



Luiz Gustavo Danzmann

A DISCUTIDA RELAÇÃO ENTRE O RECURSO A
ARMA DE FOGO NA ATIVIDADE POLICIAL E
A LEGÍTIMA DEFESA JURÍDICO-PENAL

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais.

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luiz Gustavo Danzmann

A discutida relação entre o recurso a arma de fogo na atividade policial e a legítima defesa jurídico- penal

The discussed relation between the use of firearms in police activity and self-defense.

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais.*

Orientador: Professor Doutor Nuno Fenando da Rocha Almeida Brandão

Coimbra, 2016

Dedicatória

À minha esposa Caroline,
aos meus filhos Rafael e Lucas,
razões do meu esforço e do melhor de mim...

Resumo

A dissertação aborda a discutida relação entre o recurso a arma de fogo pela polícia e a legítima defesa; nesse horizonte problemático procura responder: como interpretar os limites do recurso a armas de fogo contra pessoas quando a polícia atua em face de agressões reguladas pelo direito de legítima defesa jurídico-penal? O estudo tem como objetivo geral contribuir às discussões em torno da interpretação do direito de legítima defesa permitido à polícia diante da expressa regulação de proporcionalidade dos bens, quando do recurso a arma de fogo contra pessoas. Como objetivos específicos: (i) verificar as implicações desses limites na legítima defesa jurídico-penal; (ii) analisar criticamente o posicionamento da doutrina diante dessa problemática; (iii) fundamentar posição sobre a solução que melhor atende ao problema. Como resultados vê-se que os limites do recurso a arma de fogo impõem forte condicionamento da ação policial pela proporcionalidade dos bens, o que eventualmente implica na desproteção de bens do particular. Isso, não afasta a legítima defesa da atuação policial, mas impede o reconhecimento desse direito tal-qualmente ao particular. Verifica-se que pelo requisito da necessidade insere-se a cláusula de proporcionalidade dos bens da ação defensiva policial no regime da legítima defesa; entretanto, a necessidade da defesa não pode ser perspectivada só pelo atendimento às exigências da necessidade *do meio*, pois a situação *ex ante* pode determinar a indispensabilidade de um meio de defesa que ultrapasse os limites de proporcionalidade. A solução que concilia tais exigências com o regime da legítima defesa considera a necessidade da defesa integrada não só pela necessidade do meio, senão que a defesa, em si, seja *necessária* à luz dos fundamentos da causa de justificação, para revelar, legitimamente, uma ação de defesa que, sendo necessária, reafirma o Direito face ao ilícito na pessoa do polícia. Assim, as normas do recurso a arma de fogo são concretizações legislativas da necessidade da defesa; a ação de defesa policial, embora utilizado o meio necessário, deve respeitar a cláusula de proporcionalidade restritiva que lhe é imposta.

Palavras-chave: Armas de fogo. Polícia. Legítima defesa.

Abstract

The dissertation talks about the discussed relationship between the use of firearms by the police and self-defense; as this problematic horizon tries to answer: how to interpret the limits of the use of firearms against people when the police acts in response of aggressions regulated by self-defense? The study has a general objective to contribute in discussions about the interpretation of the right of self defense by the police regarding the direct regulation of the proportionality of juridical goods when there is the use of firearms against people. The specific objectives: (i) to verify the implications of the limits on the use of self-defense; (ii) to analyze critically the doctrine about this problematic; (iii) to support position on the solution that best meets the problem. As results it is seen that the limits in the use of firearms imposes strong condition in the police action by the proportionality of juridical goods, what eventually implies in the unprotecting of goods of the person. This itself does not excuse the use of self-defense in the police action, but prevents the recognition of this right to the person as well. It is observed by the requisites of the necessity inserted in the clause of proportionality of juridical goods of the defensive policy action in the regime of self-defense; however, the need for defense cannot be put into perspective only through the catering for the demands of the needs of the *means* as the *ex ante* situation can determine the use of a means of defense that surpasses the limits of proportionality. The solution that sees such demands met with the self-defense regime considers the necessity of integral defense not only by the means, unless the defense in itself be *necessary* in light of the fundamentals to the justification causes to reveal, legitimately, a defense action that, being necessary, revalidates the Law regarding the illicit in the person of the police. Therefore, the norms of the use of firearms are legal validations of the need of defense; the action of police defense, despite the use of the require means, must abide by the clause of restrictive proportionality that is imposed onto it.

Keywords: Firearms. Police. Self-defense.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
AC – Acórdão
ACNUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos
al. – alínea
Art. – Artigo
bras. – brasileiro
cf. – confirme, confira
CPP – Código de Processo Penal
CRP – Constituição da República Portuguesa
Des. – Desembargador
DJ – Diário da Justiça
DJU – Diário da Justiça da União
DL – Decreto-Lei
esp. – espanhol.
et al. – e outros autores
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
i.e. – isto é
Ibidem – aí mesmo, no mesmo lugar
Idem – o mesmo
IGAI – Inspeção-Geral da Administração Interna
ISCPSI – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna
MJ – Ministério da Justiça
ONU – Organização das Nações Unidas
p.e. – por exemplo
port. – português
RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais
Rel. – Relator
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
RSE – Recurso em Sentido Estrito
RVMD – Revista do Mestrado em Direito
SDH/PR – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

Índice

Dedicatória	2
Resumo.....	3
Abstract.....	4
Lista de siglas e abreviaturas.....	5
Introdução	8
Capítulo 1	10
As implicações das normas do recurso a arma de fogo pela polícia no plano da legítima defesa e as questões que formulam o problema da investigação..	10
1.1. A restrição do recurso a arma de fogo pela polícia em Estados de direito democrático, inclusive no plano da legítima defesa	10
1.1.1. A inserção do princípio de proporcionalidade dos bens e suas implicações no âmbito justificador da legítima defesa	13
1.2. O exercício pela polícia do monopólio Estatal do uso da força e a questão da subsidiariedade da legítima defesa.....	17
1.2.1. A subsidiariedade da legítima defesa: implicações no âmbito da necessidade da defesa do particular, e o seu condicionamento pelos limites da defesa pública.....	20
1.3. Questões a discutir e enfoque ao problema da investigação	24
Capítulo 2	28
As formas de interpretação e solução do problema.....	28
2.1. A negação do direito de legítima defesa	29
2.1.1. Aspetos conceituais e argumentos	31
2.1.2. Análise crítica	34
2.2. A admissibilidade do direito de legítima defesa	38
2.2.1. Aspetos conceituais e argumentos	39
2.2.2. Análise crítica	43
2.3. Posição intermédia: solução diferenciadora.....	46
2.3.1. Aspetos conceituais e argumentos	47
2.3.2. Análise crítica	48
2.4. Aproximação à abordagem da temática nos contextos brasileiro e português e o caminho a seguir até a tomada de posição.....	56

Capítulo 3	58
Tópicos crítico-reflexivos e tomada de posição: a solução aos contextos brasileiro e português	58
3.1. A (im)possibilidade do afastamento do direito de legítima defesa aos agentes policiais segundo o proposto pela solução de direito público	58
3.1.1. Entre o cumprimento do dever e a legítima defesa: o uso da força na atuação policial e a agressão como elemento essencial e distintivo para a legítima defesa	61
3.2. A (im)possibilidade do fracionamento do juízo de ilicitude aos moldes da solução diferenciadora	69
3.3. A (im)possibilidade do reconhecimento da legítima defesa nos mesmos termos que ao particular, segundo o proposto pela solução de direito penal.	73
3.3.1. As distintas condições de exigências de proporcionalidade entre a legítima defesa privada e a legítima defesa policial, no Brasil e em Portugal	76
3.4. A solução para os contextos jurídicos português e brasileiro	85
3.4.1. Balanço entre duas soluções: as teses da negação da necessidade do meio de defesa e a tese da necessidade da defesa.....	86
3.4.2. Tomada de Posição	95
Conclusão	100
Referências bibliográficas	102

Introdução

O tema eleito para a elaboração desta dissertação – “A discutida relação entre o recurso a arma de fogo na atividade policial e a legítima defesa jurídico-penal” – procura abordar uma problemática pouco discutida pela doutrina brasileira, e que na doutrina portuguesa não encontra unicidade de entendimento.

A gênese das questões que daí surgem está no facto das normas policiais que regulam o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa, em Portugal e Brasil, subordinarem a licitude desse recurso à defesa dos bens jurídicos vida e integridade física essencial; e, nessa medida, dado que o recurso a arma de fogo tem potencial para resultar em morte ou lesão corporal grave, faz-se inserir uma regra de proporcionalidade dos bens defendidos e agredidos, o que é, por maioria de doutrina, estranho à legítima defesa jurídico-penal; isso porque a funcionalidade dessa justificante em defesa da ordem jurídica recusa a estrita proporcionalidade dos bens.

Certo é que os tipos permissivos da legítima defesa jurídico-penal nesses países não consagram limitações na ordem de proporcionalidade dos bens; e que a ação de defesa, mantendo-se como tal – vinculada à estrita necessidade de repelir ativamente uma agressão atual e ilícita – sendo aí caracterizada só pela necessidade do meio de defesa, tem a permissibilidade de ir até onde for preciso, para alcançar tal objetivo.

Da diferença a que se sujeitam numa mesma situação os agentes policiais e os particulares, surgem divergentes entendimentos sobre a validade dos limites impostos aos polícias e sobre como conciliá-los – se isso é possível – com o regime geral da legítima defesa jurídico-penal. Em outras palavras, se essas exigências impedem que o polícia se socorra do regime geral da legítima defesa jurídico-penal; se não, onde se inserem no plano da legítima defesa e qual a amplitude desse direito.

Daí que surge o problema desta investigação, a saber: como interpretar os limites do recurso a armas de fogo contra pessoas quando o agente policial atua em face de agressões reguladas pelo direito de legítima defesa jurídico-penal?

A abordagem parte, no primeiro capítulo desta investigação, de uma contextualização geral da problemática por meio do levantamento das principais implicações das normas

relativas ao recurso a arma de fogo na atividade policial, em Portugal e Brasil, no plano da legítima defesa. Na oportunidade são repercutidas as exigências de proporcionalidade dos bens na ação defensiva policial na (re)definição do âmbito justificador da legítima defesa, e verificadas suas consequências no plano da subsidiariedade da legítima defesa.

Feita essa contextualização, o capítulo segundo reserva-se a uma revisão crítica de literatura que tem como base a doutrina alemã – por razões que na altura são explicitadas –, em que se discute com especial ênfase a questão de saber se os agentes policiais podem, e em que medida, invocar o regime geral da legítima defesa para justificar suas ações ou se ficam adstritos à regulação especial do recurso a arma de fogo. São três as correntes aí analisadas, pelo que ao final dessa abordagem, identifica-se a necessidade de transpor o que é essencialmente proposto por cada uma delas aos contextos jurídicos de Portugal e Brasil, para uma nova abordagem, dessa vez mais particularizada.

De forma que assim inicia-se o terceiro e derradeiro capítulo desta investigação; à medida em que as soluções são transpostas a todo instante toma-se posição sobre a adequação e viabilidade de cada tese, o que resulta no juízo de inaplicabilidade e o conseqüente afastamento do que por elas é proposto. A partir daí identifica-se a necessidade de uma solução “original”, não só adaptada aos casos brasileiro e português. Chega-se assim ao ponto nevrálgico da tomada de posição: são “postas à mesa” duas maneiras de analisar a problemática, pelo que a análise de ambas segue o propósito de verificar qual delas melhor atende às exigências de proporcionalidade dos bens na ação defensiva policial conciliando-as com o regime da legítima defesa.

Capítulo 1

As implicações das normas do recurso a arma de fogo pela polícia no plano da legítima defesa e as questões que formulam o problema da investigação

Há dois principais aspetos decorrentes das normas especiais da atuação policial mediante o recurso a arma de fogo que juntos repercutem significativamente no plano da legítima defesa e formam a base da problemática desta investigação.

O primeiro é que das limitações normativas à ação defensiva policial por meio da exigência de proporcionalidade dos bens quando do recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa, resultam condições específicas da admissibilidade da legítima defesa do policial, à partida distintas das que vigem aos particulares.

O segundo decorre da imposição desses limites no plano da subsidiariedade da legítima defesa privada. Embora o recurso à polícia não alcance autonomia, devendo apenas ter-se em consideração no âmbito do elemento da necessidade, a limitação da ação da polícia pela proporcionalidade dos bens pode implicar a diminuição da amplitude da defesa de bens do particular.

Nas próximas linhas ambos os aspetos serão detalhados. Espera-se, para além de contextualizar a problemática desta investigação, criar condições para os necessários desenvolvimentos subsequentes.

1.1. A restrição do recurso a arma de fogo pela polícia em Estados de direito democrático, inclusive no plano da legítima defesa

À partida, importa destacar que as regulamentações da atuação policial em Estados de direito democrático cumprem a finalidade de atender aos anseios de defesa e promoção dos direitos fundamentais que, nestes Estados, vinculam objetivamente a polícia¹.

¹ SAMPAIO, Jorge Silva, *O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias: Do Conceito Material de Polícia ao Reconhecimento de Direitos Subjectivos Públicos à Actuação da Polícia* (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 96.

Nesse aspeto, tais regulamentações atendem ao chamamento de que as intervenções policiais em sede dos direitos individuais, principalmente quando em causa o recurso à força e arma de fogo contra pessoas, não podem transgredir os prudentes freios de uma intervenção justificável, sob pena de se converterem em um condenável abuso de poder².

Porque o recurso a arma de fogo tem especial potencial de ferir os bens fundamentais vida e integridade física, e porque o exercício da atividade policial é vinculado e deve relevar o máximo interesse do Estado na preservação desses bens³, as normas que regulamentam tal recurso buscam orientar e padronizar as ações policiais para o que seja estritamente necessário ao atingimento desse interesse Estatal; é o que se depreende também da leitura das partes iniciais dos diplomas desses países, que na sequência far-se-á referência em breves linhas.

Na esteira do preâmbulo do DL 457/99, de 5 de Novembro⁴, de Portugal, se reconhece que «não basta a mera proclamação de grandes princípios para que as forças policiais se sintam em condições de, a todo momento, poder optar por um de entre os vários tipos de intervenção possíveis»; para além disso reforça-se que é necessário orientar e padronizar o uso de armas de fogo para conferir maior segurança ao agente policial diante de «um quadro mais claro de procedimentos», a fim de reduzir a letalidade e «salvaguardar a vida humana até ao extremo possível [...]».

De igual maneira, nas prévias considerações feitas ao estabelecimento das Diretrizes da Portaria 4226/2010, de 31 de dezembro⁵, do Brasil, percebe-se premente a «necessidade de orientação e padronização dos procedimentos da atuação dos agentes de segurança pública aos princípios internacionais sobre o uso da força; consoante o objetivo de reduzir paulatinamente os índices de letalidade resultantes de ações envolvendo agentes de segurança pública».

² FREITAS, Juarez, «O ‘poder de polícia administrativa’ e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro», *Scientia Iuridica*, LIV, n.º. 301 (2005): 11.

³ Na lição de António Sousa, o uso de armas de fogo contra pessoas se funda em duas ideias: por um lado, proporcionar uma igualdade de armas relativamente àqueles que, armados, praticam violência; e, por outro, trata-se de um recurso indispensável para eficazmente conter uma pessoa que representa perigo sério e grave aos bens jurídicos fundamentais, em especial a vida humana, cf. SOUSA, António Francisco, «Uso de arma de fogo pela polícia: a propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto (proc. n.º 1382/06.6GAMAI.P2)», *RVMD*, vol. 9, n.º 1, (2015): 27.

⁴ Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.

⁵ Portaria Interministerial n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, MJ e SDH/PR. Publicada no Diário Oficial da União, N.º 1, de 03 de janeiro de 2011, Seção 01, página 27.

Outro aspeto a se destacar é que os diplomas que regulam o recurso a arma de fogo pela polícia, mesmo ao admitirem o carácter extremo em que se reveste a atividade policial, relevam a existência de um poder superior desses agentes em relação aos particulares para exigir deles a perfeita adequação da conduta praticada com a realidade com que se depara⁶.

Como consequência, as regulamentações policiais em sede do recurso a arma de fogo contra pessoas lançam mão dessa condição especial do agente policial, que o obriga a correr riscos mais pesados, e de uma superior preparação técnica e condição física em relação aos particulares⁷, para estabelecerem um circunstancial regime condicionante da intervenção da polícia.

E isso quer significar que mesmo nas situações de legítima defesa – porque em tese a permissibilidade é maior – a intervenção policial é condicionada pela severa batuta do princípio da proibição de excesso, e seus corolários diretos⁸, de adequação, de necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁹, representando ser uma acrescida medida do Estado numa atividade que assume especial significado quando em causa o recurso a arma de fogo¹⁰.

Já se deixou dito que assim é porque Estados fundados na dignidade da pessoa humana e que consagram a vida e integridade física como direitos fundamentais impõem o máximo respeito a esses bens em todas as atuações da polícia, vinculando-a e responsabilizando-a diante da premissa de que o «poder existe para os direitos, não o contrário»¹¹, tanto mais quando em causa está o recurso a arma de fogo contra pessoas.

Em suma, Brasil e Portugal, sem deixar de ter em conta as condições inopinadas e agudas de risco à vida a que se sujeitam os agentes policiais, bem como a necessidade que

⁶ NOGUEIRA, Maria José R. Leitão, «O uso de armas de fogo pelos agentes policiais – alguns aspectos», *Polícia e Justiça*, n.º 6 (2005): 33-34.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, 2ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 432 s.

⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 4ª ed. (Coimbra: Almedina, 2014), 196-197.

⁹ Em especial sobre a sujeição da atividade policial limitativa de direitos ao princípio da proibição de excesso, CANAS, Vitalino, «A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, coord. Jorge Miranda, vol. II (FDUL: Coimbra Editora, 2010), 1285 s; Também, *Idem*, «Princípio da proibição de excesso e a polícia», in *I Colóquio da Segurança Pública Interna*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, t. I (Coimbra: Almedina, 2005), 185 s. Sobre a incidência desse princípio nas ações policiais com recurso a arma de fogo, *infra*, Capítulo 3; 3.3.1.

¹⁰ NOGUEIRA, «O uso de armas...», 35.

¹¹ FREITAS, «O ‘poder de polícia administrativa’...», 7.

esses agentes tem de decidirem muitas vezes em frações de segundos sobre a adequação de suas condutas, reforçam a natureza extrema em que se reveste o recurso a arma de fogo contra pessoas e impõem como pressuposto de sua legitimação – que deve ser usado em absoluta necessidade diante da falência de outros meios – a defesa dos bens vida e integridade física essencial, inclusive, frisa-se, em situações de legítima defesa¹².

Da regulação da proporcionalidade dos bens na legítima defesa do policial decorre, como primeira consequência, a redefinição de seu âmbito justificador; conforme adiante se verá.

1.1.1. A inserção do princípio de proporcionalidade dos bens e suas implicações no âmbito justificador da legítima defesa

No Brasil há dois diplomas que juntos disciplinam e orientam o uso da força e de arma de fogo na atividade policial, e neles há regulamentações específicas do emprego de armas de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa.

O primeiro é a Portaria Interministerial 4226/2010, de 31 de dezembro¹³, que «estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública» e, em seu Anexo I, depois de dizer na diretriz n.º 2 que o uso da força por agentes de segurança pública deve obedecer aos princípios de legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e

¹² A absoluta necessidade e o caráter extremo em que se reveste o recurso a arma de fogo são exigências dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos aplicados à função policial, sendo assente o acolhimento, em Portugal, do Código de Conduta para os Funcionários Encarregados pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979), dos Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Resolução 1989/61, de 24 de Maio de 1989) e dos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de Setembro, de 1990). Aqui e conforme ao texto, NOGUEIRA, «O uso de armas...», 36-37. Também o Brasil acolhe expressamente as recomendações desses instrumentos consoante o disposto na diretriz n.º 1, do Anexo I, da Portaria n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, onde se determina «que o uso da força pelos agentes de segurança pública deverá se pautar e [...] considerar, primordialmente: a. ao Código de Conduta [...]; b. os Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta [...]; c. os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo [...]», cf. Portaria Interministerial n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, *supra*, nota 5.

¹³ Portaria Interministerial n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, *supra*, nota 5.

conveniência, diz no n.º 3 que: «Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave».

Outro diploma, a Lei n.º 13.060/2014, de 22 de dezembro¹⁴, que «disciplina o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo¹⁵ pelos agentes de segurança pública em todo o território brasileiro», após determinar a priorização do uso desses instrumentos e dizer que os órgãos de segurança pública do país deverão obedecer aos princípios de legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, restringe o uso de armas de fogo contra pessoas por policiais exclusivamente à salvaguarda da vida e integridade física. Nos termos do parágrafo único, inciso I, do Art. 2º: «não é legítimo o uso de arma de fogo: I – contra pessoa [...] que não represente risco imediato de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

Apesar desse último diploma não se referir taxativamente a casos em que o agressor criar ilicitamente tais riscos, se de toda forma só é lícito o recurso a arma de fogo contra pessoas quando da existência de um risco atual (imediato) aos bens vida e integridade física essencial, por maioria de razão, será tanto mais lícito quando esse risco for criado ilicitamente. Por fim, desde logo em face do acautelamento à vida, é evidente que não será toda ofensa à integridade física capaz de ser equiparada ao bem vida para daí legitimar o recurso a arma de fogo, só as ofensas graves. Sendo esse o sentido da norma contida nesse diploma, segundo entendemos.

E essa interpretação é corroborada pela leitura sistêmica de ambos os diplomas brasileiros, a qual permite afirmar que os agentes policiais só estão autorizados a disparar armas de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa, embora nem toda situação de

¹⁴ Lei n.º 13.060/2014, de 22 de dezembro. O Art. 2º, diz: «Os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios: I - legalidade; II - necessidade; III - razoabilidade e proporcionalidade. Parágrafo único. Não é legítimo o uso de arma de fogo: I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros».

¹⁵ Conforme Anexo II do Glossário da Portaria n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, *supra*, nota 5, entende-se por instrumentos de menor potencial ofensivo o: «conjunto de armas, munições e equipamentos desenvolvidos com a finalidade de preservar vidas e minimizar danos à integridade das pessoas».

legítima defesa justifique tal recurso, senão e somente aquelas em que estejam em causa a necessidade de ação defensiva contra o perigo imediato de morte e de lesão corporal grave ao policial e a terceiros¹⁶.

Já em Portugal, o Decreto-Lei n.º 457/99, de 05 de novembro, que aprova o regime de utilização de armas de fogo e explosivos pelas forças e serviços de segurança de todo o país, regula o recurso a armas de fogo em ações policiais subordinando-o aos princípios de necessidade e proporcionalidade (art. 2º)¹⁷. E, nos termos do art. 3º, n.º 2, al. a), restringe-se o uso de armas de fogo contra pessoas «a casos em que o agressor ilicitamente criar um ‘perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física’»¹⁸.

De tudo, importa ressaltar que tanto o Brasil quanto Portugal, quando subordinam a licitude do recurso a armas de fogo contra pessoas, em situações de legítima defesa, à defesa dos bens vida e integridade física, impõem ao exercício dessa causa de justificação uma limitação na ordem dos bens¹⁹, ou seja, determinam «condições de admissibilidade que

¹⁶ Em termos gerais, GRECO, Rogério, *Atividade Policial: Aspectos Penais, Administrativos e Constitucionais*, 6ª ed. (Niterói, RJ: Impetus, 2014), 137-138.

¹⁷ Decreto-Lei n.º 457/99, de 05 de Novembro, *supra*, nota 4. O Art. 2º, n.º 1-2, diz: «Art. 2º. Princípios da necessidade e da proporcionalidade. 1. – O recurso a arma de fogo só é permitido em caso de absoluta necessidade, como medida extrema, quando outros meios menos perigosos se mostrem ineficazes, e desde que proporcionado às circunstâncias. 2. – Em tal caso, o agente deve esforçar-se por reduzir ao mínimo as lesões e danos e respeitar e preservar a vida humana». A propósito da redação deste artigo, António Souza, «revela deficiente entendimento do princípio da proporcionalidade, já que o princípio de necessidade não passa de uma dimensão ou subprincípio da proporcionalidade»; e estendendo a crítica, aborda a questão da falta de referência ao subprincípio da adequação quando o diploma português trata do princípio de proporcionalidade, cf. SOUSA, «Uso de arma...», 25.

¹⁸ *Ibidem*. O Art. 3º, n.º 2, al. a), diz: «Art. 3º. Recurso a arma de fogo, [...] n.º 2 – O recurso a arma de fogo contra pessoas só é permitido desde que, cumulativamente, a respectiva finalidade não possa ser alcançada através do recurso a arma de fogo, nos termos do n.º 1 do presente artigo, e se verifique uma das circunstâncias a seguir taxativamente enumeradas: a) Para repelir a agressão actual ilícita dirigida contra o agente ou terceiros, se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física [...]».

¹⁹ Para Fernando Monteiro, trata-se de uma exclusiva limitação de bens quando do recurso a arma de fogo, e nesse caso diz que o DL n.º 457/99, de 05 de Novembro, cria duas “legítimas defesas”: uma fortemente restringida com o recurso a arma de fogo e outra materialmente limitada só pela necessidade do meio, desde que não seja uma arma de fogo: «o agente poderia utilizando qualquer outro meio que não uma arma de fogo defender-se a si e a terceiros de forma inclusive mais gravosa do que se utilizasse, comedido, uma arma de fogo», cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações crítico-reflexivas», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, coord. Marcelo Rebelo de Sousa, *et al.*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 709 s.

impedem a sua generalização a todos os bens, restringindo-se ao núcleo essencial dos bens pessoais»²⁰, nomeadamente, frisa-se, os bens vida e integridade física.

Isto quer significar que tais normas fazem inserir uma regra de proporcionalidade dos bens – bens que legitimam e podem ser objetos da ação defensiva policial, nomeadamente a vida e integridade física em sua maior ponderação – como pressuposto da legítima defesa, o que é por maioria de razão estranha ao regime jurídico-penal dessa causa de justificação²¹.

Isso porque no caso do disparo de arma de fogo pela polícia contra pessoas, para além de indispensável, a ação de defesa que se traduza num risco de morte ou lesão grave do agressor só será lícita quando os bens objeto da defesa policial forem também a vida e integridade física essencial²².

Assim, a primeira implicação dos regimes brasileiro e português sobre o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa diz respeito a concretização legislativa de uma regra de proporcionalidade dos bens; e como consequência, uma redefinição do âmbito justificador da legítima defesa, ao menos no particular caso das atuações das forças policiais²³.

²⁰ PALMA, Maria Fernanda, «A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos», vol. I (tese de doutoramento, Lisboa, AAFDL, 1990), 524; pese tratar-se de consideração feita antes da entrada em vigor do DL n.º 457/99, de 05 de Novembro, agora expressamente regulamentada a partir desse Decreto-Lei.

²¹ Assim, por todos, DIAS, *Direito Penal...*, 428, onde coloca o problema dos autores que querem fazer entrar «directamente» a ideia de proporcionalidade dos bens em conflito na legítima defesa, e critica essa posição dizendo que tal pensamento se revela «infel aos pressupostos básicos do fundamento justificante da legítima defesa e, na verdade, tanto à ideia de prevenção do direito sobre o ilícito, como ao irrenunciável efeito preventivo desta causa de justificação; confundindo até limites perigosos – e, em boa lógica, a partir de certo ponto inextricáveis – as causas justificativas da legítima defesa e do estado de necessidade». Contra a consideração de que seria estranha à legítima defesa uma regra de proporcionalidade estrita entre bens, Fernanda Palma, que defende a tese de “proporcionalidade qualitativa” na legítima defesa, segundo a qual, a agressão a bens que não sejam os do núcleo essencial da dignidade da pessoa, nomeadamente agressões aos bens patrimoniais, exclui a legitimidade da defesa quando essa origina a morte ou lesão corporal grave no agressor. Nesse particular, sobre a tese de “proporcionalidade qualitativa”, cf. PALMA, «A Justificação...», vol. I, 30 s; 253 s; 313 s; *passim*.

²² CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), 210. Em sentido próximo, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo e Nuno Brandão, «Art. 131», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, t. I, 2ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 41.

²³ É que no fundo a doutrina portuguesa questiona, se em razão do regime específico derivado da legítima defesa policial por meio do recurso a arma de fogo contra pessoas, se deverá considerar essa uma limitação respeitante tão somente no âmbito das atuações dos agentes policiais (cf. DIAS, *Direito Penal...* 431-433; cf. DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2ª ed., 41), ou se tal implica que «a exigência de ‘proporcionalidade qualitativa’ também se aplica à legítima defesa privada» (cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 382 s; 391; próximo à PALMA, *A Justificação...*, 524 s, para a qual deve haver naturalmente «a contenção do exercício do poder privado nos limites de aplicação da força pública», como decorrência natural do princípio da subsidiariedade da legítima

A partir disso, cumpre na sequência verificar como repercutem essas limitações no plano da subsidiariedade da legítima defesa privada.

1.2. O exercício pela polícia do monopólio Estatal do uso da força e a questão da subsidiariedade da legítima defesa

Compreender a razão de o Estado exercer o monopólio do uso da força não impõe dificuldades, porquanto desde «a visão contratualista de Thomas Hobbes (1588-1679), ‘os pactos sem espada não passam de palavras sem força para dar segurança a ninguém’»²⁴.

No contexto do surgimento dos Estados Modernos e da crescente estabilização dos órgãos centrais das sociedades, o Estado passou convocar a si o exercício do monopólio do uso da força²⁵; mas foi somente no século XVIII, com a difusão dos ideais do liberalismo, que o Estado passou a ser tido como necessário para que o indivíduo dispusesse de liberdade e usufruísse da paz²⁶; e nesse contexto a polícia, que teve sempre sua atividade conformada junto à evolução das sociedades, passou a assumir um papel de relevo no desempenho do exercício do monopólio Estatal do uso da força²⁷.

defesa); ou se «apesar da intenção legislativa de limitar essa justificante», o regime da legítima defesa jurídico-penal «mantém-se em vigor apesar da aparente revogação derivada», e que mesmo que se mantenha «de pé esta regulação», não se pode permitir o «apagamento» das suas funções preventivas «com a consequente e arbitrária fragmentação desta justificante»; termos nos quais, Fernando Monteiro, diz que vige a legítima defesa do Código Penal a particulares e policiais (cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 725 s). Com ênfase à essa discussão, *infra*, Capítulo 3; 3.4, todo o número.

²⁴ CLEMENTE, Pedro, «A ordem em público», in *Reuniões e Manifestações: Actuação Policial*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente (Coimbra: Almedina, 2009), 130.

²⁵ COSTA, Arthur Trindade Maranhão, *Entre a Lei e a Ordem: Violência e Reforma nas Polícias do Rio de Janeiro e Nova York* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004), 32 s; 61. Também, FILOCRE, Lincoln D’Aquino, *Direito de Segurança Pública: Limites Jurídicos para Políticas de Segurança Pública* (Coimbra: Almedina, 2010), 65 s.

²⁶ FILOCRE, *Direito de Segurança...*, 73.

²⁷ Facto é que a polícia está presente desde há muito na história dos povos. Nas sociedades primitivas eram notadas estruturas policiais informais; na China antiga e no Egito de Menés também havia policiais (cf. FILOCRE, *Direito de Segurança...*, 110-111). Em Roma, desde seus primórdios havia policiamento, embora exercido sem quaisquer formalidades, até que em 27 a.C., o *princips* Augustus assumiu do Senado a administração civil e criou o cargo de *praefectus urbi*, com a responsabilidade de manter a ordem pública e do *praefecuts vigilium*, o chefe de polícia (cf. BAYLEY, David, *Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa*, 2ª ed. (São Paulo: Editora da USP, 2006), 41). Entre os gregos, polícia era tida como «arte de governar a cidade, ou a arte de tratar da coisa pública», num sentido demasiado amplo das atividades de polícia, que perdurou pelo período medievo (cf. ROLIM, Marcos, *A Síndrome da Rainha Vermelha:*

E foi especialmente a partir do último quarto do século XVIII e por todo o século XIX, que a polícia e suas atividades sofreram as maiores transformações. Naquela altura a atividade da polícia passou a funcionalizar-se e a sujeitar-se às Constituições, às leis e ao controle judicial, deixando de constituir-se em uma ampla gama de domínios para referir-se apenas aos aspetos de tranquilidade, de segurança e de ordem públicas²⁸.

Resultou que no domínio das transformações sociais do século das luzes, os governos europeus retiraram os exércitos dos conflitos domésticos e aboliram suas milícias, isso ocasionou o desenvolvimento de uma polícia pública, especializada e profissional, que naquela altura teve o premente propósito de ser um instrumento confiável de aplicação e exercício do monopólio Estatal do uso da força²⁹.

Assim o Estado, enquanto organização máxima dos indivíduos, assume a função de tornar possível a convivência pacífica dos cidadãos³⁰, detendo e exercendo o monopólio do uso da força, organizando-o através do Direito, proibindo-o entre os membros da comunidade e indicando quem pode dele fazer uso³¹.

E isso ocorre porque nenhum Estado democrático de direito é onipotente³² e nem mesmo onipresente, e no espaço existente entre a vingança particular, não permitida, e a

Policiamento e Segurança Pública no Século XXI (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006), 24). Com a difusão dos ideais do liberalismo, e a sujeição do Estado à lei, o Estado de Polícia foi posto em causa com a submissão da própria polícia à lei e passou a dar lugar ao Estado de Direito, período em que «o modo de atuação policial passou a ser bastante funcionalizado, no sentido de fazê-lo suficientemente distinto do restante das atividades administrativas do Estado» (cf. SAMPAIO, *O Dever de Protecção...*, 24 s). Ao fim, a polícia moderna, tem sua gênese quando «inúmeras revoltas populares e desordens de rua na maior parte dos países europeus» reclamaram a necessidade de uma estrutura policial permanente e profissional, para o exercício do monopólio do uso da força, e que estivesse sempre nas ruas (cf. BAYLEY, *Padrões de Policiamento...*, 20-22).

²⁸ CANAS, «A actividade de polícia...», 1255-1256.

²⁹ À essa polícia deu-se o nome e conceito de “polícia moderna”. O seu carácter de “pública” surge somente quando se desconta a vitalidade dos poderes soberanos, sendo ela formada, paga e controlada pelo governo ao serviço da coletividade. A “especialização” refere-se ao direcionamento concentrado e exclusivo para a aplicação da força física. A “profissionalização” refere-se a uma preparação explícita para o exercício das funções. A polícia moderna desenvolveu-se inicialmente no Japão, França e Alemanha, Grã-Bretanha, Índia, Estados Unidos e Rússia, quando da necessidade de instrumentos confiáveis de controle através do uso da força (cf. BAYLEY, *Padrões de Policiamento...*, 35 s, *passim*). Talvez o exemplo mais paradigmático tenha sido em Londres, 1829, com o surgimento da «nova polícia» criada e mantida com recursos públicos, e grande o bastante para conter e dispersar multidões, tendência seguida pelo restante da Europa (cf. ROLIM, *A Síndrome da Rainha...*, 25).

³⁰ DIAS, Mário Gomes, «Limites à actuação das forças e serviços de segurança», *Polícia e Justiça*, n.º 6 (2005): 23.

³¹ KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2000), 30-32.

³² CLEMENTE, «A ordem...», 130.

repressão Estatal, o «Estado-Direito» concede ao particular que se defenda perante agressões ilícitas³³.

Disso resulta, a contrário de outras posições³⁴, o surgimento da legítima defesa como um direito ao particular derivado de um poder Estatal; poder este que, em situações extremas nas quais a polícia não consegue exercer seu dever de proteção do cidadão, é permitido entre os particulares³⁵.

Em suma, o Estado detém e exerce o monopólio do uso da força para a afirmação do direito frente ao injusto, que só se quebra em favor do particular em situações excepcionais de necessidade, como as contempladas pela legítima defesa³⁶; assim, como regra, a legítima defesa particular é subsidiária da intervenção pública³⁷, permitida por meio da lei e exercida

³³ PALMA, «A Justificação...», 165.

³⁴ Segundo Luzón-Peña, vê-se que uma larga corrente, sobretudo de doutrinadores do fim do século XIX e das primeiras décadas do século XX, a defender a legítima defesa como um direito natural e originário, e ainda, como um direito universal e ahistórico. Admitir a legítima defesa sob essas perspectivas implica em dizer que esse é um direito reconhecido pelo Estado ou pela Lei, jamais um direito derivado do Estado, por ele criado ou outorgado. Mas, essa afirmação é contestada por um setor da doutrina que afirma que mesmo na antiguidade houve época em que o delito cometido em legítima defesa era penalizado do mesmo modo de qualquer outro delito, e que a história do Direito mostra que a legítima defesa tem, na verdade, uma origem muito recente; admite-se, apenas, que alguma classe de defesa, como a defesa da vida, é mais ou menos antiga, entretanto a admissibilidade da defesa de bens pouco importantes é «absolutamente recente». Por derradeiro, a concepção de um direito originário e ahistórico se contradiz ao se comprovar as enormes mudanças históricas da regulamentação legislativa do direito de legítima defesa, sendo certo que a ampla concessão do direito de legítima defesa no Direito vigente é produto de recentes desenvolvimentos, cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa* (Barcelona: Bosch, 1978), 94-99, com atenção às notas 371 a 374.

³⁵ Nesse sentido, CLEMENTE, Pedro, «Polícia e segurança: breves notas», *Lusíada. Política Internacional e Segurança*, n.º 4 (2010): 149.

³⁶ No sentido do texto, SANCHES GARCÍA, Maria Isabel, *Ejercicio Legítimo del Cargo y Uso de Armas por la Autoridad: Análisis Particular del Ejercicio de la Coacción Directa por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Materia de Seguridad y Orden Públicos* (Barcelona: Bosch, 1995), 359. Para Roxin, a «suspensão relativa do monopólio estatal do uso da força» dá-se pela «incorporação dos cidadãos na prossecução de fins preventivos» no direito de legítima defesa. Dessa forma entende-se que a despeito de compreensível e necessária uma prioridade do recurso à polícia para a defesa dos bens de particulares, não se deve permitir que a legítima defesa perca sua funcionalidade de defesa da ordem jurídica proibindo que as pessoas estejam autorizadas a defenderem-se. Segundo esse autor, as teses de prevenção geral e especial a serviço do fundamento da legítima defesa, nomeadamente da defesa do Direito, impõem a seus potenciais violadores a perene existência do risco da agressão; dessa forma, a estreita vinculação e compressão do direito de defesa do particular face à defesa pública não se admite por comprometer a ordem jurídica (ROXIN, Claus, «As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª ed. (Lisboa: Vega, 1998), 200-203); o que se do contrário fosse, muitas vezes se estaria impondo à legítima defesa as consequências da violação do Direito. (Kargl, *ZStW* 110 (1998), *apud*, MOURA, Bruno de Oliveria, *A Não-punibilidade do Excesso na Legítima Defesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 44.

³⁷ Neste sentido, Fernanda Palma esclarece que a subsidiariedade é entendida na perspectiva de uma teoria de cariz publicista, em que se trata de uma função do Estado atribuída aos particulares; uma corrente diferente, de cariz jusnaturalista, entende que na falha do Estado na missão de proteção, renasce o direito natural do indivíduo

pelo cidadão em estrita necessidade consoante a polícia não possa ou injustificadamente não intervenha na situação de necessidade³⁸.

Dito isso, a questão da subsidiariedade da legítima defesa, em Portugal e no Brasil, ganha relevo em razão das normas de direito policial³⁹ que definem com rigor os princípios nos quais o recurso a arma de fogo contra pessoas deve se concretizar⁴⁰, impondo a existência de regras distintas para a legítima defesa particular e a defesa promovida por agentes policiais, nomeadamente sobrepondo a esta última exigências de estrita proporcionalidade entre os bens agredido e defendido⁴¹.

E nesse sentido, porque há uma amplitude maior de defesa a quem a exerce a título subsidiário, importa verificar as implicações dessas distintas condições no plano da subsidiariedade da legítima defesa do particular, com ênfase em saber em que medida a defesa do particular passa a ficar vinculada aos limites da defesa do policial; por outras palavras, o quanto a intervenção policial em legítima defesa do particular a vincula e limita.

1.2.1. A subsidiariedade da legítima defesa: implicações no âmbito da necessidade da defesa do particular, e o seu condicionamento pelos limites da defesa pública

se defender, no sentido de que o direito de legítima defesa seria «extraestatal», renunciado condicionalmente ao Estado pelo cidadão, segundo a concepção de um Estado contratual Kantiano. Ainda, a autora diz que o princípio da subsidiariedade foi historicamente concebido para a legítima defesa na longa gestação dos Estados Modernos, segundo a ideia de «subsidiariedade do próprio estado ou do poder», cf. PALMA, «A Justificação...», 525-526.

³⁸ Afirma-se assim, a primazia na intervenção da polícia na defesa dos particulares e, portanto, a natureza subsidiária da legítima defesa privada traduzida pelo exercício excepcional de uma função pública não desempenhada pela polícia. Nesse sentido, CLEMENTE, «Polícia e segurança...», 150. No sentido do texto PALMA, Maria Fernanda, «A legítima defesa», in *Casos e Materiais de Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, et al., colab. Gomes, et al., 2ª ed. (Coimbra: Almedina, 2002), 171; MIGUEZ, Garcia, «A legítima defesa», in *O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal* (Coimbra: Almedina, 2011), 362.

³⁹ Pois que só quando da vigência de expressa regulação da incidência da proporcionalidade dos bens na legítima defesa é que faz sentido discutir o problema; em Portugal a questão passou a ser debatida pela doutrina e jurisprudência após o DL n.º 457/99, de 05 de Novembro (ver, *supra*, nota 23). No Brasil, a questão não desperta discussões, conforme revelou a pesquisa bibliográfica desta investigação.

⁴⁰ DIAS, *Direito Penal...*, 432.

⁴¹ PALMA, «A Justificação...», 523; em especial a nota 29.

Pese acima já haver sido destacada a natureza subsidiária da legítima defesa privada, cumpre dizer que literalmente os tipos dos artigos 32º do CP português⁴² e 25 do CP brasileiro⁴³ não fazem referência a tal condição; isto é, não exigem a possibilidade do recurso à polícia como pressuposto ou requisito da legítima defesa.

Esse facto, isoladamente, permite dizer que a possibilidade do recurso à polícia não constitui causa de exclusão do direito de legítima defesa⁴⁴. Entretanto, contra tal conclusão opõe-se a exigência constitucional do recurso à polícia, sempre que possível, para que se possa repelir pela força uma qualquer agressão⁴⁵.

De modo que a natureza subsidiária da legítima defesa privada é mantida, embora em «termos relativos»⁴⁶, o que quer significar que sendo possível recorrer em tempo útil às forças policiais, sem por em sacrifício bens e interesses relevantes, o particular é obrigado a fazê-lo.

E essa é uma situação, na verdade, já teologicamente decorrente dos tipos permissivos do direito de legítima defesa jurídico-penal⁴⁷, sendo aí uma exigência natural da

⁴² Art. 32º do CP port. «Artigo 32º - Legítima defesa. Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro».

⁴³ Art. 25 do CP bras. «Artigo 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem».

⁴⁴ É que uma vez não se exigindo a impossibilidade do recurso a polícia para o exercício da legítima defesa jurídico-penal, afasta-se essa hipótese, cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 377.

⁴⁵ Pese o CP port. vigente haver eliminado a referência do anterior Código Penal de 1886, que só justificava a legítima defesa quando da «impossibilidade de recorrer à força pública», a natureza subsidiária da legítima defesa é mantida pela redação do art. 21 (b) da CRP, para o qual «Todos tem o direito de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública», cf. CARVALHO, Américo Taipa de, *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teorético-Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), 323-324; *Idem*, *Direito Penal...*, 377 s; 381. Na lição de Canotilho e Vital Moreira, trata-se do segundo aspeto relativo ao *direito de resistência*, compreendendo a «possibilidade de resistir à agressão física ou à invasão do domicílio... proteger os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal [...]», quando não seja possível recorrer à autoridade pública, nomeadamente aqui à Polícia; cf. CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 420, a propósito de comentários sobre o artigo 21º (direito de resistência). No Direito brasileiro a natureza subsidiária da legítima defesa é considerada a propósito da responsabilidade do Estado em prover a segurança, das pessoas e de seus bens, por meio dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que faz a doutrina entender que a reação direta do particular em defesa de seus bens jurídicos ocorre quando da impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, cf. REALE JUNIOR, Miguel, *Teoria do Delito* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998), 76, semelhante, GRECO, Rogério, *Atividade Policial...*, 130.

⁴⁶ Assim, «os termos relativos em que deve interpretar-se a referência constitucional [portuguesa] (CRP, art. 21.º, in fine) à subsidiariedade da legítima defesa», cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 382.

⁴⁷ DIAS, *Direito Penal...*, 419

necessidade do meio⁴⁸, pese os Códigos Penais não estabelecerem o requisito da impossibilidade do recurso à polícia como pressuposto da legítima defesa.

Dessa forma de ver, porque o requisito da necessidade do meio exige que o meio empregue na defesa seja idôneo e o menos ofensivo ao agressor, já não se faz necessária uma literal previsão do recurso à polícia, pois a polícia será, por via de regra – quando a ela o particular puder recorrer em tempo útil sem o comprometimento de sua defesa –, o meio de defesa mais eficaz e menos gravoso a todos os intervenientes, portanto o meio de defesa que o defendente terá de recorrer para repelir a agressão⁴⁹.

Não se trata aqui da necessidade em abstrato da defesa, que existe havendo ou não a presença ou possibilidade da presença da polícia para intervir na situação fática de necessidade do particular; o que está em causa é o requisito da necessidade do meio de defesa em concreto⁵⁰, nomeadamente quando o recurso à polícia é real e eficaz e se evidência como o meio necessário mesmo face a existência de outros meios aos quais o cidadão pudesse recorrer.

E nesse sentido se afirma que a subsidiariedade da legítima defesa privada não alcança autonomia, pois que o recurso à polícia não é imposto⁵¹, o que também significa dizer que não deverá ser tido como *sempre* o meio eficaz à defesa e menos nocivo ao agressor.

Isto é, repercutindo o recurso à polícia no âmbito da necessidade do meio, ele assim o será por via de regra, ou quase sempre, pois que mesmo diante da presença da polícia não se

⁴⁸ PALMA, «A Justificação...», 526; bem verdade que aqui a necessidade da defesa, como para a maioria da doutrina, se caracteriza no pressuposto da necessidade do meio. Contra, DIAS, *Direito Penal...*, 418 s; 423; onde sustenta que a necessidade de defesa não se pode deixar integrar exclusivamente pela necessidade do meio; antes, que a própria defesa «se revele normativamente imposta».

⁴⁹ DIAS, *Direito Penal...*, 419; CARVALHO, *Direito Penal...*, 382; e, PALMA, «A Justificação...», 526; entretanto, esta última autora, numa perspectiva um pouco mais estrita, refere-se que o meio necessário não será o recurso à polícia, mas sim o recurso aos meios que a autoridade pública dispõe.

⁵⁰ Assim, LUZÓN-PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed. (Valência: Tirant, 2012), 410-411. Sobre necessidade em concreto e abstrato, ZILIO, Jacson, *Legítima Defensa: Las Restricciones Ético-Sociales a Partir de los Fines Preventivos y Garantísticos del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012), 157 s; onde diz: «la necesidad abstracta de la defensa consiste en el requisito material que permite a la víctima defenderse de alguna forma, hacer algo para evitar la lesión al bien jurídico, mientras que la necesidad de la concreta defensa es el requisito instrumental que exige que el medio empleado sea racional, idóneo para proteger el bien jurídico del perigo o de la lesión y menos prejudicial para la persona del agresor».

⁵¹ DIAS, *Direito Penal...*, 419; CARVALHO, *A Legítima Defensa...*, 328; *Idem*, *Direito Penal...*, p. 382.

exclui a possibilidade de o próprio agredido defender-se eficazmente e de forma a lesar bens menos importantes que aqueles que a polícia eventualmente tivesse de lesar»⁵².

Essa é uma condição que, entretanto, não deve beneficiar o agredido para permiti-lo agir em concurso com a polícia⁵³. O sentido da subsidiariedade da legítima defesa também implica que quando o particular tiver no caso concreto a possibilidade certa e efetiva de socorrer a polícia sem comprometer a necessidade da sua defesa, ou quando a polícia intervir espontaneamente, e esse auxílio promover uma defesa eficaz com uso de meios menos gravosos ao agressor, decai o direito de agir do particular⁵⁴, sujeitando-se ele à ação defensiva do agente policial.

Isso posto, o problema da subsidiariedade da legítima defesa privada implica, por força da proporcionalidade dos bens na defesa realizada pela polícia, em uma maior restrição das possibilidades de defesa do particular, especialmente quando em causa agressões a bens patrimoniais; isso porque, diferentemente da polícia, o particular está facultado a defende-los com todos os meios que estejam a seu alcance, entre eles a arma de fogo, ainda que por tal possa por em perigo a vida do agressor⁵⁵.

⁵² CARVALHO, A *Legítima Defesa...*, 328; *Idem*, *Direito Penal...*, 382. No mesmo sentido, LUZÓN-PEÑA, *Lecciones...*, 411; para o qual – por mais que o particular seja obrigado a acudir-se do auxílio de terceiros ou de um polícia se essa ajuda for suficientemente segura e menos lesiva que sua própria – em um determinado caso concreto, o particular poderá, por sua preparação ou outras circunstâncias, repelir a agressão com um meio menos lesivo ou equivalente ao que a polícia teria de utilizar, não se devendo considerar isso um meio desnecessário, pelo que poderá utilizá-lo atendendo ao requisito da necessidade do meio.

⁵³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1997), 481; segundo esse autor, constitui delito de usurpação de função quando o particular se arroga das faculdades dos agentes policiais, quando estes estão a defender os seus direitos.

⁵⁴ Aqui entendida a subsidiariedade nos termos relativos aos quais nos referimos *supra* nota 46. Com o mesmo entendimento, ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, e SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed. (Buenos Aires: Ediar, 2005), 611; quando dizem que «el derecho de legítima defensa cesa cuando el agente tiene en el caso la posibilidad concreta, cierta y efectiva de acudir al servicio estatal y que éste le proteja realmente de modo sensiblemente inferior al que él mismo podría obtener con su defensa». Com excessivo rigor, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 481, com atenção à nota 96, em que admitindo a questão como controversa, diz inclusive que o particular não poderá realizar a defesa necessária que um polícia presente já não esteja autorizado a realizar por força de um princípio de proporcionalidade, sobretudo quando do uso de armas de fogo. *Quanto a nós, defendemos posição que a ação própria do particular só não tem lugar quando a defesa do polícia é igualmente eficaz e menos gravosa que a ação que o particular poderia empreender, em atendimento ao pressuposto da necessidade do meio.*

⁵⁵ É assente na doutrina que a legítima defesa não depende da proporcionalidade dos bens; em todo o caso, incide o pleno respeito ao requisito da necessidade do meio, bem como aos demais pressupostos e requisitos legitimadores da legítima defesa; tendo em conta ainda que agressões insignificantes afastam o direito de legítima defesa. Nesse sentido, CARVALHO, A *Legítima Defesa...*, 475 s; 487. Em detalhes, sobre a (des)proporcionalidade exigida na legítima defesa jurídico-penal, *infra*, Capítulo 3; 3.3.1. Contra, Fernanda

Como consequência, embora não se possa afirmar de pronto a ineficácia da ação do agente policial mediante outro meio de defesa; uma vez isso ocorrendo, sujeitará o policial a mero expectador ou dos males do particular, quando este também não puder defender seus bens⁵⁶; ou um expectador da ação mais alargada do próprio particular ou de terceiros auxiliares⁵⁷.

Em ambas as hipóteses, o monopólio do uso da força e a primazia de intervenção da polícia na defesa de particulares seriam contestados, o que geraria perigosas consequências político-criminais⁵⁸.

Abordadas essas implicações das normas relativas ao recurso a arma de fogo pela polícia no plano da legítima defesa, importa agora destacar as questões que juntas formulam a problemática dessa investigação.

1.3. Questões a discutir e enfoque ao problema da investigação

Discutir a relação entre as normas do recurso a arma de fogo na atividade policial e o direito de legítima defesa jurídico-penal é essencialmente, e a todo tempo, confrontar e questionar a validade dos limites a que se sujeitam os agentes policiais em relação aos particulares.

Decerto se coincidissem os limites da defesa pública aos da subsidiária legítima defesa privada não importava avançar em discussões dogmáticas sobre se quando os policiais atuam em defesa de particulares face a agressões reguladas pelo direito de legítima defesa podem agir com a mesma amplitude que é permitida aos privados ou se ficam adstritos as normas do direito de polícia.

Palma, que defende a «unidade do problema dos limites da legítima defesa entre particulares e autoridades policiais», afirmando a natural «contenção do exercício do poder privado nos limites de aplicação da força pública», pois que tomando por base os limites da polícia, a unidade entre ambos é decorrência natural do princípio da subsidiariedade da legítima defesa, cf. PALMA, «A Justificação...», 524 s.

⁵⁶ MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 725 s.

⁵⁷ MOURA, Bruno de Oliveira, *Ilicitude Penal e Justificação. Reflexões a Partir do Ontologismo de Faria Costa*, 1.^a ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2015), 364-365, nota 1169.

⁵⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, trad. 2.^a ed. alemana (Madrid: Civitas, 2008), 656.

E desde logo se poderá levantar o problema da expressa regulação normativa, em Portugal e Brasil, da exigência de proporcionalidade de bens quando os agentes policiais atuam mediante o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa, para afastar qualquer discussão relativamente a diferença de amplitude entre a defesa exercida pelo policial e a legítima defesa permitida aos particulares.

Isto porque, se na ausência de tal regulação se podia dizer que o «funcionamento»⁵⁹ da legítima defesa em nada se via afetado, pois que a questão antes não era inequívoca quanto aos bens a defender, agora tal hipótese já não é possível em razão das normas que limitam e condicionam o recurso a arma de fogo pela polícia contra pessoas, em situações de legítima defesa, à exclusiva defesa dos bens vida e integridade física essencial.

Mas em todo o caso se permitirá questionar o valor de uma tal exigência normativa de proporcionalidade dos bens no seio da legítima defesa jurídico-penal, afinal, do modo como esse direito é jurídico-penalmente regulado não se impõem limites em função dos bens ao exercício dessa justificante⁶⁰.

Isso posto, não é de se admitir a opinião de que essa questão passou a ser de somenos importância dogmática e prática em razão dessa expressa regulação; do contrário continua a fazer sentido questionar, mesmo em face dos regimes específicos derivados, qual a validade desses regimes tendo por base o próprio direito de legítima defesa jurídico-penal e sua natureza subsidiária⁶¹.

