



# **A ILICITUDE DA AGRESSÃO EM LEGÍTIMA DEFESA EM DIREITO PENAL**

**PATRÍCIA DANIELA GARRIDO RENTE**

**Dissertação conducente ao grau de mestre em ciências jurídico-criminais,  
realizada sob orientação do Professor Doutor António Almeida Costa**

**Porto, setembro de 2018**

**À memória do meu Avô, António**

**À memória do meu primo, Hélder**

### **Agradecimentos**

À minha mãe, sem ela nada me seria possível.

Aos meus irmãos, pela paciência em todas as horas, pelo carinho e apoio.

Ao meu padrasto, por tudo.

Às minhas amigas Sara e Marina, pela amizade incondicional, pela compreensão nos momentos mais difíceis.

À Amanda, por todos os gestos aparentemente pequenos. Para mim, foram grandiosos.

Ao André e à Carlota, pela partilha das angústias, receios e dúvidas.

Ao Amadeu e ao Eduardo, pelo tempo, pela paciência infinita, por todo o apoio e preocupação.

À Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva, pelos conselhos e motivação.

Ao meu caro orientador, Professor Doutor Almeida Costa, pelo gosto inculcado pelo direito penal desde a licenciatura, por todos os conselhos, pela partilha das suas ideias, pelas longas discussões acerca do tema da dissertação, pela genuína preocupação e apoio ao longo de todo este percurso.

Resumo:

A presente dissertação aborda alguns dos pontos nevrálgicos da legítima defesa, tendo como base uma concepção do ilícito pessoal e, como horizonte, a inexigibilidade enquanto princípio material das causas de exclusão da ilicitude. Deste modo, são redesenhadas as fronteiras da figura, por apelo ao conceito de ilicitude que lhe subjaz, como uma *situação de perigo* para bens jurídicos, com a consequente postergação do estado de necessidade defensivo. Tal fundamentação permite afirmar, também, que a ausência do elemento subjectivo da legítima defesa significa a imputação pelo crime doloso consumado.

Abstract:

This thesis approaches some of the core aspects of self-defense, considering the personal illicit concept and the unenforceability as the material principle for all the causes of exclusion from unlawfulness. Therefore, the figure as a broader application by reference to the illicit concept underlying, which implies the rejection of the defensive state of necessity. These grounds allow the affirmation, in the absence of the subjective element of self-defense, of the imputation for wrongful crime.

## Siglas e abreviaturas

BGB	-	Bürgerlichen Gesetzbuches (Código Civil alemão)
BMJ	-	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CCiv.	-	Código Civil
CP	-	Código Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
FDUP	-	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
rev.	-	revisão, revista
StGB	-	Strafgesetzbuch (Código Penal)

## SUMÁRIO

Introdução.....	6
I. As relações entre o tipo incriminador e justificador .....	8
II. O princípio da unidade da ordem jurídica .....	9
III. O princípio da inexigibilidade objectiva como princípio geral da justificação.....	11
IV. Os princípios fundamentais da legítima defesa.....	19
V. Requisitos da legítima defesa .....	24
1. A agressão ilícita em legítima defesa .....	24
1.1. Actualidade da agressão.....	38
2. A acção de defesa.....	41
2.1. Necessidade do meio.....	41
2.2. A inexigibilidade objectiva de suportar a agressão.....	43
VI. Elemento subjectivo .....	53
Síntese conclusiva .....	57
Bibliografia.....	59

## Introdução

A legítima defesa, embora se configure como um tema clássico no Direito Penal, pouco consenso reúne na doutrina. Assim, abordam-se alguns dos pontos mais questionáveis e debatidos actualmente, por referência à tese do ilícito pessoal a que aderimos, desconstruindo os equívocos que estão na base de algumas soluções, nomeadamente jurisprudenciais. A economia da presente dissertação não permite um tratamento de todos os pontos em que se analisa o regime da legítima defesa. O que não significa ignorar a importância e a complexidade de matérias que não importamos para este escrito - entre as quais se contam, v.g, o erro sobre os pressupostos de facto da legítima defesa, a legítima defesa de terceiros, ou o excesso de legítima defesa.

Encetamos com uma breve referência às relações entre a norma penal e as causas de justificação e ao princípio da unidade da ordem jurídica, aderindo a um entendimento no sentido de uma pura exigência de congruência sistemática refutando, por essa razão, um conceito unitário da ilicitude.

De extrema importância para a cabal compreensão da estrutura e desimplicações das causas de exclusão da ilicitude é o estudo do princípio ou princípios que lhes servem de fundamento. Neste capítulo, discorreremos sobre o princípio da inexigibilidade (objectiva) enquanto princípio geral da justificação, aludindo, incontornavelmente, às teses monistas e pluralistas. Passamos depois aos princípios específicos da legítima defesa, onde entram as considerações acerca dos princípios da prevalência do direito e da auto-protecção e respectivas projecções dogmáticas. Com base na inexigibilidade objectiva como fundamento material dos tipos justificadores, advogamos uma posição de carácter unilateral nesta matéria, com fundamento na *protecção de bens jurídicos*, na acepção de bens jurídicos passíveis de gozo individual.

Na análise dos requisitos da legítima defesa começamos pelos requisitos objectivos do lado agressão, expondo as posições doutrinárias sobre o que deve entender-se por agressão ilícita, defendendo a identificação desta com uma *situação de perigo ainda que potencial ou aparente não manifesto*, de uma perspectiva *ex ante* e na óptica do defendente. Neste ponto, merece ainda uma breve referência ao problema da actualidade da agressão.

Quanto às exigências do lado da defesa, começa-se pelo estudo da “necessidade do meio” – e das dificuldades especiais que este requisito convoca, passando-se depois, à

“*inexigibilidade objectiva de suportar a agressão*”, rejeitando a doutrina dos limites ético-sociais à legítima defesa.

O capítulo final é dedicado ao requisito subjectivo da legítima defesa, onde se adere ao entendimento do seu preenchimento com o mero conhecimento da situação objectiva justificante. Na falta do elemento subjectivo da legítima defesa, advogamos a imputação pelo crime doloso consumado.

É, pois, à luz do princípio da *inexigibilidade objectiva* que serão analisados os pontos relevantes em matéria de legítima defesa – desde os seus princípios fundamentais à leitura dos seus requisitos e a crítica às correntes que postergamos.

## I. As relações entre o tipo incriminador e justificador

A determinação em concreto da ilicitude ou licitude de uma conduta depende sempre da ponderação cumulativa do conteúdo dos tipos incriminadores e justificadores. Os tipos justificadores actuam como *contra-tipos*: são circunstâncias fácticas que, a verificarem-se em concreto, anulam o carácter desvalioso que em geral acompanha o tipo incriminador (*tipo indiciador*<sup>1</sup>). Estes tipos justificadores, e diferentemente do que se pretendeu no passado (teoria dos elementos negativos do tipo – eram assim configuráveis as causas de justificação, já que o tipo era *total*<sup>2</sup>), são tratados de forma separada em relação ao tipo incriminador (por razões de conveniência expositiva, pedagógica e prática). Contudo, devemos sempre ter em mente que ambas as considerações concorrem cumulativamente para a verificação da ilicitude, embora concorram para esse juízo de forma diversa. De facto, o tipo incriminador define o conteúdo específico de cada tipo de crime de forma positiva e concreta. Permite assim distinguir cada tipo de crime dos demais. Diferentemente, o tipo justificador intervém na determinação do ilícito de forma geral e pela negativa<sup>3</sup>. De forma geral porque válida para uma multiplicidade de crimes – efectivamente ele não marca o conteúdo específico de cada figura de delito, aplicando-se antes a todas elas. Pela negativa, porque é da não verificação dos pressupostos nele enunciados que depende afirmar-se a ilicitude da situação concreta. Estes os termos em que a disposição legal que prevê a causa de exclusão da ilicitude recorta o âmbito da proibição<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> H. WELZEL, *Derecho Penal Aleman: P.G.*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 4.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, §14, I, 1, p. 96.

<sup>2</sup> Tal concepção reconduziria à afirmação de que verificados aqueles elementos negativos quedaria excluída a própria tipicidade da conduta. Desta consideração nasce a célebre afirmação de H. WELZEL de que, segundo esta perspectiva, “não existiria diferença entre matar um homem em legítima defesa e matar um mosquito” – *tradução nossa*, H. WELZEL, ob. cit., §14, I, 1, p. 99.

<sup>3</sup> *Vide*, por todos, S. MIR PUIG, *Derecho Penal: P.G.*, 9.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2011, pp. 427 e ss., nm. 2; Segundo o A., a esta diferença estrutural corresponde uma outra, de carácter material, pois basta a concorrência dos elementos do tipo (incriminador) para que se considere o facto relevante - a função de advertência do tipo. Em virtude desta, uma realização típica supõe já um ataque ao bem jurídico correspondente que não desaparece quando concorre uma causa de justificação, excluindo-se somente a sua ilicitude. Subjacente esta questão estão as concepções que se perfilhem a propósito da estrutura normativa da justificação.

<sup>4</sup> S. MIR PUIG, ob. cit., pp. 429-30, nm. 9; A. ALMEIDA COSTA, *Ílícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2014, n.160, p. 642.



## II. O princípio da unidade da ordem jurídica

É afirmação corrente que o princípio da unidade da ordem jurídica – consagrado no nosso art.31.º, n.º 1 CP que prescreve que “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade” – está assente num conceito “unitário” de ilícito e de acordo com o qual a diferença dos vários ramos do direito se estabelece somente quanto à sanção. Seria corolário deste princípio um imperativo de não contradição entre os diversos ramos do ordenamento<sup>5</sup>. Esta conclusão não é, todavia, incontroversa pois o conceito de unidade da ordem jurídica admite distintas interpretações. A alusão à globalidade da ordem jurídica tem como primeiro corolário a afirmação de que a mesmíssima conduta não pode ser, ao mesmo tempo, considerada ilícita no direito penal e lícita num outro ramo jurídico. Isto deve-se não só àquela razão acima aludida de não contradição, mas sobretudo à própria natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, em virtude da especial gravidade das suas sanções<sup>6</sup>. O que não significa afirmar que a situação inversa seja verdadeira. Esta é a concepção que preside ao ensinamento de Eduardo CORREIA<sup>7</sup> e que afirma que a leitura do princípio se deve fazer no “plano puramente negativo”. Nesta linha de pensamento não se pode negar de forma peremptória a inexistência de uma ilicitude especificamente penal – e, conseqüentemente, a existência de causas de exclusão da ilicitude exclusivamente penais<sup>8</sup>.

Acompanhamos aqui as conclusões de A. ALMEIDA COSTA quando afirma que a consideração que os diferentes tipos de ilícito divergem entre si apenas em grau, deriva de um pensamento não de “unidade” mas de “unicidade” da ordem jurídica que apaga as diferentes

---

<sup>5</sup> Que se pode apelidar, com FIGUEIREDO DIAS, de expressão do “conteúdo positivo da unidade da ordem jurídica” - J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. PG I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 14.º cap., II, §8, p. 388.

<sup>6</sup> M. F. PALMA, «Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites», *Casos e Materiais de Direito Penal*, (coord. M.F. PALMA, C. PIZARRO DE ALMEIDA, J. M. VILALONGA), Coimbra: Almedina, 2001, pp. 120-22. No mesmo sentido de não contradição como corolário da unidade da ordem jurídica, vide M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português: Parte Geral*, 2.ª ed., Lisboa:Verbo, 1982. p. 299.

<sup>7</sup> Na formulação de MERKEL - E. CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra: Almedina, 1965, pp. 7 e ss.

<sup>8</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 14.º Cap., §10, pp.3 89-90. Toda a posição de Günther relativamente às causas de exclusão da ilicitude apoia-se, precisamente, numa determinada concepção do princípio da unidade da ordem jurídica. Em boa verdade, o reconhecimento de que existe uma ilicitude especificamente penal corresponde à opinião maioritária na doutrina portuguesa. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 7.

funções que lhe presidem – conformação/ordenação e protecção/garantia<sup>9</sup> - e consigo, desvirtuando as finalidades das suas valorações<sup>10</sup>. Assim, tão pouco é necessário o recurso a uma interpretação no plano “puramente negativo”<sup>11</sup>. Basta ter presente que a unidade da ordem jurídica não se confunde com a existência de um núcleo de ilicitude comum aos diversos ramos do direito, mas que de tal princípio derivam apenas exigências de coerência sistemática, em homenagem às diferentes teleologias que lhes presidem<sup>12</sup>. A afirmação de que em direito penal são admitidas causas de exclusão do ilícito oriundas de outros ramos do direito só confirma a concepção do princípio da unidade da ordem jurídica como implicando a congruência dos diversos regimes jurídicos<sup>13</sup> – e só vem reforçar a ideia da existência de uma ilicitude especificamente penal que acarreta a consideração, no âmbito deste ramo, de outras causas de justificação, por força do sentido da intervenção penal<sup>14</sup>.

Mais, este princípio implica que os catálogos legais não esgotem todas as possibilidades de causas de justificação podendo, inclusive, existir causas supralegais de exclusão da ilicitude<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 5, *passim*.

<sup>10</sup> Cf. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 7 e 8.

<sup>11</sup> *Supra*, nota 6.

<sup>12</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 9.

<sup>13</sup> A. TAIPA DE CARVALHO, afirma que o princípio da unidade da ordem jurídica se reconduz a uma necessidade harmonia sistemático-normativa, não colocando em causa a especificidade das ilicitudes dos diversos ramos do Direito, mas significando apenas que se um facto é considerado lícito para um ramo do direito, por se encontrar justificado, não pode ser considerado ilícito noutra. A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal P.G. – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, III, 14.º Cap., §612, p. 334. Neste trecho não nega a especificidade da ilicitude penal - o que parece contradizer toda a dissertação acerca do princípio da unidade da ordem jurídica em obra anterior, que faz reportar a um conceito unitário de ilicitude. Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 48 e ss.

<sup>14</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 7. Ao contrário do que defende A. TAIPA DE CARVALHO, não se trata, pois, da existência de uma “fragmentação do ordenamento jurídico em diferentes sectores, transformados mais em compartimentos estanques do que em verdadeiros e interdependentes ramos da mesma árvore” – trata-se, outrossim, do natural reconhecimento de que à existência de diversas funções da ordem jurídica hão-de corresponder vários sectores do direito com teleologias também elas diferentes, mas convergentes. O que não significa, de modo algum, a afirmação de uma necessidade de igualitarização entre o direito civil, o penal e o administrativo ou de um qualquer “autismo e isolacionismo tanto da doutrina civil como da doutrina penal”. Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., p. 48.

<sup>15</sup> *Vide*, a título meramente exemplificativo, A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, pp. 646-47.

### III. O princípio da inexigibilidade objectiva como princípio geral da justificação

A adesão a uma concepção do ilícito pessoal<sup>16</sup> implica reconhecer que a categoria da ilicitude corporiza aquilo que é “*exigível ao homem médio*” o que significa que a sua exclusão há-de ser concebida nos termos do que lhe é *inexigível*<sup>17</sup>. O que acaba de afirmar-se importa atribuir ao ilícito um carácter *pessoal-objectivo* e considerá-lo como um facto em si mesmo, desligado da individualidade do agente, pelo que deve ser encarado como um “acto humano em geral”<sup>18</sup>, *i.e.*, à luz do critério do homem médio. Seguindo aqui o entendimento de A. ALMEIDA COSTA, o ilícito penal, definido à luz do padrão objectivo do homem médio, traduz-se num “conteúdo objectivo de antinormatividade” e, por isso, numa conduta humana (desvalor de acção) cuja coibição o ordenamento jurídico entende ser de *exigir* em ordem à preservação das condições essenciais à convivência comunitária. Em outras palavras, é em tal “*exigibilidade objectiva*” que se fundem as considerações atinentes à dignidade penal e necessidade de pena que intercedem na configuração de cada tipo de crime. O que equivale a dizer que é este critério de *exigibilidade objectiva* que subjaz à delimitação do âmbito de imposição das normas de determinação do direito penal, ou seja, do ilícito<sup>19</sup>. Deste modo, qualquer conduta que seja praticada em circunstancialismo tal que se revele *inexigível* ao homem médio actuar de outro modo, não pode ser considerada ilícita por não se traduzir num conteúdo *pessoal-objectivo* de antinormatividade. O que se afirma tem como consequência a assunção da inexigibilidade<sup>20</sup>, não como uma causa de exclusão da ilicitude *a se*, mas como o princípio fundamental em matéria de justificação<sup>21</sup>. O que significa a postergação das teorias tradicionalmente avançadas

---

<sup>16</sup> Acolhemos a tese do ilícito pessoal preconizada por ALMEIDA COSTA, ob. cit., pelo que qualquer referência ao ilícito pessoal deve ser tida como uma referência a tal tese.

<sup>17</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 639 e ss, n. 160 e texto correspondente.

<sup>18</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 611, *passim*.

<sup>19</sup> A. Almeida Costa, ob. cit., p. 642, n. 160, *passim*.

<sup>20</sup> Qualquer referência à inexigibilidade sem qualquer especificação deverá ser lida como uma menção à inexigibilidade objectiva.

<sup>21</sup> Assim, A. ALMEIDA COSTA. Acolhemos a argumentação aduzida no sentido do que é afirmado pelo texto e todas as objecções que o A. tece à inclusão das figuras tradicionalmente tidas como causas de justificação – como o consentimento do ofendido, as atuações oficiais, o *agere pro magistratum*, as autorizações oficiais e o dever de correção, configurando-as como causas de exclusão da tipicidade. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 642-43, n. 160.

pela doutrina acerca do(s) princípio(s) fundamentais das causas de exclusão da ilicitude, e que se distinguem pelo facto de reconduzirem às várias causas de exclusão da ilicitude a um ou vários princípios.

Existem várias formulações unilaterais, desde a *teoria do fim* de GRAF ZU DOHNA, que estabelece que uma acção típica não será ilícita quando constitui um meio adequado (correcto) para a prossecução dos fins que presidem à vida em comunidade regulada pelo Estado (não fornece critério para a concretização da adequação ou justiça do meio)<sup>22</sup>, da *maior vantagem do que prejuízo* - “um comportamento (acção ou omissão) é lícito (em sentido material) quando a sua tendência geral ofereça mais benefícios (ideais, culturais) do que danos à comunidade estatal”<sup>23</sup>; da *ponderação*, quer na formulação da *ponderação de bens* (SCHMIDHÄUSER)<sup>24</sup> ou da *ponderação de interesses*, e da “*correcta regulação de interesses conflitantes*” (C. ROXIN)<sup>25</sup>.

Os partidários das doutrinas pluralistas afirmam que, só à custa de uma extrema generalidade e abstracção, as teorias unilaterais conseguem reconduzir todas as causas de justificação a um único princípio<sup>26</sup>. Se se pretende determinar o fundamento explicativo das concretas causas de justificação apenas uma visão que destaque a sua especificidade material pode alcançar tal desiderato<sup>27</sup>. De acordo com a crítica dirigida pelos partidários das teorias pluralistas, tal ideia é reconhecida pelos adeptos das teorias unilaterais a partir do momento em que reconhecem que as causas de exclusão da ilicitude são estruturalmente diferentes entre si<sup>28</sup>.

Partidários de uma concepção pluralista, JESCHECK/WEIGEND explicam que partindo da concepção do ilícito nascem duas ideias rectoras que, aliadas a diversos aspectos valorativos, formam a base dos tipos justificadores. A primeira dessas ideias é a de *ponderação de bens*. Segundo aqueles, a ideia da *ponderação de bens* tem na sua génese uma concepção de ilícito

---

<sup>22</sup> E. CORREIA, ob. cit., pp. 9 e ss; ALMEIDA COSTA, ob.cit.,pp. 640-41, n. 160; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, III, p. 425, nm. 7.

<sup>23</sup> SAUER, apud R. MAURACH/ H. ZIPF, ob. cit., §25, III, nm. 7, p. 425. No fundo, trata-se de uma ideia que se reconduz à ponderação de interesses. Neste sentido, E. CORREIA, ob. cit., p. 10.

