposo?

1 – O que distingue o excesso da proporcionalidade é simples, na **proporcionalidade** o que nós temos é uma ideia de equilíbrio entre os prejuízos que se querem evitar e os prejuízos que se causam através da actuação em legítima defesa, mas no caso do **excesso** o que temos em vista é apenas o meio empregue, não ser excessivo quando se pode utilizar um meio menos gravoso, por ex: “não se defender com arma de fogo quando seria suficiente utilizar outro meio de defesa, outro tipo de arma ou eventualmente nenhuma arma”, portanto o excesso tem que ver com os meios serem os menos gravosos.

E quando pode haver excesso: a lei fala em perturbação ou medo não culposos?

Perturbação, imaginem por ex: “o pai que reage a agressão ilícita de um filho, é um caso de perturbação, pode haver aqui um excesso de legítima defesa”, e **medo não culposos** imaginem por ex: “que uma pessoa para se dirigir a certo local tem que passar por uma zona erma, onde sabe que eventualmente pode ter encontros indesejados, mas não pode deixar de passar por essa rua, por esse local para chegar ao seu destino, portanto podemos dizer aqui que existe medo não culposos, seria o contrário se a pessoa escolhesse o sítio mais perigoso para se dirigir ao seu local de destino, aqui já não se podia falar de medo não culposos”.

Depois temos a **legítima defesa aparente** prevista no **artigo 338º, do C.C.**, diz-se que o acto de legítima de defesa considera-se ainda justificado se o agente actuar em erro sobre os pressupostos, mas que nesse caso é obrigado a indemnizar, salvo se esse erro for desculpável, a obrigação de indemnizar aqui é evidente, no fundo dá-se relevância, admite-se que o agente actue em erro, afastando a ilicitude mas tem que indemnizar a vítima desse erro.

Estes são os aspectos essenciais do regime da legítima defesa previstos nos artigos 337º e 338º, do C.C., e destes aspectos resulta desde logo uma questão: pode haver legítima defesa de legítima defesa? A resposta parece evidente, se há como pressuposto da legítima defesa uma agressão ilícita, portanto se alguém, ou só posso actuar em legítima defesa se alguém me agredir ilicitamente e portanto quando eu agrido essa pessoa, a minha

actuação já não ilícita, por isso não pode haver legítima defesa de legítima defesa, aquele contra quem actuo já não pode alegar legítima defesa porque ele actuou ilicitamente e eu actuei licitamente, portanto não pode haver legítima defesa de legítima defesa, sob pena de acabarmos aqui de numa regressão até ao infinito o que acabaria certamente com a morte dos intervenientes se é que ela não pudesse já ocorrer em virtude da legítima defesa, mas isso é já outra questão.

A questão que se coloca a seguir é que a legítima defesa não está só prevista no código civil, e certamente que os casos que ouvirem falar de legítima defesa não tem que ver com o direito privado ou direito civil, já ouvirem falar em legítima defesa certamente no âmbito do código penal. E a questão que se coloca é esta: é a mesma coisa, a mesma figura, a legítima de defesa do código civil com a do código penal prevista no artigo 32º, ?

No artigo 32º, do C.P., diz-se que constituem legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros. Pergunta que se coloca de imediato: é a mesma coisa? Encontramos aqui logo 1 diferença evidente é que não se exige o requisito da proporcionalidade, no direito penal quem actua em legítima defesa pode provocar prejuízos superiores aquele que se esta a defender, pode até ser manifestamente superiores caso em que já são excluídos no âmbito do direito civil. Ora esta assimetria coloca um problema, nós já vimos a pouco que é excluída a legítima defesa da legítima defesa, mas se houver requisitos diferentes contra a proporcionalidade, destas 2 figuras, temos aqui um problema grave, imaginem por ex: “ alguém actua ilicitamente o A actua ilicitamente contra o B, este defende-se mas defende-se causando prejuízos manifestamente superiores aqueles que pretende evitar, portanto a sua actua já é ilícita à luz do código civil, mas se é ilícita então o A já se pode defender, porque actuação de B foi ilícita, portanto actua sobre o B, ora cá temos a legítima defesa da legítima defesa que é um contra senso”, e precisamente por isso alguns autores penalistas e também civilistas nomeadamente o prof. Menezes Cordeiro entendem que o artigo 32º do C.P., que é de 1982, revoga pelo menos parcialmente o artigo 337º, do C.C., quando exige este requisito da proporcionalidade e de facto com toda a razão, não faz