O ponto de partida da discussão é a dogmática alemã, não só porque as soluções à essa problemática têm gênese naquele direito, mas também, e essencialmente, porque nessa matéria ela é inspiradora do pensamento penal português⁶².

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, «Art. 131», in *Comentário Conimbricense*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, t. I. (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), 19; Ver, também, DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.ª ed., 41.

⁶⁰ Semelhante, MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 719.

⁶¹ PALMA, «A Justificação...», vol. I, 522 s; em que destaca a essencialidade da questão por envolver a legítima defesa em seu fundamento, e a partir disso a necessidade de uma base normativa em que se consiga inserir todos os problemas particulares; ocasião em que considera um «dogma» a ilimitação da defesa de bens por particulares na legítima defesa e defende a limitação da defesa do particular naquilo que é permitido aos agentes policiais; nesse sentido, ver, *supra*, nota 55.

⁶² No sentido do texto, PALMA, «A Justificação...», vol. I, 523. Semelhante, VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil», in *Jornadas de homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira* (Separata RFDUL. Viseu: Tip. Guerra, 1995), 254. Ainda, CARVALHO, *Direito*

Naquele país, resulta extremamente discutida a relação entre a legítima defesa e as normas de Direito policial relacionadas ao recurso às armas de fogo. Enquanto à legítima defesa vigora um forte modelo de não-limitação da ação defensiva⁶³, as leis policiais restringem o recuso a armas de fogo para fazer frente a delitos com uso de armas⁶⁴, em clara evidência de que no âmbito das atuações oficiais o uso da força e de armas de fogo há de ser proporcionado⁶⁵.

Embora aí não haja uma expressa regulação do exercício da legítima defesa pelos agentes policiais, surge a questão de saber se quando eles atuam em face de agressões ilícitas a bens individuais suscetíveis de legítima defesa pelos particulares devem ou não obediência ao princípio de proporcionalidade norteador da atividade policial⁶⁶; e assim se, e em que medida, podem atuar com apoio no direito de legítima defesa para justificar sua intervenção.

Com particularidades, porque em causa a expressa exigência da proporcionalidade dos bens na ação defensiva policial em situações de agressões reguladas pela legítima defesa – que vincula a possibilidade do resultado morte e de grave lesão corporal só em defesa dos bens

Penal..., 38 s; 380 s, onde revela que «em matéria de legítima defesa [...] a riqueza e complexidade da bibliografia germânica não tem paralelo»; e, DIAS, *Direito Penal...*, 431 s, em que busca referencial alemão ao tratar sobre a legítima defesa e o «actos da autoridade».

⁶³ PALMA, «A Justificação...», vol. I, 425 s; SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 328.

⁶⁴ PALERMO, Omar, *La Legítima Defensa: Una Revision Normativista* (Barcelona: Atelier, 2006), 365; Também, ROXIN, *Derecho Penal...*, 656.

⁶⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 328.

⁶⁶ De tudo, importa destacar que não se discute a afirmação do princípio da proporcionalidade na atuação policial quando em causa a defesa de bens supra-individuais, os bens estritamente estatais ou os interesses de ordem pública, situações nas quais os agentes policiais estão impedidos de recorrerem a medidas excessivas face à natureza ou importância dos bens públicos a defender ou preservar; cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 324-325, com ênfase à nota 559. Em MOURA, *A Não-punibilidade...*, 238, nota 788, vê-se estendida bibliografia alemã que referenda categoricamente a exclusão dos bens jurídicos da comunidade do regime de legítima defesa. Na lição de Figueiredo Dias, mesmo que a proteção da comunidade também sirva para a realização do preavalecimento do Direito, à justificação por legítima defesa é necessário que a agressão ponha em perigo bens individuais, razão em que junto a defesa de bens comunitários deverá ocorrer simultaneamente a defesa de um bem particular, cf. DIAS, *Direito Penal...*, 410-411. Também, ROXIN, *Derecho Penal...*, 608; 625-627, para o qual a permissibilidade de os particulares defenderem em legítima defesa bens jurídicos da comunidade – por mais que o direito de legítima defesa também sirva para o preavalecimento da ordem jurídica – «sem que ali haja algum outro particular a necessitar de proteção, produziria mais prejuízos a benefícios, pois que favoreceria o surgimento de cenas de violência e causaria insegurança, o que precisamente o Estado procura evitar por meio dos polícias»; dessa forma sendo inconveniente atribuir aos particulares uma tarefa que é própria da polícia. No direito brasileiro, próximo, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito Penal: Parte Geral*, 4ª ed. (S/I: Conceito Editorial, 2010), 227, nota 50: «bens jurídicos da comunidade [...] são insuscetíveis de legítima defesa porque a ação violenta do particular produziria maior dano que utilidade [...]».

vida e da integridade física essencial – e por se entender que isso contrasta com o direito de legítima defesa jurídico-penal, essa problemática também existe em Portugal e Brasil⁶⁷.

Dessa forma cumpre questionar se afinal as exigências que são feitas à atuação policial impedem que o polícia se socorra do regime da legítima defesa jurídico-penal; se não, onde se inserem no plano da legítima defesa e qual a amplitude desse direito.

E isso corresponde ao problema dessa investigação, que já se foi dito, reside em saber como interpretar os limites do recurso a armas de fogo contra pessoas quando o policial atua em face de agressões reguladas pelo direito de legítima defesa jurídico-penal.

Sobre essa problemática há entendimentos firmados na doutrina. São três as principais correntes que buscam interpretá-la, pelo que agora interessa apresentá-las e discutí-las em seus principais aspetos, para em um segundo momento contextualizá-las aos casos brasileiro e português, e ir tomando posição sobre o aproveitamento ou não do que sustentam, e nesta medida, sobre uma solução que seja aceitável nesses contextos.

⁶⁷ A expressa regulação em lei não impede a controversia; ver, *supra*, nota 23.

Capítulo 2

As formas de interpretação e solução do problema

Verifica-se em vários sistemas jurídicos de Estados de direito democrático uma regra do Direito de polícia para a qual a exclusividade do disparo de arma de fogo dirigido a matar funciona e é permitido como *ultima ratio* na defesa imediata da vida e da integridade física em sua maior ponderação⁶⁸.

Essa específica limitação à defesa policial e o entendimento não uníssono quanto ao valor de sua exigência normativa em face do direito de legítima defesa⁶⁹ conduzem a questionamentos relativamente a admissibilidade ou não, e até que ponto, da legítima defesa – aquela conforme regulada nos Códigos Penais – por parte dos agentes policiais quando atuam no exercício de suas funções e nomeadamente quando do recurso a armas de fogo⁷⁰.

Com efeito, admitir ou negar o direito de legítima defesa aos agentes policiais, tal como regulado nos Códigos Penais, significa valorar a conduta deles de forma similar ou mais severa àquela do particular em idêntica situação⁷¹, e isso, obviamente – como já se teve oportunidade de ver – repercute na defesa do particular, quando em conta a questão da subsidiariedade da legítima defesa privada⁷².

O tema é tratado com destaque na dogmática alemã e merece o mesmo relevo, em Portugal e Brasil, em razão da expressa regulação de proporcionalidade dos bens na ação defensiva policial mediante o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa, o que, reafirma-se, é estranho ao regime jurídico-penal dessa justificante⁷³.

⁶⁸ É o que se extrai, por exemplo, do Seminário Internacional “O uso de armas de fogo pelos agentes policiais” que teve lugar na Escola Prática da GNR (Guarda Nacional Republicana) em Queluz, Lisboa em que estiveram presentes a falar das normas nacionais policiais diversas autoridades de distintos países Europeus, cf. PORTUGAL. MAI. «Uso de armas de fogo pelos agentes policiais», in *Seminário Internacional Uso de Armas de Fogo pelos Agentes Policiais, Queluz*, org. Inspeção-Geral da Administração Interna (Lisboa: IGAI, 2003). Também é o que consta do minucioso estudo comparativo de Sánchez García sobre a justificação das ações policiais com recurso a armas de fogo em distintos sistemas jurídicos na Europa e América; cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 39 s; 243 s; e 319 s, especialmente.

⁶⁹ Como exemplo, *supra*, nota 23.

⁷⁰ Nestes termos, MOURA, *Ilicitude Penal...*, 365, vide nota 1169.

⁷¹ Em termos semelhantes, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 320-321.

⁷² *Supra*, Capítulo 1; 1.2.1.

⁷³ *Supra*, Capítulo 1; 1.1.1.

Nessas situações, estando em causa a incidência e o valor da exigência normativa de proporcionalidade dos bens que podem ser defendidos e agredidos, a doutrina discute a questão e apresenta três principais formas de interpretá-la.

Uma delas nega por completo a dogmática da legítima defesa aos policiais sempre da existência de disposições legais especiais da matéria à atuação policial, nomeadamente quanto ao recurso a arma de fogo.

Por outra via defende-se que aos agentes policiais é possível a invocação do direito de legítima defesa no plano material de forma semelhante à dos particulares, fazendo repercutir as limitações das normas de direito policial na avaliação da necessidade do meio; em todo o caso negando a vigência de uma proporcionalidade dos bens.

E entre essas posições antagônicas há, com destaque e acolhimento na doutrina alemã, uma solução intermédia para a qual a conduta policial desproporcionada é acolhida pela legítima defesa, entretanto ilícita face as normas do direito de polícia.

O caminho a seguir será explorar essas maneiras de tratar a questão por meio de uma revisão crítica de literatura com o objetivo de levantar os principais argumentos dogmáticos e as críticas com as quais elas compadecem. E, como se trata de um caminho que se faz nesta investigação, interessa reunir elementos para discutir a questão com melhor compreensão e mais profundidade quando de sua transposição para os contextos brasileiro e português.

2.1. A negação do direito de legítima defesa

Uma certa corrente doutrinária exclui categoricamente a dogmática da legítima defesa sempre quando da existência de regimes especiais às forças policiais, especialmente quando do uso de armas de fogo⁷⁴.

No Direito alemão, essa corrente é genericamente chamada de solução de direito público e defende que apenas as normas do direito policial fundamentam e são cruciais para a

⁷⁴ DIAS, *Direito Penal...*, 431.

avaliação das ações dos agentes policiais no exercício de suas funções⁷⁵, indiferentemente se o polícia atua em defesa de terceiros ou em defesa própria⁷⁶.

Naquele país, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a atuação «soberana» do Estado, operada por seu funcionário, como um direito de intervenção que assegura a licitude das diversas formas de coação que as autoridades tem de empregar para fazer cumprir a lei, e as considera, no caso das atuações policiais, como hipóteses constantes e bem elaboradas nas leis administrativas policiais, em sua maioria reguladas pelo Direito de cada estado⁷⁷.

Deste modo, a licitude das medidas coativas Estatais pressupõe uma norma de intervenção que opera como causa de justificação em direito penal. Isto é, os requisitos das intervenções policiais, e no caso em específico daquelas que se dão por intermédio do recurso a arma de fogo, devem ser encontrados e correspondem aos definidos nas normas do direito de polícia, não sendo matéria jurídico-penal apesar de terem repercussões penais⁷⁸.

Em suma, enquanto que a intervenção do polícia numa situação de legítima defesa dá-se por ocasião do exercício da função policial, a norma de intervenção na qual o agente deve basear sua conduta e pela qual ela deverá ser avaliada é aquela definida nas normas específicas da matéria, no caso em estudo, nas leis administrativo-policiais que regulam o recurso a arma de fogo contra pessoas e não nas normas do direito de legítima defesa jurídico-penal.

⁷⁵ BÉGUELIN, José, R., «Die subsidiarität der Notwehr als entscheidendes Kriterium für die Frage, ob Polizeibeamte sich auf § 32 StGB berufen dürfen.», *GA* 138 (2013): 475-476.

⁷⁶ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 480. Daí que para essa tese o princípio da proporcionalidade (dos interesses) que norteia a atuação policial se afirma mesmo quando a polícia atua em situações possíveis de legítima defesa de terceiros, CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 326.

⁷⁷ Para a temática dos “direitos de intervenção no exercício do cargo”, no direito alemão, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 734 s; JAKOBS, *Derecho Penal...*, 546 s. Destacando que a base legal para as autorizações de intervenção dos agentes policiais na Alemanha se encontram nas leis de direito público, UZwG e MEPolG; cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 243; 339-340. Segundo Vicenta Donderis, o Código Penal alemão não faz referência à justificante do exercício legítimo do cargo exatamente por considerar ser uma eximente não necessária face à evidência de que não atua ilicitamente quem cumpre um dever jurídico; cf. DONDERIS, Vicenta Cervelló, «Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9 (2013): 20 s. Contra esse entendimento, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, colab. Fermín Morales Prats e Miquel Prats Canut, 3ª ed. (Pamplona: Aranzadi, 2002), 488-489, ao dizer que a existência dessa justificante é imprescindível, por considerar que nela se alcança «la unidad o coherencia entre todo el ordenamiento jurídico», pois que a fonte dos deveres e direitos que nela se mencionam proveem de todo o ordenamento jurídico.

⁷⁸ ROXIN, *Derecho Penal...*, 735.

Fora do contexto alemão, o que essa tese defende é que o uso da força e de armas de fogo pela polícia quando atua no cumprimento de suas funções, incluída aí a intervenção em situações de necessidade e de agressões suscetíveis de legítima defesa pelos particulares, ampara-se nas excludentes do cumprimento de um dever ou exercício do cargo, das quais derivam particularidades em relação ao direito de legítima defesa⁷⁹.

2.1.1. Aspectos conceituais e argumentos

Perfilando o entendimento de que a ação defensiva policial contra perigos segue suas próprias regras – que se fundam na prerrogativa do uso da força e na determinação generalizada de eficácia na atuação Estatal – e que tem como fim a proteção do Estado de Direito, sustenta-se que um agente policial em serviço não pode basear suas ações no direito de legítima defesa sob pena de se invalidar essas regras e atentar contra a finalidade do Estado de Direito⁸⁰.

Nesse sentido, a solução de direito público defende que qualquer equiparação entre a defesa policial e a legítima defesa deve ser afastada⁸¹ mediante as alegações de que (i) o caráter da espontaneidade e a conexão a um bem jurídico distingue a legítima defesa da atuação policial de defesa contra perigos, que resulta ser uma defesa preparada e metódica, não vinculada a um bem particular, senão à ordem pública⁸²; e porque (ii) a aniquilação da formalidade que é própria do Estado de Direito seria certa se os policiais pudessem invocar

⁷⁹ Ver, *infra*, Capítulo 3; 3.1.1 e 3.1.2. Conforme o texto, LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales...*, 104, nota 405.

⁸⁰ Por todos, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478 s. É comum, tal como Jakobs faz, a referência ao uso da força pelo Estado como «violência pública». Entretanto, manifestamos preferência pelo termo uso da força, em razão, principalmente, da indistinção pelo senso comum do significado uma e outra palavra, e de suas consequências à atividade policial. Para além, violência é um ato arbitrário, ilegal, ilegítimo e amador, enquanto o recurso à força é um ato discricionário, legal, legítimo e idealmente profissional. A confusão desses termos abre espaços para comportamentos militantes e preconceituosos, «em que intervenções tecnicamente corretas do ponto de vista da ação policial têm sido lançadas à vala comum da brutalidade policial e erigidas em símbolo de uma mítica banalização da violência»; indo mais a fundo, criam-se falsas contradições que polarizam na atividade policial, p.e. «operacionalidade versus direitos humanos». Nestes termos, MÚNIZ, Jaqueline, PROENÇA JÚNIOR, Domício, e Diniz, Eugênio, «Uso de força e ostensividade na ação policial», *Conjuntura Política*, n.º. 6, Departamento de Ciência Política: UFMG, (1999): 22-23.

⁸¹ PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366.

⁸² BRODT, Luís Augussto Sanzo, *Do Estricto Cumprimento do Dever Legal* (Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005), 291; JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-479.

como cláusula geral de atuação, para além da legitimidade do uso da força, o elemento da necessidade da legítima defesa⁸³.

Do que acima se disse, sustenta-se que a lógica das normas da atuação da polícia na defesa contra o perigo, enquanto exercício do uso da força pelo Estado, é que o agente policial está obrigado tanto a perfilar com nitidez a proporcionalidade da atuação Estatal, quanto à máxima obrigatoriedade de defesa da vida⁸⁴.

Dessa finalidade Estatal decorrem restrições⁸⁵ ao ato defensivo policial e, por conseguinte, a impossibilidade desse ato ser regido pelas normas da legítima defesa. Em contraposição, o particular não é obrigado à consecução de tais fins e pode ter «*más* autorización para intervenir que, *ceteris paribus*, un agente de policía»⁸⁶.

E embora daí se possa dizer que a ação da polícia sofre limitações, inclusive em face de agressões suscetíveis de legítima defesa pelos particulares, essa questão é compensada por maiores faculdades que o polícia tem de atuar antes e depois da agressão⁸⁷; dito de outro modo, uma maior contenção da polícia é justo o que faz ser tolerável que o polícia se afaste da atualidade de agressão e que se vincule à defesa ao perigo mais remoto⁸⁸.

Assim, como não é vinculada a atualidade da agressão, a reação policial ao perigo rege-se sob os parâmetros das normas especiais de Direito Público, que buscam alcançar maior

⁸³ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 479.

⁸⁴ PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366-367; JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-479.

⁸⁵ Em geral encontram-se a obrigatoriedade de atuar sob a regência do princípio da proporcionalidade, a sujeição de vinculação de meios de defesa a determinados tipos de agressões, e a subsidiariedade do uso de armas de fogo pela polícia, a saber, facultada só em medidas extremas e na falência de outros meios; limitações que para sua compreensão obriga conhecer as competências da intervenção policial. O mesmo autor ainda afirma, em oposição à alegação de que o direito de legítima defesa ao menos poderia ser reconhecido aos polícias quando atuam na defesa de terceiros, que a legítima defesa na atividade policial está «juridicamente excluída», cf. JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-480, ver notas 82 e 92.

⁸⁶ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478. Nesse sentido expõe-se a generosidade do direito de legítima defesa alemão manifestada no plano da justificação da conduta do agredido (ou de seu auxiliar) que, para além de não obrigá-lo à fuga, não o remete a meios de defesa menos gravosos, mas inseguros; e à qual não deve incidir ponderações na ordem de proporcionalidade dos bens, cf. PERRON, Walter, «Justificación y exculpación en derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», in *Justificación e Exculpación en Derecho Penal (colóquio hispano-alemán de derecho penal)*, edit. Perron, Waler, Enrique Gimbernat e Albin Eser (Madrid: s/ed., 1995), 79.

⁸⁷ Essa compensação a que se faz referência surge no intuito de equiparar a que seria uma limitada atuação policial – em razão do princípio da proporcionalidade e da obrigatoriedade da máxima proteção a vida – à “aparente” maior autorização de intervenção dos particulares em legítima defesa, cf. PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 367-369.

⁸⁸ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 479.

eficácia na defesa ao menor custo possível ao agressor; e como já se disse que a intervenção da polícia se obriga ao princípio da proporcionalidade e à máxima proteção da vida, o Estado aceita a eventual possibilidade de perda em prejuízo do agente policial, num caso particular⁸⁹.

Como consequência e exemplificação do acima dito, no específico caso do disparo de armas de fogo na atuação policial em defesa própria ou de terceiros, tem-se que os princípios e limites que buscam a eficácia plena da atuação do Estado só fazem admitir a mínima possibilidade da morte de um cidadão – diferentemente da legítima defesa do particular – exclusivamente para a proteção à vida e da integridade física em sua maior ponderação⁹⁰.

No que toca à segunda alegação destacada, sustenta-se ser perigosa a desvinculação da defesa policial aos parâmetros das normas especiais de atuação da polícia e a consequente possibilidade de invocação das regulamentações do direito de legítima defesa. Isso ocorrendo, tornaria a atuação policial ao invés de obrigatória, facultativa, e o polícia decidiria como lhe conviesse, se interviria ou não, na situação de necessidade alheia⁹¹.

Argumenta-se o facto de que aos policiais não se lhes é facultada a intervenção em defesa de terceiros, do contrário é obrigatória: a necessidade da atuação policial na defesa contra o perigo decorre da obrigatoriedade da realização das funções do Estado de defesa da ordem pública e dos cidadãos, para cuja sua realização o policial foi devidamente preparado e não pode negar-se⁹².

Em definitivo, os parâmetros da defesa policial são determinados pela prevalência da regra especial dos regulamentos policiais sobre a regra geral do Código Penal⁹³: os princípios gerais que regem a atuação policial, em especial o de proporcionalidade, vigem em todas as

⁸⁹ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 479.

⁹⁰ Nesse sentido a tese da solução de direito público ressalta que no caso da atuação policial o Estado aceita a perda isolada de um bem patrimonial, por exemplo, com o propósito de perfilar com mais nitidez a exigência de proporcionalidade e a máxima proteção da vida como comeditos Estatais, cf JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478.

⁹¹ Próximo ao texto, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 368. Destacando outra consequência, Helmut Frister, para o qual a desvinculação do ato defensivo policial da regulação detalhada do recurso a arma de fogo faria carecer totalmente de sentido as normas especiais da atuação policial e converteria em supérfluas todas as demais normas de direito público sobre as facultades de intervenção do Estado na esfera de liberdade do particular, cf. FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Marcelo A. Sancinetti, 4ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2011), 337

⁹² BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 280. Em termos semelhantes, MOURA, *Illicitude Penal...*, 369, nota 1169; onde faz contar como argumento de justificação da tese de direito público o entendimento de que «a defesa organizada e sistemática de bens jurídicos e do Direito não é uma situação excepcional para o agente policial, mas uma tarefa estatal para qual ele foi devidamente preparado».

⁹³ Nestes termos, BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475-476.

situações de manifestação do uso da força pela polícia, seja ela até mesmo a defesa policial que reaja ante uma agressão atual e ilícita a bens individuais suscetíveis de legítima defesa⁹⁴.

2.1.2. Análise crítica

a) O aspeto legal controverso: A falta de clareza dos regulamentos policiais e ofensas ao princípio de igualdade

Para parte da doutrina alemã há falta de clareza nas legislações policiais, e essa é a razão da contradição existente na discutida questão de saber se os policiais podem ou não, no exercício de suas funções, invocar o direito de legítima defesa.

Naquele país, nem todas as leis policiais vinculam o recurso a armas de fogo contra pessoas somente ao princípio de necessidade, mas também ao princípio de proporcionalidade; e, nem todas essas normas contém dispositivos que fazem remissão às causas de justificação de direito penal⁹⁵: as chamadas reservas de direitos de necessidade⁹⁶.

⁹⁴ Com referências bibliográficas, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 324-325; onde afirma ser essa a convicção que sustenta o entendimento dos doutrinadores espanhóis que negam o reconhecimento do direito de legítima defesa como fundamento para as atuações oficiais dos agentes policiais.

⁹⁵ Nestes termos, ROXIN, *Derecho Penal...*, 656. Situação que faz esse autor considerar que, «se de uma parte há leis que só permitem o recurso a armas de fogo por agentes policiais [...] para impedir a iminente comissão ou consecução de um delito grave ou de um delito menos grave com emprego ou porte de armas de fogo ou explosivos, teria de se admitir que os policiais não podem, mediante um tiro nas pernas de um ladrão, impedir um roubo a uma residência, por exemplo. Por outra parte, e contrariamente, como há leis policiais que fazem remissão às causas de justificação jurídico-penais, em virtude dessas [...] o agente policial pode invocar como qualquer cidadão o direito de legítima defesa ao atuar em legítima defesa de terceiros ou de si próprio».

⁹⁶ Para um retrato actual das «Notrechtsvorbehalte» (reservas de direitos de necessidade) nas leis policiais alemãs, cf. BÉGUELIN, «Die Subsidiarität der Notwehr...», 477 s, em especial as notas 31 a 35. Segundo esse autor, as «Notrechtsvorbehalte», termo cunhado por Blei e utilizado pela generalidade da doutrina alemã para classificar as prescrições sobre a legítima defesa e o estado de necessidade nas distintas leis de Direito policial, foram pela primeira vez discutidas como um problema central na Alemanha em 1955 (BLEI, H., «Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs», *JZ*, 1955, 625 s). Ainda conforme esse autor, há leis policiais alemãs que excluem expressamente a possibilidade de a partir do § 32 do StGB (o direito de legítima defesa jurídico-penal) derivar poderes especiais aos agentes policiais, a saber: no § 10 III BremPolG e no § 8 III SPolG. Para além dessas leis, diz o autor que «recentemente» o estado de Hamburgo revogou as «Notrechtsvorbehalte» anteriormente contidas no § 25 III SOG acompanhando, segundo consta da exposição de motivos, o entendimento formulado por um grupo de doutrinadores que apresentou um projeto alternativo à MEPolG («Polizeigesetzen zweier Bundesländer und dem Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes» - Projeto Modelo de uma Lei Única de Polícia da Federação e dos Estados, de 11-6-1976) denominado AEPolG («Alternativentwurf zu einen einheitlichen Polizeigesetz»), de 1979; a revogação do § 25 III SOG seguiu então

Diante da evidente falta de unicidade entre as legislações policiais alemãs, parte da doutrina tentar equacionar a questão – e assim tratar igualmente a todos os casos – sustentando que o direito de legítima defesa deve então servir ou como complemento às legislações policiais ou como verdadeira norma de intervenção dos agentes policiais⁹⁷.

Para os casos brasileiro e português em que vigora uma só norma relativa ao recurso a arma de fogo na atuação policial – e com aplicabilidade a todas as polícias –, não se deixa de apontar a existência de contradições, desta feita entre as normas do direito de polícia e o próprio direito de legítima defesa, assim como está regulado nos códigos penais⁹⁸.

Exalta-se assim o «caráter revolucionário e contrastante» dos regimes jurídicos que, a exemplo do português e brasileiro, impõem à defesa policial em situações de legítima defesa uma severa restrição na ordem de proporcionalidade dos bens agredido e defendido; pelo que sustenta-se que à atuação policial deve ser reconhecido o direito de legítima defesa em toda a sua amplitude, sob pena resultar no comprometimento da teleologia dessa justificante, nomeadamente no apagamento de suas funções preventivas⁹⁹.

uma formulação baseada na solução Diferenciadora: «os limites legais da atuação policial são regidos exclusivamente pela lei de polícia. As normas sobre legítima defesa e estado de necessidade podem ser utilizadas, se necessário, como parte de uma avaliação jurídica civil ou criminal da conduta do polícia». Por outro lado, Sanches García cita um exemplo de «Notrechtsvorbehalte» na UZwG, §10.3 (Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes), onde se prescreve que “o direito ao uso de armas de fogo com base em outras leis permanece inalterado”, em expressa remissão ao §35.2 da MEPoIG («Polizeigesetzen zweier Bundesländer und dem Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes» - Projeto Modelo de uma Lei Única de Polícia da Federação e dos Estados, de 11-6-1976) para o qual «as prescrições sobre a legítima defesa e estado de necessidade permanecem inalterados», cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 328. Do mesmo modo, Roxin, ao citar que em virtude das reservas de direitos de necessidade permanecem imunes «‘los preceptos sobre legítima defensa y estado de necesidad’ (§ 57 II PolGNW) o ‘los efectos civiles y penales derivados de los preceptos sobre legítima defensa y estado de necesidad’ (art. 60 II BayPAG, e o § 54 II HSOG [...])», cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 656.