<sup>24</sup> Apud R. MAURACH/ H. ZIPF, ob. cit., §25, III, nm. 7, p. 425.

<sup>25</sup> C. ROXIN, *Derecho Penal*. P.G. I, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al., Madrid: Civitas, 2001, § 14, p. 574, nm. 40.

<sup>26</sup> Assim, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *Derecho Penal*. P.G., Trad. Miguel Olmedo Canadete, 5.ª ed., Granada: Comares, 2003, §31, II, p. 348. Com igual conclusão, vide R. MAURACH/ H. ZIPF, ob.cit., §25, III, nm. 7, p. 425.

<sup>27</sup>H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob.cit., §31, II, p. 349

<sup>28</sup> *Idem, ibidem.*

objectivo e, por isso, relevante é o desvalor do resultado, remetendo para os efeitos que do facto resultam. A segunda ideia rectora é de *finalidade*, a que subjaz uma concepção do ilícito penal centrada no desvalor da acção e, assim, na intencionalidade do autor ao praticar o facto<sup>29</sup>.

Estas interpretações não esgotam todas as possibilidades. Assim, uma outra concepção tem na sua base as considerações que podem determinar o legislador a justificar um comportamento *típico*. De um lado, o princípio do interesse prevalente, referente à protecção do bem jurídico lesado (que traduziria por isso, o conteúdo material do estado de necessidade justificante ou do conflito de deveres e, neste plano, da legítima defesa) e, por outro lado, a ausência de interesse da protecção penal (que explicaria o sentido do consentimento)<sup>30</sup>. É esta a proposta de MEZGER e, entre nós, M. CAVALEIRO DE FERREIRA e E. CORREIA<sup>31</sup>.

Para a doutrina maioritária, no campo de acção destes princípios gerais são tidas diversas considerações de carácter valorativo, com pesos específicos diversos – *v.g.*, a reafirmação do Direito, a necessidade, a proporcionalidade e, em especial, a autonomia individual<sup>32</sup> – que desenvolvem o papel das concretas causas de justificação<sup>33</sup>.

R. MAURACH/H. ZIPF prescindem de um princípio geral da justificação propondo em seu lugar um número limitado de princípios de ordem material que, em diversa combinação e selecção, subjazem a todas as causas de justificação<sup>34</sup>. A partir destas combinações de

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*. O que significa afirmar, para os AA., que se deve questionar o que pretende o autor com a conduta adoptada – só quando o fim prosseguido pelo defendente não se encontra desaprovado se pode asseverar a ausência de ilicitude, em ordem à afirmação da ausência do desvalor de acção.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>31</sup> Cf. E. CORREIA, *ob. cit.*, pp. 12-4. Tese à qual aderem, também, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *ob. cit.*, §31, II., p. 349. *Vide*, M. MIGUEZ GARCIA/ J.M. CASTELA RIO, *Código penal parte geral e especial com notas e comentários*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 235 – a este propósito, começam por aludir a esta concepção pluralista, para depois aderir à posição monista de FIGUEIREDO DIAS, que entende que ser o princípio do interesse preponderante o único princípio geral das causas de justificação, e no caso do consentimento do ofendido é a ideia de “auto-realização” e de “autonomia” que prevalece; cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, 17.º Cap., II, §3, p. 472.

<sup>32</sup> STRATENWERTH *apud* H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *ob. cit.*, §31,II , p. 349.

<sup>33</sup> Ainda nas correntes pluralistas, mas indicando um triplo fundamento para as causas de justificação – princípio da responsabilidade, princípio da definição de interesses pela vítima e ainda o princípio da solidariedade, cf. G. JAKOBS, *Derecho penal : parte general : fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, Cap. II, I, C, pp. 421-22.

<sup>34</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, *ob. cit.*, §25, III, p. 426, nm. 9 - afirmam os AA. que ROXIN, no seu *Kriminalpolitik*, procede à mesma opção de fundo. Parece-nos, contudo, que à concepção dualista da legítima defesa de ROXIN,

princípios será possível, para os AA., apreender a essência de cada uma das causas de exclusão da ilicitude<sup>35</sup>.

Todas as asserções supra, derivam de uma desimplicação, mais ou menos acertada, do próprio conceito de ilícito que lhes está subjacente<sup>36</sup>.

Retomando a posição supra defendida, cabe fazer uma referência ao princípio da *inexigibilidade*. De acordo com uma distinção enraizada na doutrina, a *inexigibilidade*, como princípio geral regulativo<sup>37</sup>, pode revestir um carácter subjectivo – se se refere às circunstâncias particulares que influenciam a conduta de um concreto sujeito e, por isso, como causa de desculpa ou de exclusão da culpa, ou objectivo-geral, quando não se possa exigir a qualquer sujeito que, sob determinadas circunstâncias, se abstenha de cometer um determinado facto típico. Nesta última acepção estamos perante uma verdadeira causa de justificação<sup>38</sup>.

---

subjaz um princípio fundamental – “regulação socialmente adequada de conflitos”. Neste sentido, A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 641.

<sup>35</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 641. A. TAIPA DE CARVALHO, ao concluir pela impossibilidade de recondução das diversas causas de justificação a um único princípio comum afirma que direito de necessidade do artigo 34.º CP se fundamenta num princípio de solidariedade, ao passo que a legítima defesa – neste ponto, aderindo em parte à tese de C. ROXIN - assenta em dois princípios distintos. Por um lado, o princípio da protecção contra agressões ilícitas e culposas e, ainda, um princípio de prevenção geral e especial. Assevera o A. que a figura do estado de necessidade defensivo bebe da legítima defesa por assentar num princípio de defesa individual, mas é integrado por uma vertente de solidariedade, que se impõe, por se tratar de uma agressão que não é ilícita ou, em sua opinião, podendo ser ilícita, não é culposa. Tese que implica, necessariamente, o enquadramento dos casos de agressão de inimputável nos quadros do direito de necessidade defensivo. A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., III, §616, p. 336 e III, 15.º Cap. , II, § 644, pp. 354-55, *passim*; *A legítima...*, ob. cit., pp. 243 e ss, *passim*. Vem o mesmo A. defender, que daquela tese deriva a afirmação de que é a “*defesa do bem jurídico concreto*” que justifica o direito de legítima defesa, enquanto direito individual de reacção contra a agressão. Ora, isto não é mais do que reconhecer que o fundamento da legítima defesa se trata, em boa verdade, na defesa/preservação de um bem jurídico, nada tendo que ver com funções de prevenção.

<sup>36</sup> Cf. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português – Parte Geral I*, Verbo: Coimbra, 1982, p. 274. Na realidade, todas as teorias avançadas têm subjacente uma concepção do ilícito penal de pendor objectivo, daí que lhes sejam tão caras as ideias de ponderação, seja na formação de ponderação de bens ou interesses. O que importa para estas correntes é o “valor de resultado”. Assim, A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 641 e 645, n. 160.

<sup>37</sup> *Apud* Luzón Peña, *Causas...*, ob. cit., pp. 31 e ss.

<sup>38</sup> LUZÓN PEÑA distingue entre uma *inexigibilidade* geral, que exclui a ilicitude extrapenal do facto e que se configura como uma causa de justificação supralegal, e *inexigibilidade* penal geral – que justifica penalmente o facto, mas não exclui a ilicitude em outros ramos do direito. Luzón Peña, *Causas...*, ob. cit., pp. 32. Parece, contudo, que, para o A., esta se configura como uma causa de exclusão da própria tipicidade e não da ilicitude.

A partir desta ideia de inexigibilidade, FREUDENTHAL avançou com a formulação da inexigibilidade como causa de exclusão da culpa<sup>39</sup>. Nesta perspectiva, a inexigibilidade é um juízo dirigido ao concreto agente e situação, traduzindo-se no reconhecimento de que, perante um circunstancialismo de pressão especial, *não lhe seria exigível* que tivesse actuado de outro modo. De acordo com esta leitura do princípio, os factores exógenos *anormais* retiram-lhe a capacidade de agir diferentemente<sup>40</sup>. Reporta-se, por isso, a uma concepção de inexigibilidade *subjectiva* e a uma pura causa geral de exclusão da culpa<sup>41</sup>.

Sobre este entendimento tradicional, várias críticas levaram a outros desenvolvimentos dogmáticos acerca de tal princípio<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> No seio de uma teoria normativa da culpa ligada ao conceito material da mesma como um *poder agir diferentemente*. Na esteira de FRANK, *apud* LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, cap. 22, 6.<sup>a</sup>, I e ss, nm. 149 e ss, pp. 380-81.

<sup>40</sup> E, por essa razão, a par da existência de factores endógenos que tornam o indivíduo incapaz de culpa – inimputabilidade – existem factores externos que retiram ao homem comum, *i.e.*, imputável, a capacidade de motivação pelo comando criminal. Cf. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad Normativa y Exigibilidad (A propósito de la obra de Freudenthal)*, in *Culpabilidad y Reproche en Derecho Penal* (coord. Gustavo E. Aboso), Buenos Aires, 2003, pp. 29 e ss. Ainda aqueles que, como E. CORREIA, defendem que o princípio da não exigibilidade é uma causa geral de exclusão da culpa, fazem funcionar a sua valoração relativamente ao concreto agente por referência a um critério objectivo – o homem médio, cf. E. CORREIA, *Direito Criminal I*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1996, p. 444. Numa tentativa de se desligar das correntes que ligam a exigibilidade ao ilícito e estabelecê-la exclusivamente como fundamento de exclusão da culpa, FREUDENTHAL concretiza esta (in)exigibilidade recorrendo a um critério subjectivo, de análise das concretas circunstâncias em que o sujeito actuou – G. D. FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 32. Não obstante, este critério individual manteve-se minoritário. A generalidade da doutrina recorre a um critério geral, do poder médio de agir diferente, identificando-se como uma espécie de critério *combinado* de valoração geral-individual. Assim, SCHMIDT e MEZGER – *ciudadão médio e comportamento alternativo hipotético* – *apud* G. D. FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 32, n. 44. Entendendo a exigibilidade como um princípio geral do direito penal, H. HENKEL, o que nas suas consequências últimas equivale a reconhecer este como um princípio que fundamenta a exclusão da ilicitude – G. D. FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 34. Especificamente sobre a desimplicação do conceito de ilícito pessoal na doutrina dos tipos justificadores – A. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 641-42, n. 160.

<sup>41</sup> *Vide*, por todos, J. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, 21.º Cap., I, §1, pp. 602-3.

<sup>42</sup> É o exemplo de A. TAIPA DE CARVALHO, que recusa esta ideia de não exigibilidade como fundamento da exclusão da culpa do agente nestas situações. Nega a natureza deste como princípio orientador de uma causa supralegal de exclusão da culpa com base na ideia de que, ao não ser exigível a toda e qualquer pessoa que sob determinado circunstancialismo actue de acordo com a norma, então seria de excluir a ilicitude do facto. Total razão assiste ao A. que, contudo, não retira daí as devidas consequências. Cf. A. Taipa de Carvalho, *Direito...*, *ob. cit.*, IV, §871-72, pp. 492-93.

Assim, aparecem as teorias que apontam o princípio da inexigibilidade como uma “causa de desculpa”<sup>43</sup> e que o concebem como um factor que, embora não exclua a culpa, a diminui sensivelmente. Esta, porque aparece ligada ao facto em grau diminuto implica uma renúncia da ordem jurídica à punição<sup>44</sup>. A inexigibilidade torna-se pois um critério de graduação da culpa, distinguindo-se entre causas de exclusão da culpa *tout court* e simples causas de *desculpa*<sup>45</sup>.

Uma outra corrente doutrinária advoga que a inexigibilidade implica a inserção de uma nova categoria sistemática situada entre o ilícito e a culpa – e que MAURACH designa de “*responsabilidade pelo facto*”<sup>46</sup>. Esta funda-se na ideia de que em todas as constelações de inexigibilidade está em causa uma conduta *desculpável* e, ainda que se tome por referência o concreto sujeito aquela conduta é, na realidade, *desculpável* a todas as pessoas<sup>47</sup>. Este juízo reveste-se, por essa razão, de carácter geral, o que implica afastá-la de quaisquer considerações atinentes ao plano culpa, mas leva o A. a inseri-la naquela categoria da *responsabilidade pelo facto*. A afirmação da última, sendo pressuposto da aplicação das penas e medidas de segurança, redundaria na impunidade do agente, por ser excluída com o juízo de inexigibilidade<sup>48</sup>. A divergência face à corrente anterior cifra-se no seguinte: é que a inexigibilidade opera um duplo efeito de diminuição do ilícito e da culpa – daí que sejam causas de *desculpa*<sup>49</sup>. Esta dupla projecção da inexigibilidade nas categorias do ilícito e da culpa tem na sua base a concepção avançada por Armin KAUFMANN e que consiste na afirmação de que, à situação de pressão exógena que se configura como uma coacção psicológica que diminui a culpa, acresce a circunstância de o facto perpetrado pelo agente produzir um resultado danoso que visa proteger

---

<sup>43</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 21.º Cap., I, §10, pp. 603-4 e A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 638.

<sup>44</sup> ARMIM KAUFFMAN *apud* J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 21.º Cap., I, §10, p. 604.

<sup>45</sup> Neste sentido, e uma vez que não se reveste de carácter geral, apenas são tidas em consideração as hipóteses legalmente previstas. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 639.

<sup>46</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §31, II, nms. 16 e ss, pp. 541 e ss. Para uma síntese, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 21.º Cap., I, §10, pp. 604-5 e A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 637-39.

<sup>47</sup> Assim, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §33, I, nm. 8, p. 552.

<sup>48</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §33, I, nm. 8, p. 552. Nestes casos não estaria verificado o *limite mínimo de merecimento de pena*.

<sup>49</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §32, III, nm. 7, p. 425; H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob.cit., §43, I e ss, pp. 512 e ss.



um outro bem jurídico, o que significa uma diminuição do conteúdo de ilícito que, por sua vez, significa uma suplementar diminuição da culpa – ainda que de forma mediata<sup>50</sup>.

Depois, as correntes que associam à inexigibilidade uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude. Tratando-se de uma avaliação de carácter geral-objectivo, coloca em causa, não a capacidade de conformação do concreto sujeito, mas a própria norma penal. Assim, uma actuação típica em situação de inexigibilidade seria sempre impune, não em virtude de quaisquer considerações de culpa ou de necessidade de pena, mas em razão da sua *licitude* dada a inexistência de qualquer oposição do ordenamento jurídico a este tipo de comportamentos<sup>51</sup>.

Finalmente, os que defendem que a inexigibilidade, não contendendo nem com o juízo de ilicitude ou culpa, nem importando uma qualquer exigência de uma categoria sistemática intermédia daqueles juízos, reporta-se, afinal, ao juízo de *responsabilidade* e por isso respeitante a razões preventivas, *i.e.*, de política criminal. E assim é porque a existência da culpa está demonstrada pela imputabilidade do agente e pela consciência (ao menos potencial) do ilícito. Porém, e sobretudo por razões de ausência de necessidades de prevenção especial, a *responsabilidade* do agente encontra-se excluída<sup>52</sup>.

Quanto à primeira das correntes, acolhemos a crítica que coloca em evidência que uma perspectiva deste género seria violadora do princípio da culpa<sup>53</sup>. Também não se pode ter por demonstrado, pelos partidários desta tese, em que medida a culpa que encontra diminuída e não excluída. É o puro receio de impunidade, dada pela ideia de “*tout comprendre, c’est tout pardonner*”, que os faz cair em tal aporia.

No que à concepção da *responsabilidade pelo facto* diz respeito, também não merece acolhimento, pois afirmar o carácter geral do juízo de inexigibilidade é, no fundo, reportá-lo ao ilícito - o que se torna evidente quando se assevera que a possibilidade de aplicação de uma medida de segurança a tem também como pressuposto<sup>54</sup>. Aquela categoria intermédia revela-

---

<sup>50</sup> ARMIN KAUFMANN, *apud* A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 638-39.

<sup>51</sup> Para uma síntese destas posições, cf. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 21.º Cap., I, §10, p. 605.

<sup>52</sup> C. ROXIN, ob. cit., §19, VII, pp. 816-17, nm. 50 e §22, F, I, pp. 959-61, nms. 138 e ss.

<sup>53</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 646. Afirmar-se a dignidade constitucional do princípio da culpa é reconhecer que qualquer situação em que esta não se verifique, o facto não pode ser punível, pelo que é inconstitucional limitar as causas de exclusão da culpa àquelas expressamente previstas na lei.

<sup>54</sup> À luz da exigência do cometimento de um *ilícito típico* como pressuposto de aplicação das medidas de segurança constante do n.º 1 do art.91.º CP.

se artificiosa e desnecessária<sup>55</sup>. A mesma consideração vale para a categoria da *responsabilidade* de ROXIN e que no fundo retira qualquer especificidade ao juízo de inexigibilidade, pela confusão com o plano da punição.

Finalmente, deter-nos-emos sobre as teses que, olhando para a inexigibilidade enquanto critério objectivo, fazem daí decorrer uma causa de exclusão da ilicitude. Se é certo que aceitamos a sua base, não é isenta de crítica. Deste modo, concordamos com a declaração de que o juízo de inexigibilidade assume um carácter geral-objectivo, actuando logo no plano da ilicitude. Refutamos, todavia, a asserção de que tal juízo corporize uma qualquer manifestação de uma opção do ordenamento jurídico pela não oposição a estes comportamentos no sentido de os tornar desejáveis ou da aceitação, pura e simples, de uma teoria unitária em matéria de estado de necessidade. Se não, veja-se a possibilidade de se conceber o princípio da inexigibilidade em duas vertentes: a objectiva e a subjectiva<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Esta crítica é reconhecida por R. MAURACH/H. ZIPF ao alegar que apenas a categoria da *responsabilidade pelo facto* permite dar expressão ao específico problema da culpa, onde fazem operar em duas subcategorias, considerações de carácter quer geral, quer individual - R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §31, I, nms. 6 e ss, pp. 538 e ss. Tal argumento não merece acolhimento – todo e qualquer elemento que se revista de carácter geral, no âmbito de uma teoria do ilícito pessoal, tem de ser reportado à categoria da ilicitude. Só assim se permite um recorte do âmbito da incriminação de acordo com a teleologia do direito penal.

<sup>56</sup> O princípio assume para, A. ALMEIDA COSTA, uma natureza “mista”. Não sendo o tema que nos ocupa, parece-nos pertinente deixar uma nota acerca da inexigibilidade subjectiva. De acordo com a teoria do ilícito *pessoal-objectivo* de que partimos, não se asservera verosímil um juízo de pura inexigibilidade subjectiva. Aquelas que seriam as causas de exclusão da culpa, como corporizações daquela vertente da inexigibilidade, *v.g.*, o excesso intensivo de legítima defesa asténico não censurável do artigo 33.º, n.º 2 e o estado de necessidade desculpante do artigo 35.º, ambos do CP, concretizam-se sempre por referência a critérios objectivos. Circunstância que leva aquele A. a concluir, e em nossa opinião, de forma correcta, que em boa verdade, ao operar um critério objectivo naquelas situações mais não se faz do que assumir –ainda que de forma implícita – que se tratam de duas causas supralégais de exclusão da ilicitude. Temos, pois, que o juízo de inexigibilidade subjectiva nunca se colocará dado que, além as situações que se colocam como *exigíveis* ao homem médio e que o concreto agente não se tenha conformado ou motivado de acordo com a norma de determinação, estaremos já perante uma situação de inimputabilidade. Embora não afirmando expressamente, cf. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 648.

