

A LEGÍTIMA DEFESA DA AUTORIDADE POLICIAL E O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Maria Fernanda Palma
Catedrática de Derecho penal
Universidade de Lisboa

RESUMO

A questão filosófica da autoridade reflete-se no problema da legítima defesa da autoridade pública. Comportará o sistema jurídico num estado de direito democrático uma legítima defesa da autoridade ou estará afastada a figura pela natureza da própria autoridade? A fundamentação da legítima defesa de acordo com a Constituição impõe um limite de não desproporcionalidade tanto na legítima defesa dos particulares como na eventual legítima defesa da autoridade e não duas bitolas distintas. Sendo a legítima defesa dos particulares meramente subsidiária, impõe-se uma harmonização de regimes, através de processos exegéticos, que impeça contradições nomológicas como as que ocorreriam se os particulares tivessem poderes de intervenção em legítima defesa própria ou alheia superiores à autoridade pública. As normas sobre a ação policial estão numa relação de especialidade recíproca com as normas de legítima defesa, ultrapassando-as nos seus objetivos, mas quando se aplicam como normas especiais não podem restringir os critérios de necessidade do meio das normas de legítima defesa sob pena de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The philosophical question of authority becomes reflected in the problem of defence of public authority. Is the legal system in a democratic state based upon rule of law able to encompass an defence of authority, or is the concept dismissed by the nature of the authority itself? The foundation of self-defence consistent with the Constitution imposes restrictions of non-disproportionality regarding both individual self-defence and the potential defence of public authority, instead of two different criteria. Since individual self-defence is merely subsidiary, it is necessary to harmonize regimes by means of exegetical procedures capable of preventing nomological contradictions such as would occur if individuals had more power to intervene in self-defence or defence of others than public authority's agents. Police action rules stand in a relation of reciprocal speciality to the self-defence rules and go beyond them in their objectives, but when they are applied as special rules, they must not restrict criteria of necessity regarding the self-defence rules, otherwise being unconstitutional.

PALAVRAS-CHAVE

Conceito de autoridade na Filosofia; autoridade pública e Estado de direito democrático; fundamento da legítima defesa; legítima defesa da autoridade pública; uso de armas de fogo pela polícia; contradição nomológica e harmonização entre normas de legítima defesa e normas sobre atuação policial; solução constitucional e concordante com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

KEYWORDS

Concept of authority in philosophy; public authority and democratic rule of law; foundations of self-defence; defence of public authority; regulations on the use of firearms by police; nomological contradiction and harmonization between self-defence rules and police action rules; constitutional solution consistent with the European Convention on Human Rights.

INDICE

I.- SOBRE A ORIGEM E O SIGNIFICADO DO CONCEITO DE AUTORIDADE. II.- DO CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA EM CONEXÃO COM O CONCEITO DE AUTORIDADE PÚBLICA. III.- FUNDAMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. BIFURCAÇÃO HISTÓRICA DA FUNDAMENTAÇÃO. IV.- DA DUALIDADE DE FUNDAMENTOS À UNIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. ESTADO DO PROBLEMA. V.- A FUNÇÃO PÚBLICA DA LEGÍTIMA DEFESA E A DEFESA DA AUTORIDADE PÚBLICA. VI.-O PARADOXO DA LEGÍTIMA DEFESA DA AUTORIDADE PÚBLICA E O CUMPRIMENTO DE DEVERES DA AUTORIDADE. VII.- CRITÉRIOS REGULADORES DA INTERVENÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA NA LEI PORTUGUESA. ENTRE O CUMPRIMENTO DE DEVERES E A LEGÍTIMA DEFESA. VIII.- CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA

I. SOBRE A ORIGEM E O SIGNIFICADO DO CONCEITO DE AUTORIDADE

Hoje mais do que nunca, justifica-se citar Platão, nas Leis, que nos diz, pela voz do Ateniese, no diálogo com Clínicas: “quando a lei está sujeita a alguma outra autoridade e não tem nenhuma em si mesma, o colapso do Estado, na minha opinião, não está longe, mas se a lei for a Senhora do Governo e o Governo o seu Servo, então a situação é prometedora e as pessoas gozam de todas as bênçãos que os deuses concedem a um Estado”¹.

Refere Platão, nesta passagem, a subjugação do poder e da autoridade pública à lei, como condição de prosperidade do Estado. Um problema com que inevitavelmente nos teremos de confrontar é saber o que significa a subordinação da autoridade pública (e policial) à lei, no contexto de múltiplas necessidades sociais e constantes problemas associados ao binómio liberdade-segurança. Simultaneamente, procuramos refletir sobre a própria ideia de autoridade pública que faz sentido subordinar à lei. Com efeito, subordinar a tirania ou o poder totalitário à lei é inconcebível por natureza e definição. E a subordinação da autoridade à lei suscita, em geral, um paradoxo. A autoridade, nas representações comuns, é a última palavra, a instância superior, o local derradeiro de decisão. A sua subordinação à lei revela, afinal, a submissão a outra autoridade.

Poder-se-ia pensar que o Estado de Direito implica essa contradição e esse enfraquecimento do exercício concreto da autoridade. Mas será assim? A autoridade da lei será incompatível com a autoridade dos órgãos e agentes do Estado?

A esta pergunta não se responderá sem revisitar a Filosofia e as suas ligações à História.