⁹⁷ Citando Lerche, Roxin aborda a tese da incorporação pelo direito policial das normas de direito penal. Segundo aquele autor, por um lado não se exclui a possibilidade de derivar dos direitos que correspondem a qualquer pessoa faculdades de intervenção aos policiais; por outro lado, também, é precisamente em razão da existência de reservas de direitos de necessidade em algumas leis policiais que se deve entender que as normas gerais se incorporam ao direito policial. Assim, quando as legislações policiais fazem inserir no recurso a armas de fogo uma cláusula de proporcionalidade, para além da de necessidade, não se deve entender como uma restrição às faculdades de legítima defesa, mas sim como aquilo que, regra geral, é o que está requerido ou indicado para uma atuação policial em defesa própria ou de terceiros. Em sendo assim, a razão das reservas aos direitos de necessidade jurídico-penais existente nalgumas leis policiais deve ser percebida, precisamente, como a de se permitir a aplicação complementária do direito de legítima defesa na atuação policial, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 658, nota 166.

⁹⁸ Tema que detidamente nos ocuparemos no Capítulo 3 desta investigação.

⁹⁹ MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 727.

Para além disso, e relativamente a (não)justificação penal de um ato praticado por um policial em serviço numa situação de legítima defesa própria ou de terceiros que embora necessário não esteja em conformidade com as normas de Direito policial, levanta-se uma flagrante ofensa ao princípio de igualdade pela consideração de ilicitude na ação policial e a justificação da conduta de um particular em idêntica situação¹⁰⁰.

Na hipótese, controversa¹⁰¹, de o policial atuar em conjunto com um particular, sendo um auxiliar em sentido amplo, e de o bem lesado na ação defensiva for superior ao bem defendido; enquanto que a ação avaliada na pessoa do particular agredido seria jurídico-penalmente justificada com apoio no direito de legítima defesa, a ação exercida pelo policial, em auxílio ao agredido, constituiria um ilícito penal e administrativo¹⁰².

Por fim, o auxílio necessário não prestado pela polícia quando tal somente fosse possível mediante o recurso a armas de fogo, que até poderia produzir menores danos que outro meio, resultaria numa restrição do direito de legítima defesa do particular e poderia comprometer a noção de subsidiariedade da legítima defesa. Questão que já objeto de análise¹⁰³, será de novo levantada, embora só o suficiente para pontuar a crítica.

¹⁰⁰ Em termos semelhantes, MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 727. Ainda, sobre violações ao princípio da igualdade quando em causa as restrições sempre feitas à utilização de armas de fogo em situações de legítima defesa; diz Fernando Monteiro que ela é ainda mais flagrante e consideravelmente acentuada quando a lei impõe que o defendente armado com arma de fogo não possa visar áreas vitais do corpo de seu agressor, como é o caso, português, da Lei 05/2006, de 23 de fevereiro (Regime das Armas de Munições); situações tais em que por força da vedação constante do artigo 42 da aludida lei: «em caso algum podendo visar zona letal do corpo humano» o agredido que tira a vida de um agressor armado e, para cessar a agressão que sofria o faz visando a caixa torácica de seu agressor (portanto uma zona vital), teria sua conduta negada pela legítima defesa; aquele, porém, que em idêntica situação disparasse arma de fogo às pernas de seu agressor, mas com isso acertasse a artéria femoral e dito agressor viesse a morrer, por não ter visado uma zona letal teria sua conduta possivelmente justificada pela legítima defesa. Com interesse, exaltando que regulamentações desse tipo fazem a legítima defesa perder, do ponto de vista constitucional, sua consistência, diminuindo sua extensão e alcance, cf. MONTEIRO, Fernando Conde, «O uso de armas de fogo e a legítima defesa: comentário ao artigo 42 da lei n.º 5/2006 de 23 de fevereiro (regime das armas e munições)», in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, em comemoração do 70º aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, org. Augusto Silva Dias, et. al. (Coimbra: Almedina, 2009), 795 s, 801. Neste sentido, Sánches García defende que é pelo requisito da necessidade que deve inserir-se as valorações de critérios restritivos do direito de legítima defesa policial, e que a inserção de um requisito adicional de proporcionalidade na legítima defesa policial afrontaria o princípio da legalidade, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348.

¹⁰¹ Desde logo, *supra*, as considerações no Capítulo 1; 1.2 e 1.2.1.

¹⁰² CARVALHO, *Direito Penal...*, 381.

¹⁰³ Em detalhes, *supra*, Capítulo 1; 1.2.1.

b) A falência do Estado na missão de proteção: descrédito da noção de subsidiariedade da legítima defesa particular e a degradação da autoridade policial e do Estado de Direito

Outra objeção à tese que curamos diz respeito ao que deriva da insuficiente proteção da polícia ao cidadão se ao agente policial não for possível invocar o direito de legítima defesa tal qual o particular, sem limitações na ordem de proporcionalidade dos bens.

Em outras palavras, entendem-se inaceitáveis as limitações impostas pelas normas do direito de polícia, porque resultam em uma diminuição da extensão e alcance da legítima defesa do particular para mais além de sua natural limitação pela subsidiariedade da defesa particular à defesa policial¹⁰⁴.

A crítica que nesse campo se faz, levanta a hipótese de que se à polícia for permitido muito menos que a um particular que atue em legítima defesa, um eventual cidadão agredido ajuizaria isso como um incumprimento do Estado em sua missão de proteção, e como consequência tornaria obsoleto o princípio pelo qual o Estado possui o monopólio do uso da força¹⁰⁵, resultando comprometida a prioridade da atuação policial em razão da escolha, pelo agredido, de uma defesa mais eficaz mediante o recurso a outros particulares¹⁰⁶; ou nesses casos, num efeito generalizado de descrédito à atuação do Estado, dar azo ao surgimento e estabelecimento de “patrulhas cidadãs”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General. El Hecho Punible*, trad. Gladys Romero, t. I, 2ª edición alemana (Madrid: Edersa, 1983), 145-146. No mesmo sentido, MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...» 727.

¹⁰⁵ Em termos semelhantes, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366.

¹⁰⁶ Ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, 657. Controverso, entretanto, «pois que, dada a maior capacidade dissuasora a maior preparação física, técnica e psicológica da generalidade dos agentes policiais, a ação de legítima defesa realizada por estes provavelmente implicaria menores danos no agressor ou teria até impedido a prossecução da tentativa de agressão». E adiantando a conclusão seguinte: «... o interesse do particular protegido pelo direito de legítima defesa entraria em conflito com o princípio de que é função das ‘forças de segurança pública’ defender as pessoas e os bens, isto sempre que, para defender um bem fosse necessário, mesmo ao agente policial, lesar um bem mais valioso do agressor», cf. CARVALHO, *A Legítima Defensa...*, 327.

¹⁰⁷ Algo que é tido como político-criminalmente perigoso e político-socialmente insustentável. Segundo Jakobs – sendo entretanto certo que esse tipo de defesa só poderia ter lugar em ocasiões tais como as de legítima defesa: ad hoc no ataque e para a defesa de bens particulares (em semelhança à legítima defesa de terceiros) – o estabelecimento de “patrulhas cidadãs” resultaria num completo descrédito na defesa organizada pelo Estado, sendo só ele o ente capaz a realizar a defesa de um grande número de bens mediante determinado procedimento: «posto o facto de que a legitimação da defesa não deriva somente do bem defendido, mas da forma como é defendido». Tal efeito daria lugar ao exercício pelos particulares de serviço que é genuinamente público: a manutenção da ordem e segurança públicas. A evitação do perigo deve ser exercida por uma polícia pública,

Fundamentalmente, sustenta-se que a restrição das faculdades da polícia de repelir agressões, p.e., de cariz sexual, patrimonial, ou de restrições à liberdade – portanto crimes que ao senso comum podem ser percebidos como graves, mas que conforme as normas do direito policial, no Brasil e Portugal, não justificariam o recurso a armas de fogo pela carência de uma fática pré-constatação do risco à vida e integridade física em sua maior ponderação – impõe à sociedade a degradação da autoridade policial e, conseqüentemente, do Estado de direito democrático¹⁰⁸.

2.2. A admissibilidade do direito de legítima defesa

A corrente doutrinária mais antiga e ainda hoje dominante¹⁰⁹, genericamente chamada de solução de direito penal¹¹⁰, entende que os agentes policiais que se encontrem numa situação de necessidade própria ou de terceiros podem atuar justificadamente em legítima defesa da mesma maneira que um cidadão particular.

E disso resulta, pese as exigências de proporcionalidade na atuação policial – que à frente se verá são contemporizadas e conciliadas com o regime geral da legítima defesa –, que o direito de legítima defesa jurídico-penal fundamenta diretamente os direitos de intervenção dos agentes policiais¹¹¹, o que faz carecer «totalmente de autonomia»¹¹² um regime jurídico diferenciado para a defesa policial.

organizada e especializada porque seus métodos e sua inserção em um macro-sistema Estatal de Justiça e Segurança são capazes de dar-lhe legitimidade. Decerto, todo cidadão é também responsável pela segurança pública, mas sua responsabilidade não o coloca na condição do dever de atuação que tem o agente policial, pelo que, nesse específico, a máxima obrigação a se lhes exigir é a de «coordenar-se com, e de recorrer» à polícia. Nesse sentido, detalhadamente, cf. JAKOBS, *Derecho Penal...*, 460 s.

¹⁰⁸ Nesses termos, MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 726 s; para o qual tal condição ainda faz perderem-se «os sentidos preventivos (gerais e especiais) [da legítima defesa]...».

¹⁰⁹ É comum entre os autores citados nesse capítulo a referência de que a solução de direito penal é dominante, p.e., FRISTER, *Derecho Penal...*, 337; Entretanto, Béguelin, em recente estudo, apesar de acentuar essa dominância, faz constar o crescente acolhimento à outra tese, conhecida como solução diferenciadora, por parte dos penalistas alemães: «Es überrascht also nicht, dass diese Ansicht sich nun auch in der strafrechtlichen Lehre im Vordringen defindet», cf. BÉGUELIN, «Die Subsidiarität der Notwehr...», 474 s, ver nota 7.

¹¹⁰ BÉGUELIN, «Die Subsidiarität der Notwehr...», 474.

¹¹¹ ROXIN, *Derecho Penal...*, 658.

¹¹² DIAS, *Direito Penal...*, 432.

2.2.1. Aspetos conceituais e argumentos

No direito alemão, importa reafirmar dois fatores: o primeiro é que no exercício da coação pública as polícias devem obedecer o princípio de proporcionalidade e respeitar a normativa administrativa especial que o regula; o segundo é que são várias e distintas essas normas, e em algumas há reservas aos direitos de necessidade e noutras não¹¹³.

Diante desse quadro, admitindo que sempre a intervenção do agente policial no exercício da função é um ato da autoridade, a admissibilidade da legítima defesa aos policiais é sustentada sob o raciocínio de que na ausência de remissão aos direitos de necessidade na normativa policial, as normas da legítima defesa atuam complementando-as; já quando da existência de reservas aos direitos de necessidade nessas leis, tal condição eleva o direito de legítima defesa ao nível de norma de atuação dos agentes da autoridade¹¹⁴.

São os seguintes os argumentos fáticos nos quais a tese da solução de direito penal se apoia – e sob os quais, naturalmente, faz críticas à posição contrária – para defender o reconhecimento da legítima defesa aos policiais nos mesmos termos que aos particulares: (i) para que o pleno cumprimento de suas funções, incluída nela a defesa de todos os bens jurídicos individuais, as faculdades de intervenção conferidas aos polícias não podem ser menores que às permitidas aos cidadãos¹¹⁵; e, (ii) no caso da legítima defesa de terceiros, a concessão de menores faculdades de defesa a um polícia em serviço relativamente a um particular, faria com que o agredido tivesse maior eficácia em sua defesa se recorresse a auxiliares civis em vez de socorrer-se aos policiais¹¹⁶.

Assim, a solução de direito penal sustenta que as regulamentações especiais das normas policiais ao invés de significarem uma limitação das faculdades permitidas em auxílio necessário ou legítima defesa própria do agente policial são verdadeiras sintetizações, na

¹¹³ Sobre essas temáticas, *supra*, notas 77; 78; 95-97; CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 324 s, nota 561.

¹¹⁴ ROXIN, *Derecho Penal...*, 656-657. Diverso, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 347-348, para a qual o direito de legítima defesa deve ser reconhecido ao polícia no exercício de suas funções como um ato particular, considerado que o elemento subjetivo de justificação da conduta em situações de legítima defesa não é finalidade de cumprir uma função pública, senão o de atuar em defesa de seus direitos.

¹¹⁵ PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366, nota 1502.

¹¹⁶ ROXIN, *Derecho Penal...*, 657; semelhante, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366.

forma de indicação específica, do que para uma legítima defesa policial é considerado necessário, e está exigido ou indicado¹¹⁷.

E para obviar eventuais desproteções do particular em razão das exigências de proporcionalidade da atuação policial – que exige ponderação dos *interesses* e não de bens¹¹⁸ – as limitações daí resultantes são inseridas ou no pressuposto da necessidade ou no contexto das restrições ético-sociais¹¹⁹, de forma tal que no plano material a legítima defesa policial não sofre distinção da legítima defesa do particular.

¹¹⁷ Para essa perspectiva, ROXIN, *Derecho Penal...*, 659 s. Já nos casos brasileiro e português, diferentemente do alemão, há expressa regulação normativa de incidência de um exame de proporcionalidade dos bens, pelo que maiores considerações acerca de como interpretar a questão da necessidade de defesa e as exigências de proporcionalidade na atuação policial em legítima defesa estão reservadas ao Capítulo 3 deste estudo.

¹¹⁸ Nesse sentido, a proporcionalidade da legítima defesa não exige uma ponderação de bens, senão de interesses; e, esse princípio – da ponderação de interesses – só tem sentido quando «considera todas as circunstâncias e valores colidentes do caso individual, pois no final das contas todos eles repercutem sobre os interesses individuais ou sociais» (Courakis, *Zur sozioethischen begündung der Notwehr*, 1978, *apud*, MOURA, Bruno de Oliveira, «O fundamento da legítima defesa», *RBCCrim*, 98 (2012): 43, nota 12). Conforme o texto, ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, 660. Sobre a contraposição entre a proporcionalidade na atuação policial e a proporcionalidade da legítima defesa: «não é aquela entre proporcionalidade e desproporcionalidade: também o § 32 do StGB permite apenas uma defesa proporcional, mas que não deve ser entendida como proporcionalidade de bens, mas sim como ponderação entre o justo e o injusto», cf. JAKOBS, *Derecho Penal...*, 479, nota 83.

¹¹⁹ Em semelhança, MOURA, *Ilicitude Penal...*, 365, vide nota 1169. Quanto à necessidade, por influência alemã, a doutrina tem se mostrado favorável a limitações mais além deste princípio material. Nesse sentido, conforme o entendimento alemão, essa limitação encontra fundamento legal no próprio tipo justificante do § 32 do StGB (direito de legítima defesa): para tal interpretam a exigência de que o facto seja imposto ou indicado «*gebotenheit*» da defesa (§ 32.1) como diferente e mais estrita que aquela de «*erforderlichkeit*» (necessidade) (§ 32.2). Fora desse contexto a questão é tematizada a propósito do atendimento à teleologia do tipo justificante e em atenção aos seus princípios fundamentadores da justificação, apoiada no denominador comum de que uma defesa inadmissivelmente excessiva, por isso abusiva, não pode constituir simultaneamente, defesa necessária, cf. DIAS, *Direito Penal...* 423-432; SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 328, nota 20. Já as restrições ético-sociais – que aqui reclama sucinta abordagem – procuram inserir o defendente em contextos de responsabilização social e funcionam como limites ao fundamento da legítima defesa, limitando a resposta à agressão (cf. PALMA, «Legítima Defesa»..., 162). E embora tratem-se de limitações adicionais à legítima defesa sempre contestadas especialmente quanto aos seus pormenores, pode-se afirmar que existe um «esforço doutrinário vertido numa bibliografia quase inabarcável» de tendencial concordância «a respeito da necessidade e da conveniência de se atenuar a dureza ou a severidade da legítima defesa quando uma intervenção muito drástica ou enérgica parece já não ter sentido e constitui uma reação insuportável à luz do sentimento jurídico da comunidade» (cf. MOURA, *Ilicitude Penal...*, 374-375, em especial a nota 1197); sendo assim entendido o facto da defesa do direito possuir relevo na questão da legítima defesa, mas de poder haver limites ditados pela importância ou insignificância das exigências preventivo-gerais que modificam o tipo ou nível de proteção que se dá aos particulares segundo as especificidades dos grupos de “restrições ético-sociais”, esse grupos ou os âmbitos em que as restrições ético-sociais são suscitadas são compostos por (i) agressões provenientes de imputáveis com culpa consideravelmente diminuída, (ii) agressões provocadas pela própria vítima, (iii) agressões insignificantes e, finalmente, (iv) agressões que têm lugar numa especial relação de garante. Circunscritas a esses âmbitos, as necessidades preventivo-gerais da legítima defesa são diminuídas em relação a outros casos normais, é dizer: modificam o tipo ou nível de proteção que se dá aos particulares (cf. ROXIN, «As restrições ético-sociais...», 197-206, *passim*). Em curtas palavras, o fundamento das limitações ético-sociais, a partir dos

E como as exigências à atuação policial refletem aquilo que no caso fático é considerado como necessário à legítima defesa policial, a limitação do recurso a arma de fogo à defesa dos bens vida e integridade física essencial corresponde ao facto de que nas situações em que não estejam em causa ataques a esses bens requer-se que o polícia não recorra a arma de fogo, e muito menos que a dispare, porque diferente disso seria desnecessário, para além de não ser a conduta indicada¹²⁰.

Como exemplo, no caso de agressões a bens patrimoniais o resultado esperado e considerado necessário à ação defensiva policial é a defesa do bem e a captura¹²¹ do agressor sem ter de usar armas e, portanto, sem nem mesmo a necessidade de dispará-las.

Num pensamento paralelo, o que opera em concreto à atuação policial com recurso a arma de fogo em face de agressões fora do catálogo dos bens vida e integridade física

«grupos típicos excepcionais», está em que «a necessidade da preservação da Ordem Jurídica ou não existe, ou é menos intensa do que nas situações normais de defesa, [entretanto, às restrições ético-sociais dá-se a] aplicação dos mesmos princípios materiais onde se assenta o regime-regra da legítima defesa»; assim, as restrições ético-sociais não alteram o regime geral, apenas impõem limitações ao exercício da legítima defesa advindas de seu próprio fundamento (VALDÁGUA, «Aspectos...», 263 s).

¹²⁰ ROXIN, *Derecho Penal...*, 659.

¹²¹ Caso em que se o agente policial não consegue repelir à agressão com outro meio e o agressor foge com a *res furtiva*, o polícia possui, comparativamente ao particular, maiores capacidade de capturar o agressor e recuperar o bem sem mesmo ter necessidade de disparar arma de fogo. Note-se que por aí não se afasta a legítima defesa enquanto a agressão permanece atual. Nas agressões ilícitas a coisas móveis, o termo da atualidade da agressão coincide com a perda «do objecto do bem jurídico», isto é, a efetiva perda da coisa móvel; assim, constitui «função» da legítima defesa nessas agressões a possibilidade de reagir para impedir a efetiva perda da coisa, cf. CARVALHO, *A legítima defesa...*, 303; até que ela se encontre na posse «segura» do agressor, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 622; nesse sentido, Jakobs – pese entender que a evitação e recuperação «*planificadas*» dos bens jurídicos subtraídos é missão da polícia e que ao agente policial é afastada juridicamente a possibilidade de socorrer do direito de legítima defesa (ver, *supra*, nota 85) – diz que a agressão ainda é actual quando a subtração do bem é passível de ser interrompida ou quando tem lugar de modo *reversível*, não tendo portanto o agredido que renunciar arrancar ao agressor o objeto subtraído, apenas tem de *reagir imediatamente à lesão do bem*; e nesse sentido, um último momento de possibilidade de defesa (tardio) não representa critério para a determinação da atualidade da agressão, cf. JAKOBS, *Derecho Penal*, 468-469; isso significa que o termo da actualidade da agressão para fins de legítima defesa de bens móveis é «o momento até o qual a defesa é suscetível de por fim à agressão», passado esse momento a defesa revelar-se-á desnecessária para repelir à agressão que motiva a legítima defesa, termos em que a consideração da atualidade da agressão não pode ser prejudicada pela posição que se tome acerca do momento da consumação do crime, cf. DIAS, *Direito Penal...*, 413. Diferente só quanto a esse último aspeto, Faria Costa, para o qual é o momento de consumação formal do tipo que – em que não basta a mera privação da coisa, mas sim que seja imprescindível que o agente adquira um pleno e autónomo domínio dela –, impede a legítima defesa, cf. COSTA, José de Faria, «Art. 203º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, t. II (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), 49.

essencial, é similar ao caso das agressões ilícitas irrelevantes que fazem com que ações defensivas que resultem em agressões graves não sejam necessárias ou requeridas¹²².

Mas isso não significa a inatividade do agente policial, como o pressuposto da necessidade tem carácter empírico, positivo, e se dirige a precisar a necessidade *ex ante*, em abstracto e em concreto¹²³, pode ser que seja requerida – sendo aí admitida – uma intervenção em legítima defesa policial que «vá mais além»¹²⁴ dos limites impostos pelas regulamentações especiais da matéria em torno do recurso a arma de fogo.

A partir da permissibilidade à ultrapassagem dos limites das normas do recurso a arma de fogo a incidência de proporcionalidade da atuação policial é mitigada; entretanto, também em atenção à necessidade do meio, o reconhecimento do direito de legítima defesa aos policiais não é indiferente às competências de atuação do agente policial quando valora o carácter de necessidade da ação de defesa, esperando dele um resultado sempre menos gravoso que aquele que eventualmente seria produzido pela ação de um particular¹²⁵.

Outra forma de conciliar as limitações da atividade policial para reconhecer o direito de legítima defesa aos policiais a igual que aos particulares é conduzir as exigências de proporcionalidade dos interesses, que é requerida e norteia a atuação policial, a mais uma das «não escassas» restrições ético-sociais¹²⁶ às quais também se sujeita o direito de legítima defesa do particular¹²⁷.

Em suma, segundo a solução de direito penal, a legítima defesa é no plano material admitida aos agentes policiais em semelhança ao particular: da necessidade da defesa; embora aí se faça repercutir um juízo mais restrito sobre a adequação da necessidade do meio de defesa pelo agente policial, considerado o facto de ter à sua disposição meios de defesa menos

¹²² ROXIN, *Derecho Penal...*, 659.

¹²³ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348.

¹²⁴ ROXIN, *Derecho Penal...*, 660.

¹²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348.

¹²⁶ Nesse sentido a desproporção incide sobre o limite ético-social, «que veda a legítima defesa quando a lesão veiculada do ato defensivo em si mesmo necessário revelar um desequilíbrio em face da lesão ameaçada na agressão ilícita», cf. MOURA, *A Não-punibilidade...*, 251.

¹²⁷ De tal forma que só àqueles que negam que a legítima defesa do particular não se vincula a considerações ético-sociais «se produzirá uma diferença entre a extrema legítima defesa privada e a moderada legítima defesa pública», ROXIN, *Derecho Penal...*, 660.

gravosos que o particular e porque foi treinado para ter um comportamento sereno e reflexivo com vistas a uma atuação proporcionada aos fins requeridos¹²⁸.

2.2.2. Análise crítica

a) A amplitude da legítima defesa jurídico-penal *versus* a exigência do exame de proporcionalidade na atuação policial

A primeira dificuldade que se impõe à aceitação da tese da solução de direito penal é o longo alcance concedido a ação defensiva na legítima defesa e a sujeição da polícia a limites mais rigorosos exigidos pelo princípio da proporcionalidade concretizado nas disposições de direito policial, em especial quanto ao recurso a armas de fogo¹²⁹.

Em evidente rejeição à dogmática que insere as limitações daí impostas à atuação policial ou no elemento da necessidade ou no plano das restrições ético-sociais, e a partir do cotejo entre a ação que é permitida na legítima defesa jurídico-penal e a limitada ação de defesa policial ditada pelas normas do Direito de polícia, sustenta-se a hipótese de que se os agentes policiais puderem atuar em legítima defesa converte-se em supérflua a vigência do princípio da proporcionalidade nos direitos de interferência do Estado na esfera de liberdade do particular¹³⁰.

Argumenta-se que a máxima exatidão e precisão da defesa policial, modelada por padrões de atuação detalhados, tem como base a realização dos direitos fundamentais pelo Estado; disto resulta estritos limites impostos numa relação de proporcionalidade na ação defensiva policial, que por um lado dá-se entre o tipo de resistência ou agressão a ser vencida e o meio idóneo a ser empregado, e por outro entre os bens em conflito¹³¹.

¹²⁸ Casos em que a capacitação física e preparação técnica do polícia, superiores à do particular, incidirão na avaliação da necessidade do meio. Nesse sentido, CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 326 s; SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 335 s.

¹²⁹ BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 474.

¹³⁰ FRISTER, *Derecho Penal...*, 337.

¹³¹ Nestes termos, BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475. Semelhante, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 367.

Em contrapartida, a legítima defesa jurídico-penal é um direito cujas condições são claras, mas o alcance suficientemente longo: em princípio o cidadão agredido pode defender-se de qualquer agressão ilícita a qualquer bem jurídico individual sem limitar sua defesa, nem encerrar-se a um meio específico¹³².

Defende-se que da exigência de proporcionalidade na atuação Estatal advém especiais poderes de intervenção aos policiais que se materializam numa atuação sempre preparada e metódica que impedem a colocação do agente policial em uma situação de excepcional necessidade capaz de conferir maior liberdade defensiva, como quando ocorre ao particular que se defende em legítima defesa¹³³.

Sobrelevam-se, assim, as consequências resultantes do exame de proporcionalidade na atuação policial e o conflito delas com o direito de legítima defesa para negar aos policiais que sua atuação se dê amparada por essa justificante, algo que se assim ocorresse faria carecer de qualquer sentido prático o princípio da proporcionalidade na atuação Estatal¹³⁴.

Em suma, a crítica nesse âmbito dirigida à solução de Direito Penal é que equivaler a defesa policial à legítima defesa resultaria no *desaparecimento* do princípio da proporcionalidade na atuação Estatal¹³⁵, pela completa perda de sua finalidade e sentido.

b) A dispensabilidade ou disponibilidade da legítima defesa: o comprometimento da finalidade e formalidade da atuação Estatal

Outra crítica com a qual a tese da solução de Direito Penal compadece é o facto de que o direito de legítima defesa é dependente da vontade do agredido em defender-se ou não, e de ser ou não defendido por quem lhe oferece ajuda¹³⁶.

¹³² BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475-476.

¹³³ Com esse entendimento, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478.

¹³⁴ BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475; semelhante, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 367.

¹³⁵ PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 367.

¹³⁶ Dado que o auxílio necessário serve para proteger o agredido, sua justificação depende da vontade deste em ser ou não defendido, e de defender-se ou não. De todo o modo, só se pode falar de um «direito» à legítima defesa de terceiros quando o auxílio necessário corresponde à vontade real ou presumida do agredido, já a evidente negativa do agredido em ser defendido e defender-se afasta a possibilidade do auxílio necessário; em todo o caso, vigora uma exceção a este respeito: quando o agredido não puder dispor do bem jurídico ameaçado, não estará autorizado a recusar o auxílio necessário à sua proteção (cf. FRISTER, *Derecho Penal...*, 328). Para

Do que interessa à essa crítica, se o polícia e o particular forem tratados indiferenciadamente, ou seja, se ao polícia não viger o princípio de que é sua função defender as pessoas e bens e se sobre ele não recair nenhuma posição de garante, nesse caso, o direito de legítima defesa é um direito dispensável: ninguém está obrigado a evitar um ataque a si ou a outro¹³⁷.