#### IV. Os princípios fundamentais da legítima defesa

Todo o debate acerca dos princípios fundamentais da legítima defesa tem na sua base uma opção mais profunda, consoante o enfoque esteja na consideração de uma natureza individual ou supra-individual da legítima defesa<sup>57</sup>. Para JESCHECK/WEIGEND prevalece a perspectiva

---

<sup>57</sup> É destas ideias que decorrem as asserções acerca dos bens jurídicos defensáveis em legítima defesa. O bem ameaçado não tem de ser necessariamente um bem protegido jurídico-penalmente – R. Maurach/H. Zipf, ob. cit. §26, V, pp. 441-42, nm. 10; J. Figueiredo Dias, ob. cit., 15.º Cap., II, §9, p. 410. Com uma tese diferente, LUZÓN PEÑA, defende que no ordenamento jurídico espanhol a legítima defesa serve a protecção de bens jurídicos penalmente protegidos, tendo em consideração a exigência de tipicidade da conduta do agressor. Mas não se basta com a conduta agressiva típica, pois tem de dirigir-se à protecção de bens de carácter eminentemente pessoal, dadas as restrições legais para as agressões a bens patrimoniais. Por isso, frente a agressões atípicas e a bens que não são penalmente protegidos, não cabe legítima defesa, devendo o agredido actuar nos limites do estado de necessidade defensivo. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, II, 4. a), pp. 388-89, nm. 29 e ss.; *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, I, 5. b), pp. 160 e ss e III, 3.c), pp. 481 e ss. A determinação do conteúdo de bens e interesses protegidos para efeitos de legítima defesa depende, também, da concepção que dela se tenha, ou seja, se assume um carácter individual ou supra-individual. Deste modo, para os que partam de uma concepção de pendor mais individualista, bens defensáveis serão aqueles que se reportem à individualidade – os bens e interesses juridicamente protegidos da pessoa (mas não necessária e exclusivamente pessoais) e, ainda, os bens jurídicos públicos (latissimu sensu), mas cuja fruição possa caber aos indivíduos - neste sentido, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 b), p. 364. Entram em linha de conta os bens jurídicos pertencentes quer ao domínio público, quer os que sejam propriedade de uma determinada pessoa colectiva de direito público, e ainda os bens colectivos. Ponto é que a agressão a este tipo de bens possa afectar uma pessoa isoladamente considerada. Neste sentido, as agressões contra a ordem pública ou o ordenamento jurídico não poderiam ser afastadas por particulares sob o manto do instituto em análise. Cf. H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 b), p. 364. Nestes casos, na esmagadora maioria das situações, não se pode afirmar que a defesa pelo particular é o único meio para afastar a agressão iminente à ordem pública, pois será possível recorrer às autoridades cuja competência é, também, a sua protecção. Concordante, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 442-3, nm.13; S. MIR PUIG, ob. cit., p. 447, nm. 61. FIGUEIREDO DIAS tem, nesta matéria, uma posição diversa da orientação maioritária. Ao considerar que os bens jurídicos supra-individuais são “autênticos bens jurídicos” e, assim, gozam da mesma tutela penal que os bens jurídicos individuais. Não há qualquer “razão de princípio” para que os bens colectivos não sejam incluídos no catálogo dos interesses jurídicos protegidos no âmbito da legítima defesa. Tal defesa não será, na esmagadora maioria das hipóteses, “necessária” por existirem procedimentos especiais para a protecção dos bens de natureza comunitária. Em consonância, aliás, com o fundamento supra-individual que defende - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 10, p. 411. É a esta posição que aderimos Assim, existe uma contradição nas teses que, defendendo um duplo fundamento da causa de justificação em escrutínio, vêm depois negar a possibilidade de defesa de bens jurídicos supra-individuais.

individual. Esta prevalência individualista manifesta-se, para os AA., na ideia de que a legítima defesa apenas serve para defender bens jurídicos individuais e não bens jurídicos públicos, comunitários ou da ordem pública ela própria. É ainda esta consideração que permite, para os AA., fundamentar a não exigência da proporcionalidade entre o bem defendido e o bem lesado, importando unicamente o afastamento do ataque ilícito e não se tomando em consideração o resultado danoso para o agressor, que o deve suportar inteiramente. Explica também, segundo os mesmos, que a possibilidade de fuga não entre em ponderação no juízo de adequação dos meios utilizados na defesa<sup>58</sup>. Ainda assim afirmam existir uma dimensão social/comunitária – que serve de meio para a protecção individual – e que se manifesta na admissão “ilimitada” da legítima defesa de terceiros (se bem que para proteger bens individuais destes) e na afirmação da inexistência de “legitimidade da defesa”. Finalmente, a ausência de exigências decorrentes daquele elemento comunitário justifica que não se possa verificar uma crassa desproporção entre o bem protegido e o bem sacrificado<sup>59</sup>.

A esmagadora maioria da doutrina entende que são dois os princípios que informam a legítima defesa, e à luz dos quais devem ser lidos os seus pressupostos e requisitos: a autoprotecção – ou em algumas formulações a protecção de bens jurídicos - e a prevalência do direito<sup>60</sup>. O primeiro implica que a acção típica seja necessária para repelir uma agressão ilícita a um bem jurídico individual (*i.e.*, não estadual ou comunitário), o segundo implica uma função de prevenção, sobretudo geral, pois de acordo com estas teses, a ordem jurídica ao permitir que

---

<sup>58</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, I, 2, p. 362.

<sup>59</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, I, 2, p. 362. Entendimento diverso é perfilhado por M. F. PALMA que, movendo-se ainda no âmbito das concepções pluralistas, entende que à legítima defesa preside um fundamento duplo: “a insuportabilidade da agressão a um núcleo de bens jurídicos essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa humana” e a “igualdade de protecção dos sujeitos jurídicos”. Cf. M. F. PALMA, *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, vol I, Lisboa: 1990, p. 13. De acordo com a mesma A., é aquele princípio de insuportabilidade da agressão (e da não defesa) que explica a retirada da possibilidade de fuga dos meios de defesa. Nesta óptica, conjugam-se as dimensões subjectiva – na perspectiva dos direitos individuais, melhor, igual protecção dos sujeitos jurídicos, e objectiva – de objectivação dos bens jurídicos. Desta forma, a insuportabilidade da agressão e da não defesa decorre deste valor objectivo que os bens assumem, ao passo que a suportabilidade de defesa é ditada por uma espécie de degradação dos bens do agressor perante os da vítima e pela impossibilidade de este se defender face à defesa ela própria. Cf. M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., pp. 366-7.

<sup>60</sup> Cf., C. ROXIN, ob. cit., §15, I, pp. 608-610, nm. 1 e ss. No espaço jurídico ibérico, LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, I, 2, p. 383, nm. 4.

se reaja contra agressões ilícitas mediante uma acção lesiva de bens jurídicos - mesmo nas situações em que existe a possibilidade de fuga, como meio eficaz para colocar o ofendido em segurança - traduz um mecanismo de estabilização da ordem jurídica<sup>61</sup>. Acrescente-se que é este último princípio que explica, de acordo com a opinião maioritária, que não sejam vertidos para a legítima defesa quaisquer juízos de proporcionalidade entre o bem defendido e o bem lesado<sup>62</sup>.

Porém, segundo as mesmas correntes, as necessidades de prevenção geral corolário do princípio da prevalência do direito não se fazem sentir de igual forma em todas as situações de legítima defesa - tais necessidades diminuiriam sensivelmente nos casos de agressões não culposas, provocadas ou insignificantes. Qualquer necessidade de prevenção geral desapareceria, de acordo com estas correntes, nos casos de perigo para bens jurídicos que não decorram de uma acção, ou de uma acção não desvaliosa, remetendo tais hipóteses para o estado de necessidade justificante<sup>63</sup>.

Das considerações precedentes deriva, para as teses maioritárias, o critério operativo para a avaliação do preenchimento dos pressupostos da legítima defesa: em cada situação de legítima defesa devem estar presentes as exigências decorrentes de ambos os princípios avançados. Mais, aquelas exigências podem fazer-se sentir com diferentes intensidades em função da situação de facto que subjaz a uma hipótese de legítima defesa, pelo que esta variação terá efeitos na conformação das faculdades de protecção do defendente<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Conforme explica LUZÓN PEÑA, da passagem das primeiras doutrinas que assumem um duplo fundamento para a legítima defesa e que cifram o fundamento supra-individual na *afirmação do Direito*, para as correntes mais recentes, que atribuem àquele a designação de *prevalência do Direito*, não se dá apenas uma alteração de carácter terminológico e, por isso, meramente nominal. Mas opera uma verdadeira alteração substancial de entendimento. Assim porque o vocábulo alemão para “prevalência” (*Bewahrung*) leva implícita uma ideia de *imposição*, o que no âmbito da legítima defesa, e mais especificamente do (s) seu (s) fundamento (s), vai beber à teoria dos fins das penas, onde também se alude àquele conceito de prevalência do direito, para se referir à prevenção geral negativa, *i.e.*, de intimidação. Para o A., e à semelhança da esmagadora maioria da doutrina, isto significa atribuir a mesma função à própria legítima defesa - LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 1, B, 5, b, p. 49.

<sup>62</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, I, pp. 608-609, nm. 2. No mesmo sentido, LUZÓN PEÑA, que acaba por cair numa *petitio principii*, quando afirma que do fundamento supra-individual decorre a não exigência de proporcionalidade em legítima defesa entre o bem defendido e o sacrificado, como é essa mesma ausência que explica aquele fundamento - LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 1, B, 5.d), p. 59.

<sup>63</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, I, pp. 608-609, nm. 2.

<sup>64</sup> Esta formulação dualista é combinada numa única expressão por FIGUEIREDO DIAS: na legítima defesa trata-se de “uma preservação do Direito na pessoa do agredido”. Se bem que com uma roupagem diferente, a linha de

A ideia de prevenção que estes autores ligam ao fundamento da legítima defesa não é, porém, aceitável. Desde logo porque demonstra confusão entre os planos da defesa e das penas, e depois porque, levado às últimas consequências, somente seria de aceitar a licitude da defesa face a agressões puníveis<sup>65</sup>.

Existem, contudo, algumas posições, ainda que minoritárias, que partindo ainda de uma ideia de um duplo fundamento da legítima defesa, colocam o enfoque numa ou noutra das vertentes, aproximando-se mais às posições de carácter unilateral: alguns avançam que apenas a prevalência do Direito traduz a especificidade da legítima defesa, como SCHMIDHÄUSER<sup>66</sup>, ou, para outros, neste instituto a faculdade de autoprotecção é o princípio preponderante<sup>67</sup>.

Em nosso entendimento, é precisamente um fundamento de protecção de bens jurídicos, que se vaza como princípio orientador da legítima defesa. Não podemos, pois, acompanhar as posições que o rejeitam como fundamento específico da legítima defesa por esta faculdade de protecção de bens jurídicos também estar presente em outras causas de justificação da ilicitude, como o estado de necessidade justificante<sup>68</sup>. Não contestamos e assumimos, que este princípio

---

pensamento é exactamente a mesma que aquela que explicamos em texto. O que o autor faz, em boa verdade, é um mero jogo de palavras pois tal “fórmula” compreende nada mais, nada menos, que os princípios da prevalência do direito e o princípio da auto-protecção (“na pessoa do agredido”). Deste modo a formulação de FIGUEIREDO DIAS é, claramente, adesão à doutrina maioritária que advoga um duplo fundamento da legítima defesa. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., I, §1-2, pp. 404-05.

<sup>65</sup> Contra a exigência de punibilidade da conduta do agressor, *vide* por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap 1, A, 2. b), p. 14 e Cap. 2, 1, 5 b), pp. 163-64. Refutando a ideia de prevenção na legítima defesa, com argumentação diversa e por referência à natureza da situação de conflito, cf. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, pp. 643-44,.

<sup>66</sup> É, segundo o A., da correcta leitura do princípio supra-individual de que o “Direito não deve ceder perante o ilícito” que se deve retirar a *fuga* dos meios de defesa e não por uma qualquer questão de honra, mas porque o que está em causa é a validade empírica do próprio ordenamento jurídico e que, num juízo de ponderação, vale mais do que a própria vida do agressor. Cf. LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap 1, B, 4.d), p. 44.

<sup>67</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §31, II, 2, p. 349.

<sup>68</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, I, 2, n.m. 4 e ss, pp. 382 e ss.; *Aspectos...*, ob. cit., Cap 1, B, 3. c), pp. 33-4. Refere o A. que tal fundamento levaria a confundir a legítima defesa com uma causa de exclusão da culpa, por incapacidade de determinação do concreto sujeito perante a norma, por impulso de auto-conservação. Esta argumentação coincide no geral, com aquela que é avançada pela crítica às teorias da *perturbação de ânimo*, do *conflitos de motivações*, da *retribuição da legítima defesa* e da *analogia com a pena*. Para uma análise detalhada acerca destas concepções, *vide*, LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., , Cap. 1, A, 1, a e ss, pp. 6 e ss. Aceitando ideia de inexigibilidade como princípio geral da justificação, é decorrência que entre legítima defesa e estado de necessidade opera a seguinte diferença: enquanto na primeira a defesa e consequente prossecução de protecção do

se reflecte também naquela figura. As diferenças entre a legítima defesa e o estado de necessidade não-de ser dadas por outros critérios, não significando a submissão ao mesmo princípio orientador uma qualquer perda de autonomia dos institutos. Afirmar que a legítima defesa serve a preservação de bens jurídicos não exprime uma qualquer concepção supra-individual da mesma e, por isso, firmada necessidade de reafirmação da ordem jurídica<sup>69</sup>. Significa somente a asserção de que esta serve a protecção de bens jurídicos, ainda que comunitários ou estaduais, dado que sejam passíveis de fruição individual, não havendo qualquer razão de princípio para a afastar<sup>70</sup>.

Nem a asserção de que o princípio geral das causas de justificação se cifra na ideia da inexigibilidade *objectiva* significa a postergação do entendimento de que às concretas causas de exclusão da ilicitude não-se presidir outros princípios, ditos “intermédios”<sup>71</sup>, e que emprestam a especificidade subjacente aos diversos tipos justificadores. Assim, na legítima defesa, em ordem à concretização do princípio de protecção do bem jurídico do defendente, o ordenamento jurídico entende ser *inexigível* que aquele actue de outro modo.

---

bem jurídico se faz à conta da própria fonte de perigo, no estado de necessidade a preservação do bem jurídico faz-se por meio do sacrifício de um bem jurídico de terceiro. É por esta razão que o princípio de proporcionalidade intervém na última e não na primeira. A legítima defesa não é, contudo, ilimitada.

<sup>69</sup> Luzón Peña, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 1, I, B, 3. c), p. 33.

<sup>70</sup> Assim, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 10, p. 411.

<sup>71</sup> A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 642.

## V. Requisitos da legítima defesa

### 1. A agressão ilícita em legítima defesa

Por razões de ordem expositiva e pedagógica a decomposição analítica dos pressupostos da legítima defesa, na grande maioria das obras que se detêm sobre matéria, pressupõe a análise separada dos elementos da agressão ilícita, *i.e.*, analisa-se como precedência lógica o conceito de agressão e, posteriormente, o seu conteúdo de ilicitude. Compreendendo as boas razões da doutrina, optamos por analisar os dois pontos num só capítulo, por considerarmos a incindibilidade do pressuposto – pelo que a sua partição em dois *subrequisitos* torna menos expressiva a sua especificidade neste contexto.

A *agressão ilícita* em legítima defesa identifica-se como uma situação – um dado acontecimento que pelo seu *potencial perigo/aparente perigo* se liga à colocação em causa da integridade de um bem jurídico<sup>72</sup>. Uma agressão ilícita, nestes termos, pode provir de um animal ou um acto involuntário. Não colhem, quanto a nós, as críticas tecidas a propósito da “dureza” da defesa quanto a condutas que nem se configuram como acção. O que importa, neste âmbito, é a análise da conduta do defendente – é esta que importa para o juízo de justificação ou incrimação - a única que se configura como um centro de imputação. Nem se pode aceitar o argumento de uma extensibilidade inadmissível do âmbito da legítima defesa. Como veremos infra, é o próprio princípio da (in)exigibilidade *objectiva* que dita os limites impostos à legítima defesa.

ROXIN define a agressão como “uma ameaça a um bem jurídico por uma conduta humana”<sup>73</sup>. Tal conceito absolutamente ligado à conduta humana permite, desde logo, que se afastem das agressões para efeitos de legítima defesa quaisquer perigos decorrentes de forças da natureza ou ataques de animais, aos quais seria aplicável o estado de necessidade<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Semelhante, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), p. 363.

<sup>73</sup> Tradução nossa. C. ROXIN, ob. cit., §15, I, p. 611, nm. 6. Cf., no mesmo sentido, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 a), p. 362; e, M. MIGUEZ GARCIA/J. M. CASTELA RIO, ob. cit., p. 246.

<sup>74</sup> O mesmo A. aponta a inexistência de qualquer prevalência do direito nestes casos, ao mesmo tempo que a protecção conferida pelo estado de necessidade permite satisfazer cabalmente as necessidades de defesa (extensão do §228 BGB que se aplica analogicamente aos animais sem dono) - C. ROXIN, ob. cit., §15, I, p. 611, nm. 6. Contra estes seria de aplicar o estado de necessidade. Assim, também, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §6, p. 408; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., pp. 440-441, §26, V, nm. 8.; A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., 15.º



A crítica essencial apontada a esta concepção prende-se com as consequências que derivam da aplicação dos dois institutos, pois, a sustentar-se que a defesa em face de animais só teria lugar sob o estado de necessidade, significa sujeitá-la ao crivo da proporcionalidade dos bens em confronto, ao passo que a legítima defesa contra uma pessoa estaria isenta de tal restrição. No pensamento daquele A., um argumento decorrente do princípio da prevalência do direito serve para afastar tal crítica, cujas exigências explicam a renúncia à proporcionalidade na legítima defesa. Uma vez que os comandos normativos se dirigem à conduta humana, as exigências de prevalência do direito emergem da violação da norma que só pode ser perpetrada pelo Homem<sup>75</sup>. Um direito de legítima defesa ilimitado só é afastado quando as exigências de prevalência do direito diminuem, pelo que não vale afirmar que o Homem é colocado em pior situação que um animal<sup>76</sup>.

Um aspecto importante, decorrente de tal conceito de agressão, prende-se com a exclusão, para preenchimento dos pressupostos na legítima defesa, das não-acções (falta de pressupostos da acção). Exemplos de escola são os golpes que um indivíduo dá em outro enquanto sofre um ataque epiléptico ou em estado de sonambulismo ou, quem, em virtude de um desmaio, perde o controlo do seu veículo, entre outros. Mas também esta exclusão do conceito de agressão não é pacífica<sup>77</sup>. Para a doutrina maioritária, à semelhança do que sucede com o perigo para bens jurídicos proveniente de animais, ainda aqui não existe qualquer interesse na prevalência do direito<sup>78</sup>. Não será, para aquelas teses, argumento a favor da aplicação da legítima defesa nestes

---

Cap., III, §652 e ss, pp. 360 e ss. Em sentido diverso da orientação maioritária, este A. defende que em tais situações de perigo o enquadramento da conduta de defesa não deve ser no estado de necessidade agressivo previsto no artigo 34.º C.P., mas na causa de justificação supralegal do estado de necessidade defensivo, pois aqui abre-se a possibilidade de sacrificar bens “superiores” aos ameaçados.

<sup>75</sup> Também, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., II, pp. 440-1, §26, V, nm. 8.

<sup>76</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, III, p. 611, nm. 6. A doutrina dominante não nega o direito de legítima defesa quando o animal serve de instrumento para o ataque, o que só vem confirmar a ideia de que, subjacentes a estas teorias, está um conceito de ilicitude ainda centrado no desvalor do resultado, concepção que rejeitamos.

<sup>77</sup> Assim, admite-se que estes actos involuntários possam constituir agressões para efeitos de legítima defesa. O que importa, nestes casos, é a existência de uma ameaça objectiva para um bem jurídico. Assim, E. CORREIA, ob. cit., p. 41.

<sup>78</sup> ROXIN, afasta as críticas mediante o seguinte argumento: nos casos de falta de pressupostos da acção o homem actua como um factor causal, sem qualquer manifestação da vontade ou consciência, pelo que sempre que, de uma perspectiva apriorística, não seja possível uma imputação pessoal, não se pode falar de uma acção em sentido jurídico e, por conseguinte, de uma agressão como pressuposto da legítima defesa C. ROXIN, ob. cit., §15, III, p. 612, nm. 8. No mesmo sentido, S. MIR PUIG, ob. cit., p. 443, nm. 49.

casos, uma pretensa lacuna de protecção dos bens jurídicos e, conseqüentemente, a obrigação de suportar a lesão para o agredido ou colocado em perigo, pois sempre se poderá justificar o facto mediante uma situação de estado de necessidade (defensivo)<sup>79</sup>.