sentido o requisito da proporcionalidade na legítima defesa, porque a legítima defesa é uma defesa imediata e já vamos ver a diferença em relação a acção directa que não tem este carácter imediato, mas este carácter imediato que torna impossível o requisito da proporcionalidade, quem actua esta sob pressão do momento, por isso este requisito da proporcionalidade não faz sentido, mesmo do ponto de vista substancial, mas mesmo assim há limites actuação do agente. Desde logo esses limites são os seguintes:

1. Lugar não deve estar em causa a vida do agressor, digamos quando o agente deve evitar por em causa a vida do agressor;
2. Lugar tem que se ter em conta a manifesta superioridade do agente, portanto aquele que actua em legítima defesa também, digamos tem que se ter em conta se ele é um mestre de artes marciais ou se tem um treino profissional que pode infligir, digamos danos muito superiores aqueles que quer evitar em razão dessas suas circunstâncias pessoais ou então temos que atender às circunstâncias pessoais do agressor por ex” estado de demência ou estado de embriagues”.

Mas tudo isto, tem que ver com a boa fé, e não com o requisito da proporcionalidade, além disso também no direito penal se proíbe o excesso, portanto o que não faz parte da legítima defesa no direito penal é a proporcionalidade no sentido da ponderação entre prejuízos que se querem evitar e prejuízos que se causam na actuação em legítima defesa e com esta justificação que dei a pouco, o carácter imediato de actuação em legítima defesa.

Acção directa:

A diferença entre acção directa e legítima defesa, tem que ser avaliada na perspectiva temporal, como disse na legítima defesa existe o carácter simultâneo ou pelo menos muito próximo entre agressão e defesa, e na **acção directa** já não é necessariamente assim ou porque acção já foi consumada no passado ou porque nem sequer há agressão, pode acontecer no caso da acção directa que nem sequer exista uma agressão, **2exemplos** para perceber a diferença entre a legítima defesa e acção directa, imaginem por ex:

“ **1** - eu me dirijo a minha casa e na porta da minha casa está uma pessoa, num caso a pessoa esta a obstruir a entrada de minha casa, mas não me faz mal nenhum pelo menos activamente...

2 - no outro caso a pessoa esta ali e vem agredir-me”,

No **caso 2** existe legitima defesa, porque há uma agressão, no **caso 1** existe acção directa, alguém esta a impedir que eu exerça o meu direito, o meu direito é o direito de passar pela porta, para aceder a minha propriedade.

Nem sempre se distingue a acção directa da legítima defesa, como se diz muitas vezes, como se diz que na legítima defesa a agressão é iminente e na acção directa já foi consumada é o caso típico quando alguém me furta um bem e eu mais tarde me apercebo e vejo esse bem na posse da pessoa que me furtou, portanto há aqui uma agressão que já foi consumada e eu posso actuar em acção directa, mas nem sempre é assim como o exemplo que dei, porque na acção directa pode nem sequer haver uma agressão mesmo consumada, pode haver apenas a obstrução ao exercício regular de um direito, portanto de qualquer forma é certo dizer que na acção directa a perspectiva temporal é totalmente diversa da legitima defesa, é diversa por isto ou porque agressão a existir já foi consumada ou porque não há qualquer agressão, ora esta diferença é fundamental para perceber a diferença entre a acção directa e legitima defesa.

Quais são os requisitos da acção directa?

1. É preciso que se verifique um caso em que se torne necessário ao agente impedir a violação do seu direito, portanto diz no **artigo 336º, do C.C.**, diz que é preciso que esteja a impedir a realizar ou assegurar o próprio direito do agente;
2. A impossibilidade de recorrer a força pública;
3. A proporcionalidade no sentido da proibição do excesso, dos meios que são utilizados;
4. A proporcionalidade no sentido de ponderação de interesses, previstos no **artigo 336º, nº3, do C.C.**, quando se diz que acção directa não é licita quando sacrifique interesses superiores aos que o agente vise realizar ou assegurar;

Cá esta a diferença, na legítima defesa não existe proporcionalidade neste sentido da ponderação entre interesses sacrificados pelo agente e interesses realizados ou afirmados pelo agente, mas sim no sentido da proibição de excesso.