Em síntese, se é possível dispor juridicamente de um bem, também é possível deixá-lo de dispor¹³⁸, sendo isso certo a respeito de bens patrimoniais, embora haja a indisponibilidade de alguns bens com independência da manifestação da vontade do agredido¹³⁹.

Para além disso, acresce-se que a ordem jurídica confere ao sujeito a liberdade de se defender ou não, pois que o Direito não obriga que o particular defenda-se a si ou a terceiros, nem sanciona um pretense dever de defesa da ordem jurídica, senão diz simplesmente que essa defesa é desejável¹⁴⁰.

mais, a defesa do direito alheio deve observar a natureza do direito defendido e a real capacidade do agredido: «quando se tratar de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente» (cf. TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal* (São Paulo: Saraiva, 1994), 200. Semelhante, BITENCOURT, Cezar Roberto, *Teoria Geral do Delito: Uma Visão Panorâmica da Dogmática Penal Brasileira* (Coimbra: Almedina, 2007), 267. E, sobre a presunção da vontade como garante de um direito à legítima defesa de terceiro, segundo Juarez Santos, «a vontade presumida do agredido, autoriza a defesa de outrem, independentemente da verificação negativa posterior, que não deslegitima a ação de defesa já realizada»; cf. SANTOS, *Direito Penal...*, 234

¹³⁷ BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475.

¹³⁸ LUZÓN-PEÑA, *Aspectos Esenciales...*, 103.

¹³⁹ Taipa de Carvalho chama atenção ao facto de que a oposição do agredido ao auxílio necessário é mais complexa que parece ser. Segundo esse autor, ela depende de questões relacionadas ao bem jurídico, ao consentimento, à ratio da legítima defesa, e à exigência da utilização do meio menos gravoso. Regra geral, a doutrina parte do princípio da existência de bens jurídicos disponíveis e indisponíveis (face a terceiros), mesmo contra a decisão consciente e livre do titular desses bens. No caso dos bens indisponíveis, v.g. vida, integridade física essencial, a posição de oposição do agredido é juridicamente irrelevante. Quando em causa bens jurídicos disponíveis, quando o titular consente em sua lesão não há sequer agressão ilícita; quando o titular não consente na heterolesão, sua oposição deve ser relevante em todas as ocasiões; menos quando recusa a ajuda, mas só pode defender-se com meio mais gravoso que aquele da defesa, situação em que a defesa realizada pelo próprio agredido não atenderia o pressuposto da necessidade do meio (ser idóneo e menos gravoso) e por isso sua oposição seria juridicamente irrelevante, cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 328 s.

¹⁴⁰ LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales...*, 103-104.

Em contrapartida, a lógica da formalidade da atuação Estatal subordina a polícia a exercer o seu múnus de defesa do cidadão de tal forma que, diferentemente do particular, o policial não pode decidir se, como e onde atuar¹⁴¹.

Isso porque a razão de ser das normas de direito policial é a vinculação da atuação Estatal à defesa dos cidadãos e de suas liberdades em condições similares em todas as situações de intervenção da polícia, incluindo as de defesa ante a uma agressão suscetível de legítima defesa pelos particulares¹⁴².

Em assim sendo, se a legítima defesa for um direito admissível ao policial no exercício de sua função e se a eles forem permitidas as mesmas faculdades de intervenção que são facultadas aos particulares, resultaria comprometida a finalidade das normas especiais que regulam a atuação da polícia tornando-se obsoleta o caráter formal da atuação Estatal¹⁴³.

2.3. Posição intermédia: solução diferenciadora

As divergências de entendimento sobre admitir ou negar o direito de legítima defesa aos agentes policiais fez com que certa doutrina defendesse uma «solução de compromisso», segundo a qual a legítima defesa teria validade para justificar a autoproteção do policial, mas não contemplaria o auxílio necessário¹⁴⁴.

Entretanto, sob o argumento de que teor literal da leis policiais não faz distinção entre a defesa de terceiros e a autodefesa do polícia, e porque o direito de legítima defesa compreende indubitavelmente também a defesa de terceiros, essa hipótese é refutada¹⁴⁵.

Assim, no cenário de antagonismo entre as posições que admitem ou negam a possibilidade de os policiais se socorrem do direito de legítima defesa jurídico-penal,

¹⁴¹ Em termos semelhantes, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-479; PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 368; BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 475.

¹⁴² Assim, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 334; também, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478.

¹⁴³ Nesses termos, JAKOBS, *Derecho Penal...*, 479.

¹⁴⁴ Com indicações bibliográficas, ROXIN, *Derecho Penal...*, 657; JAKOBS, *Derecho Penal...*, 480, vide na nota 89 indicação de alguns autores que admitem parcialmente o auxílio necessário, restringido-o ao núcleo parental próximo do policial; e, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 366, nota 1504.

¹⁴⁵ ROXIN, *Derecho Penal...*, 657.

consolidou-se e passou a ter a afiliação de penalistas a corrente doutrinária denominada solução diferenciadora¹⁴⁶.

2.3.1. Aspetos conceituais e argumentos

Uma diferenciação entre as consequências penais e administrativas da atuação policial violadora das normas do direito de polícia explica a tese em análise.

Segundo essa solução a atuação policial se funda na autorização de intervenção concedida pelas normas do direito policial, que entretanto permite uma específica exclusão da ilicitude penal quando a atuação policial ocorrer dentro dos limites do direito de legítima defesa.

Para tal, argumenta-se que é juridicamente possível tolerar penalmente uma conduta que seja desaprovada pelo Direito policial (ou noutras normas de direito funcional). E, como fundamentação, invoca-se o reconhecimento do conceito não-unitário de ilicitude¹⁴⁷.

Assim, a atuação policial violadora das normas de Direito Policial dá ensejo a um ilícito funcional, mas não necessariamente a uma atuação também antijurídica em direito Penal¹⁴⁸.

De acordo com esse ponto de vista, as normas permissivas criminais são dirigidas a todos os cidadãos, não importa se agentes Estatais ou não. A responsabilidade por eventuais violações às normas do direito de polícia é separada da responsabilidade criminal, consoante entende-se que as infrações a essas normas não têm relevância ao direito penal; possuem relevância tão somente para sujeitar o Estado a ressarcir o dano pela lesão causada e para estabelecer uma possível responsabilidade disciplinar do agente policial¹⁴⁹.

Em suma, essa tese abandona o conceito unitário de ilicitude para configurar diferentes conceitos da mesma; disso resulta que o ato defensivo policial frente a uma agressão atual e ilícita pode encontrar-se jurídico-penalmente justificado se respeitar o princípio de

¹⁴⁶ Ver, *supra*, nota 107. Enfatizando a crescente adoção de doutrinadores penalistas a essa tese, MOURA, *Illicitude Penal...*, 365-366, ver nota 1169.

¹⁴⁷ BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 476-477.

¹⁴⁸ Ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, 657.

¹⁴⁹ Nos termos citados, BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 476-477.

menor lesividade (a necessidade do meio), e no entanto, permanecer ilícito ante as normas do Direito de Polícia se não observar as limitações aí impostas. Com tal solução se objetiva preservar o sentido das normas de Direito Policial sem no entanto situar o agente policial numa condição jurídico-penal pior que o particular¹⁵⁰.

2.3.2. Análise crítica

a) O princípio da unidade do ordenamento jurídico, a fragmentação da unidade do ilícito e a constituição de um direito defensivo ao agressor

Segundo a teoria de antijuridicidade que orienta dogmaticamente a solução diferenciadora¹⁵¹, a exclusão específica da ilicitude penal e a manutenção da ilicitude geral

¹⁵⁰ Semelhante, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 330-331. E nesse sentido se dirá que um eventual transbordamento da permissão consagrada no direito de polícia e a realização de um tipo penal respectivo poderá ser «justificado por legítima defesa», porque em todo o caso não é toda a ação objeto de justificação, só a infração da norma penal nela existente; nesse sentido, cf. FRISTER, *Derecho Penal...*, 337.

¹⁵¹ A base de apoio da solução diferenciadora é a direção dogmática apresentada por Günther na obra «Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß», Köln, 1983; nela o autor revisa a origem e o desenvolvimento histórico da teoria do conceito unitário de ilicitude e critica a aceitação, como pressuposto metodológico, do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da unidade do juízo de antijuridicidade; ao fim, sem abandonar àquele princípio, Günther defende a desintegração do conceito unitário de ilicitude e o reconhecimento de noções de ilicitude e de conformidade ao direito distintas e específicas para cada setor do ordenamento jurídico, segundo seus fins específicos. O conceito geral de ilicitude seria um «tertium comparationis» dos conceitos de ilicitude dos diferentes campos jurídicos, cada um com suas especificidades dogmatico-jurídicas (cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 92 s). Conforme Hirsch, na tese defendida por Günther «*el contenido expresivo de la antijuridicidad* [...] no se refiere necesariamente a la incompatibilidad con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Según esta opinión, es posible que un comportamiento que cumple un tipo penal no sea contrario al ordenamiento *penal*, pero sí sea antijurídico fuera del Derecho Penal», dessa forma, ao lado das causas gerais de exclusão do ilícito, que determinam que um comportamento que preenche um tipo penal seja conforme ao direito relativamente ao ordenamento jurídico como um todo, também existem meras causas jurídico-penais de exclusão do injusto, que determinam sob quais condições o direito penal renuncia excepcionalmente a censura especificamente jurídico-penal praticada na conduta (cf. HIRSCH, Hans Joachim, «La posición de la justificación y de la excupación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», in *Justificación e Excupación en Derecho Penal (colóquio hispano-alemán de derecho penal)*, edit. Perron, Waler, Enrique Gimbernat e Albin Eser (Madrid: S/ed, 1995), 40-41. Dito de outro modo, por Taipa de Carvalho, a tese de Günther efetivamente propõe a autonomia e «exclusividade» da ilicitude penal, e a autonomia e «exclusividade» das «causas de justificação», ou de «exclusão da ilicitude geral». Aquelas seriam as «causas próprias» de exclusão do ilícito penal, repercutindo só no âmbito do direito penal; as últimas, seriam as «causas impróprias» de exclusão da ilicitude e justificação da conduta à totalidade da ordem jurídica. Assim, Günther admite que *em consonância com a orientação teleológica do direito penal para a separação e seleção do ilícito merecedor de pena, também a justificação penal, das causas «próprias», não tomaria qualquer*

apoia-se no argumento de maior intensidade da ilicitude penal que ultrapassa o desvalor comum da ilicitude geral¹⁵²; isto em consonância com a ideia de que ao direito penal só cabe assinalar a fronteira entre o ilícito e o ilícito merecedor de pena¹⁵³.

A genuína ilicitude criminal seria determinada pelo o critério de «*strafwürdigkeit*» (merecimento de pena), neste particular entendido «como uma concretização jurídico-penal da exigência jurídico-constitucional de proporcionalidade»¹⁵⁴, que determinaria o dever de examinar se o comportamento típico, no caso concreto, carrega um *quantum* de desvalor suficiente para deflagrar a reação penal, e assim dizer-se da configuração de um injusto «merecedor de pena»; decorrente disso, o mesmo critério atua com consequências no âmbito da exclusão do injusto: para efeito da exclusão tipicamente penal «basta que o maior grau de desvalor indicado pelo preenchimento do tipo legal de crime não se veja confirmado no caso concreto»¹⁵⁵.

Resulta que para a solução diferenciadora é possível haver ao lado das verdadeiras causas de justificação – denominadas «causas impróprias» – que promovem a exclusão geral da ilicitude (p.e., a legítima defesa), outras causas que somente excluem a ilicitude penal – denominadas «causas próprias» – deixando intocada a ilicitude geral¹⁵⁶.

*decisão sobre a licitude geral de um comportamento face à Ordem Jurídica, pronunciando-se só sobre a desaprovação jurídico-penal de um comportamento típico; mas contra tal hipótese, Carvalho sustenta que ali onde só houvesse a exclusão do ilícito penal e a não justificação do ato face à toda ordem jurídica, a existência de uma «agressão ilícita», i.e., a atribuição de um direito de agir em resposta àquele comportamento ilícito, pois à justificação penal aí nesse particular não corresponderia um dever geral de sujeição por parte de todos os sujeitos e que vincularia o sujeito passivo, ou seja, não seria verdadeiramente um direito de intervenção, uma verdadeira permissão àquele que teve seu ato ali justificado (cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 64 s, nota 113, itálicos nossos). Negando, entretanto, essa crítica dir-se-á que pese a específica exclusão da ilicitude penal, como não se atribui nenhum verdadeiro direito de agir (que seria resultante apenas de uma permissão em sentido forte) também se não poderá sustentar que o mesmo comportamento – aquele que teve a específica exclusão jurídico-penal – é, simultaneamente, permitido e proibido» (cf. PALMA, «A Justificação...», vol. I, 582-584; BRITO, Tereza Quintela, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal: Uma Perspectiva de Unidade da Justificação* (Lex: Lisboa, 1994), 56).*

¹⁵² Neste sentido, o juízo de antijuridicidade atua em uma fase posterior que sinaliza a diferença entre o injusto e o injusto merecedor de pena, havendo entre a antijuridicidade penal e antijuridicidade geral uma relação de subordinação e especialidade; cf. MOURA, *Ilicitude Penal...*, 303 s.

¹⁵³ BRITO, *O Direito de Necessidade...*, 21.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 93.

¹⁵⁵ Cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 92 s; também, nomeadamente à parte conclusiva, MOURA, *Ilicitude Penal...*, 303 s.

¹⁵⁶ CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 65, nota 113.

Assim, no específico caso do recurso a arma de fogo contra pessoas, a ilicitude administrativa permaneceria toda vez que esse recurso fosse empregado como meio de defesa necessário, mas sem observância da proporcionalidade dos bens, estando aí em desacordo com as normas do direito de polícia.

Dito de outro modo, o disparo mortal de arma de fogo pela polícia como meio necessário de defesa para impedir a consumação de uma agressão ilícita, quando não estiverem em causa os bens vida e integridade física, porque vedado segundo as normas policiais que regem o recurso a arma de fogo é ilícito, mas enquanto admitido pelo Direito Penal, por poder ser justificado *com base* no direito de legítima defesa, exclui aí uma específica ilicitude penal¹⁵⁷.

Apesar de alegados méritos¹⁵⁸ à tese de Günther, coincidem os autores a ela contrários em destacar «o perigo de se confundir os níveis valorativos de injusto, de culpabilidade e de punibilidade, assim como, de se confundir os níveis de exclusão da ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade»¹⁵⁹.

E é mesmo aí *confusa* essa solução; consoante a concepção que a orienta – da graduação do ilícito, merecedor ou não merecedor de pena, que implica na graduação do juízo de ilicitude –, a diferenciação entre a norma em que se baseia a ação «agressiva» constituir uma causa «imprópria» ou «própria» de exclusão da ilicitude penal, resulta no surgimento de

¹⁵⁷ A ênfase, de nossa lavra, dada por meio da cursiva em itálico, objetiva chamar atenção ao facto de que a norma na qual o polícia deve basear sua ação e pela qual responderá é a constante do direito policial; entretanto, quando atender ao requisito da necessidade do meio, numa situação possível de legítima defesa pelos particulares, para o polícia não ficar em situação jurídica pior que estes, gozará de uma específica justificação penal, pese a ultrapassagem das normas do direito de polícia afirmar a ilicitude administrativa.

¹⁵⁸ Para parte da doutrina há méritos nessa tese em deixar claro que princípio da unidade do ordenamento jurídico não implica na obrigatória afirmação da unidade do ilícito, e de assumir que a pena só tem razão de ser ali onde alcança um desvalor tal capaz de deflagrar o *jus puniendi*. Em detalhes, MOURA, *Ilicidade Penal...*, 304.

¹⁵⁹ No sentido do texto, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 92 s. Ainda, LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales...*, 114-115, onde diz que efetivamente a maior parte da doutrina entende equívoca uma oposição entre causa de justificação e causa de exclusão do ilícito, somente; entende-se que se uma atuação é justificada, se é conforme ao Direito, é juridicamente permitida; situação em que mesmo uma qualquer indiferença do Direito nesse sentido seria algo socialmente insuportável. Ou há, ou não há, ações amparadas por uma causa de justificação; por isso, em geral, nega-se a distinção entre causas de mera exclusão do injusto e causas de justificação. De constar, ainda, segundo Taipa de Carvalho, que a tese de Günther despoletou inúmeras e múltiplas tomadas de posição na doutrina, não só alemã, e num balanço geral pode-se dizer que mais tem merecido críticas a aplausos, porque para parte da doutrina essa orientação dogmática provoca uma fragmentação do ordenamento jurídico, «transformando seus setores mais em compartimentos estanques que em ramos interdependentes», cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 64 s, nota 113.

uma figura intermédia que aceita a “justificação” penal mas deixa permanecer a ilicitude administrativa¹⁶⁰.

Entretanto, seguindo de perto a manifesta posição de Taipa de Carvalho, não é de se aceitar a existência de causas que levando à exclusão da ilicitude penal do facto típico, todavia esse mesmo facto continue a ser, se antes o era, ilícito administrativo: «se um facto típico [...] ‘deixou’ de ser jurídico-penalmente ilícito, também deixou pura e simplesmente de ser ilícito em geral»:¹⁶¹ simplesmente pode haver responsabilidade administrativa sem ilícito administrativo¹⁶².

E é exatamente inverso a isso o caminho a que a orientação dogmática da solução diferenciadora conduz, porque quando houver a exclusão da ilicitude penal da atuação policial, sendo específica a esse campo, se no ato houver violação à norma que regula do recurso a arma de fogo, permanecerá aí a ilicitude administrativa e será admissível a oposição de um direito de legítima defesa.

Isso porque, segundo essa tese, a exclusão do ilícito penal não é resultado de um verdadeiro direito de agir, não se dá por meio de um verdadeiro direito de intervenção, e por isso não correspondente a imposição de um dever de sujeição do agressor... Facto é que os limites das normas administrativas a que os policiais estão sujeitos, mesmo em uma ação

¹⁶⁰ Uma enfática oposição à tese de Günther, vê-se em HIRSCH, «La posición de la justificación...», 41, para o qual seu problema está em que «el elemento del delito ‘antijuridicidad’ no trata de determinar si un comportamiento típico es merecedor de pena, sino que lo que interesa en este punto del examen sistemático es si estuvo de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico o no. Al introducir esta doctrina en el plano de la exclusión del injusto el punto de vista del merecimiento de *pena*, priva el elemento de delito «antijuridicidad» de una función propia – concretamente, la de indicar la vulneración del ordenamiento jurídico en su conjunto – y amenaza con borrar la frontera entre, por un lado, la exclusión del injusto, y, por otro, la exculpación y la exclusión personal de la pena. *Por lo tanto, en última instancia conduce a la destrucción del sistema de la teoría del delito*», itálicos nossos. No sentido do texto, CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 65-66, nota 113.

¹⁶¹ CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 66, nota 113.

¹⁶² Nessa linha de raciocínio, Jakobs diz que não é evidente que a atuação policial que viole as normas do direito de polícia sejam tidas como algo mais que uma “contravenção” dos deveres policiais, que seja sempre uma lesão antijurídica do bem afetado pela ação defensiva. Para esse autor, não se deve ter por certa uma “proteção” ao agressor garantindo-lhe um eventual direito quando da consideração da ilicitude da ação policial: «a finalidade da prevalência das normas especiais que regulam a atuação dos policiais é, primeiro, a defesa do Estado de Direito, e através dela, a defesa do agressor». Em todo o caso, diz ele, na ausência de preceitos penais específicos para a atuação já não autorizada pelo direito policial, ainda que ao polícia não se imponha uma pena pela lesão ao bem afetado, haverá de responsabiliza-lo em face das normas de direito policial, cf. JAKOBS, *Derecho Penal...*, §12/44, 480-481. Idêntico, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 368. Próximo ao sentido do texto, cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 70, nota 133; em que, pese tratar do conflito entre a legítima defesa jurídico-penal e a legítima defesa do Código Civil, diz que pode haver responsabilidade civil sem ilícito civil.

considerada penalmente lícita conforme o direito de legítima defesa, acabam por constituir também um direito do agressor¹⁶³.

E nesse sentido, ao tratar apenas da renúncia a desaprovação jurídico-penal de um comportamento, permanece o ilícito ante a totalidade da ordem jurídica com todos os direitos daí decorrentes, em especial quanto ao pressuposto da ilicitude da agressão que dá causa a uma legítima defesa ao agressor inicial¹⁶⁴.

O surgimento de um direito de legítima defesa, confere ao agressor inicial, agora agredido, uma nova posição que não mais lhe obriga a suportar a ação defensiva policial. Uma inversão de papéis que conduz à estranha situação de legítima defesa contra legítima defesa¹⁶⁵, de oposição ao ato defensivo policial tanto pelo inicial agressor, quanto por um terceiro que lhe socorra¹⁶⁶.

As consequências da solução diferenciadora são assim inadmissíveis no plano axiológico, porque afrontam os princípios materiais em que assenta a regulamentação da legítima defesa ao igualar as posições do polícia e do agressor¹⁶⁷; resultaria absurdo que tanto

¹⁶³ CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español – Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, vol. II, 6ª ed. (Madrid: Tecnos, 2005), 212 s; onde diz que «a ofensa pelo polícia as normas dos regulamentos sobre o recurso a armas de fogo constitui um ilícito capaz de garantir o direito de legítima defesa ao agressor inicial».

¹⁶⁴ BRITO, *O Direito de Necessidade...*, 20; em que aborda a concepção dogmática de Günther.

¹⁶⁵ BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal* (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), 107-109; considerações que no fundo são feitas a propósito da problemática do erro sobre a situação de facto justificante, mas que nesse particular dizem respeito a análise da posição dos titulares dos interesses contrapostos – em que ambos são destinatários das normas de justificação, pois que a norma justificante «confere um direito ou um dever de agir e também impõe um correspondente dever de suportar» –, e à não admissibilidade da verificação dos pressupostos justificantes sob uma perspectiva *ex ante* que «desvaloriza a dimensão de valoração da norma de permissão, subjectiviza o juízo de ilicitude e se [...] levada às últimas consequências pode conduzir inclusive a estranhas situações de legítima defesa contra legítima defesa»; idêntico, BRANDÃO, Nuno, «O erro sobre os pressupostos das causas de justificação: um erro que ode excluir a ilicitude?», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, orgs. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, e Susana Aires de Sousa, vol. II (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 193-194. Próximo, GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11ª ed. (Rio de Janeiro: Impetus, 2009), 356 – 7, há «total impossibilidade dessa hipótese, legítima defesa contra legítima defesa quer dizer que ambas as agressões são injustas».

¹⁶⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 335.

¹⁶⁷ Uma igualdade formal que abstraia o significado da agressão e da correspondente ação do defensor destrói a legítima defesa, sendo isso «absolutamente inaceitável». Ao se olhar para o agressor como alguém que age no desrespeito pelo Direito, e que os efeitos de seu comportamento, com frequência, resultam em crime consumado, facilmente se compreende porque não se pode igualar a posição o defensor ao do agressor. A ação do defensor, ao contrário da do agressor, é a favor antes de tudo do Direito, cf. MONTEIRO, Fernando Conde, «A Legítima defesa: um contributo para sua fundamentação» (tese de mestrado, Universidade de Coimbra, 1994), 56; 88-90.

o ato pelo qual o policial repele a agressão como o ato pelo qual o agressor opõe-se à defesa policial merecessem, no direito penal, a qualificação de justificados¹⁶⁸.

Portanto, a admissibilidade dessa tese leva a resultados práticos insustentáveis com repercussões na ordem jurídica ao nível da limitação dos direitos: o polícia seria convidado a tolerar a reação defensiva do agressor, pois que a este também já não lhe caberia o dever de suportar a ação defensiva do polícia; um resultado insatisfatório para solução de conflitos a que a causa de justificação se propõe¹⁶⁹.

Isso porque o direito inserto no «princípio da insuportabilidade da não defesa contra agressões ilícitas», não seria plenamente assegurado: ambos os intervenientes oporiam ao «direito» do outro um «direito» seu, como também o faria quem agisse em auxílio necessário tanto ao primeiro agressor, quanto ao polícia¹⁷⁰.

Assim, a conduta policial que numa mesma situação concreta é permitida num sentido e proibida noutra, revela a existência de uma contradição na ordem jurídica que não pode ser admitida sob pena de gerar efeitos diabólicos¹⁷¹: por exemplo, o caso do polícia que mesmo atuando licitamente no domínio jurídico-penal, mas por subsistir um ilícito administrativo quando da ultrapassagem dos limites da norma policial, ficará entre “a cruz e a espada”, sujeito desde a uma punição disciplinar até à legítima defesa do agressor inicial.

¹⁶⁸ Em sentido próximo, VALDÁGUA, «Aspectos...», 273 s; pese tratar da ação em que o agressor impede um ato do deficiente que é considerado como legítima defesa pelas normas do direito penal, mas ilícito pelo direito civil; sustenta essa autora a improcedência de tal situação, e por isso a correlação com o que sustentamos.

¹⁶⁹ Desenvolvidamente, PALMA, «A Justificação...», vol. II, 747 s; 827 s, onde se lê: «não existe uma justificação estritamente penal, no sentido de Günther, que consista numa diminuição do desvalor da ação e do resultado do comportamento típico, interventor na esfera alheia, aquém do limite de relevância penal e da qual não resulte uma exclusão da legítima defesa do outro sujeito do conflito. Essa perspectiva não fundamentaria, consistentemente, a necessidade de defesa da ordem jurídica e a legítima defesa ilimitada que perfilha».

¹⁷⁰ Cf. BRITO, *O Direito de Necessidade...*, 59, aspas no original; pese tratar-se de considerações feitas entre as distintas regulamentações da legítima defesa penal e da legítima defesa civil. Também a propósito da não resolução do conflito, VALDÁGUA, «Aspectos...», 274, onde se lê: «[...] qualquer terceiro poderia, nessas circunstâncias, optar livremente entre auxiliar o deficiente ou socorrer em ‘defesa’ do agressor inicial, pois tanto numa quanto noutra hipótese, beneficiaria da causa de justificação da legítima defesa (alheia)!».

¹⁷¹ Consideração feita por Engisch, em *Einheit der Rechtsordnung*, 1935, reed. 1986, que a propósito do cumprimento de ordem ilegal obrigatória – negando que se possa admitir a proibição e a autorização simultânea de uma mesma conduta pela ordem jurídica e defendendo a licitude da execução de uma ordem obrigatória que conduza à realização de um tipo penal toda vez que o agente encontrar-se numa incondicional obrigatoriedade de cumpri-la –, cai como uma luva para sustentar a inadmissibilidade da tese que mantém a ilicitude da ação defensiva policial na esfera administrativa mesmo quando considerada lícita para o Direito penal, em razão da impossibilidade de o policial esquivar-se da obrigatoriedade de atuar numa situação de auxílio necessário com receio de sua ação ser tida por ilícita e gerar um direito de intervenção ao agressor, *apud*, BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 156-157.

De tudo o que já se disse, temos por seguro que havendo a obrigatoriedade da atuação policial, por exemplo quando de uma situação de legítima defesa de terceiros¹⁷², e sendo a conduta policial aí justificada penalmente, não deve haver espaço para se considerar qualquer outra ilicitude pela ordem jurídica, sob pena de comprometer àquele interesse que o Direito estabeleceu como prevalecente na inicial situação de legítima defesa¹⁷³.