A autoridade como conceito foi tema da pergunta sacramental da Filosofia sobre *o que é*. E o que é a autoridade foi perguntado por Arendt² de modo muito estimulante. Para a filósofa, a autoridade situa-se, no pensamento grego, entre o poder e a argumentação. A argumentação seria o modo de tratar dos assuntos do Estado pelos gregos, na sua incessante dialética, mas o poder violento seria o modo de conduzir as suas relações externas. A autoridade, sendo hierárquica e não argumentativa nem prepotente, não se caracterizaria pela partilha de uma razão

¹Laws, em Complete Works by Plato, (org. John H. Cooper), Hackett Publishing, Indianapolis/Cambridge 1997, IV, 715 – d (p. 1402).

² Arendt, Hannah, *Entre o Passado e o Futuro* (trad. port. José Manuel Silva e outros), Relógio d'Água, Lisboa, 2006, p. 105 e ss.

comum entre quem ordena e quem obedece, mas antes pelo reconhecimento do valor e da legitimidade da hierarquia. De onde poderá vir, no entanto, o reconhecimento do valor da hierarquia?

Continuando a seguir Arendt, no âmago da *auctoritas* romana estão as ideias de fundação, construção e inspiração. A autoridade compartilha a raiz etimológica da palavra *auctores*, que, em última análise, significa aqueles que inauguram, cujo espírito inspira o empreendimento. A autoridade está, como refere ainda Arendt, relacionada com a ideia de aumento, de *augere*. Significa isto que a autoridade equivale a um aumento de importância, de tal modo que a vontade e a ordem “aumentada” ou confirmada vale por si, não necessitando “de qualquer coação externa para se fazer ouvir”. Este valor em si mesmo, que não carece de coação, é bem conhecido do pensamento filosófico de Kant. Essa seria, para Kant, precisamente a característica do Direito, que advém de os seus ditames se adequarem a uma racionalidade intrínseca de todos os seres humanos, ou seja, a uma ideia moral do que é bom em si mesmo, sem nenhuma justificação ulterior. O Direito, tal como a moral, reclamaria, para Kant, uma boa vontade, uma vontade moral que erige a pessoa como um fim em si mesma, justificando a ação em nome de um princípio universal e não particular do interesse, em que a máxima da ação terá como referência a Humanidade – o que é comum e essencial a todos³.

A autoridade da lei estará, assim, associada a uma realidade intrínseca que todos reconhecem, que aumenta ou confirma a importância da ordem, que lhe advém de uma origem racional, moral para alguns, mas que eu designaria como uma analogia com o humano, invocando Arthur Kaufmann⁴. Não é, pois, uma mera origem nos antepassados, na vontade divina, no poder do soberano, ainda que o soberano seja o povo, que explica o aumento de importância do ato de autoridade, mas antes a origem numa fonte humana, que a torna compreensível e aceitável, porque coincide ou tem uma similitude com os traços marcantes e universais do ser humano, nos seus limites e na sua ambição. A autoridade que significa um valor em si mesma importa possibilidade de reconhecimento pelo destinatário da ordem, uma possibilidade racional de adesão e interiorização⁵. Em suma, a autoridade pressupõe o reconhecimento racional, a coincidência entre heteronomia e autonomia.

³ Kant, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes* (trad. port. José Lamego), Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 36.

⁴ Kaufmann, Arthur, *Filosofia do Direito* (trad. port. António Ulisses Cortês), 5ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 2014.

⁵ Cf. ainda, numa perspetiva filosófica Raz, Joseph, “O problema da autoridade”, in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina,

Tal como Montesquieu sustentou no seu magnífico *L'Esprit des Lois*⁶, o modelo mais próximo desta ideia de autoridade é o poder judicial como um poder nulo, que não procura satisfazer qualquer interesse ou objetivo particular, mas sim a vontade da lei, e no entanto constitui, apesar dessa “subserviência”, a mais profunda e radical autoridade, que se sobrepõe, em última instância, ao poder executivo.

Assim, numa primeira conclusão, a ideia de autoridade que perpassa numa mera e até corrente ordem policial não pode ser, se devidamente refletida, um ato de poder mas um ato de autor (em contraposição ao ato do artesão, na expressão de Arendt⁷) – ato esse em que se repercute a força democrática e constitucional da lei. E a mais comum ordem de um agente policial só revela a autoridade enquanto nela se manifestem tais fontes.

II. DO CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA EM CONEXÃO COM O CONCEITO DE AUTORIDADE PÚBLICA

Sendo esta noção de autoridade crucial, parece que nunca um ato de autoridade na defesa de pessoas e bens se poderá ancorar numa ideia de legítima defesa, que, intuitivamente, emerge de um sentido de defesa pessoal, de sobrevivência e de resistência contra agressões ilícitas. Parece mesmo que o apelo à figura da legítima defesa é de uma outra ordem e natureza. Até que ponto poderão os que representam a autoridade pública, exercendo competências e cumprindo deveres, invocar a legítima defesa de si ou de terceiros, tal como um qualquer particular? Podê-lo-ão fazer?

Antes de mais, será de sublinhar que esta questão não é suscitada apenas por interesse teórico ou para fazer jogos concetuais, mas tem subjacente um dilema

Coimbra, 2009, p. 315 a 353 e, em especial, Raz, Joseph, “The Authority of Law”, *Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Note-se que, para Raz, o conceito de autoridade não pressupõe uma lógica de reconhecimento ou de consentimento, mas antes uma intencionalidade normativa específica de ser, em si mesmo, uma razão de ação, excluindo ponderações e outras razões. A discussão do conceito de autoridade em Raz levanta, sem dúvida, muitas dificuldades por o seu arquétipo concetual ser, em última análise, incapaz de mostrar como se define a legitimidade da ordem nos Estados democráticos e, sobretudo, em ordens jurídicas como a portuguesa, em que o valor da hierarquia está condicionado expressamente pela circunstância de a ordem da autoridade não conduzir à prática de crimes (artigos 271º, nº 3, da Constituição, 36º, nº 2, do Código Penal, 177º, nº 5, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e 42º, nº 2, do Estatuto Disciplinar da PSP, aprovado pela Lei 7/90, de 20 de fevereiro).