Para a doutrina dominante também não cabe no conceito de agressão qualquer acção que, de uma perspectiva *ex ante*, se configure como uma tentativa impossível<sup>80</sup>. Neste caso não se trata de uma falta de interesse na prevalência do direito, mas sim na falta de auto-potência pois não existe qualquer perigo para bens jurídicos<sup>81</sup>. As contradições insanáveis destas construções tornam-se, desde logo, evidentes quando se referem à impossibilidade de legítima defesa contra condutas que se configurem como uma tentativa impossível por inidoneidade do meio ou inexistência do objecto (artigo 23.º, n.º 3 CP), mesmo quanto esta não seja manifesta para a generalidade das pessoas, pois não existe *em concreto* qualquer possibilidade de produção do resultado danoso. Não podemos conceber a legítima defesa, como causa de exclusão da ilicitude da conduta do defendente, e sujeitá-la a pressupostos que não são, por qualquer forma, cognoscíveis para aquele<sup>82</sup>. Na perspectiva do defendente, impossível é a percepção do *real* perigo daquela conduta que, reforçamos, tem sempre natureza *ex ante*.

---

<sup>79</sup> C. ROXIN, ob cit., §15, III, p. 612, nm. 8; S. MIR PUIG, ob. cit., p. 443, nm. 49.

<sup>80</sup> Aqui levantam-se algumas dúvidas, pois ROXIN afirma, e bem, que aquele que sabe que uma arma não se encontra carregada e com a qual é ameaçado, não pode matar em legítima defesa. Contudo a questão que se levanta tem que ver com o requisito subjectivo da legítima defesa e não necessariamente com o pressuposto da agressão, pois a doutrina parte da afirmação de que o defendente conhece a falta de idoneidade do meio. E nos casos em que essa falta de aptidão do meio não é evidente à luz do padrão do homem médio? Parece que, neste ponto, esta doutrina reconduz a agressão a uma ameaça que afecta a liberdade de acção e é a este bem jurídico que se pode considerar dirigida a agressão. Tal construção padece de uma incoerência insanável. No exacto sentido do texto, SCHMIDHÄUSER – exigência de um comportamento concretamente perigoso – *apud*, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1, a), n.7, p. 363.

<sup>81</sup> Não distinguem, pois, entre a tentativa inidónea manifesta e não manifesta. *Vide*, C. ROXIN, ob. cit., §15, III, pp. 612, nm. 9. LUZÓN PEÑA acerca do pressuposto da agressão, defende que deve existir, a “colocação em perigo” em concreto de um bem jurídico, requisito que implica, à luz do que defende a doutrina maioritária, que se exclua do conceito de agressão as tentativas inidóneas, e para aquele A., mesmo aquelas que sendo em princípio idóneas, o sujeito se encontre de algum modo protegido e por essa razão não se encontre em perigo efetivo. Cf. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, II, 2 e ss, n.ms. 12 e ss, pp. 384 e ss; *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, 3. a), pp. 132-33.

<sup>82</sup> Sujeitar a avaliação dos requisitos da legítima defesa à perspectiva do defendente não é subjectivá-la. O critério não perde a sua objectividade, pois tem sempre como horizonte o critério do homem médio. Contra, LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, II, 1. 1) a’), pp. 184 e ss.

Não podemos, ainda aqui, acompanhar a corrente doutrinária mais expressiva que liga a agressão ao conceito de acção, ou até de acção *final*<sup>83</sup>. Isto porque a doutrina não se concede desligar de uma alegada intersubjectividade subjacente ao instituto em análise – como se fosse condição necessária a existência de uma *relação* entre agressor-defendente<sup>84</sup>.

Por outro lado, a agressão não pressupõe uma agressão dolosa, nem tampouco culposa<sup>85</sup>. Qualquer afirmação em sentido convergente com a exigência de dolo ou culpa na agressão seria uma interpretação *contra legem*, quer o §32 do StGB, quer do art. 32.º do CP, que exigem somente que a agressão seja ilícita<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Socorrendo-se da distinção operada por H. WELZEL entre *finalidade actual* e *finalidade potencial*. Cf. M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., pp. 56-8.

<sup>84</sup> Assim, M. F. PALMA, que concebe aquela situação à luz de uma *intersubjectividade* que implica pensá-la como uma pura situação de colisão de direitos. M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., pp. 37 e ss., *passim*.

<sup>85</sup> Acompanhamos aqui as correntes dominantes. Igual, afirmando ser suficiente que a conduta se apresente como a lesão iminente do bem juridicamente protegido - H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1, a), n.7, p. 363.

<sup>86</sup> Para ROXIN, os que advogam uma exigência adicional de culpa fazem-no em virtude de uma interpretação equivocada do princípio da prevalência do direito. Segundo o A., o erro estaria em interpretar uma pretensa vontade do legislador em afirmar a prevalência do direito apenas face a agressões culposas (por razões de prevenção geral), quando na realidade as exigências de reafirmação da prevalência do Direito, ainda que com intensidades diversas, se fazem sentir, desde logo, face ao ilícito - C. ROXIN, ob. cit., §15, III, pp. 612-3, nm. 8 e ss.. No sentido do texto, FIGUEIREDO DIAS defende que é possível reagir em legítima defesa contra agressões perpetradas por inimputáveis, por quem actua a coberto de uma causa de exclusão da culpa, ou em erro sobre a ilicitude não censurável. O que pode suceder é que, nestes casos, se coloquem especiais limitações à defesa – limitações essas que se prendem com o requisito da *necessidade* da defesa. De acordo com o A., a exigência de uma agressão culposa levaria à erosão das fronteiras que delimitam as causas de exclusão da ilicitude e as causas de exclusão da culpa, uma vez que, de acordo com a concepção de ilicitude que perfilha, a legítima defesa deve ser possível contra agressões perpetradas sem culpa, mas não contra acções justificadas - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 16, p. 414 e ss. Não compreendemos este argumento. Se é certo que não aderimos às construções que advogam a culpa da agressão para efeitos de legítima defesa, não as repudiamos por qualquer possível confusão com as causas de exclusão da culpa. Estamos a analisar o lado da agressão e não o lado do defendente. Além disso, afigura-se algo contra-intuitivo afirmar-se que a ilicitude não é uma ilicitude penal, para depois importar os específicos constrangimentos da determinação da culpa em direito penal para afastar estas argumentações. Defendendo a tese oposta, A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., III, 15.º, II, 1, §655, pp. 362. O A. associa à agressão a um bem jurídico a implicação necessária de que esta assume carácter doloso, fundamentando tal exigência, por um lado, no significado etimológico do termo que pressupõe, mesmo na linguagem dita comum, uma determinada direcção de vontade. A alegada função de prevenção geral e especial que preside à legítima defesa apenas se faz sentir de forma plena em relação a “agressores dolosos”, e, ainda, pelas exigências ligadas ao pressuposto da

Uma conduta omissiva também é passível de se configurar como uma agressão para este efeito<sup>87</sup>.

Ao contrário do que vem sido defendido a propósito da *agressão ilícita*, defendemos um conceito de agressão não necessariamente conectado ao conceito de acção da teoria geral do crime, mas que a identifica com um *perigo/aparência de perigo não manifesta* para um bem jurídico<sup>88</sup>.

A esmagadora maioria da doutrina remete os casos de mera aparência de perigo – ainda que a não manifesta, para o regime do erro sobre os pressupostos de facto do tipo justificador. Isto porque a aparência de perigo não se configura, para as teses dominantes, como uma agressão ilícita pelo que o agente a actuar, adoptaria a conduta na suposição, errónea, que se encontrava

---

necessidade do meio. Em primeiro lugar, não podemos aceitar o primeiro argumento, pois a sua fragilidade é evidente – se a teoria geral do crime se bastasse (embora dela não podendo prescindir) com a raiz etimológica dos termos, não seria necessária qualquer construção dogmática acerca do conceito material de crime e respetivo sistema. Também não podemos concordar com o segundo argumento avançado, pelas razões expostas em texto. Com uma linha de argumentação semelhante, para fundamentar a exigência de tipicidade da agressão, LUZÓN PEÑA, em consonância com a maioria doutrinária e jurisprudencial espanhola. Para o A., face às condutas negligentes, a função preventiva da legítima defesa carece de eficácia. Em primeiro lugar porque se o perigo não é iminente, deve o agente ser avisado. Porém, se este permanece na conduta, esta já será tida como dolosa e, por isso, passível de legítima defesa. Recorre o A., neste ponto, a um artificiosismo para não deixar cair a base sobre que faz assentar a sua opinião - afirma que se o agente prossegue na conduta esta converte-se em agressão dolosa de duas formas: sob a forma de dolo eventual se, apesar da advertência, permanece no mesmo comportamento; ou, em todos os outros casos, embora confiando que o resultado não se produza, existe uma agressão dolosa - mais precisamente uma coacção – contra a liberdade de atuação daquele que o advertiu do perigo da sua conduta. Por outro lado, defende, também, que independentemente da iminência do perigo, e porque frente a uma agressão negligente não pode a legítima defesa desempenhar o seu papel de prevenção geral, que consiste na possibilidade de escalada de intensidade do meio defensivo, e que só adquire sentido face a uma agressão dolosa. Por estas razões, face a condutas negligentes, só pode o defendente actuar dentro dos limites do estado de necessidade defensivo. Cf. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, n. 16-18, p. 385; *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, I, 5 b), pp. 160 e ss. Ainda, A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., pp. 259 e ss.

<sup>87</sup> Embora alguns autores, como SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, neguem esta afirmação - *apud* C. ROXIN, ob. cit., §15, I, n. 19, p. 613.

<sup>88</sup> Não podemos, ainda aqui, acompanhar a corrente doutrinária mais expressiva que liga o conceito de agressão ao conceito de acção, ou até de acção *final*. Socorrendo-se da distinção operada por H. Welzel entre *finalidade actual* e *finalidade potencial*. Isto porque a doutrina não se concede desligar de uma alegada intersubjectividade subjacente ao instituto em análise – como se fosse condição necessária a existência de uma *relação* entre agressor-defendente Cf. M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., pp. 56-8, *passim*.

ao abrigo de uma causa de justificação. Assim seria de aplicar o regime do art.16.º, n.º 2, 1ª parte CP<sup>89</sup>. Destarte, é à luz da conduta do defendente, enquanto “*presumível detentor das capacidades do homem médio*” e de uma perspectiva *ex-ante* que deve ser aferido aquela *aparência de perigo não manifesta*. O que importa afirmar que se à luz do padrão do homem médio aquele perigo não era *meramente aparente*, pelo que deve ser considerado como uma agressão e, verificados os demais pressupostos do instituto em estudo, afirmar-se uma situação de legítima defesa. É o exemplo do indivíduo que conjectura pregar uma partida com uma arma falsa, simulando um assalto. Na perspectiva do sujeito a quem é dirigida a partida, enquanto homem médio, o perigo não é *aparente*, mas *real*, pelo que a sua defesa não se pode nunca configurar como um conteúdo objectivo de antinormatividade, porque lhe era *inexigível* que actuasse diferentemente.

De acordo com o entendimento que sufragamos da inexigibilidade como fundamento dos tipos justificadores e da protecção de bens jurídicos como conteúdo material da legítima defesa, temos de aceitar que a *agressão* há-de ter-se sempre por uma situação de perigo verdadeiro ou aparente *não manifesto*, só assim cumprindo a função de protecção que lhe está subjacente. É que, pensando sempre à luz do critério da “*pessoa social*”<sup>90</sup>, não é *exigível* a toda e qualquer pessoa que, perante um perigo para os seus bens jurídicos – e alheios também, na possibilidade de legítima defesa de terceiros - se abstenha de uma dada conduta à sua protecção. E tal afirmação é válida quer para um perigo criado por uma acção, independentemente da configuração que ela assuma, quer proveniente de um animal ou de uma não-acção<sup>91</sup>.

Conforme referimos supra, é a conduta do agente que importa para afirmação do ilícito – ou da sua exclusão. A esta luz, não cabe aferir – nem é possível nestas constelações as mais das vezes, a configuração da *situação de perigo*. Exemplo paradigmático é o da defesa do sujeito contra um condutor que vem na sua direcção. Ora, para o defendente é indiferente – e

---

<sup>89</sup> Acompanhamos a posição de A. ALMEIDA COSTA. A verificar-se que estamos perante um verdadeiro e próprio erro sobre os pressupostos fácticos do tipo justificador, *i.e.*, que a *aparência de perigo* é manifesta no sentido de cognoscível para o homem médio, e sem necessidade de recorrermos ao plano da culpa, pode afirmar-se que, à luz da *pessoa social*, aquela convicção errada configura-se, não como uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser penal (ou seja, ilícito-típico doloso), mas deve equacionar-se uma atitude de leviande ou descuido e, por essa razão, o problema dever ser resolvido no âmbito dos crimes negligentes. Cf. A. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, n. 79, pp. 612-16.

<sup>90</sup> Assim, A. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 610 e ss, em especial p. 629. Para a acepção do conceito de homem médio, enquanto *pessoa social*, cf. n. 42, pp. 582 e ss.

<sup>91</sup> No sentido do texto, BINDING e BAUMAN, *apud* Luzón Peña, *Aspectos...*, *ob. cit.*, Cap. II, 2., pp. 124-25.

impossível até, averiguar se aquele perigo se configura como uma acção dolosa ou, diferentemente, o condutor agia de acordo com as normas do tráfego e por isso com a diligência devida, mas devido, por exemplo, a um rebentamento de um pneu perdeu o controlo do veículo. A defesa há-se ser exercida no mesmos termos, sempre – trata-se de uma verdadeira situação de legítima defesa.

Depois, porque o reconhecimento destas situações de perigo para bens jurídicos como agressões para efeitos de legítima defesa, sempre criam a necessidade da colocação de limites à mesma quer em função da necessidade do meio, quer da *exigibilidade* da própria defesa quer, para uma certa corrente, recorrendo a factores externos aos próprio instituto e, por isso, por apelo ao designados limites ético-sociais da legítima defesa.

Tudo que vem de afirmar-se fica mais claro quando se olhe para o conceito de ilicitude em legítima defesa<sup>92</sup>. Ora, se a esmagadora da doutrina entende, e bem, que os bens jurídicos defensáveis não são apenas aqueles que se encontram sob a tutela penal, então como decorrência lógica de tal afirmação, temos que aceitar que a ilicitude em legítima defesa se reporta à (possibilidade de) ocorrência de um *resultado* – ou seja, um(a) (ameaça de) dano para um bem jurídico<sup>93</sup>. Só assim podemos obter total congruência com a assunção que um ilícito civil, por exemplo, fundamenta uma situação de legítima defesa. E o que acaba de reiterar-se não configura qualquer contradição com a crítica tecida às teorias em que se buscam os princípios gerais da justificação como perspectivas orientadas e influenciadas por uma concepção (ainda) objectivista do ilícito, e por isso a um tipo justificador tem centrado no “*valor de resultado*”. É que, neste ponto, a perspectiva é outra – não estamos a analisar o que resulta da aplicação do instituto da legítima defesa, mas a decompor o que a fundamenta. Daí que agressão e ilicitude não possam ser vistos como requisitos essencialmente autónomos.

---

<sup>92</sup> A ilicitude da agressão é requisito essencial da situação de legítima defesa, sendo esta que empresta à figura a sua especificidade, permitindo distingui-la das demais causas de justificação. É, para a doutrina maioritária, de tal pressuposto que se retira o fundamento da possibilidade de, em legítima defesa, se poderem sacrificar interesses mais valiosos do que os que são colocados em perigo por meio da agressão - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 16, p. 414. Igual, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARAN, *Derecho Penal*: P. G., 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 323; S. MIR PUIG, ob. cit., pp. 444-5, nm. 51. Nas palavras de MAURACH/ZIPF, “a determinação da ilicitude da agressão constitui um ponto nevrálgico na actual discussão em torno da legítima defesa” – tradução nossa – R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 443, nm. 15; afirmando ainda que a “ilicitude da agressão é o elemento necessário e suficiente para desencadear a legítima defesa” – tradução nossa – R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 446 e ss, nm. 20. Igual, S. MIR PUIG, ob. cit., p. 444, nm. 49.

<sup>93</sup> Já neste sentido, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), n. 18, p. 366.

Nem teor literal do art.32.º CP é obstáculo à perspectiva avançada. Logo se vislumbra uma possível objecção, que se prende com a referência expressa da norma à ilicitude da agressão - dir-se-ia, assim, que um entendimento como o que aqui defendemos seria *contra legem*. Não podemos, contudo, olvidar que, da mesmíssima forma a que se procede na interpretação de qualquer outra norma, esta deve ter em consideração as valorações e finalidades que informam o concreto sistema em que se insere e o ordenamento jurídico como um todo. Pensar o requisito da ilicitude desligado de uma perspectiva sistemática seria uma clara violação do princípio da unidade da ordem jurídica. Assim, aquela exigência de congruência imposta pelo princípio plasmado no art.31.º CP, implica, como aludimos supra, que sejam defensáveis bens que não são objecto de tutela penal<sup>94</sup> e, ainda, que se tenha em consideração a específica configuração de ilícito dos outros ramos do direito, *maxime*, do direito civil que se centra no desvalor de resultado<sup>95</sup>, em virtude da sua função de ordenação<sup>96</sup>.

Questão amplamente debatida é a da admissibilidade de legítima defesa contra condutas que, ainda que perigosas, são levadas a cabo com a diligência e o cuidado devidos, mas das quais resulta uma lesão ou um colocação em perigo de bens jurídicos<sup>97</sup>(supra). É, no fundo, a discussão acerca do tipo de ilícito que se deve ter em consideração para efeitos de legítima defesa: objectivo e, por isso, centrado no desvalor de (*um potencial ou aparente*) resultado ou, pelo contrário, voltado para o desvalor de acção<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., § 656-57, pp. 363-64.

<sup>95</sup> Contra, A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima ...*, ob. cit., pp. 62 e ss.

<sup>96</sup> Cf. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 7 e ss.

<sup>97</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 18, pp. 415-16; Contra, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p.444, nm. 16. A favor, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), p. 366. C. ROXIN critica a posição de JESCHECK/WEIGEND com base em dois argumentos fundamentais: por um lado, advoga que tal entendimento leva a resultados incongruentes, privilegiando aqueles que actuam de forma dolosa (e até culposa) em detrimento daqueles que actuam com a diligência devida; depois, com base num argumento de fundo que remete para um dos princípios que considera fundamentar a legítima defesa, *i.e.*, a prevalência do direito. ROXIN afirma que esta necessidade inexistente nos casos em que o sujeito não actua com desvalor de acção. A consequência é não haver lugar para legítima defesa - posição que se compreende no quadro do conceito de ilicitude que o autor defende (cf. infra) - C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 618, nm. 20.

<sup>98</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 615-18, nm. 14 e ss. FIGUEIREDO DIAS rejeita esta concepção com base na teoria da conexão do risco. Uma vez que a aplicação desta teoria impede que se impute objectivamente o resultado ao seu autor, não se deve considerar esta conduta uma agressão ilícita para efeitos de legítima defesa. Argumentando que apenas uma visão que tenha por base um objectivismo extremado permite chegar, como fazem alguns autores (v.g. JESCHECK/WEIGEND), à conclusão de considerar esta agressão ilícita e, por isso, fundamentadora de uma

A ilicitude provém do resultado iminente/aparente não manifesto ou já produzido<sup>99</sup>. A favor desta concepção joga o argumento da situação do agredido, que estaria em melhor posição de avaliar, de forma mais segura, o ilícito do resultado ou a ameaça de uma lesão<sup>100</sup>.