Derradeiramente, sobre os efeitos da solução em análise, compartilmos da opinião de que se declarada lícita e justificada penalmente a atuação policial deve-se justificar essa conduta perante o ordenamento jurídico em sua totalidade¹⁷⁴.

b) Implicações político-criminais indesejáveis. O desencorajamento da atuação policial

Pesem as questões anteriormente suscitadas por uma eventual permanência da ilicitude do ato de defesa policial “justificado” no âmbito do direito penal, há de somar-se a elas outras implicações político-criminais indesejáveis.

Mesmo eventualmente considerado admissível o estabelecimento de campos distintos de verificação das consequências da atuação policial justificada com base no direito de legítima defesa, em penais e administrativos, parte da doutrina rejeita essa tese diante da possibilidade da sujeição do policial a uma sanção disciplinar; medida essa capaz de

¹⁷² Para tal basta imaginar ocasião em que seja segura e eficaz a defesa pelo agente Estatal, tanto mais quando a vítima já não dispõe que qualquer capacidade de defender-se a si mesma ou a seus bens.

¹⁷³ Nessa medida, as causas de justificação – tanto mais a legítima defesa – trazem consigo e traduzem uma decisão político-criminal de preferência entre interesses conflituantes numa concreta situação. Tal decisão tem efeitos gerais e vinculam o titular do interesse preterido pela ordem jurídica ao dever de suportar; cf. BRANDÃO, «O erro sobre os pressupostos...», 191.

¹⁷⁴ Entendimento corroborado na lição de Figueiredo Dias, em que tratando do efeito das causas de justificação assegura que «uma ação relativamente à qual se verifique uma causa de justificação, em todas as suas exigências objectivas e subjectivas, constitui um facto lícito, contra o qual não é admissível legítima defesa [...] nem qualquer outro *direito de intervenção*, seja qual for sua natureza, nomeadamente administrativa [...]»; cf. DIAS, *Direito Penal...*, 401, grifos e itálicos no original. Em contra, BRITO, *O Direito de Necessidade...*, 61-62, «Ora, em matéria de justificação, o Direito Penal não pode pronunciar-se sobre a aprovação jurídica de um comportamento face à Ordem Jurídica global, sob pena de subverter sua tarefa, que não é a de separar o lícito do ilícito. Por isso se disse anteriormente que a *permissão do mais* (a renúncia à desaprovação jurídico-penal da conduta) *não envolve, necessariamente, a permissão do menos* (a licitude do comportamento ante a inteira Ordem Jurídica)». Itálicos no original. Idêntico, BRITO, Tereza Quintela, «Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, org. Jorge de Figueiredo Dias, vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 206-207.

desencorajar o ato de defesa policial, mesmo não lhe recaindo consequências penais, frisa-se¹⁷⁵.

Isso porque é evidente uma contradição sistêmica: por um lado o Estado promove a ação policial e a tem por socialmente valiosa na medida em que a permite segundo a lei penal; por outro lado, o mesmo ato policial é proibido e punido pelas normas administrativas. Assim fica por responder qual comportamento do policial o Estado espera promover... O efeito geral dissuasivo da norma disciplinar se não costuma ser maior é pelo menos igual ao da lei penal¹⁷⁶.

Para além de eventuais sanções disciplinares, outra consequência possível a partir da permanência do caráter ilícito da ação policial mesmo justificada pela legítima defesa, seria o, eventual, chamamento do polícia a responder solidariamente ao Estado em um pedido de indenização civil¹⁷⁷.

De tudo, pese a justificação penal da atuação policial, as possibilidades de eventualmente ter-se por legítima defesa a reação de um inicial agressor à ação defensiva policial, e de sanções disciplinares ou de condenações cíveis, convidariam o policial a omitir-se diante de uma situação de necessidade alheia.

Tudo isso afasta qualquer sentido jurídico e social valoroso dessa solução, razões já suficientes para não admiti-la. Entretanto, essa tese será novamente abordada por ocasião de se verificar a (im)possibilidade do fracionamento do juízo de ilicitude por ela proposto, aos casos brasileiro e português.

¹⁷⁵ Para alguns doutrinadores, a exemplo de Roxin, a solução diferenciadora não resulta excluída pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico – pois pela lógica jurídica seria possível tolerar penalmente a conduta desaprovada no direito funcional – *mas deve resultar excluída por seus efeitos político-criminais indesejáveis*. No sentido do texto, ROXIN, *Derecho Penal...*, 657-658, itálicos nossos.

¹⁷⁶ Schaffstein, GS-Schöder, 1978, *apud*, BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 479.

¹⁷⁷ Pewestorf, JA (2009), *apud*, BÉGUELIN, «Die subsidiarität der Notwehr...», 480.

2.4. Aproximação à abordagem da temática nos contextos brasileiro e português e o caminho a seguir até a tomada de posição

Chegado até aqui, verifica-se que para atacar de frente e encontrar uma satisfatória solução ao problema formulado é necessário “transpor” as propostas das teses já vistas afim de verificar a viabilidade delas à especificidade da matéria no direito português e brasileiro.

Nos contextos jurídicos brasileiro e português, conforme se viu, à atuação policial em defesa de bens jurídicos individuais suscetíveis de legítima defesa com recurso a arma de fogo vige a observância a um princípio de proporcionalidade dos bens por expressa regulação legal¹⁷⁸.

Facto é que se tratasse de uma regulamentação sem incidência na norma da legítima defesa jurídico penal – ou que deixasse a questão dúbia –, seria relativamente menos complexo interpretar a problemática e, em todo caso, questionar a incidência ou não de proporcionalidade dos bens na legítima defesa exercida pelo policial.

Mas, diante da flagrante diferença entre o exigido à ação de um polícia e de um particular numa situação de legítima defesa, e como a regulação da proporcionalidade dos bens não incide diretamente alterando a norma dos tipos permissivos dos Códigos Penais, continua valendo à pena discutir e interpretar como se insere essa problemática no plano da legítima defesa nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Dito isso, é necessário rediscutir o essencialmente proposto em cada tese já vista. Se for possível afirmar alguma das soluções existentes, resolve-se aí o problema; do contrário, há de se encontrar outra forma de interpretar essa problemática que atenda ao interesse de estudo.

O caminho será o seguinte.

¹⁷⁸ Se antes se podia dizer que os regimes jurídicos do recurso a arma de fogo na atividade policial eram inconclusivos a respeito de limites impostos em situações de agressão a bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa, não havendo impedimentos ao recurso a arma de fogo contra pessoas, quer estivessem em causa agressões ilícitas à vida, integridade física ou patrimonial, agora já não mais é tendo em conta as atuais normas que regulam o recurso a arma de fogo contra pessoas em Portugal e Brasil, cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 383; 391 s. Considerações feitas a propósito da análise do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro, que tacitamente revogou as anteriores disposições no âmbito das normas policiais portuguesas, a saber, as normas do DL n.º 295-A/90, de 21 de setembro (Lei Orgânica da Polícia Judiciária) e do DL n.º 231/93, de 26 de junho (Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana) sobre a utilização de armas de fogo pelas polícias. No Brasil não vigia regulamentação específica da matéria em âmbito nacional anteriores à Portaria n.º 4226/2010 e à Lei n.º 13.060/2014.

No caso da tese que nega o direito de legítima defesa aos agentes policiais – em razão das regulamentações especiais do recurso a arma de fogo e de uma característica forma de colocação desses agentes em face de situações de necessidade que lhes impede a liberdade defensiva própria da legítima defesa –, cumpre verificar alguma viabilidade do que ela propõe enquanto causa de justificação da ação policial, pelo que se houver essa investigação alcança o objetivo, afinal o policial atuaria e teria sua ação justificada por outra norma de intervenção que não a legítima defesa.

No que toca à solução diferenciadora, cumpre verificar, a partir do que é legislado na matéria em Portugal e Brasil, se é possível fracionar o juízo de ilicitude da ação policial. Se for possível, também se alcança o objetivo desta investigação: de qualquer forma o regime jurídico geral do direito de legítima defesa seria reconhecido ao agente policial, muito embora sem a amplitude devida de uma causa de justificação que se traduz num verdadeiro direito de intervenção, pois que poderia permanecer nessa ação defensiva uma outra ilicitude. O que, todavia, já avançamos considerações de inadmissibilidade.

Quanto a tese que propõe o reconhecimento do direito de legítima defesa aos policiais na mesma amplitude que aos particulares; cumpre verificar, pese as regulações expressas, se é possível contemporizar a exigência de proporcionalidade dos bens e faze-las repercutir no âmbito do pressuposto da necessidade (particularmente na necessidade do meio) e, com isso, eventualmente permitir a ultrapassagem desses limites, de tal forma a reconhecer, no plano material, a legítima defesa ao agente policial nos mesmos termos que ao particular.

Transposta as formas como as Soluções já existentes devem ser analisadas, afigura-se possível avançar em novas discussões, dessa vez mais particularizadas. Assim, de agora em diante, a todo momento, serão tomadas posições sobre como interpretar a discutida relação entre as normas do recurso a arma de fogo contra pessoas na atividade policial e o direito de legítima defesa no contexto jurídico brasileiro e português, até encontrar uma solução conforme a esses contextos e que satisfaça ao problema de investigação.

Capítulo 3

Tópicos crítico-reflexivos e tomada de posição: a solução aos contextos brasileiro e português

3.1. A (im)possibilidade do afastamento do direito de legítima defesa aos agentes policiais segundo o proposto pela solução de direito público

Conforme se viu, para parte da doutrina, a dogmática da legítima defesa é categoricamente excluída quando da existência de normas especiais do direito de polícia relativas à matéria, em especial as que facultam às forças policiais o recurso a arma de fogo contra pessoas¹⁷⁹.

Dois principais fatores afastam a legítima defesa da atuação policial. O primeiro é que os agentes policiais atuam de forma metódica e sistemática, não podendo invocarem, para além da legitimidade do uso da força no exercício de suas funções, o elemento de necessidade da legítima defesa¹⁸⁰.

Decorrente desse, o segundo fator é que a ação defensiva policial encontra-se apoiada por uma permissão para a defesa contra perigos¹⁸¹ que não é limitada pela atualidade da agressão, podendo ocorrer preventivamente ou após sua consumação: casos em que será

¹⁷⁹ Mas não só em razão da mera existência dessas normas especiais que a atuação policial não pode amparar-se no direito de legítima defesa, mas também por entender que toda ação Estatal tem caráter jurídico-público e deve ser submetida ao princípio de legalidade administrativa. Isso porque o direito público é obrigado permanentemente pelo princípio da proporcionalidade e porque a atuação policial deve permanecer adstrita ao limite das normas administrativas que regulam as faculdades de intervenção do Estado na esfera do particular, cf. FRISTER, *Derecho Penal...*, 269-270; 336 s.

¹⁸⁰ JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-479; próximo, PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 364-365.

¹⁸¹ Segundo António Sousa, “perigo policial” consiste na probabilidade de um evento da natureza ou de uma conduta humana resultar em dano. No Direito policial, «‘dano’ é a possibilidade de uma afetação significativa (relevante ou não desprezível) da situação normal de bens policialmente defendíveis». Para haver dano há de haver: (i) a possibilidade real (não a mera aparência) de afetação da situação normal, não se exigindo a certeza da ocorrência do dano, mas verificando-se sua suficiente probabilidade segundo a experiência de vida numa evolução normal dos acontecimentos; (ii) a afetação relevante (não as irrelevantes ou pouco significativas); (iii) proteção da situação normal: a afetação do bem não pode ser medida por uma sensibilidade anormal das coisas, essa hipersensibilidade não pode justificar a intervenção policial. Assim, e com pormenores, cf. SOUSA, António Francisco de, «Função constitucional da polícia», *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 95 (2003): 26-27. Itálicos nossos.

sempre legítima quando importar numa intervenção menos gravosa possível aos bens jurídicos do agressor¹⁸².

Dito isso, o que essa tese faz é afastar a dogmática da legítima defesa como um direito de intervenção possível à polícia e defender que a justificação penal do ato defensivo policial funda-se ou nas medidas coativas constantes nas leis administrativo-policiais, que funcionam como direitos de intervenção na esfera de liberdade individual, como o caso alemão¹⁸³; ou em causas de justificação do tipo do cumprimento do dever ou exercício do cargo¹⁸⁴, para o caso dos sistemas jurídicos em que a mera conformidade aos regimes especiais que regulam o recurso a arma de fogo na atuação policial não é suficiente para justificar o exercício da coação pública¹⁸⁵.

Com efeito, os critérios de não espontaneidade e de vinculação do ato defensivo policial a ordem pública e não a um bem jurídico em específico, que à solução de Direito Público servem à caracterização do ato defensivo policial, distinguindo-o da legítima defesa¹⁸⁶, «parecem[...] úteis» a tal efeito: não se pode afirmar que a reação policial ante uma agressão atual e ilícita seja espontânea, porque não pode deixar de atuar, tem obrigação de

¹⁸² PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 369.

¹⁸³ *Supra*, capítulo 2; 2.1.; 2.1.1.

¹⁸⁴ Para Sanches García a proposta da solução de direito público refere-se ao que seria a atuação policial amparada pela causa de justificação do exercício legítimo do cargo no direito espanhol, diz ela que «há uma distinção entre o que seria um genérico cumprimento do dever legal e o cumprimento de um dever legal derivado do exercício legítimo do cargo específico da função policial»; e, num capítulo de sua obra dedicado à “legítima defesa dos agentes de autoridade no exercício do cargo” trás um retrato do “estado da arte” tanto no direito espanhol quanto no direito comparado, em especial no caso alemão, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 54 s; 74 s; 319 s. Sobre essa questão no direito espanhol, Vicenta Donderis entende que a subdivisão que o art. 20.7 do CP esp., faz em referência a deveres, direitos, ofícios e cargos, distinguindo o cumprimento do dever do exercício do cargo é improcedente no caso das atuações policiais, porque «o exercício legítimo do cargo não é mais que a manifestação do cumprimento de um dever», pois que o exercício legítimo de um cargo tem de ser necessariamente público, vinculado em todo o caso a uma função ou emprego público; cf. DONDERIS, «Limitaciones al ejercicio...» 20-22. No mesmo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal...*, 488-489. No Brasil, diz o art 23, III, do CP, que: «Não há crime quando o agente pratica o facto: [...] III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito». Já no CP Português, a redação do art. 31º-2-c, diz: «[...] 2. Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: [...] c) no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; [...]».

¹⁸⁵ Assim, para o caso português, que também vale para ao brasileiro, a mera regulação em lei sobre a utilização de armas de fogo por agentes policiais e a conformidade da atuação policial a ela não são suficientes para a justificação do homicídio derivado do emprego de armas de fogo pela polícia; cf. DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.ª ed., 41.

¹⁸⁶ PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 369.

fazê-lo; e, quem atua no cumprimento do dever o faz com a finalidade de realizar o interesse público consagrado em lei, não o de assegurar a integridade de um bem jurídico individual¹⁸⁷.

Não é incomum a defesa de que mesmo diante de uma agressão atual e ilícita o fundamento para a ação policial não é a situação de necessidade, senão a obrigatoriedade do cumprimento de um dever em razão do exercício de uma função pública¹⁸⁸.

Como argumento, alega-se que o dever de enfrentar o perigo que impele aos policiais, ou porque decorre diretamente de lei ou por ser um dever jurídico supralegal, é um dever de agir, e todo dever de agir no âmbito do direito penal é dever legal¹⁸⁹.

Assim, os resultados danosos que se fizerem imprescindíveis no exercício da função policial, em qualquer situação, mesmo nas de necessidade e diante de uma agressão regulada pelo direito de legítima defesa¹⁹⁰, teriam sua ilicitude afastada pelo cumprimento de um dever¹⁹¹.

Mas será isso válido? Quando o agente policial no exercício de suas funções, portando no cumprimento de seu dever, defronta-se com situações que o faz recorrer à arma de fogo contra pessoas, estando assentes os pressupostos legitimadores desse recurso, poderá ser alegada a causa justificante do cumprimento do dever em lugar da legítima defesa?

¹⁸⁷ BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 291.

¹⁸⁸ Por exemplo, Soler entende que mesmo que as regulamentações policiais sobre o recurso a armas de fogo tratem de vincula-lo à existência de um perigo pessoal ou à estrita necessidade e de rechaçar atos violentos [que permitiriam a justificação por uma causa que deflua de uma situação de necessidade], a justificação desse ato policial é o cumprimento do dever, não a legítima defesa. Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (Buenos Aires: Tipográfica, 1953), 361. Também PALERMO, *La Legítima Defensa...*, 386, para o qual «se um funcionário resulta agredido no exercício de suas funções, suas faculdades de autoproteção se rijem não pelas regras da legítima defesa [...]». Ver, ainda, *infra*, nota 191.

¹⁸⁹ Neste sentido, BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 282-283, pese o próprio autor fazer constar que, embora em tese, o dever de agir e o dever de enfrentar o perigo não sejam «categorias conceituais idênticas – o dever de agir constitui a obrigação de atuar em determinada situação fática e o dever de enfrentar o perigo é a obrigação de colocar em risco bem jurídico próprio para afastar o perigo».

¹⁹⁰ Para Fragoso, as causas de exclusão da ilicitude são classificadas em 3 grupos: causas que defluem de situação de necessidade (estado de necessidade e legítima defesa); causas que defluem da atuação do direito (exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal); e, causa que deflui de situação de ausência de interesse (consentimento do ofendido); cf. FRAGOSO, Heleno Claudio, *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*, 11ª ed. (Rio de Janeiro: Forense, 1987), 190.

¹⁹¹ LUZÓN PEÑA, *Aspectos Esenciales...*, 104, atenção às notas 404 e 405, em que ao refutar qualquer opinião de que a legítima defesa se consubstancia em um dever (por ser uma faculdade) e tratando dever jurídico do Estado em defender os cidadãos por meio das autoridades, diz que o uso da força e de armas de fogo pela polícia no cumprimento de suas funções, inclusive na defesa própria ou de particulares em face de agressões atuais e ilícitas, não se ampara na legítima defesa, senão no cumprimento do dever ou o exercício do cargo.

3.1.1. Entre o cumprimento do dever e a legítima defesa: o uso da força na atuação policial e a agressão como elemento essencial e distintivo para a legítima defesa

A análise que se segue não objetiva tratar propriamente da concorrência da legítima defesa e cumprimento do dever, mas sim afirmar que quando de uma agressão atual e ilícita, o emprego da força letal pela polícia encontra justificação penal na legítima defesa, se observados os demais requisitos e pressupostos dessa justificante.

Do contrário, ficamos com a inquietante pergunta: como admitir a causação de uma morte por parte de um policial quando, diferentemente da legítima defesa, a reação ao perigo pode dar-se de forma mais remota?¹⁹²

É sabido que para o desempenho de funções legítimas de aplicação da lei e na medida do estritamente necessário, o uso da força é facultado no desempenho da atividade policial¹⁹³, tanto mais quando atua no cumprimento de um dever, ocasião em que há a exclusão da ilicitude¹⁹⁴ do facto típico praticado por força do desempenho de uma obrigação legal, desde que absolutamente necessária e proporcional¹⁹⁵.

¹⁹² Impossível negar que avançamos com ressalvas ao proposto pela solução que nega o direito de legítima defesa aos policiais quando atuam em defesa de um bem jurídico individual suscetível de legítima defesa. No particular caso da indagação que origina essa nota, segundo a solução de Direito Público, a produção da morte pelo policial no exercício da autoridade é tolerada quando esse resultado dá-se sem conexão à atualidade da agressão, ou seja, antes de uma situação fática de necessidade, ou após! É isso que nos parece querer dizer JAKOBS quando afirma: «Si, p. ej., un disparo que puede determinar la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad sólo es admisible como actuación policial para repeler el peligro para la vida y de graves lesiones [...] la mayor contención [os limites impostos pela norma policial] de la policía hace tolerable que, en su actuar soberano, se aparta de la actualidad de la agresión y que se vincule al peligro más lejano temporalmente». JAKOBS, *Derecho Penal...*, 478-479. Assim, se a morte é admitida no exercício da autoridade policial, e se a defesa ao perigo pode ocorrer dissociada da atualidade da agressão, significa isso que os policiais podem disparar dolosamente a matar fora das situações de legítima defesa? No sentido dessa nota, cf. BRODT, *Do Estricto Cumprimento...*, p. 291-292.

¹⁹³ [ACNUDH], *Direitos Humanos e Aplicação da Lei: Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais* (Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001), 38.

¹⁹⁴ Defendendo a exclusão da ilicitude, a maioria da doutrina, que à sua esteira seguem, p.e., BITENCOURT..., 273-274; SANTOS, *Direito Penal...*, 257 s. Diferente, entendendo que a natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal é a de atipicidade da conduta, cf. BRODT, *Do Estricto Cumprimento...*, 81 s; 333 e ZAFFARONI, Eugénio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito. Introdução Histórica e Metodológica, Ação e Tipicidade*, vol. II (Rio de Janeiro: Revan, 2010), 231 s; que entende o cumprimento do dever como um «fenômeno que ocorre quando um mandado recorta uma norma proibitiva, prevalecendo sobre ela [que] nada tem a ver com a justificação, ou seja, com a harmonização de uma norma proibitiva com um preceito permissivo que provém de qualquer lugar da ordem jurídica, [...] até porque se o sujeito não se vale do preceito permissivo para realizar a conduta não sofrerá qualquer consequência jurídica, porque essa alternativa [de deixar de realizar a conduta justificante] também é seu direito». Entretanto, segundo Brandão, é mesmo em sede da exclusão da

Podendo, pois, os deveres de intervenção do policial na esfera privada do indivíduo determinarem a realização justificada de tipos legais¹⁹⁶, discute-se a possibilidade de também os disparos de arma de fogo que ocasionem lesões corporais graves ou a morte, efetuados por um policial quando no exercício de suas funções necessita recorrer ao emprego de armas de fogo, serem justificadas pelo cumprimento do dever; polêmica que se agrava quando da falta de regulação específica¹⁹⁷.

ilicitude que se concentra o debate doutrinal sobre a legitimidade das atuações oficiais fundadas no cumprimento de um dever, tanto daquele oriundo de comandos legais quanto daquele que tem origem na ordem legítima da autoridade, a propósito, o caminho adotado pelo legislador português, que distingue nessas duas vias a exclusão da ilicitude fundada no cumprimento do dever, consoante o art. 31º-2-c) do CP Português. Com pormenores, sobre as principais correntes doutrinárias envolvidas na discussão acerca da legitimidade dos atos de autoridade, sobretudo sobre a justificação por obediência devida a uma ordem de autoridade, cf. BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 15 s, *passim*.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Acórdão do TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1382228-7 - Foz do Iguaçu - Rel.: Luís Carlos Xavier - Unânime – Julgado em 04.02.2016, publicado no DJ: 1746 24/02/2016. Decerto, segundo Nuno Brandão, a licitude no cumprimento do dever só é alcançada com respeito objetivo e completo aos «pressupostos gerais de intervenção estadual, especialmente pelo princípio da proibição de excesso nas suas dimensões de necessidade, de proporcionalidade e de adequação [...]», sendo os princípios de necessidade e proporcionalidade aqueles que devem orientar a intromissão dos órgãos estatais na esfera de intimidade dos cidadãos, cf. BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 48; 51.

¹⁹⁶ GRECO, *Atividade Policial...*, 139. No mesmo sentido BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 46-47 a propósito de assinalar a distinção entre as causas de exclusão da ilicitude por obediência devida e por cumprimento do dever legal, citando que em ambas as situações, caso implique a prática de factos tipicamente relevantes no âmbito penal, para além de naturalmente determinar a exclusão da ilicitude, se legítima a atuação, inviabiliza a reação em legítima defesa daquele que é submetido à ação interventora do elemento policial, sendo ainda, condição para punição por crimes de desobediência e resistência.

¹⁹⁷ Nesse sentido, ressaltando que a distinção entre a legítima defesa e o cumprimento do dever legal desperta «aguda polémica» em alguns casos concretos, cf. BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 289 s. De facto uma busca rápida sobre jurisprudências no Brasil revela tal polémica: «Age no estrito cumprimento do dever legal, por exemplo, o policial que atira contra detento em fuga, valendo-se dos meios necessários e sem excesso (TJDFT, RSE n.º 19990810025822, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 08/09/2005, publicado no DJU 25/01/2006, página 63). Nesse sentido, GRECO, *Atividade Policial...*, 140, destaca que «muito se discute» com relação à atitude de policiais que sob o argumento de estar cumprindo seu dever, visando evitar a fuga de um preso ou deter àquele que foge, atira com intenção de matá-los ou mesmo em partes não vitais do corpo humano; e cita um julgado: «[...] na condição de policial, age amparado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal ao tentar a abordagem de indivíduo que estaria pulando o muro de uma residência e ao ser advertido de longe, saca sua arma e dispara contra o policial, vindo o mesmo a revidar os disparos a fim de arrostar o mau, como meio para atender ao dever declinado no art. 301 do Código de Processo Penal (TJMG, AC 1.0479.04.074997-6/001, ReI. Des. Judimar Biber, julgado em 15/5/2009)». Considerando essa celeuma, Sánches García aborda-a num apartado entitulado: «tratamento jurídico da causação dolosa da morte no exercício de funções públicas fora das situações de legítima defesa». Nele a autora dá relevo ao facto que ao carecer-se de uma norma específica que regule o tema, o tratamento da questão deve partir dos princípios gerais e ético-culturais de cada sistema jurídico, em especial sobre o direito à vida e as exceções que o conformam. Diz ela que historicamente, e ainda em alguns sistemas jurídicos atuais, «se estima conforme al Derecho la produccion intencionada de la muerte en supuestos límite de cumplimiento de la función policial de detención», que nesse caso configura uma exceção da proibição de matar. Diz a autora que nos sistemas jurídicos democraticos há consenso sobre a excessão à proibição de matar quando a morte é causada numa situação de

Com efeito, no amplo contexto de uma intervenção policial, não só às necessárias ao cumprimento de um dever imposto por lei, o nível de força (intensidade da força escolhida pelo agente de segurança pública em resposta a uma ameaça real ou potencial) empregue pela polícia deve ser sempre condicionado pelo comportamento do(s) cidadão(s) sob intervenção, e pode variar desde a presença policial até o uso da força letal, sendo que entre esses extremos incluem-se, p.e., a verbalização, o controle físico e o nível de força proporcionado pelo emprego de armas, munições e equipamentos de menor potencial ofensivo¹⁹⁸.

Diante de uma agressão potencialmente letal ou letal (ataque perigoso para a integridade física ou com real potencial para comprometer a vida do policial ou de terceiros) o uso da arma de fogo pelo polícia é admitido: porque a eficácia da defesa policial não pode ser comprometida, a reação policial ante uma agressão desse gênero é dirigida a zonas vitais do corpo do agressor, e corresponde ao nível força letal¹⁹⁹.

Do que acima se viu, há de estabelecer-se um marco. As atuações policiais que são amparadas pelo cumprimento do dever são respostas policiais às atitudes de desobediência ou

legítima defesa, ou de conflito bélico, em que o direito de autodefesa e a afirmação do direito perante o injusto e o direito de defesa do Estado face a agressões exteriores, a justificam. Mas que esse consenso não existe quando a causação da morte deriva do cumprimento de funções públicas, questão que acaba por se resolver na maioria dos sistemas jurídicos democráticos pela proibição da pena de morte, salvo em tempo de guerra. Ressalta, que a proibição do disparo dirigido a matar no cumprimento de funções públicas não é pacífico na literatura e jurisprudência dos sistemas jurídicos democráticos, na grande maioria deles devido à inexistência de normas positivas claras e específicas, num sentido ou outro. Por fim, conclui que essa indefinição do direito positivo sobre a questão, e uma postura favorável de um amplo setor da doutrina a autorizar que as polícias empreguem com finalidade mortal suas armas de fogo fora dos casos de legítima defesa – relaxando assim os limites do exercício repressivo do poder – «parece» crescer na atualidade como resposta aos fenômenos de terrorismo e da insegurança pública e cidadã; uma tendência paralela com a que relaxa os limites também da legítima defesa, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 297 s. Ainda no direito espanhol, destacando a ambivalente tendência dos tribunais em reconhecer tanto a excludente completa da legítima defesa quanto a do cumprimento do dever ou exercício legítimo do cargo quando do resultado morte no exercício da função policial, cf. GALLO, Pablo Acosta, *Derecho de la Seguridad, responsabilidad policial y penitenciária*, 2ª ed. (Valência: Tirant lo Blanch, 2015), 211 s.