Qual a razão porque existe proporcionalidade na acção directa e não na legítima defesa? Resposta simples: porque na acção directa age-se a sangue frio e não a sangue quente como na legítima defesa, aqui estou a responder imediatamente a essa agressão e na acção directa essa agressão já ocorreu ou nem sequer houve agressão, portanto eu posso pensar friamente, se posso pensar friamente então posso ponderar os interesses que vou sacrificar e os interesses próprios que vou defender, portanto é esta a diferença entre os 2 regimes, isto permite-nos saber que não é correcto como dizem alguns autores o que distingue a legítima defesa e a acção directa é o carácter preventivo da legítima defesa e o carácter repressivo da acção directa, isto não é verdade porque para o carácter repressivo seria necessário o tal carácter consumado da agressão que pode não existir, mas independentemente disso o que é importante em ambas as figuras é salvaguardar os interesses do agente em face ou na sequencia de uma agressão ou em qualquer caso permitir realizar os direitos do agente e isto é que é próprio da acção directa, é permitir a alguém realizar o seu próprio direito haja ou não haja agressão quando não seja possível recorrer a força publica.

E precisamente isto leva-nos a colocar uma questão: “a lei civil diz-nos que só existe acção directa para realizar ou assegurar o próprio direito”: Mas será que isto fará sentido? Será que também não faria sentido? É que essa é outra grande diferença do regime da acção directa e da legítima defesa para além da proporcionalidade, é que na legítima defesa como vimos ou posso defender o meu direito patrimonial ou pessoal ou também o de terceiros e na acção directa eu só posso realizar o meu próprio direito mas já não o de terceiros, para além da proporcionalidade também temos esta diferença, e é justamente criticada esta restrição porque eu não eu de poder também realizar um direito de um terceiro, desde que verificados todos os outros pressupostos ou seja, proporcionalidade, proibição do excesso, impossibilidade de recorrer a força publica, não faz sentido esta restrição.

Também no direito penal se aflora esta figura da **acção directa no artigo 31º, nº2, al B), do C.P.**, quando se diz que não é ilícito o facto praticado no exercício de um direito e precisamente uma das manifestações da acção directa é realizar o seu direito como aliás faz parte do próprio conceito da acção directa e não conseguimos aqui por esta via de recurso a via penal suprimir a deficiência que existe em não se prever a acção directa de terceiro.

Ainda para terminarmos sobre acção directa temos que perceber, que existem vários autores que dizem que acção directa está ao meio caminho entre o estado de necessidade e a legítima defesa e porque? Porque por um lado afasta-se do estado de necessidade e aproxima-se da legítima defesa porque não é configurada como uma situação de perigo como acontece com o estado de necessidade, mas por outro lado afasta já da legítima defesa na medida em que exige o requisito da proporcionalidade que não existe na legítima defesa, mas também esta caracterização da acção directa como algo que está a meio caminho entre o estado de necessidade e a legítima defesa não parece a mais correcto, mas sim o que parece mais correcto é admitir que estamos também aqui perante um princípio justificativo geral como a legítima defesa, como o estado de necessidade que tem pressupostos próprios, existe esta acção directa no direito civil, no direito penal e também em alguns casos no direito publico, por exemplo no **código de contratos públicos no seu artigo 427º**, permitisse que o concessionário da obra publica possa desobstruir a via publica que é posta a seu cargo e que esteja a ser ilicitamente ocupada, isto é um caso típico de acção directa e que se submete aos mesmos requisitos da acção directa.

Ora, e dito isto e antes de passar às outras figuras de autotutela convém desde já fazer uma referencia ao modo como a lei trata o uso da força já não entre particulares como acontece com estas figuras que acabamos de ver a legítima defesa e acção directa que são casos em que os particulares podem usar a força para assegurar o seu próprio direito e agora vamos fazer um paralelo com os casos em que as autoridades publicas podem utilizar a força já não os direitos subjectivos mas para realizar um direito objectivo, e vamos ver que existe um paralelismo importante entre os casos de uso da força pelos particulares e que são sobretudo a acção directa e a legítima defesa e os casos em que a força publica, em que as policias podem recorrer à força.