Esta é, todavia, uma posição minoritária e contestada pela doutrina que identifica a ilicitude da agressão em legítima defesa com a teoria geral do delito – ou para alguns a teoria geral do ilícito enquanto centrada no desvalor da acção<sup>101</sup>. Refutam este pendor objectivo, argumentando que consiste numa discrepância da ilicitude da agressão na legítima defesa face à restante dogmática penal – elaboração do conceito de ilicitude penal, é, para estes autores, a

---

situação de defesa legítima. Parece-nos, contudo, que uma afirmação deste género, será uma contradição com as afirmações anteriores que o autor profere. Se estabelece que a ilicitude da agressão, para efeitos de legítima defesa, é uma ilicitude proveniente de qualquer ramo da ordem jurídico, não pode depois aplicar os constrangimentos que presidem à determinação da ilicitude no âmbito do direito penal, essa sim, centrada no desvalor da acção. A mesma crítica pode ser dirigida a MAURACH/ZIPF que, começando por afirmar que a agressão não tem se der *típica*, vêm colocar no plano da determinação da ilicitude da agressão, as especiais exigências dogmáticas da teoria geral do delito. Nos demais ramos do ordenamento jurídico, nomeadamente no direito civil, o ilícito tem carácter objectivo, centra-se no desvalor do resultado, *i.e.*, no dano. O mesmo raciocínio vale para conduta lícitas. Aludindo ao exemplo de escola para o estado de necessidade defensivo do condutor que, agindo de acordo com as regras de cuidado, perde o controlo do veículo em direcção a um transeunte, é completamente irrelevante que aquela conduta seja lícita ou ilícita. Confrontado com uma situação de perigo, o indivíduo adopta a conduta necessária à sua protecção, como *faría todo e qualquer cidadão colocado perante o mesmo circunstancialismo*. Exigir que a conduta do condutor seja ilícita para estarmos perante legítima defesa e não estado de necessidade é exigir que o indivíduo que se vê confrontado com um perigo ainda tenha de avaliar - como se fosse possível, o conteúdo de (i)licitude da conduta do outro. Assim, se nos movermos ainda no âmbito da doutrina - maioritária – que apela a um juízo *ex ante* na avaliação dos requisitos do instituto da legítima defesa. Só uma construção que se alinhe com a fixação dos pressupostos da defesa de uma perspectiva *ex post* – o que, adiantamos desde já não se compadece com as finalidades subjacentes ao direito penal – pode fundamentar tal desiderato. A afirmação de que, nestes casos, o agredido seria obrigado a suportar uma lesão na sua esfera jurídica não procede como argumento para o A., uma vez que teria sempre a possibilidade de agir em estado de necessidade defensivo – ficando por isso a sua defesa sujeita a um juízo de proporcionalidade - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 18, p. 415-16 e, convergente, C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 615 e ss, nm. 14 e ss.. A única possibilidade de atribuir congruência a uma construção como esta será afirmar, o que não cabe no âmbito deste estudo, que todo o ilícito (civil, contra-ordenacional) é materialização de um desvalor de acção.

<sup>99</sup> Neste exacto sentido, *vide* por todos, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), p. 366, n. 18. Entendendo a agressão como colocação em perigo de bens jurídicos, BINDING e VON LIZST, *apud* LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. II, 1.b), n. 50 e 53, p. 121.

<sup>100</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 443 e ss, nm. 15 e ss.

<sup>101</sup> A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., Cap. I, §2 e ss, *passim*.



afirmação segura, nos quadros de uma teoria que se *quer do* ilícito pessoal, de que o seu núcleo se centra no desvalor da acção, não se podendo vislumbrar a existência de um desvalor do resultado sem o correspondente desvalor da acção<sup>102</sup>.

A doutrina divide-se, quanto ao requisito da ilicitude da agressão, em três correntes essenciais: a afirmação da ilicitude de acordo com a teoria geral do delito (exigência de um desvalor da acção)<sup>103</sup> pelo que contra conduta lícita (e, por maioria de razão, contra condutas atípicas) não vale legítima defesa<sup>104</sup>, os que advogam uma ilicitude objectiva e, por isso, importante é o (potencial) resultado<sup>105</sup> e, finalmente, os que elaboram um conceito de ilicitude para efeitos de legítima defesa<sup>106</sup>.

As últimas teses, embora divergindo entre si, elaboram um conceito específico de ilicitude. De forma extremamente sintética e sem preocupação de exaustividade: SCHMIDHÄUSER defende um conceito mais restrito de ilicitude na legítima defesa, ao exigir que a agressão, além de atentar contra a vigência da norma, coloque em causa frontal e permanentemente o próprio ordenamento jurídico, isto é, a sua vigência empírica<sup>107</sup>. Esta é uma visão que tem claramente

---

<sup>102</sup> Assim, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 443 e ss, nm. 15 e ss.

<sup>103</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 615 e ss, nm. 14 e ss; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 443 e ss, nm. 15 e ss. Os últimos argumentam que distinção entre o ilícito pessoal e o ilícito objectivo não tem sido devidamente considerada no estudo deste tema.

<sup>104</sup> Em sentido semelhante, exigindo a tipicidade da conduta, LUZÓN PEÑA, *Causas...*, ob. cit., p. 27; *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, pp. 388-89, nm. 28-30. Contra condutas atípicas caberia o estado de necessidade defensivo.

<sup>105</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), p. 363.

<sup>106</sup> Cf. A teoria de GÜNTHER que distingue dois tipos de causas de justificação. Uma eliminam antijuridicidade do facto em geral (aqui estaria incluída e legítima defesa) e outras justificam somente o facto penal, e que denomina de causas de exclusão da ilicitude penal, qualificando-as como causas de justificação de menor intensidade. E explica esta bipartição de acordo com a especificidade que preside às valorações penais. Nesta lógica, se existem fundamentos específicos que presidem à incriminação – de maior gravidade por referência quer aos bens protegidos quer às consequências jurídicas, então o raciocínio contrário deve ser plenamente válido – devem existir causas, que pela sua especial referência aos bens jurídico-criminais, só excluem a ilicitude penal. Assim, um conceito unitário de justificação não se compadeceria com as valorações próprias de cada um dos ramos jurídicos, pelo que a admissão de causas de exclusão de ilicitude específicas dentro de cada ramo jurídico, permite, na opinião do A. um maior rigor conceptual. - H. L. GÜNTHER, «La clasificación de las causas de justificación», *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 48-51. Esta posição é acerrimamente criticada por A. TAIPA DE CARVALHO, principalmente em virtude do princípio da unidade da ordem jurídica - A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., Cap. I, §2.2.3., pp. 65 e ss, n. 113.

<sup>107</sup> *Apud*, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 444 e ss, nm. 18 e ss.

subjacente uma concepção supra-individual da legítima defesa – pelo que, rejeitada esta base, cai toda a construção. Outra crítica apontada a esta teoria é a da postergação do conceito unitário de ilicitude<sup>108</sup>.

Outras posições partem de uma base comum da exigência de culpa – assim, HAAS, HRUSCHKA e JAKOBS<sup>109</sup>. O último introduz uma limitação: a defesa não se deve considerar legítima perante agressões manifestamente não culposas, deste modo evitando que o risco de erro corra por conta do agredido<sup>110</sup>.

A esmagadora maioria da doutrina defende que a ilicitude da agressão não tem de se configurar como um ilícito penal, mas que pode provir da totalidade da ordem jurídica<sup>111</sup>. É decorrência lógica de tal assunção básica que se pode reagir em legítima defesa para repelir uma agressão que se configure como um ilícito em qualquer ramo do direito, desde o direito

---

<sup>108</sup> Nesse sentido, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 444 e ss, nm. 18 e ss.

<sup>109</sup> *Apud* C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 616-7, nm. 16-17. Entre nós, defendendo uma exigência adicional relativamente à agressão, devendo tratar-se de uma agressão ilícita e culposa, A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., 15.º Cap., II, §646 e ss, pp. 356 e ss.; *A legítima...*, ob. cit., pp. 259 e ss. O A. reconhece a força da principal crítica que lhe é avançada e que se prende com o próprio princípio da legalidade: o art. 32.º C.P. não faz qualquer referência à culpabilidade da agressão. Opera, por essa razão, uma tentativa de refutação daquela crítica, baseada em três argumentos essenciais. Em primeiro lugar avança que tal restrição do conceito de ilicitude – entendida como agressão ilícita e culposa – corresponde às finalidades do próprio instituto do direito de defesa, ou seja, na ótica do A., esta impõe-se na sequência de uma fundamentação preventiva da legítima defesa. De acordo com o mesmos, isto mesmo é reconhecido por FIGUEIREDO DIAS quando apela à interpretação teleológica do elemento da necessidade da defesa, procedendo à sua normativização, dando-lhe não só o respectivo significado fáctico – de meio necessário – mas ainda, uma significância “ético-normativa” de necessidade racional da própria defesa (J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §28, pp. 423-24). Desta forma, no entendimento de A. TAIPA DE CARVALHO, aquele A. exclui do âmbito da legítima defesa situações que se enquadrariam no seu teor literal. Em segundo lugar, refere o estado de necessidade justificante, consagrado no artigo 34.º CP, refugiando-se no argumento de que esta causa de exclusão da ilicitude foi também ela, durante certo tempo, supralegal, e essencialmente de natureza jurisprudencial. Finalmente, avança o A., o frágil argumento que a não aceitação do direito de necessidade defensivo – supralegal, nos moldes em que propõe, implica a aceitação da alternativa (como se se tratasse de uma ponderação de exclusão), da figura do abuso de direito da legítma defesa. Ora, como veremos mais adiante, esta argumentação, além de intrinsecamente débil, cai, desde logo, porque parte de uma base errónea – a ideia de que a legítima defesa se funda num duplo princípio de preservação/defesa dos bens jurídicos individuais e de prevenção geral e especial.

<sup>110</sup> *Apud* C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 616-17, nm. 16-7.

<sup>111</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §20, p. 417. Em sentido diverso, C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 615 e ss, nm. 14 e ss.

civil ao direito de mera-ordenação social ou até constitucional<sup>112 113</sup>. Afigura-se uma contradição profunda, assumir a amplitude da legítima defesa nos termos descritos, e não retirar as devidas consequências conforme defendemos.

Grande parte da doutrina portuguesa e germânica afirma relativamente a este ponto que aquele que actua ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude tem um direito de intervenção, pelo que não cabe legítima defesa contra a sua conduta, sendo o agressor obrigado a suportá-la<sup>114</sup>, por não existirem, nestes casos, quaisquer necessidades preventivas gerais que decorram do aludido princípio da prevalência do direito (ou, em algumas formulações do lícito sobre o ilícito)<sup>115</sup>. No âmbito de uma teoria do ilícito pessoal, esta concepção é inaceitável. Não existe um direito de intervenção e conseqüente obrigação da suportar a agressão<sup>116</sup>.

Ainda os que defendem, em geral, que a agressão não tem de ser especificamente penal, discutem se, no caso de revestir carácter penal, deve ter-se em conta a sua natureza dolosa ou negligente. A doutrina maioritária admite que em ambos os casos a agressão é relevante para poder fundamentar uma situação de legítima defesa<sup>117</sup>. Os argumentos são simples: em primeiro

---

<sup>112</sup> Vide, por todos, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §16, pp. 414-15.

<sup>113</sup> A impressividade desta abrangência do conceito de ilicitude é dado pelo exemplo da justificação por legítima defesa da conduta levada a cabo por alguém para impedir que outrem leve para uma festa o seu colar de pérolas sem a sua autorização - furto de uso não punível conforme decorre, *a contrario sensu*, do art.208.º do CP. Exemplo de J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §16, p. 415. Alerta o A. que é necessário impor uma limitação a esta *unicidade* entre a ilicitude em geral e a ilicitude da agressão no que à legítima defesa concerne, excluindo-se deste âmbito todos aqueles direitos que não se imponham *erga omnes* – também, M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, ob. cit, pp. 249-50. Exemplo semelhante R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit, §26, II, p.442, nm. 12.

<sup>114</sup> A velha expressão “contra legítima defesa não vale legítima defesa” e que podemos encontrar no acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça de 6/05/1992, BMJ, pp. 582 e ss., J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §17, p. 415; H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 c), p. 366; C. ROXIN, ob. cit., §15, IV, pp. 615, nm. 14; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, V, pp. 430-31, nm. 18; M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, ob. cit, pp. 232 e ss., em especial a p. 250. De acordo com os últimos, “existe nesta situação uma colisão de normas, uma de carácter proibitivo (a que se refere a conduta típica) e outra de carácter permissivo (a que permite a defesa), prevalecendo a última”.

<sup>115</sup> Neste sentido, também, S. MIR PUIG, ob. cit., p. 444, nm. 49.

<sup>116</sup> Assim, A. ALMEIDA COSTA. É possível, no âmbito da teoria do ilícito pessoal que o A. defende e à qual aderimos, existirem situações de verdadeira defesa face a condutas justificadas, especialmente em situações de *perigo* ou de *ameaça*. Cf. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 645.

<sup>117</sup> Contra, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARAN, ob. cit., p. 323 – defendem que a agressão tem de ser intencional, pelo que em relação a qualquer perigo que provenha de uma conduta descuidada, o seu afastamento deve ser feito

lugar, não se pode retirar, do elemento literal fornecido, no caso português, pelo art.32.º do CP (nem no caso da doutrina germânica do §32 do *StGB*) qualquer indicação no sentido de restringir a legítima defesa a agressões dolosas; depois, porque seria consagrar uma inoportável incerteza e insegurança, pela simples razão de que, na esmagadora maioria das vezes, será difícil para o agredido avaliar a natureza dolosa ou negligente da agressão<sup>118</sup>. Total razão assiste a estas críticas. FIGUEIREDO DIAS defende, também, que não se pode considerar contraditório tal ponto de vista, com a aquele que a doutrina maioritária considera ser o fundamento da legítima defesa, o princípio da prevalência do direito (e exigências de prevenção geral) com base na constatação de que também nas penas aplicadas aos crimes negligentes aquelas são tidas em conta<sup>119</sup>.

---

a coberto do estado de necessidade. No mesmo sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §19, pp. 416-17; M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, ob. cit., p. 250.

<sup>118</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, § 19, pp. 416-17. A afirmação está absolutamente correcta. Falta a mesma exactidão para as asserções que contendem com as questões ligadas à conexão do risco, conforme avança o A.. A mesma consideração vale, *mutatis mutandis*, para as condutas lícitas perigosas. Assim, o mesmo defendente que não está em posição - sempre numa perspectiva *ex ante* - de avaliar o conteúdo doloso ou negligente da situação de perigo, também não estará colocado em posição de avaliar a (i)licitude da mesma. Da perspectiva do defendente, é difícil conceber a possibilidade de uma formulação de um tal juízo, pelo menos naquelas constelações de fronteira que a generalidade da doutrina faz cair no âmbito do estado de necessidade defensivo.

<sup>119</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §19, pp. 416-17. Identificando o conceito de ilicitude de agressão com o dolo, LUZÓN PEÑA, não por referência à construção do ilícito, mas por referência ao próprio conceito de agressão. Esta acepção será confirmada pelo fundamento da legítima defesa de que parte, e por isso de uma função de prevenção geral decorrente do princípio da prevalência do direito, que segundo o A., pelo menos na vertente negativa, não está presente na punição dos crimes negligentes. Não se pode acolher tal argumento por se conceber como uma pura negação das finalidades das penas que não deixam de se fazer sentir quer o facto quer se configure como doloso ou como negligente - LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, I, 5, b, pp. 161 e ss. O A. avança vários exemplos para justificar tal posição, exigindo, face a condutas negligentes, que exista sempre uma advertência ao autor de tal conduta. Dado que este pode estar em negligência inconsciente não pode contar com uma *defesa*, apenas da persistência da conduta do agente pode nascer uma situação de legítima defesa. Dar-se-ia uma convalidação daquela conduta negligente em actuação dolosa após a advertência e, assim, segundo o A., já se tornaria expectável para o agora agressor uma defesa potencialmente lesiva - o que tudo conjugado, há, nestes termos, um verdadeiro *direito* de defesa. Parece evidente que o que se trata aqui, não é um problema relacionado com a qualidade da agressão, mas sim um verdadeiro problema de necessidade do meio. O que vem a ser confirmado pela asserção do A. quando afirma que perante acções negligentes que colocam em risco o bem jurídico *vida*, a advertência já não é viável por poder colocar em causa a defesa do bem. Cf. LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, I, 5.b), pp. 171-72.

Assim, defendemos a tese que afirma, ser condição suficiente para a afirmação da ilicitude da agressão, a *possibilidade de ocorrência de um dano/ aparência de risco não manifesta* para um bem jurídico do defendente ou de terceiro<sup>120</sup>. O que vem de afirmar-se poderia implicar, *prima facie*, uma confusão com o estado de necessidade (art.35.º CP). Sucede que a preservação do bem jurídico na legítima defesa se faz à custa da própria fonte do perigo, enquanto no estado de necessidade se faz à conta de um terceiro que nada tem que ver com a fonte de perigo. E é esta razão que explica o juízo de ponderação de bens/interesses no estado de necessidade – ainda uma ideia de exigibilidade, comum a todos os comandos criminais, mas *in casu*, da exigibilidade de um terceiro suportar uma lesão a um bem jurídico para preservar um outro em perigo, nada tendo contribuído para a sua criação<sup>121</sup>.

As construções acima explanadas, se bem que por motivos e com extensões diversas, acabam por remeter as situações que, na sua perspectiva não cabem no conceito de ilicitude para o plano do estado de necessidade, mormente, defensivo. Com esta remissão, fazem entrar os juízos de proporcionalidade que se encontram fora da legítima defesa, mas admitindo que se sacrifiquem bens superiores aos que se visam salvaguardar, o que está vedado no estado de necessidade.

Em nossa opinião, e em consonância com as afirmações tecidas, as situações tradicionalmente remetidas para a esfera daquela causa supralegal de justificação, configuram-se como verdadeiras situações de legítima defesa, não se revestindo de qualquer conteúdo útil a teorização de um tipo justificador naqueles termos.

---

<sup>120</sup> Contra, LUZÓN PEÑA, com fundamento na alegada dimensão supra-individual da legítima defesa decorrente do seu fundamento na preservação da ordem jurídica. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, II, 2, nm. 15 e ss, pp. 384 e ss; *Aspectos...*, ob. cit., I, 3 a), pp. 131-34.

<sup>121</sup> Semelhante, LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 24, I, 1, p. 405, nm. 1.

### ***1.1. Actualidade da agressão***

De acordo com uma formulação bastante generalizada, a agressão é actual quando “imminente, já se iniciou ou ainda persiste”<sup>122</sup>. Não é a representação do agredido que é determinante, mas a situação objectiva de uma perspectiva *ex ante*<sup>123</sup>. Os problemas no pressuposto da actualidade da agressão relacionam-se com a determinação quer do início, quer do fim da ameaça.

Alguma doutrina identifica a iminência da agressão – o bem jurídico encontra-se imediatamente ameaçado – com regime da tentativa, apelando, no caso português, para art. 22º CP, *i.e.*, para a definição de actos de execução<sup>124</sup>. Esta posição é rejeitada por um sector relevante da doutrina<sup>125</sup>. As fronteiras da tentativa devem situar-se o mais próximo possível da consumação, uma vez que, em boa verdade, se configura como uma antecipação da tutela penal<sup>126</sup>. Assim, em determinadas hipóteses, a aplicação deste critério poderia esvaziar o instituto da legítima defesa de qualquer conteúdo útil. Ao esperar pelo começo dos actos de execução para que a agressão se considere actual, pode já não ser possível repelir a agressão. Nos casos em que a defesa seja ainda possível, poderá ser mais gravosa para o agressor, do que seria se se considerar que a actualidade tem início antes da tentativa<sup>127</sup>.

Em sentido oposto, existem tentativas de demarcar o início da agressão num momento anterior - em que existe um conhecimento antecipado, certo ou com alto grau de segurança de

---

<sup>122</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 618, nm. 20; J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §11, p. 411.

<sup>123</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 d), pp. 366-7. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §11, p. 411.