¹⁹⁸ Em termos gerais, BETINI, Eduardo Maia, e DUARTE, Claudia Tereza Sales, *Curso de UDF: Uso Diferenciado da Força* (São Paulo: Ícone, 2013), 223.

¹⁹⁹ Tratando-se de uma última ratio da ação defensiva policial; até antes do momento do acionamento do gatilho de uma arma de fogo, e enquanto for possível fazê-lo sem elevar os fatores de risco, o policial deve verbalizar sobre a possibilidade de disparar a arma, ou tentar outros recursos menos danosos à vida e integridade física do agressor, tudo com o intuito de demover este da intenção de prosseguir com as graves ameaças à vida e para reduzir sua capacidade de autodeterminação, sujeitando-o à autoridade e aos legítimos interesses da aplicação da lei (*Infra*, nota 271). Tendo sempre em conta, entretanto, que «não pode considerar-se como necessário um meio que não seja suficientemente seguro para o agredido e que, embora idóneo para repelir a agressão, só o seja a custa de um risco para a sua vida e integridade física», cf. DIAS, *Direito Penal...*, 420.

mera resistência do cidadão ao cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração pública, que, portanto, facultam o policial a recorrer, sem a produção ou elevação de fatores de riscos, ao uso da força, mediante o emprego de meios idôneos e eficazes à realização do fim legítimo a ser alcançado²⁰⁰.

Situação diversa, que determina análise sob outro viés, é aquela em que a resistência, com violência e grave ameaça, portanto uma resistência ativa²⁰¹ e também ilegítima²⁰², é oferecida contra a pessoa do policial no legítimo desempenho de suas funções, e que, no caso, ultrapassa a mera vontade, pelo agressor, da não realização do ato de ofício.

Parece polêmica a questão da resistência, porquanto tanto no Brasil quanto em Portugal fazem parte do tipo penal de resistência, a violência e ameaça a funcionário. Entretanto, reafirma-se aqui o entendimento ao qual nos filiamos de que enquanto a atitude de resistência disser respeito só àquilo que impede a legítima materialização da vontade Estatal, o uso da força pela polícia direciona-se estritamente a assegurar a continuidade desta.

De outra forma, admitido o concurso formal de crimes, quando a resistência é violenta e resulta em lesão a bens individuais do funcionário que atua lícitamente, traduz-se em agressão ilícita, e o uso da força pela polícia dá-se já no contexto de uma ação em legítima defesa, não mais se tratando do uso da força que seria o imprescindível à realização do interesse público, somente²⁰³.

²⁰⁰ Em termos semelhantes, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 295; entretanto, a autora defende que a resistência, tanto passiva quanto ativa, dão causa a uma resposta justificada nas atuações em exercício do cargo e amparadas por essa causa de justificação. Segundo Nuno Brandão, face a um crime de resistência, a resposta policial à oposição será lícita quando *in casu* respeitar todos os pressupostos formais e materiais, de facto e de direito, do comando legal que ampara o cumprimento do dever, seja a lei ou a ordem da autoridade, e por isso não pode determinar a responsabilização do agente, cf. BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 123.

²⁰¹ Pese a lei penal brasileira para o tipo de resistência (Art. 329 do CP) não exigir a grave ameaça como o fez a outros tipos, como, p.e., o roubo, seguimos o entendimento de Grego de que a ameaça «também aqui [para o tipo de resistência], deverá ter alguma gravidade, possibilitando abalar emocionalmente um homem normal, ficando afastada aquela de nenhuma significância», assim, GRECO, *Atividade Policial...*, 297.

²⁰² BITENCOURT, *Teoria Geral do Delito...*, 275.

²⁰³ A doutrina majoritária portuguesa elege somente a autonomia intencional do Estado como o bem jurídico tutelado nos crimes contra a autoridade pública. Diz Cirstina Líbano, p.e., que a simultânea proteção à pessoa do funcionário, e de sua liberdade, «é tão-só funcional ou reflexa»: a liberdade do funcionário só importa na estrita medida em que representa a liberdade do Estado, a dimensão privada, enquanto pessoa e cidadão, «não encontra resguardo»; entretanto, essa autora sustenta que de nodo análogo ao caso do particular que pode defender-se em legítima defesa para afastar o ato ilegítimo do funcionário, que afinal constitui uma agressão, se o particular usa violência ou ameaça para afastar esse acto, pode o funcionário defender-se: «[a]penas defender-se, não servir-se

Para além da diferenciação acima, e no que diz respeito ao circunscrito âmbito do disparo de arma de fogo contra pessoas, deve-se ter em conta que inexiste dever legal de utilizar a força letal nos termos do art. 32º, n.º 2, alínea c), 1ª parte, do Código Penal Português e do inciso III, do art. 23 do Código Penal Brasileiro.

do ensejo para acabar de executar o acto não legitimado», cf. MONTEIRO, Cristina Líbano, «Nótula antes do Art. 347º, e Art. 347º», in *Comentário Conimbricense*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, t. III (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 337; 339; 347. No Brasil, a exemplo de Portugal, fazem parte do tipo de resistência a violência ou ameaça a funcionário; no entanto, entende-se que o tipo tutela tanto a autoridade pública quanto o prestígio da função pública, por serem, ambos, indispensáveis à liberdade de ação do poder estatal e à execução dessa própria vontade, protegendo assim o Estado e, ao seu lado, o agente; cf. BITENCOURT, *Teoria Geral do Delito...*, 274. Dessa forma, independentemente de tratar-se de uma proteção ao funcionário que ocorre em paralelo ou de forma reflexa à proteção da liberdade de ação do Estado, toda vez que a resistência traduzir-se numa agressão ilícita e determinar lesão a um bem jurídico individual do funcionário, configura uma situação de legítima defesa, à qual o funcionário atuará amparado pela excludente da legítima defesa; cf. TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal* (São Paulo: Saraiva, 1999), 212; GRECO, *Atividade Policial...*, 300 s; e, BRODT, *Do Estricto Cumprimento...*, 292-293. Esse é o entendimento que, segundo a Bitencourt, representa uma interpretação conforme a Constituição, do art. 292 do CPP: «Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas»; e nesse sentido diz que se o policial fere ou mata no exercício de sua função, em resposta a uma resistência ilegítima que se constitua em violência ou com grave ameaça «ao exercício legal da atividade de autoridades públicas, configura-se uma situação de *legítima defesa*, permitindo a reação dessas autoridades [...]», cf. BITENCOURT, *Teoria Geral do Delito...*, 274-275; semelhante, ZAFARONI, *et al. Direito Penal Brasileiro...*, 236. Isso não quer, todavia, advogar a desnecessidade de uma competente apuração dos factos a fim de confirmar a existência de uma situação de legítima defesa, bem como de uma correta ação de legítima defesa por parte dos policiais. Nesse sentido, para destacar a relevância prática da matéria, no Brasil, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, por meio da Resolução n.º 8 de 20 de dezembro de 2012, entendeu por bem regulamentar as hipóteses de “autos de resistência” (lavrados pela polícia brasileira para caracterizar o resultado morte dos enfrentamentos entre criminosos e policiais, quando de uma grave resistência ativa que põe em risco a vida ou a integridade física do agente policial) e definiu, entre outras questões, em seu art. 1º que «as autoridades policiais deveriam deixar de usar em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crimes designações genéricas como ‘autos de resistência’, ‘resistência seguida de morte’, promovendo o registro, com o nome técnico de ‘lesão corporal decorrente de intervenção policial’ ou ‘homicídio decorrente de intervenção policial’, conforme o caso». O que nada muda o facto de que uma intervenção policial legal e conforme o direito de legítima defesa, atendendo a todos os seus pressupostos, seria, como deve ser, sempre justificada. Dessa regulamentação seguiu-se a Resolução Conjunta n.º 2, de 13 de outubro de 2015, publicada no Diário Oficial da União n.º 1, de 04 de janeiro de 2016, p. 8, em que o Conselho Superior de Polícia, órgão da Polícia Federal, e o Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil do Brasil, consideraram a «necessidade de regulamentação e de uniformização dos procedimentos internos das polícias judiciárias, objetivando conferir transparência na elucidação de ocorrências em que haja resultado de lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial» (considerando II), e regulamentam no art. 3º, § 1, que «Havendo resistência à legítima ação policial de natureza preventiva ou repressiva, ainda que por terceiros, o delegado de polícia verificará se o executor e as pessoas que o auxiliaram se valeram, moderadamente, dos meios necessários e disponíveis para defender-se ou para vencer a resistência. [...] Se do emprego da força resultar ofensa à integridade corporal ou à vida do resistente, deverá ser imediatamente instaurado inquérito policial para apuração dos fatos, com tramitação prioritária».

A isso soma-se o facto da inexistência do cumprimento do dever quando a conduta do agente restringe direitos em maior amplitude do que lhe é permitido constitucionalmente²⁰⁴: o agente no cumprimento da lei está adstrito a obrigatoriedade de assegurar o núcleo inviolável dos direitos fundamentais²⁰⁵.

Nessa seara, uma última consideração respeitante ao carácter metódico e não espontâneo da atividade policial que, segundo a solução de direito público, impede os policiais que atuarem com fundamento no elemento de necessidade, sendo-lhes por isso negado o direito de legítima defesa quando do exercício de suas funções, merece aqui breve espaço. Trata-se da análise da situação fática dos disparos de arma de fogo por *snipers* policiais contra perpetradores em ocorrências com reféns.

Mesmo nesses casos, em que ocorre o chamado tiro de comprometimento, a atuação policial é subsumível à ação de legítima defesa. Essa alternativa tática, adotada pela polícia para neutralizar a ação do perpetrador do evento crítico – o sequestrador –, só tem lugar de ser quando o risco à vida na situação de crise se encontra num nível de insuportável tolerância: é uma situação fática de necessidade, que diante da falência da negociação e de outras alternativas táticas menos ofensivas impele o comandante da operação a ordenar o “sinal verde” para que o atirador de precisão efetue o disparo para a neutralização do agressor²⁰⁶.

²⁰⁴ BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 291.

²⁰⁵ Assim o é por incidência dos princípios da reserva de lei e da legalidade administrativa, ambos com guarida constitucional, deles «resulta que todo e qualquer acto da autoridade que represente uma forma de coacção estatal tem de assentar na lei e ver nesta definidos os pressupostos da sua admissibilidade e os limites do seu exercício», cf. BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 19. Nesse sentido, GRECO, *Atividade Policial...*, 140, onde reforça que não há determinação legal que imponha às autoridades policiais que atirem contra pessoas com a finalidade de mata-los; mesmo havendo o dever de se evitar a fuga de presos, «o agente policial não pode neles atirar com a finalidade de mata-los, nem aí há qualquer dever legal, nem mesmo o dever que impele a esses agentes, a saber, efetuar a captura e conduzir o preso de volta às grades, não obedeceria os limites impostos pela lei». Também, cf. DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.^a ed., 41-42, onde se lê: «[...] não há, frisa-se, determinação legal que impunha a morte ao fugitivo ou que a polícia dispare arma de fogo contra eles, porque aqui o interesse público e o dever a que a polícia esta investida é a detenção do fugitivo e sua apresentação à autoridade vivo, não morto».

²⁰⁶ O tiro de comprometimento depende da ordem da autoridade que comanda a operação de crise, e só tem lugar diante da ineficácia de alternativas táticas menos lesivas e se esgotadas as possibilidades de negociação. Sobre essa temática, em especial a alternativa tática do tiro de comprometimento, cf. BETINI, Eduardo Maia, e TOMAZI, Fabiano, *COT: Charlie, Oscar, Tango: Por Dentro do Grupo de Operações Especiais da Polícia Federal*. 2. ed. (São Paulo: Ícone: 2010), 99 s; também, ANTONY, Marcio Moraes, *Sniper Policial: Um Guia Básico para as Polícias Brasileiras* (Manaus: s/ed., 2002), 42 s.

O risco a vida²⁰⁷ sempre existe numa ocorrência com reféns, mas é o ápice de sua insuportabilidade – quando o perpetrador está efetivamente prestes a disparar a arma contra o reféns ou outras vítimas, ou quando já o tenha feito, mas permanece a necessidade de salvar vidas –, que origina a reação policial. Configurando-se, pois, tanto uma aguda situação de necessidade, quanto o pressuposto da atualidade de uma agressão ilícita.

Assim, a ordem para o disparo é – porque derivada de uma situação fática de insuportável risco à vida –, uma situação de necessidade diante de uma agressão ilícita e atual.

Também a ação empreendida pós ordem, nomeadamente o tiro de comprometimento, subsumisse a uma ação de legítima defesa, nessa ocasião, após a ordem para o disparo, o *sniper* opta por duas alternativas, o tiro letal para eliminar o perpetrador instantaneamente e logo impedir a ação criminosa dirigida à vítima; ou poderá efetuar um disparo com a intenção de, tão somente, ferir o agressor, desde que isso possibilite o resgate seguro da vítima²⁰⁸.

Dessa forma, é o caso concreto que ditará a ação do *sniper*, a opção entre uma ou outra forma de neutralização do agressor vincula-se ao resultado menos gravoso, pelo que sendo possível no caso concreto um disparo em zona não vital do agressor, deverá fazê-lo; mas se tal meio não for suficiente para preservar a vida da vítima e de terceiros e, nesse caso, contribuir para elevação dos fatores de risco, o meio necessário será então o disparo à zona vital do corpo do agressor, porque sobre a eficácia do meio de defesa não pode restar dúvidas.

Embora o *sniper* só possa atuar após a ordem do comandante da operação, esse dever de obediência não afasta que sua conduta se funde e seja avaliada conforme o direito de legítima defesa²⁰⁹. O dever jurídico a que a autoridade policial é investida numa situação com

²⁰⁷ O risco à vida, num evento crítico de ocorrências com reféns, «é sempre presente, real, não meramente possível»; assim, SANTOS, Gilmar Luciano, *Como Vejo a Crise: Gerenciamento de Ocorrências Policiais de Alta Complexidade*, 3ª ed. (Belo Horizonte: Bigráfica, 2010), 20.

²⁰⁸ GRECO, *Atividade Policial...*, 162.

²⁰⁹ Entendemos, assim, político-criminalmente e jurídico-socialmente preferível até por razões da incidência do erro na execução do ato do policial em legítima defesa. Àquele que é posto pelo Estado numa crítica situação de ter de efetuar um disparo de comprometimento, mais lhe aproveita, e também à sociedade, que sua ação seja julgada conforme uma ação de legítima defesa; assim sendo, não se corre o risco de condecorar o policial *sniper* pelo tiro certo e salvamento realizado e nem mesmo o risco de condená-lo pelo homicídio, em princípio doloso, caso algum infortúnio decorrente de seu disparo provoque também a morte da vítima. Em linhas gerais, embora tratando da vedação do DL n.º 457/99, de 05 de Novembro, ao recurso a arma de fogo nos casos em que terceiros possam ser atingidos, ou que não seja «manifestamente improvável» que sejam atingidos (n.º 4 do art. 3º), situação típica de uma ocorrência com ameaça à vida do refém na qual, segundo o diploma português, o recurso a arma de fogo estaria vedado, Fernando Monteiro, em que diz: «se efetivamente se salvarem várias

reféns é o da preservação de vidas, do agressor inclusive, o de negociação para libertação de reféns, e ao fim, a prisão do perpetrador²¹⁰.

Resulta de todo modo afastado o cumprimento do dever. Este tem como finalidade o atendimento do interesse público, sob o qual a Administração se move e que somente pode prosseguir à uma finalidade consagrada pela lei e Constituição; tal que não há interesse público que justifique um sacrifício abusivo dos direitos dos cidadãos, não deve haver lei que possa determinar a ultrapassagem destes, que funcionam sempre como um verdadeiro e inultrapassável limite da atividade administrativa²¹¹.

Para além das considerações já feitas, a eventual concorrência entre causas de justificação a regular de forma distinta uma concreta situação de defesa à vida diante de agressões ilícitas, convoca a comparação dos princípios jurídicos fundamentadores do cumprimento do dever e da legítima defesa e a relação lógica entre ambas – ponderada pelos princípios de especialidade e subsidiariedade – e a soluciona, mesmo na existência de um princípio comum de prevalência do Direito, pela prevalência do direito de autodefesa frente ao direito de execução dos atos garantidores da autonomia intencional do Estado. De forma que estabelecida uma relação de subsidiariedade entre ambas as causas, prevalece a legítima defesa como norma que preferencialmente deve ser aplicada à conduta do agente²¹².

peças, pela atuação da polícia com este meio [arma de fogo], mas se tiver provado a existência de riscos, ainda que mínimos, para elas, a justificação do acto nunca deverá ser alcançada. Os heróis deverão ser julgados pelo seu salvamento e condenados por homicídio, em princípio, doloso. Ao fim, criticando essa decisão legislativa e tratando de um caso fático em que sequestradores foram atingidos por disparos realizados pela polícia em que havia, e houve no seu entender, efetivamente riscos da vítima ser atingida, já após a vigência do DL n.º 457/99, de 05 de Novembro (nomeadamente o caso ‘Assalto do Banco BES de Campolide’, em 7 de agosto de 2008), o autor diz que «[...] quando se legisla mal, por vezes, a realidade da justiça impõe-se por si mesma, problema naturalmente é o casuísmo daqui derivado, neste caso [a absolvição dos policiais por legítima defesa de terceiros] ter-se-á feito justiça, noutros terá vigorado o ascetic império da lei, tal qual, o princípio da igualdade naturalmente disso se terá inevitavelmente ressentido...», cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 720, em especial vide nota 31.

²¹⁰ Assim, BRODT, *Do Estricto Cumprimento...*, 293, ao considerar o caso em que um polícia desfira tiros e mate um sequestrador no momento em que este estava prestes a disparar contra a cabeça de uma criança, e sutentar tratar-se de legítima defesa, «já que o dever a que estava investida a autoridade policial não era o de matar o sequestrador, mas de efetuar a sua prisão em face do flagrante delito».

²¹¹ BRANDÃO, *Justificação e Desculpa...*, 249.

²¹² SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 367. Próximo, MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., rev. (Valência: Tirant lo Blanc, 2015), 326, onde dizem que não se considera a necessidade de agressão ilícita para justificar o uso da «violência» pela autoridade – por exemplo para deter um perigoso delincente que pretende fugir –, mas se há agressão ilícita, «es de preferente aplicacion la legítima defensa».

Assim, com apoio à argumentação até aqui construída, tendo em conta que a existência ou superveniência de uma agressão atual e ilícita, fica configurada uma situação de legítima defesa pela qual o policial poderá justificar o disparo de arma de fogo dirigido a matar, se sua ação atender a todos os demais pressupostos exigidos ao exercício desse direito²¹³.

Decorre disso, portanto, o acerto das legislações brasileira e portuguesa que vinculam a licitude do recurso a arma de fogo contra pessoas, no contexto de nossa análise, à existência de uma situação de legítima defesa. Outra questão, e sobre a qual adiante se tomará posição, é a imposição de um princípio de proporcionalidade dos bens na legítima defesa exercida por policiais, quando do recurso a arma de fogo contra pessoas.

Antes, porém, cumpre analisar a possibilidade de uma diferenciação no juízo de ilicitude quando a conduta policial não atenda ao disposto nas normas do Direito de polícia numa situação de legítima defesa e se vincule à permissibilidade mais alargada constante do direito de legítima defesa regulado nos Códigos Penais. A rigor: cumpre antes afastar definitivamente também o proposto pela solução Diferenciadora.

3.2. A (im)possibilidade do fracionamento do juízo de ilicitude aos moldes da solução diferenciadora

Como se viu, para a solução diferenciadora a norma que fundamenta a ação defensiva policial é aquela contida nas normas administrativas especiais que regem a atividade policial e não a norma da legítima defesa contida no Direito penal; e isso é sobretudo circunstancial para poder determinar a ilicitude da ação defensiva que ultrapasse àquelas normas, ainda que conforme a legítima defesa.

No Capítulo 2 desta investigação já se chegou a uma prévia conclusão de afastamento da solução diferenciadora. Entretanto, o propósito que agora nos conduz é o de questionar o

²¹³ No sentido do texto, criticando a posição de Jakobs que admite a autorização para matar no exercício da autoridade pelo policial e fora das situações de legítima defesa, cf. BRODT, *Do Estrito Cumprimento...*, 292. Enfaticamente, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 297; 304, diz que se deve ter como pressuposto que, de toda forma, é excluído o recurso de arma de fogo dirigido dolosamente a matar fora das situações de legítima defesa.

aproveitamento do que é essencialmente proposto por essa tese; assim, cumpre verificar se, nos contextos brasileiro e português, é possível um fracionamento do juízo de ilicitude para ao mesmo tempo conservar o sentido das normas de direito policial e não permitir que o polícia se encontre numa situação jurídico-penal pior que o particular.

As dificuldades aqui se agigantam quando se percebe que o legislador português e brasileiro expressamente regulou a incidência de proporcionalidade dos bens na legítima defesa policial, o que não deixa dúvidas sobre tal exigência²¹⁴; e, também, porque ambos os legisladores não estabeleceram uma outra faculdade de intervenção policial, senão que é o próprio direito de legítima defesa que deve fundamentar e justificar o disparo de arma de fogo contra pessoas, pela polícia, em defesa da vida e da integridade física essencial quando em causa agressões atuais e ilícitas a bens jurídicos desse mesmo catálogo.

Assim, da proposta da solução diferenciadora – o fracionamento do juízo de ilicitude na ação policial em legítima defesa – decorreria um conflito não solucionável, porque para tal efeito se deveria ter a legítima defesa não como uma causa de justificação, senão como mera causa de exclusão do ilícito penal²¹⁵. Senão vejamos...

Por mais que se queira, e até seja necessário conservar o sentido das normas que limitam o recurso a arma de fogo contra pessoas, não se pode fazê-lo, no Brasil e em Portugal,

²¹⁴ Na ausência de regulação expressa, era de se entender que a legítima defesa exercida por policiais não deveria ser mais fortemente condicionada, que aquela permitida ao cidadão comum, por obediência a um estrito princípio de proporcionalidade dos bens; cf. DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.^a ed., 41; também, DIAS, «Art. 131»..., 19.

²¹⁵ Nesse sentido, cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 58, nota 106, em que critica a tese de Günther questionando o conflito entre causas próprias e impróprias de exclusão da ilicitude. Diz esse autor que é certo que Günther considerou a legítima defesa como uma verdadeira causa de justificação, logo o que ele denomina por causa «imprópria», e não apenas uma causa «própria», de específica exclusão da ilicitude penal; e, na sequência, Taipa de Carvalho apresenta um problema, usando como exemplo o caso da professora que castiga corporalmente o aluno e tem – por ser possível nesse caso, segundo a tese de Günther, uma específica exclusão da ilicitude penal – sua conduta justificada penalmente, mas porque ilícita para o direito administrativo-disciplinar-escolar garante ao aluno, ou a um terceiro auxiliar, um direito de legítima defesa. Para esse caso, o autor segue dizendo que, defendendo-se o aluno ou seu auxiliar em legítima defesa, Günther teria de considerar – sendo coerente com sua tese – a legítima defesa não como um verdadeiro direito de intervenção, senão como mera causa de exclusão da ilicitude penal! E sobre isso tudo diz que «o princípio da unidade da ordem jurídica, o princípio da coerência (da unidade) na decisão-valorização como ilícita ou como justificada (não ilícita) ilícita deve permanecer como princípio fundamental da ordenação jurídica; e há que salientar que tal não é um mero postulado lógico e abstracto, mas sim um colorário da verdadeira (num Estado-de-Direito Democrático) fundamentação teórico-normativa do juízo de ilicitude ou de justificação, para além de constituir uma premente necessidade práctico-social»; solução essa que, segundo Taipa de Carvalho, nada tem que ver com a especificidade e autonomia relativa dos diferentes ilícitos de cada um dos setores do direito.

às custas de considerar um ilícito administrativo-disciplinar e ao mesmo tempo uma ação defensiva jurídico-penalmente lícita.

Isso porque, tratando-se sempre e em todo o caso a ação policial como legítima defesa jurídico-penal, esse distinto juízo de (i)licitude é até mesmo impensável segundo os pressupostos da própria solução diferenciadora²¹⁶. Sua direção dogmática considera a legítima defesa uma causa «imprópria» de justificação penal, é dizer: que afasta a ilicitude em face da totalidade da ordem jurídica; e não apenas uma causa «própria» que só teria efeito para afastar uma específica licitude penal²¹⁷.

Dessa forma de ver, afasta-se por completo a validade da solução diferenciadora, pois que a legítima defesa – norma de intervenção policial mediante o recurso a arma de fogo na defesa de bens jurídicos individuais diante de agressões atuais e ilícitas – expressa uma valoração positiva de uma conduta numa situação de conflito, e assim se traduz num verdadeiro «direito de acção, ou de intervenção»²¹⁸ que por sua vez impõe um dever de tolerância por parte do titular do bem objeto da intervenção, que implica tanto num dever de desistir da agressão quanto numa proibição de reagir²¹⁹.

Então, no contexto de nossa análise, é de todo inaceitável uma contraditória ordem jurídica que determine o dever de tolerância ao agressor que sofre intervenção policial

²¹⁶ O que a solução diferenciadora propõe é a justificação penal da conduta policial *com base* no direito de legítima defesa toda vez que a ação do polícia for considerada necessária, embora possa resultar em ilícito administrativo quando ultrapassar os limites das normas de intervenção do direito policial. Dessa forma a justificação da conduta seria promovida por uma causa «própria», que afastaria um exclusivo ilícito penal e não teria extensão à toda ordem jurídica; pelo que, desse modo, o argumento de que então o facto praticado é simultaneamente proibido e permitido é relativizado segundo a ideia de que a permissão no âmbito do direito penal significa apenas a exclusão do ilícito penal, por ser mais grave, cf. PALMA, «A Justificação...», vol. I, 587.

²¹⁷ É que a solução diferenciadora afirma a possível existência de juízos de ilicitude contraditórios, mas procedentes de sectores diversos do ordenamento jurídico, não de juízos de ilicitude divergentes dentro do mesmo ramo jurídico, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 339-340. Isso derradeiramente não se aplica nos casos brasileiro e português – até mesmo segundo a própria solução diferenciadora – pois como a atuação se dá por legítima defesa, «em sendo a legítima defesa uma causa de exclusão da ilicitude penal ‘imprópria’ ou ‘não-autêntica’, ela deve justificar a conduta perante o ordenamento jurídico como um todo», assim, MOURA, *Ilicitude Penal...*, 302 s.

²¹⁸ CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 171-172.

²¹⁹ *Idem...*, 329

justificada em legítima defesa, própria ou de terceiros, e lhe garanta ao mesmo tempo um igual direito de intervenção²²⁰.