⁶ Montesquieu, *De L'Esprit des Lois* (org. Victor Goldschmidt), Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

⁷ Ob.cit., p. 135 e ss.

constitucional e legal, colocando um problema prático a que será preciso responder. O exercício de atos de autoridade pública, tendo agora em vista a autoridade policial, é, muitas vezes, o exercício de ações em situações de conflito, em que a pessoa do próprio agente da autoridade é posta em causa e em que, por isso, se conjuga a dimensão de uma defesa de si mesmo (ou de outro) com o exercício das funções e dos deveres inerentes à autoridade.

Aquele cujas ações são “aumentadas” ou “valorizadas” enquanto expressão da autoridade também pode invocar a sua humana fragilidade, os seus direitos pessoais, ou perde esta qualidade de cidadania por desempenhar determinadas funções? Até que ponto é que a dimensão da autoridade absorve ou consome a dimensão da pessoa cujos direitos devem ser garantidos em situações de agressão ilícita. Esta é de facto uma questão inevitável. Mas para lhe responder terei de formular algumas considerações prévias, começando pelo fundamento e pelos limites da legítima defesa no Estado de Direito democrático e constitucional.

III. FUNDAMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. BIFURCAÇÃO HISTÓRICA DA FUNDAMENTAÇÃO

A história da legítima defesa é igualmente reveladora de como se procura construir um conceito na tensão entre duas ideias: a afirmação de si mesmo perante o Direito e a prevalência de uma ordem objetiva de valores que transcende o indivíduo.

Por um lado, a legítima defesa foi concebida na tradição romana e, posteriormente, cristã como uma preservação de si mesmo perante ameaças a bens pessoais, de acordo com uma razão natural. Também a fórmula medieval, eventualmente oriunda do direito romano, mas que se adequou bem ao direito canónico, foi o *moderamen inculpatae tutelae*⁸, ou seja, a moderação da tutela não culposa. Trata-se da proteção de si através de uma moderação racional no uso de meios defensivos, como uma espécie de poder justificado pela racionalidade e pela moderação, bem como pela natureza do bem preservado.

Por outro lado, numa outra tradição, a legítima defesa surgiu como expressão da substituição do Estado pelo particular na defesa dos valores objetivos que importam para a preservação da comunidade política. A defesa do Direito contra o

⁸ Cf. Palma, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, I, AAFDL, Lisboa, 1990, p.145 e ss.

injusto é, assim, cometida subsidiariamente ao particular. Nesta perspectiva, a “energia”, a fonte do poder jurídico, residiria no interesse público na defesa dos valores coletivos e não na defesa de si mesmo.

Por conseguinte, as duas fórmulas da legítima defesa seriam, em contraposição, a individualista e a supra-individualista. Por um lado, a defesa moderada de si e dos valores da pessoa, na tradição estoica e romana, em que o agente é investido no poder pela razão natural. Por outro lado, a defesa da ordem contra o injusto, em que a defesa da própria pessoa não vale por si mesma, mas enquanto representativa da preservação da ordem do Direito, em suma, uma espécie de defesa pelos particulares da autoridade do próprio Direito.

No primeiro caso, a fonte de validade da legítima defesa seria, diretamente, a dignidade da pessoa; no segundo caso, a autoridade do Estado e do seu Direito. As consequências desta diferença foram historicamente significativas, na medida em que a interpretação individualista sempre considerou a legítima defesa com um âmbito restringido aos direitos pessoais ou às condições patrimoniais e sociais consideradas essenciais para a realização da pessoa; diferentemente, a visão supra-individualista sempre referiu o âmbito da legítima defesa à Ordem Jurídica, concebendo-a como ilimitada quando a preservação dessa ordem estiver em causa. Recorde-se que, para os críticos do pensamento hegeliano, seria a moral homicida (*Totschlagmoral*)⁹ que justificaria o homicídio desproporcionado do simples ladrão de maçãs, para defender a ordem a todo o custo. No entanto, nesta última via, também é certo que se disciplina a própria defesa individual de direitos, tornando-a, em todos os casos, subsidiária e condicionada pela necessidade do meio.

Na verdade, e em síntese, a interpelação que o Estado de Direito constitucional herda da história das ideias jurídicas é a seguinte: a legítima defesa surge como expressão da subjetividade, do reconhecimento do direito de preservar os direitos fundamentais a todos reconhecidos, uma espécie de direito aos direitos, ou, diferentemente, a legítima defesa é apenas uma competência atribuída aos particulares para, em substituição da autoridade pública, preservarem a ordem jurídica?

⁹ Palma, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa* cit., I, p. 145 e ss.

IV. DA DUALIDADE DE FUNDAMENTOS À UNIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. ESTADO DO PROBLEMA

O dualismo da fundamentação da legítima defesa está bem patente em várias construções como a de Roxin¹⁰ e de Luzõn Pena ¹¹que acentuam um certo paradoxo. Assim, a ideia de defesa da ordem foi sempre mitigada, nas suas consequências, pela chamada doutrina dos limites ético-sociais, segundo a qual as consequências jurídicas mais drásticas da preservação da ordem deveriam ser moderadas em certos contextos sociais (como no caso de legítima defesa de bens bagatelares, precedida de provocação ou exercida contra inimputáveis ou entre cônjuges)¹². E a conceção individualista também procurou alargar o âmbito da legítima defesa à custa de uma certa ideia de coação do defendente pelo agressor¹³, aumentando, contudo, a dissociação entre a defesa individual e a defesa de bens pela autoridade pública.