Sobre os casos em que é lícito às polícias recorrer à força, esses casos estão previstos na **lei de segurança interna, lei nº53/2008 de 29 Agosto**, e que diz o seguinte: os agentes dos serviços das forças e de segurança só podem utilizar meios coercivos (portanto a força), nos seguintes casos:

A - há para repelir uma agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos em defesa própria ou de terceiros;

B – para vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções, depois de ter feito aos resistentes intimação forma de obediência e esgotada outros meios para o conseguir;

Ora bem, a simples leitura destes 2 casos dá para ver o paralelismo com a legítima defesa e com a acção directa, diz-se que os agentes de segurança primeiro só podem recorrer a força para repelir uma agressão actual e ilícita em defesa própria ou de terceiros, isto é a legítima defesa, um particular também só pode recorrer à força para repelir uma agressão ilícita de si próprio ou dos seus direitos ou de um terceiro, depois a alínea B), vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções, isto é próximo da acção directa, um dos casos da acção directa consiste precisamente em eliminar a resistência e irregularmente oposta ao exercício de um direito, já não é, à execução de um serviço mas é ao exercício de um direito, mas isto percebe-se porque obviamente num caso está em causa direito subjectivos e noutro caso está o direito objectivo, portanto há de facto um paralelismo entre os casos em que os agentes de segurança podem usar a força e os casos em que os particulares o podem fazer, é claro que os agentes de segurança não estão submetidos de recorrer ao requisito da impossibilidade de recorrer à força pública, mas estão submetidos ao requisito da proporcionalidade em quaisquer casos, mesmo no caso que seria o paralelo da legítima defesa, um agente de segurança não pode repelir uma agressão ilícita sem obediência ao requisito da proporcionalidade como acontece na legítima de defesa ou que se percebe de forma evidente.

E agora porque é que existe este paralelismo? Há este paralelismo porque obviamente num estado de direito o que faz sentido é os poderes públicos só possam usar a força em casos semelhantes em que um particular podia usar a força se não pudesse, se não existisse a força pública, não é o

contrário, não faria sentido num estado de direito que houvesse poderes públicos de usar força que não sejam poderes, digamos que existam a quaisquer particulares num estado de natureza, onde não exista a presença de tribunais, isso seria dificilmente justificável, que outros casos é que poderia haver de utilização da força pública pelos agentes de segurança? Não conseguimos sequer imagina-los e portanto de facto este paralelismo tem toda a razão de ser e não pode deixar de ser assim, mas o paralelismo é posto em causa quando pensamos no uso das armas de fogo, a lei disciplina o uso das armas de fogo em condições diferentes para os particulares e para as autoridades, as autoridades podem usar armas de fogo em casos de absoluta necessidade como diz a lei, como medida extrema, quando outros meios menos perigosos se mostrem ineficazes e desde proporcionada às circunstâncias e mesmo quando é possível o uso de armas de fogo, obviamente que há o requisito da proporcionalidade em toda a sua plenitude, mas em relação aos particulares já se diz coisa diferente: diz-se que por exemplo os particulares só podem usar armas de fogo como ultimo meio de defesa para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando exista perigo eminente de morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes de autoridade do estado, e depois vem o mais importante e em caso algum podendo visar zona letal do corpo humano.

Ora, isto é praticamente impossível de digamos de fazer assegurar e quase que impossibilita o uso da arma de fogo, portanto se a arma de fogo estiver efectivamente disponibilizada e se o particular tiver a licença para usar a arma de fogo é clara que estas restrições impedem por exemplo ou impedem em maior parte dos casos a legitima defesa através de arma de fogo ou tornam-na inoperante e tem sido essa a critica que tem sido feita a este regime.

Dito isto, vamos agora ainda falar de **outros meios de tutela privada de direitos**, que são: **a detenção em flagrante delito, o direito de resistência e discutir a questão de saber se a excepção de não cumprimento** também pode ser caracterizada como o meio de tutela privada, mas isto é matéria que fica para a próxima aula.