<sup>124</sup> Assim, A. TAIPA DE CARVALHO, para quem o critério do início da tentativa deve ter por referência a alínea c) do n.º 2 do art.22.º CP, que estatui que são actos de execução os que, de acordo com a experiência comum, são de natureza que fazem esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores, *i.e.*, que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime ou idóneos a produzir o resultado típico. Nesta perspectiva, está aqui contido um critério seguro de delimitação dos actos que importam já a iminência da agressão e, por essa razão, susceptíveis de legítima defesa.

<sup>125</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 1 d), pp. 366-7; J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §11, p. 411.

<sup>126</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 619, nm. 21; J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §12, pp. 411-12.

<sup>127</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 619, nm. 21; Aderimos a tais críticas, mas importa ainda referir aquela esgrimida por FIGUEIREDO DIAS que alerta para a inadequação do regime da tentativa como critério para aferir o início da actualidade de uma agressão que não se dirige a bens tutelados pelo direito penal - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §12, pp. 411-12.

que aquela terá lugar. Para estas correntes, a agressão será actual no momento em que já não se torna possível repeli-la senão mediante a utilização de um meio mais gravoso – solução da *eficácia da defesa* de SCHMIDHÄUSER<sup>128</sup>. Segundo o A., uma agressão é actual sempre que o agressor a prepare de tal modo que já não seja possível uma defesa posterior, senão mediante um endurecimento dos meios<sup>129</sup>. O exemplo dos partidários da teoria da *defesa mais eficaz*: o dono de uma estalagem ouve, durante o jantar, três hóspedes combinarem entre si um assalto ao estabelecimento durante a noite<sup>130</sup>. A questão que se coloca, então, é a de saber se a colocação de soníferos nas bebidas daqueles indivíduos pelo dono da estalagem está a coberto da legítima defesa. De acordo com SAMSON, a actualidade da agressão verifica-se mesmo que esta venha a ocorrer no dia seguinte, se esta só puder ser evitada com elevado grau de segurança neste momento, em vez de posteriormente, com maior dificuldade/menor grau de segurança<sup>131</sup>. Este exemplo pode enquadrar-se naquilo que se designa por *legítima defesa preventiva*.

Acompanhamos aqui a crítica de ROXIN, quando afirma que aqui não só não podemos falar de actualidade, como nem sequer podemos falar de uma agressão<sup>132</sup>. Esta é, além do mais, uma situação contraditória com o monopólio estatal da força, uma vez que se resvalaria para um exercício privado desta, o que seria extremamente indesejável em termos político-criminais<sup>133</sup>. Em todo o caso, não colhe o argumento de que não admitir a legítima defesa antecipada será aceitar o endurecimento dos meios – se um meio ainda que gravoso é o único disponível, há-de considerar-se, sempre, como o meio necessário.

É ainda a propósito do requisito da actualidade que se debate a questão da designada *preparação antecipada da defesa* em relação a uma agressão eventual e de que são exemplo os dispositivos de disparo automático em caso de intromissão na propriedade<sup>134</sup>. A doutrina maioritária considera esta defesa como legítima; preenchidos que estejam os demais pressupostos do instituto, em especial a necessidade do meio, e com a salvaguarda essencial de

---

<sup>128</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §13-4, pp. 412-3; C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 619, nm 22.

<sup>129</sup> Tradução nossa. No mesmo sentido, SAMSON, *apud* C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 619, nm 22.

<sup>130</sup> Exemplo construído por LENCKNER/PERRON, *apud* FIGUEIREDO DIAS, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §13, pp. 412-13.

<sup>131</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §13, pp. 412-3.

<sup>132</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>133</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, V, p. 619, nm 22.

<sup>134</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §14, p. 413.

que tais dispositivos atinjam apenas o agressor<sup>135</sup>. Em boa verdade, o problema aqui não se prende com o requisito da actualidade, pois a defesa a ter lugar será sempre perante uma agressão actual.

Após a exposição das visões extremas, a generalidade dos autores coloca o início da actualidade algures entre este dois pólos opostos. Nesta linha de pensamento, a agressão actual no momento em que o agressor está imediatamente disposto a cometer a agressão, distinguindo-se todavia da agressão em preparação, ou planeamento, de acordo com a teoria da eficiência<sup>136</sup>. Concretizando: pode considerar-se que consiste já uma agressão actual se o A dirige a mão ao bolso para retirar uma arma para matar B, não necessitando o último de esperar que a arma lhe seja apontada para que se possa defender.

Resolvido problema do início da agressão, passemos a analisar o termo da actualidade da agressão. Enquanto a agressão persistir, até ao seu último momento, pode ter lugar a legítima defesa. Este término da actualidade não se identifica sempre com o momento da consumação (formal ou típica). Relevante será o “momento até ao qual a defesa é susceptível de pôr fim à agressão”<sup>137</sup>. Assim, acontecerá, por exemplo, na hipótese de C desferir continuamente golpes a D. O crime de ofensas à integridade física já se encontra consumado, mas é ainda possível repelir a agressão enquanto o primeiro segue agredindo o último.

---

<sup>135</sup> Cf., com algum detalhe, F. MUÑOZ CONDE/ M. GARCÍA ARAN, ob. cit., pp. 327-8 e J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §14, p. 413; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 458, nm. 49.

<sup>136</sup> Neste sentido, C. ROXIN, ob. cit., §15, V, pp. 619 e ss., nm 23 e ss.

<sup>137</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., II, §15, p. 413; A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, §662, pp. 366-67. Cf., com opinião convergente, MIR PUIG – que se refere ao requisito da actualidade como o requisito “ponte” entre a agressão e a defesa – necessário que se trate de um perigo próximo, S. MIR PUIG, ob. cit., p. 445, nm. 52.



## 2. A acção de defesa

### 2.1. *Necessidade do meio*

A legítima defesa pressupõe que na acção de defesa sejam utilizados os meios necessários para repelir a agressão actual e ilícita. A necessidade do meio não é, porém, questão pacífica e é aquele que levanta mais dúvidas na aplicação ao caso concreto. Assim, torna-se imperioso encontrar os critérios mais seguros que permitam determinar se os meios utilizados foram os necessários para afastar a agressão<sup>138</sup>. O juízo de necessidade do meio tem natureza *ex ante* e refere-se ao momento da agressão<sup>139</sup>. Toda a dinâmica do acontecimento deve ser avaliada objectivamente a propósito do preenchimento do requisito, aí incluídas as características físicas do agressor e do defendente, dos instrumentos de que um e outro se servem ou podem lançar mão<sup>140</sup>. No juízo de ponderação dos meios não entra a possibilidade de fuga, ainda que esta possa configurar um meio adequado para evitar a agressão<sup>141</sup>. Dúvidas não existem, também,

---

<sup>138</sup> Citando FIGUEIREDO DIAS, “o meio será necessário se for um meio idóneo e o menos gravoso para o agressor”. O autor identifica a necessidade do meio com a sua *indispensabilidade* - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §22, p. 419.

<sup>139</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 2 b), p. 368. A esmagadora maioria da doutrina está de acordo que o juízo da necessidade do meio é um juízo que se faz por referência ao momento da agressão e não tem por isso natureza *ex post*. Diremos mais. Esta avaliação deve ser efetuada ainda por referência à posição do defendente, à luz do padrão do homem médio, e por isso capaz de avaliar e se determinar perante a norma penal. Sobre este ponto deve incidir o juízo de (in)exigibilidade a consequente afirmação da (i)licitude da conduta.

<sup>140</sup> Ac. STJ de 4/11(1993); J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §22 e ss, pp. 419 e ss., A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., §666, p. 371; A *legítima...*, ob. cit., pp. 317 e ss., e R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 450, nm. 30.

<sup>141</sup> Assim, C. ROXIN, ob. cit., §15, VII, p. 633, nm. 47. LUZÓN PEÑA defende que a possibilidade fuga, como meio possível de defesa, não pode excluir a necessidade do meio. Afasta as imprecisas fundamentações que têm sido avançadas pela doutrina para justificar esta tese – desde as que defendem que a fuga é desonrosa, ou que não é exigível por ou ainda por que o “Direito não tem de ceder perante o ilícito”. Advoga, outrossim que, ainda que seja verdade que a fuga seja o meio de defesa idóneo para repelir a agressão, sem que haja qualquer dano para o agressor, conceber a fuga como meio necessário seria aceitar a agressão, e não impedi-la. Seria, ainda, aceitar uma segunda agressão – também ela ilícita - à liberdade de movimentos do defendente e, possivelmente, à própria sua dignidade, bens também eles defensáveis. Cf. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, IV, 2 b), p. 396, nm. 63 e ss.

quanto à afirmação de que a fuga seria o meio menos gravoso para o agressor<sup>142</sup>. Actualmente, a doutrina retira esta consequência da função de prevenção geral que dizem estar subjacente à legítima defesa: admitindo a possibilidade de fuga como meio a entrar em consideração afastaria tal função, pois significaria em termos fácticos, a prevalência da “lei do mais forte”<sup>143</sup>.

Em consonância com o que vimos defendendo, é a inexigibilidade objectiva que explica, sem o recurso a critério de ordem moral, que a possibilidade de fuga não se considere um *meio* de defesa<sup>144</sup>.

Ainda quanto a este pressuposto, é de referir que não deve ser considerar-se meio adequado aquele que não seja suficientemente seguro para repelir a agressão e, por isso, possa acarretar um risco para a vida ou integridade física do defendente<sup>145</sup>.

Pode, assim, perceber-se que ainda na avaliação de necessidade do meio, e da sua escalada conforme a intensidade da agressão, está subjacente uma ideia de *exigibilidade*, concretizada nos exemplos que a doutrina avança<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> Segundo JESCHECK/WEIGEND, vigora aqui o *princípio da menor lesividade para o agressor* - H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 2 ), p. 368; também, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 451.

<sup>143</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §23, p. 420.

<sup>144</sup> Assim. A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 644.

<sup>145</sup> Exemplo de escola é o envolvimento numa luta corporal para afastar uma agressão quando esta possa ter um resultado incerto para o agredido. Neste caso, o defendente não está obrigado a utilizar um meio menos gravoso, quando este possa representar um sério risco para a sua vida ou integridade física. Ilustração deste raciocínio é a exigência de que perante uma ameaça proveniente de quem não se encontra armado, o defendente que esteja na posse de uma arma deve efectuar um disparo de aviso que, em princípio, será suficiente para impedir a agressão. Somente quando o agressor persista, deve o defendente atirar contra ele e, ainda assim, visando partes não vitais do corpo (excluindo, por isso, a cabeça ou o tronco). Cf. H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 2, p. 368.

<sup>146</sup> A utilização de um meio mais gravoso quando outro mais benigno à disposição do defendente seria idóneo a repelir a agressão configura um excesso intensivo de legítima defesa que, por sua vez, pode ser esténico (estado de raiva, cólera, vingança, furor) ou asténico (medo, susto, pavor). O regime do excesso de legítima defesa encontra-se previsto no art.33.º CP.

## 2.2. A inexigibilidade objectiva de suportar a agressão

Analisaremos neste capítulo o requisito que designa de *inexigibilidade objectiva de suportar a agressão* e que se distingue das exigências relativas à necessidade do meio<sup>147</sup>, relacionando-se, outrossim, com a *admissibilidade normativa da própria defesa*.

Merece especial referência a análise deste requisito no âmbito da doutrina germânica, e que se interliga com o problema da necessidade do meio, mas que com ele não se confunde, fazendo autonomizar-se a necessidade da defesa em si mesma considerada. A redacção do §32 do *StGB* refere-se à necessidade da defesa, com a expressão *geboten*, que pode traduzir-se como “indicada” ou “imposta”. É por referência a esta expressão que, na doutrina alemã, se exige a necessidade do meio, em cujo juízo de ponderação deverão considerar-se todas as

---

<sup>147</sup> Diversa a posição de A. TAIPA DE CARVALHO, que entende que os AA. que perfilham uma tese como a do texto, só o fazem à custa de uma normatização dogmaticamente incorreta do pressuposto da necessidade do meio. Este pressuposto tem assim um duplo significado: um puramente descritivo – a acção de defesa será considerada necessária, quando nas circunstâncias concretas em que o defendente se encontra colocado ela seja considerada indispensável para repelir, em termos naturalísticos/factivos, a agressão; e outro de alcance normativo, ao estender o requisito da indispensabilidade de à acção de defesa em si mesma considerada como razoável no sentido normativo. Vide A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., IV, §664 e ss, pp. 367 e ss; *A legítima...*, ob. cit., I, §13, p. 316. Segundo M. F. PALMA, “entre a necessidade de 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.”, M. F. PALMA, *A justificação...*, pp. 339-40. Contraditório que a A. utilize um argumento de ordem sistemática, estendendo o critério de proporcionalidade da alínea c) do art.34.º CP na legítima defesa e que prevê a razoabilidade de imposição do sacrifício ao lesado - argumento que serve de base a toda a sua teoria da legítima defesa como um problema de delimitação de direitos - e depois venha afastar as críticas, como a que é erigida por A. TAIPA DE CARVALHO supra, ou contra argumentação no sentido de afastar a existência de um requisito de necessidade de defesa *a se*, argumentando que o art.32.º CP “depois de estabelecer uma inquestionável identificação entre a legítima defesa (entendida, dinamicamente, como exercício de um direito e não como instituto) e o favor defensivo, exige que este seja o meio necessário. A necessidade é referida, *expressis verbis*, à própria defesa e não, limitadamente, ao meio de defesa. Um eventual contra-argumento sistemático, deduzido do art.33.º, por aludir ao excesso nos meios empregados na defesa, é, por seu turno, inconclusivo. Só valeria se se provasse, cumulativamente, que o legislador pretendeu prever e privilegiar, todas as situações de excesso - intensivas e extensivas – e que não seria viável uma interpretação extensiva ou aplicação analógica do preceito aos casos de excesso por desnecessidade de defesa”. Ora, no mínimo trata-se de uma incoerência, pois também a A. teria de convencer, de forma suficiente, que o estado de necessidade justificante do art.34.º CP é, não só uma causa de justificação, mas também um princípio geral aplicável às causas de exclusão de ilicitude, o que não logra alcançar. M. F. PALMA, *A justificação...*, pp. 352-53.

circunstâncias da situação de defesa, desde a surpresa e intensidade da agressão, à perigosidade do agressor, aos meios disponíveis para a defesa<sup>148</sup>. A avaliação da necessidade da defesa tem pois um carácter bilateral: do lado dos meios e do lado da própria defesa; esta, no concernente à sua adequação e, aqueles, relativamente ao sua menor lesividade ou gravidade. Assim, neste sentido, consideram MAURACH/ZIPF o critério da necessidade da defesa<sup>149</sup> para sustentar a agressão. Explicam que, juntamente com o estudo deste requisito, no âmbito alemão, a doutrina mais recente tem tratado o da *imperatividade* da defesa, no sentido do § 32 do *StGB*, como um elemento autónomo, abrindo o estudo a considerações de exigibilidade<sup>150</sup>.

Para ROXIN, a análise da expressão *geboten* verte-se na exigência de que a defesa seja normativamente imposta e, por isso, permitida<sup>151</sup>, fazendo pois aquela exacta operação de autonomização supra referida. Daqui retira o autor as restrições à legítima defesa, devendo operar-se com os “limites imanentes do princípio da prevalência do direito”<sup>152 153</sup>.

---

<sup>148</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, II, 2, p. 368.

<sup>149</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 449 e ss., nm. 28 e ss.. No direito espanhol, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARAN, ob. cit., pp. 326-27.

<sup>150</sup> Consideram os mesmos AA. que tal operação, com o fito de introduzir limitações ético-sociais à legítima defesa, é duvidosa no sentido de se atender à imperatividade ao invés da necessidade. O elemento imperativo adquiriria autonomia na medida em que a necessidade se reportaria apenas à situação de facto ao passo que o elemento imperativo identificar-se-ia com a análise normativa da adequação da defesa - R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 449, nm. 29. BAUMANN/WEBER recorrem a este critério para solucionar os casos de crassa desproporção entre o bem protegido e a acção de defesa e os casos denominados de meras incorreções, *apud* R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 454-5, nm. 39. MAURACH/ZIPF, discordam da utilização da terminologia “restrições ético-sociais à legítima defesa”, pois que se trata de verdadeiras restrições jurídicas, baseadas em fundamentos ético-sociais (por ex., a garantia de uma solidariedade mínima para JAKOBS), já que no campo daquelas valorações o consenso é menor, donde derivaria a controvérsia acerca da justificação, fundamentação e reconhecimento de tais restrições, ainda que exista uma ampla concordância em torno da necessidade de limitar a legítima defesa a uma “medida socialmente aceitável” - R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 453, nm. 37.

<sup>151</sup> Cf. a discussão que ROXIN expõe acerca da utilização da terminologia de “restrições ético-sociais” à legítima defesa - C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, p. 637, nm. 54.

<sup>152</sup> C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, pp. 636 e ss, nm. 54 e ss. Esta orientação não é, contudo, pacífica.

<sup>153</sup> S. MIR PUIG, no estudo da legítima defesa do Código Penal espanhol - que exige no seu art.20.º a “necessidade racional do meio empregue” - fala em dois tipos de necessidade: a necessidade “abstracta” de defesa – a necessidade de defender-se de alguma forma; e a necessidade do meio defensivo “concretamente” utilizado – necessidade da concreta defesa, retirando daqui importantes consequências. Faltando a necessidade “abstracta” de defesa não há lugar a legítima defesa. Se existe aquela, mas a defesa concretamente empregada é excessiva, estamos perante um excesso intensivo de legítima defesa, podendo aplicar-se a eximente incompleta do art.21.º,

O requisito da *inexigibilidade objectiva de suportar a agressão* refere-se à própria defesa – à sua admissibilidade normativa - e não aos meios que podem ser utilizados<sup>154</sup> É, no fundo, a introdução de um requisito que é inerente ao próprio conceito de legítima defesa e leva alguma doutrina a rejeitar a teoria dos limites ético-sociais da legítima defesa<sup>155</sup>, por serem limites

---

1 do Código Penal Espanhol - S. MIR PUIG, ob. cit., p. 448, nm. 62. Diferente, LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, Cap. 23, III, 2 a) e ss., p. 391, nm. 40 e ss.; *Aspectos...*, ob. cit., Apéndice 1, V, 4, p. 558. A *necessidade racional* do meio que aquela norma refere liga-se à absoluta necessidade do meio e não da defesa *a se*. Aquela deve ser avaliada de uma perspectiva *ex ante* e de acordo com um critério geral-objectivo - o meio que seja *racionalmente fundado* para um homem diligente colocado na posição do deficiente. De acordo com esta asserção é, para o A., de afastar as posições que defendem que este juízo se deve fazer da perspectiva do agente, pois naquele concreto circunstancialismo não é *exigível*, nem *expectável* uma fria avaliação da situação pois, não raras vezes, o deficiente actuará em estados asténicos e de forma precipitada, circunstâncias que o A. remete para a avaliação em sede de culpa. A *necessidade racional do meio* desempenha, ainda assim, uma dupla função, *i.e.*, assume um duplo significado: aquele que acabamos de referir, ligado a uma função ampliadora, pois basta-se com uma crença objectiva e racionalmente fundada de que era necessário recorrer àquele meio, ainda que a *posteriori* se demonstre que este não era necessário. É uma função restritiva, a que o A. recorre para balizar os casos de crassa desproporção entre os bens jurídicos em conflito. Assim, esta necessidade do meio deve ser considerada racional não apenas daquele ponto de vista objectivo, mas também deve ser razoável do ponto de vista social e jurídico, no sentido da necessidade da acção defensiva – “procedimento defensivo”. Assim, *in limine*, mesmo que um meio seja necessário, mas não seja social e juridicamente razoável a sua utilização, por causar um dano absolutamente desproporcional ao bem que se visa salvaguardar, este meio não pode ser considerado racionalmente necessário. Igual raciocínio é utilizado pelo A. para se referir ao critério de avaliação da necessidade do meio empregado face à defesa contra agressões perpetradas por inimputáveis – remetendo estes casos para os limites aplicáveis na figura do estado de necessidade, admitindo a possibilidade de fuga como um meio idóneo e necessário. Posição que começou a defender a partir da segunda edição das suas lições. Cf. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, IV, 3 a) e b), pp. 397-98, nm. 69 e ss.