Mas vejamos, brevemente, até onde o dualismo de fundamentação conduziu o pensamento da legítima defesa e o modo pelo qual se superou esse estado das coisas. Por um lado, a conceção individualista enclausurou a legítima defesa na proteção de bens individuais e na relação direta entre esses bens e uma dimensão de defesa de que os seus titulares dispõem sem qualquer sentido de subsidiariedade ou limites – excluindo-se, no entanto, a possibilidade de extensão da defesa a bens coletivos, sociais e, em suma, supra-individuais. Por outro lado, a fundamentação publicista da legítima defesa remeteu-a para um plano de subsidiariedade quando exercida por particulares, alargando-a, todavia, a todos os bens jurídicos, incluindo os bens públicos e o próprio Estado, em nome do princípio de que o Direito não deve ceder em caso nenhum perante o ilícito. Ambas as conceções radicam, no entanto, num entendimento distorcido da relação da legítima defesa com a ideia de Estado de Direito democrático ou mesmo numa visão formal do Estado de Direito democrático, que não desenvolve as suas potencialidades.

Em breves palavras, a legítima defesa, enquanto tutela privada de direitos, não pode deixar de ser regulada pelo poder do Estado, ou seja, não pode ser entendida tão-só como uma espécie de direito natural dos indivíduos. O próprio Estado é o lugar

¹⁰ Roxin, Claus, Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4ª ed., C.H.Beck, München, 2006, p. 700 e ss

¹¹ Peña, Luzon, *Aspetos essenciais de la legitima defensa*, 2ªed., B.de F.2002

¹² Palma, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa* cit., I, p. 386 e ss.

¹³ Palma, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa* cit., I, p. 145 e ss.

de despojamento do poder privado, em troca, na ideologia do contrato social, de um poder e de uma tutela públicos, permitindo a articulação das liberdades de todos e de cada um, a que se refere Kant na sua definição de Direito¹⁴. A legítima defesa é, assim, um poder dos particulares, na impossibilidade de o Estado realizar a sua função protetora específica, mas, nesse processo de atribuição aos particulares de uma função de tutela de direitos, não se trata da devolução de um poder originário, mas antes da atribuição de um poder subsidiário, subordinado aos limites da autoridade do Estado. Nesse sentido, a construção individualista e jusnaturalista da legítima defesa não integra a razão pública, a razão de Estado, mas refere-a a um estado de natureza situado fora do Direito do Estado e que não se poderia impor através dele.

Por outro lado, as concepções publicistas caem no exagero de não considerarem que a construção concetual do poder do Estado democrático está profundamente dependente da sua serventia garantística, da sua instrumentalidade na proteção dos direitos fundamentais. Em obra sobre a legítima defesa, propus a ideia de que a defesa da ordem contra o injusto, como fundamento de uma defesa ilimitada e a todo o custo do Direito contra uma qualquer agressão, conduziria ao paradoxo inaceitável de um Estado democrático, que se justifica pela defesa dos direitos, acabar por admitir que se lesassem desproporcionadamente direitos fundamentais e se desconfigurasse uma ordem de bens jurídicos hierarquizada a partir da dignidade da pessoa humana.

Assim, a própria Constituição de um Estado de Direito democrático impede o seu próprio esvaziamento por uma noção rígida de defesa do Direito em substituição da defesa de direitos. Em última análise, uma ordem democrática consubstanciará sempre o desígnio de preservar direitos e de instrumentalizar a defesa do Direito, como valor abstrato ou princípio, à defesa dos direitos – o que redundará, em muitos casos, em lógicas proporcionalistas e, noutros, sem dúvida, numa tendencial intangibilidade de certos direitos.

Deste modo, como defendi em *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, uma fundamentação da legítima defesa não pode deixar de ser publicista nem de admitir a coexistência de áreas de legítima defesa limitada e não desproporcionada quando não estejam em causa bens inerentes às condições essenciais da dignidade da pessoa humana e de uma legítima defesa ilimitada quando estejam em causa tais bens. Concluindo este ponto, no que interessa ao tema fundamental aqui abordado, a legítima defesa dos particulares recebe a sua validade jurídica de uma função pública, configurando-se como subsidiária da tutela de

¹⁴ Kant, Immanuel, *ob. cit.*, *loc cit.*

direitos pela autoridade, mas isso não exclui que seja instrumental da defesa de direitos fundamentais ou das condições de desenvolvimento de tais direitos.

V. A FUNÇÃO PÚBLICA DA LEGÍTIMA DEFESA E A DEFESA DA AUTORIDADE PÚBLICA

Colocada a questão nestes termos, o problema que foi suscitado na Alemanha, e igualmente em Portugal¹⁵, nos idos do século XX, segundo a qual a regulação estrita e limitativa da tutela de direitos pela autoridade pública, derivada do artigo 2º, nº 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não se aplicaria à figura geral legítima defesa mas apenas à atuação da autoridade pública, subsistindo um dualismo entre os critérios de tutela privada de direitos (não subordinados aos critérios restritivos do artigo 2º, nº 2, da Convenção) e os parâmetros da tutela de direitos pela autoridade pública, nomeadamente pela autoridade policial, tem uma solução inevitável. Se a legítima defesa (própria ou alheia) exercida por particulares é subsidiária, não há lugar para a diferenciação de critérios entre ela e a atuação defensiva da autoridade pública. Deste modo, a Convenção disciplina a atuação de todos os que no exercício direto ou subsidiário de poderes de autoridade pública respondem a agressões através do eventual uso da força contra pessoas e bens. Toda a lógica de restrição ou de proporcionalidade abrange, unitariamente, a atuação de agentes públicos e privados.

Por outro lado, a compreensão de que há um único direito ou poder de legítima defesa que abrange tanto a tutela pública como a privada, com fundamento no Estado de Direito democrático, não nos impede de considerar que a dimensão da defesa pessoal do agente da autoridade pública não pode ser desvalorizada ¹⁶, ou mesmo negada, apesar da função pública primária e não apenas subsidiária da legítima defesa. Com efeito, ao exercer uma hétero tutela de direitos, o titular da autoridade pública munido originariamente de competências próprias e, em última análise, cumprindo deveres, não deixará de ter o direito de preservar a sua pessoa, mesmo numa lógica primária e não já subsidiária, como acontece com agentes privados. A preservação dos

¹⁵ Palma, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa* cit., I, p. 485 e ss., e Carvalho, Américo A. Taipa, *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teorético Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Universidade Católica, Porto, 1994.

¹⁶ Assim parece resultar dos *Princípios Orientadores para a Aplicação Efectiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei* adotados pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas na sua Resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989.

seus bens pessoais é, ainda, o exercício originário de uma função pública de defesa de bens.

VI. O PARADOXO DA LEGÍTIMA DEFESA DA AUTORIDADE PÚBLICA E O CUMPRIMENTO DE DEVERES DA AUTORIDADE

Colocada neste âmbito a questão, adianta-se já a resposta a uma *vexata quaestio*: saber se a autoridade pública exerce uma verdadeira legítima defesa ou apenas se limita a cumprir deveres quando responde a agressões, não tendo então cabimento falar-se em legítima defesa da autoridade pública em sentido próprio, como a doutrina espanhola, tem predominantemente entendido¹⁷. E, por esta via, também se voltaria a acentuar a dicotomia, atrás relativizada, entre a defesa da autoridade e a defesa de bens pessoais e a privilegiar, na ótica do cumprimento do dever, a prevalência da defesa da autoridade e da concreta missão que desempenha.

Com esta perspetiva diferenciadora, admitir-se-ia que o cumprimento do dever conduzisse, por um lado, a uma lógica de não desproporcionalidade menos exigente, admitindo-se intervenções da autoridade pública sobre bens pessoais que seriam inviáveis na legítima defesa dos particulares, e, por outro lado, a restrições superiores da atuação dos agentes da autoridade, tendo em conta a profissionalização e a preparação para o uso de meios letais como as armas de fogo.

Não se pode deixar de reconhecer que o cumprimento de deveres como a manutenção da ordem pública ou a detenção de suspeitos de crimes ou de condenados que se subtraem ao cumprimento da pena – que está, em princípio, sonogado aos particulares¹⁸ – há de admitir possibilidades de atuação justificadas pelos valores a atingir no exercício da competência específica dos agentes da

¹⁷Cfr. Sánchez García, María Isabel: *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad* análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad ordenpúblicos, Barcelona, Bosch, 1995; cfr. ainda Pérez Alonso, Esteban J.: *La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente* en Cuadernos de política criminal, Nº 56, 1995, págs. 623-650; Alonso Pérez, Francisco: *La utilización de armas de fuego por las Fuerzas de Seguridad : apuntes jurisprudenciales* en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2002, págs. 1695-1699 Cerezo Mir, José: *La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 40, Fasc/Mes 2, 1987, págs. 273-300.

¹⁸ Ressalvando-se, evidentemente, o papel subsidiário que lhes é atribuído na detenção em flagrante delito, nos termos do artigo 255º, nº 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

autoridade. Há mesmo um princípio de atuação preventiva e promocional, que é estranho à conceção tradicional da legítima defesa. E, em última análise, essa atuação fundamenta-se na função específica da administração¹⁹, com os limites e critérios de proporcionalidade na utilização dos meios e de adequação da sua ação aos fins e competências que lhe são atribuídas pela Lei e pela Constituição.

Nesse sentido, quer as maiores possibilidades legais de intervenção quer as especiais restrições legais derivadas de um uso preparado e profissional de meios coercivos são inevitáveis e não seriam enquadráveis na figura genérica da legítima defesa. No entanto, a ordenação lógica de valores, que constitui a espinha dorsal – e constitucional – da legítima defesa, não contende necessariamente com a atuação no cumprimento de deveres. A não desproporcionalidade da intervenção da autoridade na preservação da ordem pública, aferida pela prevalência dos direitos fundamentais, e a moderação imposta na proteção da Justiça e do Estado de Direito resultam de critérios que não são verdadeiramente distintos dos que suportam a legítima defesa, interpretada segundo o seu fundamento constitucional. Assim, a instrumentalização da Ordem Jurídica à proteção de direitos fundamentais, o entendimento do Direito como ordem de bens jurídicos hierarquizados em função da essencial e igual dignidade da pessoa humana e a exigência de necessidade, adequação e proporcionalidade na proteção de direitos à custa de outros direitos²⁰ constituem limites ao cumprimento de deveres pela autoridade pública, que, nesse plano – e no essencial -, não se distingue da legítima defesa.