<sup>154</sup> À semelhança da divisão que ROXIN opera a propósito do *StGB*, e que denomina de *necessidade de defesa*. Entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §28, p. 423.

<sup>155</sup> Assim, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §28, p. 423. Concordamos com as razões aduzidas pelo autor para a rejeição dos limites ético-sociais à legítima defesa. Também não podemos aceitar as correntes doutrinárias que defendem que os limites ao exercício da legítima defesa hão-de ser dados pela figura do *abuso de direito* – E. CORREIA, ob. cit., p. 59. Embora se trate de um critério jurídico não se revela adequada neste âmbito pela simples razão de, em nosso entendimento, não existir um *direito* de defesa. Neste último sentido, A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., n. 160, p. 645.

externos, ao passo que a *inexigibilidade objectiva de suportar a agressão* se liga ao fundamento da própria legítima defesa<sup>156</sup>.

De acordo com o que vimos defendendo, na análise deste pressuposto, todas as considerações não-de resumir-se àquilo que é *(in)exigível* ao homem médio, o que implica reconhecer que em determinadas constelações que a doutrina configura como excepcionais, mais não estamos do que perante normais balizas ao funcionamento da legítima defesa, *i.e.*, perante regras gerais. Nesta ordem de ideias, a sistematização de grupos diversos conforme as propostas de alguma doutrina, serão tidas em consideração apenas por razões de clareza expositiva<sup>157</sup>.

Cumpre, finalmente, concordar com as afirmações de que os limites à legítima defesa, não-de ser dados por critérios normativos e não de natureza externa, *i.e.*, ético-sociais. Podemos admitir a sua nomeação como *necessidade de defesa* com FIGUEIREDO DIAS, preferindo, todavia a terminologia adoptada no presente capítulo. Para tal não podemos prescindir do princípio que fundamenta os tipos justificadores, ou seja, do princípio da *inexigibilidade objectiva*. Só à sua luz podem ser compreendidas as variadas restrições à legítima defesa avançadas pela doutrina.

---

<sup>156</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, iniciando pela asserção de que a função da exigência da agressão ilícita (no sentido de típica) ocorre em virtude de razões ético-sociais em ordem estabelecer limites ao princípio da prevalência do Direito, pelo que a legítima defesa só poderá ocorrer face a agressões muito graves a bens jurídicos muito importantes, vêm depois admitir que as mais das vezes estas restrições se conseguem em virtude da aplicação dos requisitos da necessidade e da proporcionalidade da defesa. Cf., F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARAN, ob. cit., pp. 323 e ss.

<sup>157</sup> Nestes termos, a sistematização que mais eco encontra na doutrina portuguesa pertence a J. FIGUEIREDO DIAS e que se analisa nos seguintes grupos: 1) “agressões que não comportam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido”, em que faz caber dois sub-grupos: as agressões não culposas e as agressões provocadas; 2) “crassa desproporção entre o significado da agressão e da defesa”; 3) relações de proximidade existencial e, finalmente, 4) actuações das autoridades. Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §28. p. 424, De acordo com ROXIN, a necessidade da defesa deve ser avaliada à luz da interpretação teleológica da expressão “*geboten*”, de que o facto seja “imposto” – cf. C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, p. 635, nm. 51. ROXIN divide as restrições à defesa em cinco grupos: agressões não culposas, agressões provocadas, agressões insignificantes, agressões perpetradas nas relações de garante e, finalmente, agressões mediante ameaça. Vide, C. ROXIN, ob. cit., §15, VII, pp. 637 e ss., nm. 54 e ss. Advertimos, contudo, que não serão tecidas quaisquer observações a propósito das actuações das autoridades, essas sim, sujeitas a um critério de proporcionalidade, nos termos do art.266.º, n.º 2 e art.272.º, n.º 2, ambos da CRP.

De acordo com esta ordem de ideias<sup>158</sup>, inciámos pela análise das agressões que possam representar uma *crassa desproporção entre o bem sacrificado e o defendido*<sup>159</sup>. Segundo alguma doutrina portuguesa, nestes casos não está em causa a insignificância da agressão, que está já sujeita a uma “reserva de relevância social”<sup>160</sup>. Assim, estabelecem um critério de proporcionalidade entre os bens em conflito, de forma a afirmar-se a legitimidade da defesa<sup>161</sup>. Para estas correntes, a justificação da conduta depende de um resultado lesivo que não seja sensivelmente superior ao que resultaria da agressão (aproximação ao estado de necessidade); ou, em outra formulação, considera-se que a agressão a bens que não são definidores da dignidade humana (a vida e a integridade física), rejeita a defesa se esta determina a morte ou lesões graves à integridade física do agressor<sup>162</sup>. Outra corrente defende que é aquela *manifesta desproporção*, em si mesma considerada, que deve ser questionada no âmbito da necessidade de defesa. Defender que nestas hipóteses devem entrar exigências decorrentes de um critério de proporcionalidade mostra-se violador dos pressupostos básicos da legítima defesa levando

---

<sup>158</sup> Afirma FIGUEIREDO DIAS que em determinados casos, apesar de se estar perante uma actuação agressiva que preenche os requisitos da actualidade e da ilicitude, esta não se apresenta como “uma ofensa socialmente intolerável dos direitos do agredido”. É assim restringida a possibilidade de defesa por referência à necessidade de reafirmação do direito perante o ilícito. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §29, p. 424. Tal como temos insistido, rejeitada esta base, não podem aceitar-se os fundamentos que se avançam para a limitação do exercício da legítima defesa, se bem que se concorda com algumas das soluções.

<sup>159</sup> Para ROXIN, nestas constelações cabe invocar a insignificância da agressão e, por isso, a sua irrelevância. Para o A. O limite deve ser traçado onde a defesa represente um risco sério para a vida do agressor, apoiando-se, também, num argumento de ordem constitucional, o valor da vida humana consagrada nos § 1 e 2 da *GrundGesetz* - C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, pp. 446 e ss., nm. 71 e ss.; É, ainda de acordo com o critério da irrelevância da agressão, que LUZÓN PEÑA nega a existência de uma situação de legítima defesa nestes casos. Assim é porque, de acordo com o A., apenas as condutas típicas – e de entre estas apenas as dolosas - se podem configurar como uma agressão e as condutas irrelevantes não chegam a atingir o patamar da tipicidade. LUZÓN PEÑA, *Aspectos...*, ob. cit., Cap. 2, B, 2, b, p. 142.

<sup>160</sup> Pelo que as bagatelas não caberão no âmbito da norma. Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §36, pp. 428 e ss. Assim, o problema que aqui se coloca, segundo TAIPA DE CARVALHO, é que se está perante agressões relevantes, mas que ainda assim não deixam de estar em maciça desproporção com a defesa, ainda quando se possa confirmar a necessidade do meio - por exemplo, é o *único* meio disponível e, por isso, idóneo nos termos acima aferidos. Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., n. 6, p. 487.

<sup>161</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §32, III, 3 b), p. 373.

<sup>162</sup> M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., pp. 248 e ss. e 313 e ss.

a uma confusão entre a legítima defesa e o estado de necessidade<sup>163</sup>. Quer dizer, a velha ideia segundo a qual a defesa não pode ser considerada legítima quando se revela manifestamente excessiva em face dos bens alvo da agressão, pelo que representa um abuso do direito de legítima defesa<sup>164</sup>. Para estes autores, deve negar-se a necessidade da defesa sempre que se verifique uma inoportável desproporção jurídica entre a acção de defesa e a agressão: nesta linha, uma tal defesa será “inadmissivelmente excessiva” e, por isso, abusiva – daí que não possa considerar-se necessária<sup>165</sup>.

Se estamos de acordo, quanto à negação da defesa nestas constelações, defendemos que a fundamentação que lhes está subjacente apenas pode contender com o princípio da

---

<sup>163</sup> Assim, nesta óptica, a melhor perspectiva seria aquela que pode levar à eliminação da própria necessidade de defesa, pois é a que mais se aproxima ao seu fundamento de *preservação do direito na pessoa do agredido* - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §36, p. 428.

<sup>164</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §38 e ss., pp. 429 e ss. MIGUEZ GARCIA/CASTELA RIO, quanto às agressões pré-ordenadas e às agressões insignificantes aderem à tese do abuso do direito - MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, ob. cit., p. 256. Cf., ainda, H. WELZEL, ob. cit., §14, II, 2, p. 104. E, já assim, E. CORREIA, ob. cit., pp. 41 e ss. A favor da tese do abuso do direito neste ponto também se mostram MAURACH/ZIPF. À semelhança do que sugere FIGUEIREDO DIAS, aqueles explicam que existe uma crescente tendência para incorporar o princípio da proporcionalidade (na vertente de proibição do excesso) como critério geral na legítima defesa. Ora, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, a introdução de uma ponderação deste tipo na legítima defesa, significaria abandonar a clara delimitação que existe entre a legítima defesa e o estado de necessidade. De forma a contornar este problema, uma corrente jurisprudencial alemã recorre à extensão do princípio do §226 BGB, *i.e.*, quando o único propósito do exercício de um direito é causar danos, às hipóteses em que ocorre uma inaceitável desproporção entre o bem a proteger e a gravidade da acção defensiva. Se bem que os AA. concordam com o resultado, discordam relativamente ao caminho traçado pelos tribunais, pois na prática, e sob a aparência de uma nova formulação, procedem a um juízo de ponderação de bens. Postergando um juízo de ponderação de bens em favor de uma ponderação de interesses, LENCKNER, sendo necessário para a justificação de um facto a existência de um interesse preponderante do ordenamento jurídico na acção defensiva, ou, na formulação de NOLL, pelo recurso a uma ponderação de valores. Os princípios considerados para levar a cabo uma restrição da legítima defesa (princípio da proporcionalidade, cláusula de adequação, ponderação de bens, abuso do direito, etc.) não são utilizáveis de forma equivalente na aplicação do direito. Nem se pode, segundo MAURACH/ZIPF, recorrer a uma cláusula de adequação social, já que esta exigira uma previsão legal expressa, nem tampouco se pode fazê-lo por recurso ao princípio da proporcionalidade que rege apenas para a actuação das entidades públicas não tendo lugar na regulação das condutas entre particulares, sem mais. Para os AA. resta apenas a hipótese da proibição do abuso do direito. Dado que o agressor é quem se encontra em melhor posição para avaliar quando o exercício do direito é abusivo, este princípio não representa uma sobrecarga excessiva para ele. Cf. R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 451-52, nm. 33.

<sup>165</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §38 e ss., pp. 429 e ss.



*inexigibilidade objectiva* e que importa afirmar que nestes casos, é *exigível* ao sujeito agredido, como seria a todo e qualquer cidadão, que suporte uma agressão nestes termos. E diremos que, nos casos clássicos apontados pela doutrina, é este o critério que permite, sem o recurso a um juízo de ponderação que não cabe neste âmbito, e de acordo com o seu sentido mais profundo, perceber porque se deve negar a existência de legítima defesa. À luz das valorações penais e do sentido da sua intervenção, é de exigir a todo e qualquer cidadão que suporte uma lesão deste tipo. É o caso da negação da defesa perante um furto de um maçã por uma criança, quando o proprietário do pomar de idade avançada e, por isso, com dificuldades de locomoção, tem como único meio disponível para sustentar a agressão uma arma de fogo.

Já nas situações que a doutrina coloca sob a égide das relações de proximidade existencial, fazem operar uma restrição mediante um critério de insignificância da agressão utilizando os deveres de garante para aferir da suportabilidade da agressão. Assim, do que vão buscar aos fundamentos que entendem subjazer à legítima defesa, fazem decorrer soluções ou teorizações aparentemente contraditórias em relação a estas agressões e àquelas anteriormente analisadas. Deste modo, temos que perante qualquer agressão dita insignificante – seja qual for o critério que se utilize para aferi-la – não existirá nunca uma situação de legítima defesa, seja qual for a circunstância em que esta ocorra. Pois é *exigível* a qualquer cidadão, *i.e.* ao homem médio, que suporte uma agressão deste género, numa consideração *ex ante*, pois tal asserção é aquela que subjaz à consciência colectiva que dita os valores essenciais da convivência comunitária e que está na base do juízo de (i)licitude das condutas. Qualquer pessoa, colocada naquela mesmíssima situação, teria de se abster da utilização que um meio que represente perigo para a vida ou integridade física do agressor. Mais, se a doutrina insiste em fazer da *advertência* um meio de defesa – este seria, a considerar-se que existiria uma situação de legítima defesa - o único meio adequado para sustentar aquela agressão. Afirmar que, tratando-se de *agressões não sérias*, devem ser suportadas em homenagem às relações de garante é absolutamente falso. É, quanto a nós, indiferente, do ponto de vista da legítima defesa, a consideração das relações de proximidade<sup>166</sup>. O critério, conforme temos insistido, não pode ser senão um critério geral face

---

<sup>166</sup> Pessoas que se encontram numa relação de proximidade geradora de especiais laços de solidariedade juridicamente relevantes – *v. g.*, relações familiares e análogas. De acordo com uma parte significativa da doutrina, as restrições devem operar no seio destas relações quando seja seguro que da agressão não resultarão lesões sérias. Segundo ROXIN, tem também menor preponderância, nestes casos, o princípio da prevalência do direito. O A. faz depender o reconhecimento destas relações de proximidade com as regras da teoria da omissão e, por isso,

a todas as lesões que se possam ter como não sérias/insignificantes. Tudo está em saber se, do ponto de vista do defendente enquanto *pessoa social*, lhe é exigível suportar aquela agressão.

Relativamente às constelações de agressões não culposas – *i.e.*, aquelas actuais e ilícitas perpetradas por inimputáveis, por quem actua em erro sobre a ilicitude não censurável ou a coberto de uma causa de exclusão da culpa<sup>167</sup> - resolvem-se por referência ao mesmíssimo princípio. Posto que a ausência de culpa seja cognoscível para o defendente, enquanto *homem médio*, este deve abster-se de qualquer conduta. Somente, quando não lhe seja possível furtar-se ao confronto, e se torne por isso *inexigível suportar a agressão*, como seria para a *pessoa social*, pode este adoptar a conduta *normativamente necessária* ao afastamento da agressão. Todavia, para alguma doutrina e em virtude da adesão a um princípio de prevalência do direito, ainda que integrada pelo princípio de protecção de bens jurídicos, fazem decorrer de tal pensamento a formação uma “proporcionalidade inversa” entre a responsabilidade do agressor pela sua actuação e as maiores limitações da necessidade de defesa<sup>168</sup>. Aqui, a possibilidade de fuga, deve entrar no juízo de ponderação dos meios<sup>169</sup>; este juízo deve comportar também, a avaliação da possibilidade de recorrer a auxílio alheio para pôr termo à agressão da forma menos danosa possível – considerando que, em tal caso, a defesa não é necessária. *A contrario*, a *necessidade da defesa* dá-se quando não haja qualquer daquelas possibilidades. Não preenchendo estes requisitos, assiste ao agredido, segundo a esmagadora maioria da doutrina, um direito de necessidade defensivo e, assim, sujeito a um critério de proporcionalidade

---

fundadas na existência de um dever de garante. Tais restrições funcionam, para ROXIN, enquanto a agressão não anular aqueles deveres de garante/solidariedade - C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, pp. 651-52, nm. 81 e ss.

<sup>167</sup> Também quem actua com culpa sensivelmente diminuída, C. ROXIN, ob. cit., §15, VII, pp. 637 e ss, nm. 54 e ss., §15, nm. 55 e 58; J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §30, p. 425.

<sup>168</sup> FIGUEIREDO DIAS, 15.º Cap., III, §30, p. 425; MAURACH/ZIPF, §26, II, nm. 38, pp. 453-54. ROXIN chega a conclusão idêntica, com uma argumentação ligeiramente diversa - pois o ordenamento pode renunciar à prevenção por meio da aplicação da pena – não há pena sem culpa; também decorre dos valores do mesmo ordenamento jurídico limitar a prevenção por meio da legítima defesa, devendo esta ser exercida nos estritos limites de imprescindibilidade de protecção do agredido; desta linha de racíonionio derrivam, para o A., três critérios a ser observados na defesa contra este tipo de agressões que coincidem, no essencial, com o texto - C. ROXIN, ob. cit., §15, VII, pp. 637-39, nm. 55-58.

<sup>169</sup> M. F. PALMA distingue, na análise da necessidade de defesa – e da questão conexas da possibilidade de fuga – um dever de evitar a agressão, que seria corolário de um princípio geral de necessidade da própria defesa, ao passo que o dever de fugir teria uma conotação moral impondo sacrifícios ao defendente pela não aceitação da produção de um mal na esfera do agressor. Assim, para a A., o que está em causa, em determinado tipo de agressões, é um dever de evitar a agressão e não um dever de fuga. Cf. M. F. PALMA, *A justificação...*, ob. cit., p. 381.

conforme consagrado naquele instituto<sup>170</sup>. Esta asserção é impressiva das dificuldades com que a doutrina se depara para a correcta compreensão do sentido do instituto que nos ocupa.

Posto que seja cognoscível que a agressão é não culposa, a (in)exigibilidade determina que o defendente se furte ao confronto. Não se trata, pois, de um qualquer juízo de ponderação ou proporcionalidade, nem da assunção da possibilidade de fuga como um meio de defesa. Se for exigível à *pessoa social* que face a um agressão não culposa utilize o meio *fuga*, este é o meio necessário. Contudo, se devido à persistência ou gravidade da agressão, o agente não puder eximir-se ao confronto, então a defesa *considera-se normativamente admitida*.

Já no que concerne à agressões provocadas<sup>171</sup>, deve distinguir-se as agressões provocadas e as provocações pré-ordenadas. Na primeira hipótese, é o agredido que origina a situação de conflito, *v.g.*, através de injúrias, da prática de actos ilícitos mas não actuais ou até de actos lícitos mas socialmente reprováveis. Se em resposta à provocação, o provocado comete uma agressão ilícita e actual contra o provocador, a doutrina maioritária afirma que deverá ainda aqui asseverar a verificação da necessidade da defesa por parte do provocador, ainda que sujeita a restrições<sup>172</sup>. Estes serão os casos mais frequentes e que mais dificuldades suscitam<sup>173</sup>. Apesar de não se refutar em bloco a presença da necessidade da defesa, a doutrina introduz-lhe fortes restrições, que, no limite, podem ir até a uma verdadeira negação daquela necessidade. Para se considerar a defesa necessária é preciso que a provocação assumo o carácter de um facto ilícito que ofenda um bem jurídico do provocado ou de terceiro, tem de existir uma estreita ligação temporal e **adequada proporção** entre a provocação e a agressão<sup>174</sup>.

Solução diversa é aquela que as teses maioritárias entendem dever presidir nos casos de provocação pré-ordenada. Aqui a conduta do provocador tem como objectivo desencadear uma agressão actual e ilícita por parte do provocado e, deste modo, criar uma situação de legítima

---

<sup>170</sup> A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima...*, ob. cit., n. 6, pp. 490 e ss.

<sup>171</sup> Cf. MIR PUIG - a falta de provocação como requisito autónomo da legítima defesa, no direito espanhol, previsto no art.20.º, 4.º do Código Penal Espanhol - S. MIR PUIG, ob. cit., pp. 450 e ss., nm. 62 e ss.

<sup>172</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §32, p. 426. Em sentido similar, a generalidade da doutrina - cf., por todos, C. ROXIN, ob. cit., §15, VII, pp. 642 e ss., nm. 64 e ss.

<sup>173</sup> Assim, J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §34, pp. 426-27. Cf., com mais detalhe, R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 456 e ss., nm. 43 e ss.; também, C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, pp. 641 e ss., nm. 63 e ss. – o último faz operar nas agressões provocadas as três restrições que avança para as agressões não culposas.