Superam-se, nesta construção, as dificuldades dogmáticas que levaram a doutrina alemã²¹ a referir uma verdadeira contradição nomológica, nas situações em que as leis de alguns Estados da Alemanha (*Länder*) estipulam que os direitos de defesa policial (*Notwehrrechte*)²² não prejudicam a invocação da legítima defesa, assumindo um concurso verdadeiro ideal de normas. Tais dificuldades assentam na conjugação contraditória de uma perspetiva da legítima defesa concebida como tendencialmente ilimitada pela doutrina alemã, na tradição de filósofos clássicos como

¹⁹ Organicamente, as Forças de Segurança incluem-se na administração direta do Estado – cf. artigo 4º, nº 1, alínea *a*), da Lei Orgânica do Ministério da Administração Interna, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 126-B/2011, de 29 de dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 161-A/2013, de 2 de dezembro e 112/2014, de 11 de julho.

²⁰ Cf., para os direitos, liberdades e garantias, o artigo 18º, nº 2, da Constituição, aplicável a direitos análogos *ex vi* do artigo 17º.

²¹ Cf. Matthias, Jahn, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, p. 320 e ss.

²² Matthias, Jahn, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes* cit., p. 348.

Kant e Hegel, com uma visão mais moderada da ação defensiva dos agentes da autoridade, que os impossibilitaria de invocar a legítima defesa.

Não há, no entanto, uma forçosa incompatibilidade entre o concurso numa mesma ação do cumprimento de deveres e da legítima defesa, enquanto esta última exprima uma função de proteção da Ordem Jurídica, embora a primeira prevaleça sobre a mera faculdade de intervenção inerente à legítima defesa. Na verdade, pode conceber-se um dever de legítima defesa de direitos por parte da autoridade pública, que transforma em preceptiva uma norma que, quando dirigida a particulares, tem uma natureza puramente permissiva. Assim, se uma pessoa qualquer pode defender outra de uma agressão ilícita mas não é obrigada a tal, um polícia tem o dever estrito de o fazer, com observância das *leges artis* da ação policial.

Por conseguinte, as normas que autorizam a intervenção da autoridade são especiais²³, ou melhor, estão numa relação de especialidade recíproca em relação às que preveem a legítima defesa. Por um lado, aquelas normas transformam em dever o que a norma geral da legítima defesa só consagra como permissão e direito; por outro lado, admitem o disparo (mesmo contra pessoas) para prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas e para proceder à detenção de pessoas que representem essa ameaça e resistam à autoridade ou para impedir a sua fuga²⁴. Ora, nestes casos especiais não haveria já ou ainda lugar à legítima defesa de particulares por faltar o pressuposto da agressão ilícita e atual (isto é, em execução ou eminente). Em suma, há especialidade recíproca porque as normas sobre a ação de polícia com armas de fogo contemplam apenas algumas das situações de legítima defesa e as normas da legítima defesa respeitam só a alguns dos casos de uso de armas de fogo pela polícia.

Seja como for, o argumento que exclui a legítima defesa com base numa outra causa de justificação, o cumprimento de um dever, não pode ser decisivo desde de logo de um ponto de vista constitucional, pois suscita uma exceção contrária à igualdade e uma redução teleológica contrária ao princípio da legalidade. Por outro lado, como se disse, confunde alternatividade entre normas com a mera especialidade recíproca.

²³ Cf., sobre uma eventual relação de especialidade normativa, em contexto idêntico na legislação germânica, Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, p. 708 e ss., e Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1991, p. 397 e ss.

²⁴ As situações de perigo de agressão futura poder-se-iam enquadrar numa causa de justificação supralegal, a defesa preventiva – cf. Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, ed. rev., AAFDL, Lisboa, 2015, p. 322.

VII. CRITÉRIOS REGULADORES DA INTERVENÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA NA LEI PORTUGUESA. ENTRE O CUMPRIMENTO DE DEVERES E A LEGÍTIMA DEFESA

A lei portuguesa espelha bem esta concomitância entre cumprimento de deveres e uma legítima defesa da autoridade pública, no Decreto-Lei nº 457/99, de 5 de novembro. Os critérios da lei são fundamentalmente de duas ordens: critérios relativos à utilização de armas de fogo em geral (isto é, não dirigidas contra pessoas) e critérios referentes à utilização de armas de fogo contra pessoas pela autoridade policial²⁵. Em ambas as situações, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade são exigidas. No entanto, a utilização de armas de fogo contra pessoas é muito restringida²⁶, não cobrindo todas as situações de legítima defesa própria ou alheia previstas no artigo 32º do Código Penal²⁷, tais como, por exemplo, a defesa perante crimes muito graves contra a liberdade ou a liberdade sexual e vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Haverá, deste modo, uma restrição à legítima defesa decorrente dos deveres a que estão vinculados os agentes da autoridade ou significará este regime, mais radicalmente, que os agentes da autoridade nem sequer estão abrangidos pelo artigo 32º do Código Penal? Estará a autoridade pública a praticar, paradoxalmente, uma agressão ilícita quando utilizar uma arma de fogo contra pessoas para impedir, em condições de absoluta necessidade, um crime de violação ou um crime de perigo comum tão devastador como a libertação de substâncias radioativas? E, nesse

²⁵ Cf., sobre o tema, Clemente, Pedro José Lopes, *Cidadania, Polícia e Segurança*, ISCPSI, Lisboa, 2015, p. 79 e ss.

²⁶ Segue-se a orientação de enumerar taxativamente as exceções à impossibilidade de uso da violência contra pessoas, consagrada no artigo 2º, nº 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

²⁷ Sobre as relações entre o artigo 32º do Código Penal e a utilização de armas de fogo pelos agentes policiais, Maria José Leitão Nogueira refere criticamente a “afirmação” contida em alguns processos judiciais de que os critérios do Decreto-Lei nº 457/99 seriam mais restritivos, considerando a exigência específica de adequação da atividade administrativa ao fim da norma habilitante, que consistiria em prevenir ou afastar o perigo de concretização de danos sociais, e enquadrando a questão no princípio da legalidade da Administração. Porém, deixa em aberto o problema da articulação com o artigo 32º do Código Penal, citando o texto de António Henriques Gaspar, nos termos do qual a legítima defesa não poderia causar a morte do agressor senão para proteger bens que respeitem à essencial dignidade da pessoa humana: a vida, a integridade física e a liberdade substancial – cf. Nogueira, Maria José Leitão, “O uso de armas de fogo pelos agentes policiais, alguns aspectos”, *Seminário Internacional – Uso de armas de fogo pelos agentes policiais*, IGAI, Queluz, 2003, p. 97 e ss. Note-se que a autora não consegue, ainda assim, demonstrar que o diploma legal não impõe critérios mais restritivos do que os resultantes da interpretação de António Henriques Gaspar, que coincidem praticamente com os por mim defendidos em *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, op. cit. (1990).

contexto, poderá o próprio agressor prevalecer-se, por seu lado, da legítima defesa contra um polícia?

Uma conclusão possível aponta para a prevalência dos critérios do Decreto-Lei nº 457/99 sobre o regime do artigo 32º do Código Penal (e 337º do Código Civil), de acordo com uma lógica de especialidade, retirando aos agentes da autoridade a possibilidade de atuarem em legítima defesa – própria ou alheia. Todavia, esta interpretação, embora literalmente viável, restringiria dramaticamente a possibilidade de defesa contra ofensas insuportáveis de bens jurídicos que atingem, no seu âmago, a dignidade pessoal dos próprios agentes da autoridade ou de terceiros. Desse modo, promover-se-ia uma redução desigual e contraditória da legítima defesa, uma ampliação perigosa do ilícito na atividade policial e uma tutela injustificada das condutas criminosas. Tal contradição axiológica conduziria ao paradoxo de um qualquer particular poder utilizar a legítima defesa alheia contra um agressor, oferecendo à vítima uma proteção mais adequada e abrangente do que a oferecida pela autoridade pública. Neste contexto, a atividade de segurança privada, por exemplo, passaria a ter uma função principal na defesa de bens jurídicos, dispondo de possibilidades de atuação vedadas às forças de segurança.

Ora uma tal solução não é aceitável, nem no plano da coerência normativa do sistema jurídico nem na perspetiva da finalidade prosseguida pelas normas – a proteção de pessoas e bens e a resolução de conflitos. Assim, poder-se-á concluir que o intérprete (ou, se necessário, o legislador) terá de harmonizar as normas sobre a utilização de armas de fogo com as de legítima defesa²⁸, não esquecendo o caráter subsidiário da legítima defesa dos particulares, como manifestação da tutela privada de direitos, relativamente à defesa de direitos pela autoridade.

Mas para além desta perspetiva, o que está em causa não é um alargamento arbitrário da utilização de armas de fogo pela autoridade policial – que poderia ser contrário ao Direito Europeu²⁹ e às recomendações da ONU –, mas sim um regime harmonizado entre o emprego de armas de fogo pelas autoridades e a sua utilização subsidiária pelos particulares. Um tal regime compreende critérios que remetem para uma lógica (que sustento há mais de vinte anos) de insuportabilidade da não defesa,

²⁸ O que também parece ser sustentável ante a citada Resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989, do Conselho Económico e Social das Nações Unidas.

²⁹ Cf., entre outros, o Acórdão do TEDH *McCann e outros v. United Kingdom*, de 27 de setembro de 1995, em que se sustentou a violação do artigo 2º da Convenção Europeia por decisões do tribunal de Gibraltar que não analisou a necessidade absoluta, mas apenas um *standard* de razoabilidade, no homicídio intencional de agentes terroristas.

alargando os casos de uso de armas na defesa de ameaça a bens pessoais, pertencentes a um núcleo intangível, e restringindo, em contrapartida, a possibilidade de invocar uma legítima defesa ilimitada através do uso de armas de fogo por particulares, fora das situações de insuportabilidade da não defesa. Nesse núcleo intangível de bens inerentes à dignidade da pessoa humana, situam-se, para além da vida e da ameaça grave à integridade física, crimes graves contra a liberdade e a liberdade sexual e lesões de bens comunitários com graves repercussões nas condições da vida social, como sucede em vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Assim, a harmonização impõe, quanto ao âmbito dos bens que justificam a utilização de armas de fogo contra pessoas, uma interpretação extensiva do Decreto-Lei nº 457/99, de 5 de novembro, sob pena de as contradições valorativas tornarem a atuação da autoridade pública incapaz de cumprir a sua função protetora de bens jurídicos imposta pelo artigo 272º, nº1, da Constituição e, por conseguinte, a lei ser tida como inconstitucional. Está em causa, em substância, uma interpretação conforme à Constituição, que é imposta, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas, pelo artigo 80º, nº 3, da Lei do Tribunal Constitucional.

Por outro lado, a exclusão dos agentes da autoridade do âmbito do artigo 32º do Código Penal consistiria sempre numa redução teleológica dessa norma com um efeito de alargamento do âmbito da ilicitude criminal e, por conseguinte, contrária ao princípio da legalidade, consagrado nos artigos 29º da Constituição e 1º do Código Penal.