<sup>174</sup> Cf. R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 458, nm. 48.

defesa, pelo que a maioria da doutrina nega a defesa<sup>175</sup>. Mas a negação da defesa só vai, de acordo com alguma doutrina, até onde o provocador assumiu um risco. Se, contudo, a agressão resultante da provocação, provoca uma reacção, cuja perigosidade vai além do que era esperado pelo agressor, existe uma situação de legítima defesa, com a particularidade de que aqui se revela preponderante uma obrigação de o provocador se eximir ao ataque<sup>176</sup>. Só quando não for, de todo em todo possível furtar-se à agressão e esta se revelar como um risco sério para a sua vida ou integridade física, surge para o provocador, em toda a sua plenitude um direito de legítima defesa<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> FIGUEIREDO DIAS e ROXIN, negam a necessidade da defesa com base no argumento de que, nestes casos, não estão presentes quaisquer necessidades de reafirmação do direito - J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap., III, §33 e ss, pp. 426 e ss.; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit, §26, II, pp. 446-7, nm. 22.

<sup>176</sup> Uma construção doutrinária, claramente minoritária, defende que o provocador mantém sempre o seu direito de legítima defesa (v.g. SCHMIDHÄUSER) ou, então, faz depender a sua existência plena de uma impossibilidade de o provocador se furtar ao confronto originado pela sua conduta (SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER), responsabilizando penalmente o defendente pela provocação culposa de uma situação de legítima defesa, como autor doloso do resultado da sua conduta - *actio illicita in causa*. Para uma análise destas teses, vide Luzón Peña, *Aspectos...*, ob. cit., Apéndice 3, pp. 587-614.

<sup>177</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit, §26, II, pp. 456-7, nm. 45.

## VI. Elemento subjectivo

Para a justificação de uma conduta não basta que concorram os elementos objectivos de que a concreta causa de exclusão da ilicitude depende. O deficiente deve conhecer e querer a situação de legítima defesa: esta é a opinião maioritária<sup>178</sup>. Existem, contudo, vozes discordantes, quer no sentido de exigir um elemento subjectivo especial<sup>179</sup>, quer no sentido de defender uma concepção puramente objectiva das causas de justificação, no âmbito da qual bastaria a verificação da situação objectiva de defesa para que a conduta fosse justificada<sup>180</sup>.

Os partidários da doutrina que defendem a exigência de um *plus* relativamente ao conhecimento dos pressupostos de facto da legítima defesa, ou seja, exigem uma determinada direcção de vontade, fazem-no em ordem a superar as aporias subjacentes ao conceito de ilícito (objectivo) que lhes serve de base, *o valor da conduta* há-se resultar também de uma certa direcção volitiva – deve existir um *animus* que coincida com a intenção que preside à norma permissiva<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap. III, §40 e 41, pp. 430-31., C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, pp. 667 e ss., nm. 109 e ss.; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, V, pp. 432-3, nm. 26-29. Os últimos admitem que o conhecimento da situação de justificação pode considerar-se o requisito mínimo para todas as causas de exclusão da ilicitude, se bem que pode exigir-se, por referência a determinados tipos justificadores, elementos subjectivos especiais. É o que sucede, segundo os mesmos, no caso da legítima defesa onde se exige um *animus defendendi*. Cf. R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, p. 448, nm. 27. Similar, FIGUEIREDO DIAS, que acaba por rejeitar, na conclusão e quanto à legítima defesa, aquela exigência. Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap. III, §43, p. 433. Com base na ideia de que o elemento subjectivo dos tipos justificadores são a *contrapartida* dos elementos subjectivos do tipo incriminador, *vide*, por todos, G. STRATENWERTH, *Derecho Penal Parte General I – El hecho punible*, trad. Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982, pp. 156-57, nm. 480 e ss.

<sup>179</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §31, IV, 1, pp. 352-53; R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §26, II, pp. 448-49, nm. 27; F. MUÑOZ CONDE/ M. GARCÍA ARAN, ob. cit., pp. 312-13 – “O elemento subjectivo não comporta uma qualquer elemento ético, mas tão só o conhecimento e vontade de actuação no âmbito do juridicamente autorizado”; uma motivação co-determinada por sentimentos de vingança, por exemplo, não exclui a vontade de defesa. Esea é, em nossa opinião, o entendimento correcto do *tipo subjectivo* das causas de justificação.

<sup>180</sup> Cf. R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, V, pp. 432-3, nm 25 e ss.; M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*: PG I, Coimbra: Almedina, 4ª ed., 1992, pp. 190-91.

<sup>181</sup> H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §31, IV, 2, p. 353. Entre nós, exigindo um *animus defendendi*, EDUARDO CORREIA, ob. cit., p. 58. Contra esta tese, A. TAIPA DE CARVALHO, afirmando que tal corrente assenta

Se o deficiente desconhece a situação de justificação, *i.e.*, falta o elemento subjectivo do tipo justificador, age de forma ilícita<sup>182</sup>. Para a esmagadora maioria da doutrina, ao deficiente pode ser imputado o desvalor da acção, mas não o desvalor do resultado, pois a conduta está objectivamente justificada<sup>183</sup>. Esta é a pedra de toque que permite desconstruir

---

em dois pressupostos erróneos: um que se prende com a concepção das causas de justificação como uma *exceção* a que se associa a mera tolerância da conduta justificada - o que considera errado pois reconduzindo-se as causas justificadoras a um tipo, têm um sentido de “positividade normativo-jurídica”, *i.e.*, de aprovação. Nesta ordem de considerações, quaisquer exigências adicionais não têm cabimento no sistema e apenas são concebíveis num direito penal do autor. Por outro lado, aponta uma crítica ao pressuposto de ordem pragmática, avançado pela doutrina tradicional, que é o da necessidade prática de conter a conduta do deficiente dentro de estritos limites de protecção dos interesses mais valiosos. O que equivale a afirmar, no caso da legítima defesa, que o *animus defendendi*, contribuiria para que o deficiente não excedesse os limites do meio necessário. Ora defende o A., e bem, que este objetivo de ordem pragmática não justifica, em caso algum, a exigência de uma especial atitude interior – A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., III, Cap. IV, pp. 337-38, §619 e ss, *A legítima*, ob. cit., pp. 375 e ss. Rejeitando a exigência de vontade defensiva, por implicar considerações morais que não podem ter lugar neste âmbito, cf. G. STRATENWERTH, ob. cit., p. 157, nm. 483. Neste sentido, embora com argumentação diversa, LUZÓN PEÑA que distingue o *animus* ou fim defensivo e a vontade de defesa. A exigência de uma direcção de vontade de defesa é errada pois se o sujeito conhece a situação objectiva de defesa, ainda que não atue com um *animus* defensivo, não há desvalor de acção, pois este sabe que actua ao abrigo de uma causa de justificação – ou seja, conhece que não existe um *desvalor de resultado*. Em caso de ausência do elemento subjectivo da causa de exclusão de ilicitude, o mesmo autor advoga a existência de uma tentativa impossível, pois àquela conduta desvaliosa não pode corresponder um desvalor de resultado. LUZÓN PEÑA, *Lecciones...*, ob. cit., Cap. 23, III, 7 b), pp. 393-95, nm. 50 e ss. Esta exigência de uma vontade de defesa parece ser a orientação maioritária na jurisprudência portuguesa (Ac. STJ de 19/07/2006 (06P1932) - Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap. III, §43, p. 433; M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, ob. cit., p. 254.

<sup>182</sup> R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, V, pp. 433-34, nm. 30. À semelhança do que sucede com o tipo incriminador, para que o tipo justificador se ache completo têm de estar verificados quer os elementos que pertencem ao tipo objectivo, quer os pertencentes ao tipo subjectivo.

<sup>183</sup> A. TAIPA DE CARVALHO remete estes casos para o regime da tentativa - onde se verifica o desvalor da acção dissociado de um desvalor de resultado - e impossível, por a acção não ser idónea a produzir o resultado. Além desta fundamentação, aquele A. alude à denominada *complementariedade material e funcional entre tipo legal e causas de justificação* que implicaria, na “consideração global do facto do facto típico e do contexto objectivamente justificante em que foi praticado, a solução deve ser a de negar o desvalor do resultado (por objectiva impossibilidade da ocorrência de um resultado desvalioso) e, conseqüentemente, por força do existente desvalor da acção, afirmar a tentativa (impossível; no geral, punível).” De outro lado, o A. busca a teoria do comportamento lícito alternativo para justificar a sua tese: o resultado produzido (ainda que não valioso) foi consequência de uma acção típica e ilícita – praticada numa situação objectiva justificante, embora o agente a desconheça. A mesma situação/resultado produzir-se-ia ainda que o autor tivesse agido licitamente, ou seja, com

todos os equívocos associados à esmagadora maioria das teses que se afirmam do ilícito pessoal. Afirmar que nestes casos não há desvalor do resultado, não sendo possível considerar este facto como consumado, é a demonstração inequívoca de que estamos perante uma concepção (ainda) objectiva do ilícito, com a invocação da ocorrência de um resultado numa lógica ontológica/naturalística, resultado esse que não pode ser considerado desvalioso.

FIGUEIREDO DIAS tem, nesta matéria, uma posição não totalmente coincidente com a orientação precedente, uma vez que advoga a aplicação analógica do regime do art. 38.º, n.º 4 CP, que regula o elemento subjectivo no consentimento do ofendido, a todas as causas de justificação – afastando aqui a exigência de um qualquer *animus*, em virtude de esta, ao fazer depender a legítima defesa de uma atitude interior do deficiente, se aproximar de um direito penal do agente<sup>184</sup>. Estabelece o preceito que é punível, com a pena aplicável à tentativa, o facto praticado sem conhecimento da existência de um consentimento do ofendido susceptível de excluir a responsabilidade criminal<sup>185</sup>.

Discordamos das posições supra em qualquer das suas formulações. Em primeiro lugar, refutamos a própria concepção de ilícito de que aqueles AA. partem. A total cindibilidade entre desvalor de acção de desvalor de resultado não se mostra compatível com uma teoria do ilícito pessoal. Depois, porque é no mínimo artificial que se possa afirmar que uma conduta que se configura em si mesma como desvaliosa possa produzir um resultado valioso. Nem o apelo ao regime da tentativa impossível serve para resolver as aporias destas construções, pois que aquela conduta é efectivamente apta a produzir um resultado e que veio, de facto, a verificar-se. A resolução dos casos em que o agente actua em desconhecimento acerca da verificação dos

---

conhecimento da situação objectiva justificante. Então terá de se negar a imputação do resultado, pelo que o agente responde pela tentativa. Por nós, só podemos afirmar que nos quadros do ilícito pessoal a que aderimos esta posição não pode nunca colhe, em consideração à postergação da teoria da conexão do risco como *critério* da imputação objectiva - A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito...*, ob. cit., III, Cap. IV, § 622 e ss., pp. 339 e ss. Em sentido semelhante, C. ROXIN, ob. cit., §15, VIII, p. 667, nm. 109; S. MIR PUIG, ob. cit., p. 432, nm. 18-19. Diversamente, cf., A. ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 682 e ss.

<sup>184</sup> Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 15.º Cap. III, §43, p. 433

<sup>185</sup> Solução idêntica preconizam MAURACH/ZIPF. O raciocínio é o seguinte: aquele que desconhece que actua a coberto de uma causa de justificação realiza de forma cabal o desvalor de acção do tipo incriminador, mas não o desvalor de resultado. Deste modo, só poderia considerar-se que o facto foi perpetrado na forma consumada se este se esgotasse no desvalor de resultado, o que, não acontecendo, temos uma situação análoga à da tentativa pelo que se deve aplicar analogicamente este regime R. MAURACH/H. ZIPF, ob. cit., §25, V, p. 434-35, nm. 34.. Em sentido convergente, H.-H. JESCHECK/TH. WEIGEND, ob. cit., §31, IV, 2, p. 353-54.

pressupostos da legítima defesa é simples: ao autor do facto é imputado o crime doloso consumado – o agente representou e quis a conduta desvaliosa, atuou por isso com dolo - As circunstâncias objetivas não apagam pura e simplesmente o desvalor do resultado<sup>186</sup>. Esta é a única posição consentânea com as considerações que tecemos acerca do juízo de exclusão da ilicitude ter de ser elaborado por referência à posição do defendente.

O que vem de afirmar-se torna-se claro se pensarmos no exemplo do A que, desconhecendo que o B tem na sua posse uma arma de fogo, e se prepara para disparar contra si, dispara contra B, matando-o. Afirmar que se trata se uma situação análoga à tentativa significa afirmar o absurdo. A quis atirar em B, pelo que actuou dolosamente tendo realizado integralmente o tipo de ilícito de homicídio. A circunstância de que B de preparava para agredir o A é irrelevante, porque este não conhece essa circunstância. Quando se parte do pressuposto de que é a conduta do defendente – e só esta – que deve ser avaliada à luz das valorações do direito penal, implica na ausência do elemento subjectivo da legítima defesa, perceber a conduta como tal qual ela se apresenta - dolosa e consumada.

---

<sup>186</sup> Referindo expressamente que aquele que actua em desconhecimento da situação objectiva justificante actua com vontade de realização do tipo de ilícito - LUZÓN PEÑA, *Causas...*, ob. cit., p. 39. Contraditoriamente vem defender a aplicação do regime da tentativa impossível, na linha da doutrina maioritária. Diferentemente acompanhamos aqui a ideia oriunda de H. WELZEL, de que a conduta se cingura como delito doloso consumado. Cf. H. WELZEL, ob. cit., §14, I, 2,b), p. 100.



## Síntese conclusiva

Iniciámos a presente dissertação por uma brevíssima alusão às relações que intercedem entre a norma de determinação e os tipos justificadores, concluindo pela sua diferença estrutural e repudiando a teoria dos elementos negativos do tipo, passando brevemente pelo exame do princípio da unidade da ordem jurídica, pedra de toque no tema das causas de exclusão da ilicitude, cuja interpretação assume consequências importantes na leitura das causas de exclusão da ilicitude.

Encontrámos aqui a ponte para abordar o tema da inexigibilidade como princípio geral da justificação, onde foram mencionadas e refutadas as principais orientações dogmáticas. Seguimos para o estudo dos princípios específicos da legítima defesa, onde tentamos dissecar as posições maioritárias, de carácter dualista, sufragando uma tese de carácter unilateral com fundamento na *protecção de bens jurídicos passíveis de fruição individual*.

No estudo dos pressupostos da legítima defesa, começámos por referir a agressão ilícita, afastando a sua referência necessária à conduta humana e identificando-a como um *perigo/aparência de perigo não manifesta para bens jurídicos* e que deve apresentar-se como actual. No que à ilicitude da agressão concerne, aderimos às teses de pendor objectivista, refutando as que assumem as especificidades de determinação da ilicitude da teoria geral do delito e, dessa forma, centradas no desvalor da acção, terminando com algumas construções que empreendem um conceito de ilicitude qualificada e/ou específica da legítima defesa. No que concerne à actualidade da agressão, analisámos as teses referentes ao início e ao termo da agressão – afastando as concepções que estabelecem um paralelo com a consumação formal do tipo de ilícito.

Terminada a análise dos pressupostos da agressão, passámos ao estudo da acção de defesa - da necessidade dos meios e da *admissibilidade normativa da defesa*, concretizada pela ideia de *inexigibilidade objectiva de suportar a agressão*.

Quanto à necessidade do meio, foram salientadas as dificuldades de se estabelecer, em abstracto, as contingências aplicáveis a este requisito, tendo sido apontadas as ideias gerais que devem presidir a este juízo: a idoneidade e a benignidade.

No escrutínio da *inexigibilidade objectiva de suportar a agressão*, rejeitámos quer as “restrições ético-sociais à legítima defesa”, quer a tese do abuso do direito, fazendo derivar as limitações ao exercício da legítima defesa das considerações próprias da inexigibilidade

enquanto princípio material da justificação. Tais apreciações implicam reconhecer que nos casos de manifesta desproporção entre o bem agredido e o que se seria sacrificado e de provocações pré-ordenadas, será de negar a defesa. Já nos casos de agressões não culposas, embora a ideia de *inexigibilidade* não signifique a negação sem mais da defesa, permite que se introduzam fortes restrições à mesma, só podendo ser exercida quando não for, de todo, possível ao sujeito, eximir-se ao confronto com o agressor. Raciocínio semelhante, de imposição de restrições à admissibilidade da defesa, vale para os casos de agressões provocadas (excluídas as pré-ordenadas). Defendemos ainda, que nas relações de proximidade existencial não serão aplicáveis limites à admissibilidade da defesa em função das relações de garante, mas por referência à regra geral que vale para as agressões ditas não sérias ou insignificantes.

Finalmente, perpassámos o elemento subjectivo da legítima defesa. Neste capítulo, abordámos as três principais correntes, aderindo em parte à posição da doutrina maioritária, quando afirma ser o elemento subjectivo da legítima defesa o conhecimento da situação de legítima defesa, mas rejeitando a aplicação analógica do art.38.º, n.º 4 CP, para as situações de desconhecimento da situação da legítima defesa, advogando a imputação pelo facto ilícito doloso consumado, em homenagem ao sentido da intervenção penal e em consonância com a tese do ilícito pessoal, centrado no desvalor da acção.

Perante o exame, ainda que breve e superficial em variados aspectos, da legítima defesa, podemos concluir que partindo do ilícito pessoal é a asserção do princípio da inexigibilidade como fundamento das causas de exclusão da ilicitude que permite a correcta compreensão da figura - com as implicações de tal assunção ao nível das suas fronteiras e com a consequente postergação do estado de necessidade defensivo supralegal.

## Bibliografia

ALMEIDA COSTA (A.), *Ílicito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2014.

CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), *Direito Penal Português: Parte Geral*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo, 1982.

CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), *Lições de Direito Penal: PG I*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CORREIA (E.), *Direito Criminal II*, Reimp., Coimbra: Almedina, 1996.

FERNÁNDEZ (G. D.), «Culpabilidad Normativa y Exigibilidad (A propósito de la obra de Freudenthal)», *Culpabilidad y Reproche en Derecho Penal*, (coord. G. E. ABOSO), Buenos Aires, 2003.

FIGUEIREDO DIAS (J.), *Direito penal. PG I*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GÜNTHER (H. L.), «La clasificación de las causas de justificación», *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 45-66.

JAKOBS (G.), *Derecho penal : parte general : fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK (H.-H.)/WEIGEND (TH.), *Derecho Penal. P.G.*, Trad. Miguel Olmedo Canadete, 5.<sup>a</sup> ed., Granada: Comares, 2003.

LUZÓN PEÑA (D. M.), «Causas de atipicidad y causas de justificación», *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, (coord. D. M. LUZÓN PEÑA, S. MIR PUIG), Pamplona: Aranzadi Editorial, 1995.

LUZÓN PEÑA (D. M.), *Aspectos Essenciales de la Legítima Defensa*, 2.<sup>a</sup> ed. Rev., Montevideo: B de F, 2002.

LUZÓN PEÑA (D. M.), *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MAURACH (R.)/ ZIPF (H.), *Derecho Penal: P.G. I*, Trad. Jorge Bofill Genzsch, Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994.

MIGUEZ GARCIA (M.)/ CASTELA RIO (J.M.), *Código penal parte geral e especial com notas e comentários*, Coimbra: Almedina, 2014.

MIR PUIG (S.), *Derecho Penal: P.G.*, 9.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2011.

MUÑOZ CONDE (F.)/ GARCÍA ARAN (M.), *Derecho Penal: P. G.*, 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PALMA (M. F.), *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1990.

PALMA (M. F.), «Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites», *Casos e Materiais de Direito Penal*, (coord. M.F. PALMA, C. PIZARRO DE ALMEIDA, J. M. VILALONGA), Coimbra: Almedina, 2001.

ROXIN (C.), *Derecho Penal. P.G. I*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al., Madrid: Civitas, 2001.

STRATENWERTH (G.), *Derecho Penal Parte General I – El hecho punible*, trad. Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.

TAIPA DE CARVALHO (A.), *A legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora: 1995.

TAIPA DE CARVALHO (A.), *Direito Penal P. G. – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2.ª ed, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

WELZEL, (H.), *Derecho Penal Aleman: P.G.*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 4.ª ed., Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.