Acresce que o resultado desta interpretação harmonizadora não entra em contradição com o artigo 2º, nº 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na medida em que este preceito autoriza, em última análise, que se ofenda a vida do agressor para defender a vítima de violência ilegal – o que, numa interpretação de acordo com a fundamentação do Estado de Direito democrático na dignidade da pessoa humana, cobre os bens pessoais de um núcleo intangível em que se integram, para além da vida e da ameaça grave à integridade física, crimes graves contra a liberdade e a liberdade sexual e lesões de bens comunitários com graves repercussões nas condições da vida social, incluindo vários crimes de perigo comum, contra a segurança dos transportes ou de terrorismo.

Por fim, no que se refere à fórmula da ONU, apesar de mais direta e limitadora, a melhor interpretação não poderá determinar uma restrição pura e simples da

legítima defesa em geral nem conduzir à recusa arbitrária do exercício da legítima defesa a uma certa categoria de pessoas. Dirigindo-se ao objetivo de moderar a eventual discricionariedade da atuação dos que detêm poderes públicos, a Resolução da ONU não põe em causa a proteção do núcleo intangível de direitos inerentes à essencial dignidade da pessoa humana contra ações violentas que só possam ser contrariadas através do uso da força contra os agressores, no sentido de proteger as vítimas.

VIII. CONCLUSÃO

A interpretação extensiva e harmonizadora do Decreto-Lei nº 457/99, de 5 de novembro, que reconhece aos agentes de autoridade a possibilidade de usarem armas de fogo e, se necessário, as dirigirem contra agressores para repelir ofensas insuportáveis de bens jurídicos inerentes à essencial dignidade da pessoa, não torna redundante e inútil aquele diploma legal. O regime tem uma dimensão procedimental e densificadora das *leges artis* da polícia no uso de armas de fogo, que o torna especial sem restringir o âmbito da legítima defesa, até porque transforma meros direitos em deveres. Além disso, e tal como se viu, o regime abarca casos em que se admite o disparo (mesmo contra pessoas) fora do estrito âmbito da legítima defesa por particulares, para prevenir a prática de crimes particularmente graves que ameacem vidas humanas e para proceder à detenção de pessoas que representem essa ameaça e resistam à autoridade ou para impedir a sua fuga

Ainda assim, num plano extra exegético, importa avaliar a utilidade de uma clarificação legislativa. É certo que alterações frequentes de normas consolidadas, como a que prevê a legítima defesa, são contraproducentes. Porém, é dever do poder legislativo democrático tornar claro, aos olhos dos que exercem a autoridade em nome do Estado de Direito, como o podem fazer. Normas vagas ou ambíguas não orientam adequadamente a ação de polícia. Por isso, não seria irrazoável promover uma alteração clarificadora e ponderada da lei que regula o uso de armas de fogo pelos agentes das forças de segurança.

De todo o modo, a legítima defesa da autoridade pública apela a uma conceção de autoridade fundada na sua instrumentalidade quanto ao coração do *Estado democrático dos direitos fundamentais*. É esta referência que “aumenta”, no sentido de Arendt, o valor dos atos da autoridade, aqui compreendida como autoridade policial, que torna esses atos indiscutíveis e lhes dá a solidez de que falava Platão nas Leis: a solidez de um poder autovinculado, com origem e fundamento nos interesses

racionais dos próprios destinatários. Dirão alguns que esse poder será mínimo ou muito reduzido, mas, tal como dizia Montesquieu acerca do poder dos juízes, tal poder, embora vinculado à lei, torna-se, até por isso mesmo, o mais forte dos poderes.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO PÉREZ, Francisco: *La utilización de armas de fuego por las Fuerzas de Seguridad : apuntes jurisprudenciales* en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2002

AMÉRICO A. Taipa, *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teorético Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Universidade Católica, Porto, 1994.

ARENDDT, Hannah, *Entre o Passado e o Futuro* (trad. port. José Manuel Silva e outros), Relógio d'Água, Lisboa, 2006, p. 105 e ss.

CEREZO MIR, José, “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/Mes 2, 1987.

CLEMENTE, Pedro José Lopes, *Cidadania, Polícia e Segurança*, ISCPSI, Lisboa, 2015.

Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1991

KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes* (trad. port. José Lamego), Gulbenkian, Lisboa, 2004,

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito* (trad. port. António Ulisses Cortês), 5ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspetos essenciais de la legitima defensa*, 2ªed., B.de F., Montevideo, 2002.

MATTHIAS, Jahn, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004

NOGUEIRA, Maria José Leitão, “O uso de armas de fogo pelos agentes policiais, alguns aspectos”, *Seminário Internacional – Uso de armas de fogo pelos agentes policiais*, IGAI, Queluz, 2003, p. 97 e ss.

PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, I, AAFDL, Lisboa, 1990

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, ed. rev., AAFDL, Lisboa, 2015,

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, ed. rev., AAFDL, Lisboa, 2ªed. Revista, 2017

PÉREZ ALONSO, Esteban J.: “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”, *Cuadernos de política criminal*, Nº 56, 1995

PLATÃO-LAWS, Complete Works by Plato, (org. John H. Cooper), Hackett Publishing, Indianapolis/Cambridge 1997, IV, 715 – d (p. 1402).

RAZ, Joseph, “O problema da autoridade”, *Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 315 a 353

RAZ, Joseph, “The Authority of Law”, *Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois* (org. Victor Goldschmidt), Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4ª ed., C.H.Beck, München, 2006

SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel: *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad ordenpúblicos*, Barcelona, Bosch, 1995