Com efeito, uma norma justificadora tem como um importante aspeto o de deixar claro qual dos interesses é prevalecente numa situação de conflito²²¹. É neste sentido que não se pode permitir que as normas de justificação, em especial a legítima defesa, passem na prática «de normas de orientação e de autorização da acção, numa situação de conflito, a normas de desorientação, a fontes de perplexidades, a factores de potenciação de conflitos mais graves do que aqueles que se pretendem e têm por função resolver»²²².

Também, se efetivamente o sentido do princípio da unidade do ordenamento jurídico, no tocante à legítima defesa, não admite que o alcance da permissão consagrada no Código Penal seja reduzido teleologicamente em razão das competências de intervenção dos policiais²²³ – e que nesse sentido a valoração dada a uma norma extrapenal não tem eficácia para diminuir o alcance da valoração dada pelo Direito Penal a uma conduta permitida e justificada em legítima defesa –, tanto mais não se deve admitir um juízo de valoração distinto à mesma ação avaliada por intermédio da mesma norma!

Admitir tal hipótese seria considerar a existência de duas legítimas defesas em uma só ação, com o mesmo campo de incidência, embora com valorações distintas, o que seria de todo impensável! Nesse absurdo caso, ambas as formas de se avaliar a conduta policial seriam, a rigor, distintas configurações teleológico-sectoriais do mesmo campo jurídico, o Direito Penal, portanto com mesmo campo de atuação e a mesma específica tarefa²²⁴.

Isso implica na impossibilidade da coexistência de ambas as valorações; e tal contradição valorativa, como já se disse, acaba por afastar por derradeiro o princípio metodológico que fundamenta a tese da solução diferenciadora, afinal a divergência de enfoque só poderia ser aí admitida se tratasse de uma autêntica colisão de uma perspectiva

²²⁰ Isso porque no âmbito do direito penal não se admite legítima defesa contra legítima defesa. Se a defesa policial for aí considerada lícita, a oposição do agressor a ela não deve ter-se por lícita. Analogicamente, embora sem fazer referência à solução diferenciadora ora em análise, VALDÁGUA, «Aspectos...», 273 s.

²²¹ BRANDÃO, «O erro sobre os pressupostos ...», 191.

²²² CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 168.

²²³ Desenvolvidamente, no sentido do texto, e com pormenores quanto a analogia e as causas justificantes, MOURA, *Ilícitude Penal...*, 342 s; 360 s.

²²⁴ BRITO, *O Direito de Necessidade...*, 89-90.

sectorial com outra que pudesse ser reconduzida ao imperativo do tratamento diferenciado de situações materialmente desiguais; assim se podendo negar a contradição valorativa²²⁵.

De tudo, e também porque já se vai longe essa discussão, temos por seguro a impossibilidade do fracionamento do juízo de ilicitude em uma ação defensiva policial em legítima defesa aos moldes da solução diferenciadora.

Primeiro, pelo que antes se disse²²⁶, se admitida a diferenciação entre a norma que funda a defesa policial e a norma que a justifica penalmente, é impossível admitir que a verificação da situação de facto justificante pelo direito de legítima defesa deixaria de constituir um imperativo dever de suportar ao agressor, pela subsistência de uma “ilicitude administrativa” na ação policial²²⁷.

Depois, pelo que agora se foi dito, nos casos brasileiro e português, a reação policial contra agressões atuais e ilícitas será, atendendo a todos os pressupostos justificantes, uma só ação de legítima defesa, pelo que aí não se é possível suportar uma contradição valorativa fracionando o juízo de ilicitude como propõe a solução diferenciadora.

Cumpre agora discutir a viabilidade do que é proposto pela solução de Direito Penal, ou seja, o reconhecimento do direito de legítima defesa aos agentes policiais nos mesmos termos que aos particulares. É a tarefa de análise a seguir.

3.3. A (im)possibilidade do reconhecimento da legítima defesa nos mesmos termos que ao particular, segundo o proposto pela solução de direito penal.

²²⁵ *Idem...*, 14 s.

²²⁶ *Supra*, capítulo 2; 2.3.2.

²²⁷ Verificada a situação de facto justificante, são destinatários da ação justificada por legítima defesa ambos os sujeitos: o defendente que goza de seu direito agir – e no caso do polícia que tem o dever de agir – e o agressor com um correspondente dever de suportar. Ressalta-se que no plano dos tipos justificadores, o interesse que a ordem jurídica estabeleceu como prevalecente no conflito se traduz em concreto; atribuir ao sujeito passivo um direito de reagir à ação justificada por legítima defesa é negar essa valoração. Nesses termos, cf. BRANDÃO, «O erro sobre os pressupostos...», 193-194.

Pese o acerto da solução de direito penal ao sustentar que os agentes policiais numa situação de necessidade própria ou alheia podem atuar justificadamente em legítima defesa²²⁸, a existência de uma expressa regulação de proporcionalidade, condicionante da legítima defesa policial no Brasil e em Portugal, questiona se esse direito pode ser garantido nas mesmas condições aos policiais assim como é aos particulares.

A forma como esse problema é eliminado pela doutrina faz repercutir as exigências de proporcionalidade – dos interesses²²⁹ e não dos bens – no pressuposto da necessidade – ou no âmbito das restrições ético-sociais²³⁰ –, em correspondência àquilo que no caso fático é requerido ou indicado enquanto necessidade de defesa para a legítima defesa policial²³¹.

Nesse sentido, a condição pessoal do agente policial, o facto de ter à sua disposição instrumentos de menor potencial ofensivo²³², de ter equipamentos de proteção e ser preparado

²²⁸ E nesse sentido se dirá que o direito de legítima defesa fundamenta diretamente os direitos de intervenção policial, senão porque esse direito não faz acepção de pessoas, porque a situação de necessidade eleva a legítima defesa ao nível de norma de intervenção, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 658; FRISTER, *Derecho Penal...*, 337.

²²⁹ A ponderação de interesses em sentido amplo, mais afim à figura do estado de necessidade justificante, leva em conta as valorações globais de uma ordem jurídica e de seus princípios, e reflete numa ponderação não entre bens isoladamente, mas em face de todos os interesses em causa e das razões do conflito, cf. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 3ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 299. Em definitiva, quando se trata da ponderação de interesses na legítima defesa, é inegável que para além dos bens jurídicos em jogo e da intensidade da agressão, a ponderação deve levar em conta que a agressão aos bens jurídicos do agredido teve origem em um comportamento ilícito do próprio agressor, cf. MOURA, Bruno de Oliveira, «Legítima defesa – las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos e garantísticos del derecho penal, de Jacson Zilio», *RBCCrim* 107 (2014): 419.

²³⁰ *Supra*, capítulo 2; 2.2.1., especial a nota 119. Segundo essa perspectiva, a atuação policial se “enquadra” ao “rito” da conduta esperada no marco dos grupos típicos das restrições ético-sociais, a saber: agressão não culpável ou com culpabilidade consideravelmente diminuída, agressão provocada antijuridicamente pelo agredido, agressão no marco das relações de garantia, crassa desproporção entre os bens jurídicos envolvidos e agressão mediante ameaça constitutiva de chantagem. Nesse contexto, conforme Bruno Moura, embora a defesa seja «imprescindível», portanto necessária, para afastar a injusta agressão, o defensor deve primeiramente evitar, esclarecer o atacante sobre seu erro, buscar auxílio, ou ainda suportar pequenos prejuízos, num segundo momento, poderá conter, segurar a investida com medidas de defesa «protectiva», e só se restar infrutífero, fica ele «autorizado» a atuar com uma defesa «agressiva», ou «ofensiva»; quer dizer, enquanto que nos casos normais vale uma legítima defesa forte, cortante, ampla, nas situações excepcionais de restrições ético-sociais vale uma legítima defesa moderada, restringida, pequena, cf. MOURA, *Ilicitude Penal...*, 375-376. Em definitiva, ROXIN, *Derecho Penal...*, 632, onde diz que as restrições ético-sociais são casos em que não se contesta a necessidade, mas afetam àquilo que é requerido ou indicado da legítima defesa, e como exemplo, cita o caso do ancião que efetua disparo de arma de fogo para conter o furto de maçãs, «se o disparo, na ausência de outro meio pode ser considerado necessário, um exercício assim da legítima defesa supõe um abuso de direito e por isso não está requerido ou indicado».

²³¹ ROXIN, *Derecho Penal...*, 659.

²³² Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo, representa o conjunto de armas, munições e equipamentos, desenvolvidos e empregados com a finalidade de preservar vidas e minimizar danos à integridade física das pessoas; no Brasil, corresponde ao nível de força policial denominado “táticas defensivas não letais”, cf. BETINI,

a agir de forma reflexiva numa situação fáctica de necessidade e empregar o uso diferenciado da força²³³, influenciam na valoração do carácter da necessidade da legítima defesa, pelo que se avalia, como regra, desnecessária a defesa que recorra ao uso de arma de fogo quando em causa não estejam ataques à vida ou à integridade física grave²³⁴.

Pois bem, mas como o elemento de necessidade tem carácter empírico, pode vir a ser que, num caso concreto, seja necessário e esteja requerida uma intervenção policial em legítima defesa que vá mais além das restrições impostas ao recurso a arma de fogo, nesse caso sendo admitida²³⁵.

Dessa forma afasta-se o receio da desproteção dos direitos dos particulares quando a defesa é realizada pela polícia e eliminam-se os senões de parte da doutrina quanto ao reconhecimento do direito de legítima defesa ao polícia, no plano material, nos mesmos termos que ao particular²³⁶.

Mas será isso possível nos contextos jurídicos brasileiro e português?

e DUARTE, *Curso de UDF...*, 79; 223. Em Portugal, a aplicação de força proporcionada por esses instrumentos corresponde aos níveis de força médio e elevado, que segundo normativa da PSP são apropriados para repelir intenções inequívocas de agressões, ou já agressões; circunstâncias nas quais o agente policial está autorizado a desferir golpes em zonas não vitais do corpo humano, a aplicar gases neutralizantes, armas elétricas imobilizantes ou atordoantes, disparar munições de baixa letalidade a zonas não vitais, ou até mesmo vitais, e já nesse agravado limite, disparar armas de fogo de modo a provocar o mínimo de lesões e danos. Assim, RODRIGUES, Ezequiel Agostinho Maciel, *As lesões Contra a Vida e Contra a Integridade Física dos Cidadãos como Consequência do Emprego de Meios Coercitivos pela PSP* (Coimbra: Almedina, 2009), 40 s; em que informa da classificação dos «graus de ameaça e níveis de força» estabelecidos pela PSP (Polícia de Segurança Pública) por meio da NEP – LUMC (Norma de Execução Permanente – Normas sobre Limites ao Uso de Meios Coercitivos).

²³³ Em termos gerais, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348; que assim como Jakobs, prefere adjetivar o uso da força pelo Estado como uso da violência pública. Ver, entretanto, *supra*, nota 80, em que expusemos preferência pela terminologia uso da força pela polícia. No Brasil, a Portaria Interministerial n.º 4226/2010, de 31 de dezembro (*supra*, nota 4), em seu Glossário, conceitua o uso da força pela polícia como a «intervenção coercitiva imposta à pessoa ou grupo de pessoas por parte do agente de segurança pública com a finalidade de preservar a ordem pública e a lei»; por sua vez o *uso diferenciado da força* é conceituado como «[a] seleção apropriada do nível de uso da força em resposta a uma ameaça real ou potencial visando limitar o recurso a meios que possam causar ferimentos ou mortes». E, nível de força é definido como a «intensidade da força escolhida pelo agente de segurança pública em resposta a uma ameaça real ou potencial».

²³⁴ Assim, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348.

²³⁵ Nesse sentido o pressuposto da menor lesividade do meio é relativizado pelo facto de que o agredido não tem por que correr nenhum risco, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 629. Sobre essa questão, *supra*, capítulo 2; 2.2.1.

²³⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 348.

3.3.1. As distintas condições de exigências de proporcionalidade entre a legítima defesa privada e a legítima defesa policial, no Brasil e em Portugal

a) A (des)proporcionalidade da defesa jurídico-penal

É consabido que nos dias atuais a legítima defesa apoia-se em um duplo fundamento de defesa da ordem jurídica e de tutela dos bens jurídicos individuais agredidos ilicitamente. E nesse particular estando em causa a funcionalidade da legítima defesa em defesa da ordem jurídica, seria de se excluir a exigência de proporcionalidade na legítima defesa²³⁷.

Entretanto, a razão justificante da legítima defesa não pode ser perspectivada sob o caráter absoluto – extremamente ilimitada – de que a defesa do bem jurídico representa sempre a defesa da ordem jurídica²³⁸, pois que a legítima defesa convoca um «multifatorial processo de ponderação» que «extirpa» a ideia de que o defendente pode, para salvar seu bem ilicitamente agredido, ultrapassar um limite aceitável de proporcionalidade: aquele considerado suficiente para revelar o interesse do defendente mais «pesado» que o do agressor²³⁹.

E desde aí, aceito que a legítima defesa não se deve deixar conduzir por uma caráter absoluto dissociado daquele espectro “multifatorial” da situação de conflito de bens jurídicos e

²³⁷ Várias são as teorias que procuram fundamentar a força dessa justificante e a razão para se rejeitar um ideia de proporcionalidade na legítima defesa. De todas, predomina hoje a de um duplo fundamento justificante de necessidade de defesa da ordem jurídica e da necessidade de tutela dos bens jurídicos individuais. Nesse sentido se dirá que a legítima defesa funciona como «guarda avançada» através de um incisivo e cortante regime que exclui tanto uma limitação de bens a serem defendidos, quanto uma ideia de proporcionalidade estrita entre os bens defendido e agredido, cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 717. Para Taipa de Carvalho, a «verdadeira» razão da recusa da proporcionalidade dos bens está na injustiça que seria impor ao agredido, na medida em que sofre uma agressão ilícita, dolosa, uma limitação em sua liberdade de defesa; cf. CARVALHO, *A legítima defesa...*, 420.

²³⁸ DIAS, *Direito Penal...*, 405.

²³⁹ MOURA, «O fundamento...», 40 s; 90. A doutrina entende atualmente que essa satisfatória medida da legítima defesa deva ser encontrada numa concepção intersubjetiva de seu fundamento – nem individual, muito menos supra-individual – que seja capaz de ir «mais a fundo» e interrelacionar os interesses do agressor, Estado e defensor, conferindo aos intervenientes a mesma relevância jurídica. Segundo Figueiredo Dias, à essa concepção, ambos os fundamentos justificantes da legítima defesa se unem para fazer dela «a preservação do direito na pessoa do agredido, [sem deixar de ter em conta que] não há fundamento para a legítima defesa quando, no caso, se verifique um interesse na preservação do Direito, mas inexistir a necessidade de proteção de um bem jurídico». No essencial isso quer significar que à defesa de um bem jurídico individual soma-se a defesa da ordem jurídica pelo agredido, tanto mais quanto a agressão sofrida é ilícita, cf. DIAS, *Direito Penal...*, 405, atenção às notas de 4 a 8; próximo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (Barcelona: Reppertor, 2011), 441.

socialmente valiosos do qual um tem de preponderar, aceita-se, na medida do possível, que o interesse lesado pela defesa seja de maior valor que o interesse defendido²⁴⁰.

E essa “medida da possibilidade” impõe a sujeição da legítima defesa a um princípio norteador, amplo, de proporcionalidade, que não decorre da qualidade dos bens²⁴¹; sentido ao qual se coadunam os próprios requisitos internos da legítima defesa²⁴², em especial a necessidade do meio, que ao funcionar relativizada pelo requisito de menor lesividade do meio defensivo impõe um certo limite ao exercício da legítima defesa.

Daí que, literalmente²⁴³, os tipos permissivos do art. 32 do CP port. e do art. 25 do CP bras., que não consagram quaisquer limitações expressas ao exercício da legítima defesa, em especial na ordem de proporcionalidade estrita entre bens, a não ser as decorrentes da necessidade do meio²⁴⁴.

Ainda que no caso brasileiro o tipo preveja o «uso moderado do meio necessário», a doutrina e jurisprudência entendem isso como decorrência da necessidade do meio decomposta em duas espécies, o próprio meio de defesa e seu grau de utilização, o que todavia não faz depender de um exame de proporcionalidade dos bens²⁴⁵.

²⁴⁰ DIAS, *Direito Penal...*, 406.

²⁴¹ Próximo, COSTA, *Noções Fundamentais...*, 284 onde entende a existência de limites internos à legítima defesa que – enquanto um direito – não pode ser ilimitada e deve sujeitar-se a um princípio norteador de proporcionalidade. Entretanto, esta regra de proporcionalidade não decorre da qualidade dos bens defendidos, antes da razoabilidade da própria defesa desses bens.

²⁴² Koch, *ZStW* 104 (1992), *apud*, MOURA, *Ilícitude Penal...*, 377, nota, 1207.

²⁴³ Em todo o caso resulta problemático saber se a justificação da ação de legítima defesa – da ação efetivamente necessária para repelir a agressão – depende de outros requisitos não mencionados na lei; problema que tem se resolvido na doutrina pela aceitação de adicionais limitações para os casos que se subsumem às restrições ético-sociais (incapazes, pessoas que agem em erro, casos de provocações, agressões irrelevantes, agressões que ocorrem em relações de garantia, constitutivas de chantagens, etc...); também é duvidoso na doutrina se a ponderação de bens deve sempre pender em favor do agredido, isso no tocante aos casos de crassa desproporção, e se tem aceito crescentes limitações ao direito de legítima defesa nesse particular caso segundo o entendimento de que há abuso do direito de legítima defesa em razão da afetação a bens jurídicos do agressor de forma «insuportavelmente desproporcionada», onde a «sensibilidade» da comunidade não percebe que para além de defender o bem jurídico, se protege a «integridade da ordem jurídica», cf. STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 144 s. Sobre isso, a tomada de posição acerca do problema desta investigação, *infra*, capítulo 3; 3.4. s.

²⁴⁴ MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 712.

²⁴⁵ Nesse particular significando que o critério de necessidade «exige não só a escolha do meio mais suave, senão também a aplicação ou utilização mais suave possível», cf. MOURA, *A Não-punibilidade...*, 59-60, ver nota 160. Historicamente é assim que o instituto é compreendido pela doutrina brasileira, por exemplo, TRINDADE, *Exclusão de Criminalidade* (Belo Horizonte: Editora Minas Gerais, 1949), 44, – em lição antes da redação original do Código Penal, que nesse particular em nada foi alterada –, ao tratar do verbete “usando moderadamente os meios necessários” constante do atual art. 25 do CP bras. (antigo art. 21) diz que: «Os termos ‘moderadamente’ e ‘necessários’ representam duas ideias diferentes, duas condições a que deve se submeter a

Assim, a questão da “proporcionalidade” da legítima defesa para direito positivo e segundo uma interpretação histórica – apoiadas no seu fundamento justificante, nomeadamente de sua funcionalidade à defesa da ordem jurídica e no juízo relativo ao elemento da necessidade, é bastante enfática no sentido de uma não limitação da defesa na ordem da ponderação dos bens ameaçados pela agressão e lesados na ação defensiva²⁴⁶.

Isto porque, como já se teve oportunidade de dizer, o critério da necessidade pertence ao universo das cláusulas abertas cujo seu preenchimento dá-se a partir da sua específica finalidade que consiste segundo a literalidade do tipo justificante em «repelir activamente a agressão injusta e actual»; sendo pois este o propósito que define o limite da intervenção permitida²⁴⁷.

É neste sentido que uma vez circunscrita uma situação de legítima defesa, a ação de defesa – caracterizada pelo meio necessário para repelir a agressão –, encontra seu limite exatamente naquilo (e aquilo tudo) que for preciso para de forma eficaz e imediata afastar definitivamente a ilícita agressão, e só isso!²⁴⁸.

repulsa a agressão, dois requisitos de proporção *entre o revide e o ataque*. O advérbio ‘moderadamente’ modifica o verbo ‘usando’ e o adjetivo ‘necessários’ modifica, qualificando-o, o substantivo ‘meios’». Também, nos dias atuais, cf. BITENCOURT, *Teoria Geral do Delito...*, 268-269, «não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a *necessidade* dos meios e a *moderação* no seu uso. [...] Se não houver outros [...] é considerado necessário o único meio disponível. [...] nessa hipótese [...] além do meio utilizado ser o necessário para a repulsa eficaz, exige-se que seu uso seja *moderado*. Essa circunstância deve ser determinada pela *intesidade* real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios utilizados», itálicos no original. Similar, entendendo que a moderação do uso do meio reflete a exigência de necessidade da defesa, pois que os meios necessários são aqueles capazes de fazer cesar o ataque o bem jurídico, consideradas todas as circunstâncias fáticas do caso, cf. FRAGOSO, *Lições...*, 193-194. Aparentemente contrário, ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, 2ª ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), 579-580, onde pese afirmarem que na legítima defesa não há «uma estrita ponderação dos males», ao tratarem do clássico caso do paralítico que só pode disparar uma arma para defender o furto de uma maçã de seu pomar, negam a legítima defesa em razão do advérbio “moderadamente” do tipo permissivo brasileiro, apesar de considerarem que a conduta de disparar fosse necessária para a defesa do bem jurídico agredido injustamente. Nesses termos, a nosso ver, confundem a questão da crassa desproporção entre os significados da agressão e da defesa como motivo de negação da necessidade da defesa, com a inserção de um requisito de proporcionalidade dos bens, diretamente, na legítima defesa através do advérbio “moderadamente” da necessidade do meio do tipo brasileiro; por mais que entendam, acertadamente, que a ponderação dos males funcione como um «corretivo», um limite, e que o fundamento da defesa da ordem jurídica objetiva uma «convivência pacífica». Sobre essa questão, e o nosso particular entendimento, ver, *infra*, Capítulo 3; 3.4; 3.4.2.

²⁴⁶ Para essa “análise histórica” no âmbito do Direito português, pode-se ver, VALDÁGUA, «Aspectos...», 254 s.

²⁴⁷ MOURA, *Illicitude Penal...*, 383.

²⁴⁸ *Idem*, 384.

Dito de outro modo, a ação de defesa juridicamente aprovada, desde que se mantenha como tal (ligada à defesa), tem a amplitude e ilimitação permitidas e necessárias, para ir até onde preciso for, não tendo de observar a proporcionalidade entre os bens; entretanto, isso não deve significar uma liberdade para vingança ou desforço²⁴⁹.

Com efeito, para além de idôneo o meio de defesa deve ser o menos nocivo possível ao agressor; sendo qualquer meio de todo desnecessário se o objetivo de repelir ativamente a agressão puder ser alcançado sem seu emprego²⁵⁰.

Aqui, também face o objetivo de repelir ativamente a agressão, é excluído como meio de defesa a possibilidade de fuga, pois que, no muito, este pode ser «um meio idôneo para evitar a agressão [...]»²⁵¹.

A caminhar para um desfecho dessa abordagem, necessário é reafirmar o caráter empírico do juízo sobre a necessidade do meio, para o qual centra-se a questão na análise do facto nos seus aspetos relevantes, para então implicar num juízo no sentido de preenchimento ou não desse pressuposto²⁵².

O que até aqui se disse objetiva deixar claro que a legítima defesa jurídico-penal, enquanto limitada pelo elemento da necessidade, recusa uma proporcionalidade estrita entre os bens agredido e defendido²⁵³.

²⁴⁹ CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 335.

²⁵⁰ MOURA, *Ilícitude Penal...*, 384.

²⁵¹ DIAS, *Direito Penal...*, 419-420; onde concorda que a fuga é meio idôneo com o fim de evitar a agressão, não de repeli-la, condição que não a permite ser imposta como meio de defesa, não pelo apelo tradicional de que a ordem jurídica não pode obrigar o defendente à desonra, mas sim porque se exigida «precludiria a função geral de prevenção que a legítima defesa está adstrita, acabando a ordem jurídica por permitir que facticamente prevalecesse a ‘lei do mais forte’ em detrimento do agredido». Próximo, STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 144, para o qual certas ocasiões requerem que seja evitada, dentro do possível, a agressão; sendo decisivo para isso a qualidade da agressão existente no próprio ataque sofrido, não a questão da honra/desonra.

²⁵² Tudo conduz à avaliação *ex ante* em que se pondera objetivamente a dinâmica dos acontecimentos, toda a globalidade dos factos, os estatutos do agressor e agredido, e os meios de defesa disponíveis e que se podia utilizar. Em termos gerais, MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 713-714; CARVALHO, *Direito Penal...*, 369 s.; DIAS, *Direito Penal...*, 423 s.

²⁵³ Contra, Fernanda Palma e a tese da “proporcionalidade qualitativa”. Segundo essa autora, «por razão de uma igualdade na proteção jurídica, bens de uma certa natureza do agressor poderão ser lesados para a defesa de outros bens de igual natureza [significando isso] que a legítima defesa ilimitada somente se justifica para a defesa de um núcleo essencial de bens (os relativos ao valor da dignidade da pessoa humana)», cf. PALMA, Maria Fernanda, «Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites», in *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira* (Separata RFDUL. Viseu: Tip. Guerra, 1995), 73-74. Em outro texto, diz essa autora que, num critério respeitante a bens e interesses que são imponderáveis (vida, integridade física e liberdade essenciais), a legítima defesa de bens desse núcleo à custa de bens do mesmo núcleo do agressor torna-

Entretanto isso não significa que não se admita a proporcionalidade na legítima defesa que, como acima se disse é aceita, mas trata-se de uma medida mais ampla entendida como proporcionalidade dos interesses, e que refuta a estrita proporcionalidade dos bens²⁵⁴.

A partir daí – diferente da ideia de bens jurídicos como condição de admissibilidade da legítima defesa –, aceita-se que por meio desse sentido amplo de proporcionalidade se tenha em conta a «relevância da ‘insignificância’ da agressão» para excluir a legítima defesa face a agressões a bens efetivamente insignificantes²⁵⁵.

Também nesse sentido, a crassa desproporção entre o bem defendido e o peso da agressão – situação em que não se põe o problema de agressões insignificantes, senão o de «agressões ‘significantes’ mas que nem por isso deixam de estar em crassa desproporção com a defesa» – conduz à negação do direito de legítima defesa, ainda que o agredido se valha do uso do meio necessário²⁵⁶.

A diferença entre a insignificância da agressão e a crassa desproporção do significado da agressão e da defesa é que enquanto que na primeira a negação da legítima defesa tem que ver com a negação da ilicitude da agressão, por ser bagatela ou mesmo insignificante; no caso da crassa desproporção, embora a agressão constitua um facto ilícito ela não é capaz de

se «‘ilimitada’ ou ‘absoluta’, no sentido de viabilizar a lesão dos bens que desempenham o papel superior na hierarquia dos valores [...]»; o que acaba por resultar numa «certa proporcionalidade entre os bens, [...] por não admitir uma diferença de natureza entre os bens dos dois sujeitos conflituantes [e porque] a defesa de bens não pertencentes àquela área [dos bens imponderáveis] não podendo atingir bens essenciais do agressor, é, igualmente proporcionada»; cf. *Idem*, «A Justificação...», vol. I, 565-575. Ainda, da mesma autora: «no contexto de uma ordem jurídica que impõe uma hierarquia de bens jurídicos e interesses, o conteúdo essencial da autonomia da pessoa e da sua dignidade justificará o único critério de necessidade absoluta de defesa à custa de bens de maior importância do agressor»; cf. *Idem*, «Legítima Defesa...», 166. Sobre isso, Taipa de Carvalho considera, a partir do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro, que no plano do direito constituído (direito que considera ser demasiadamente limitativo do direito de legítima defesa, neutralizando seu fundamento de prevenção), passou a ter acolhimento legal a tese, defendida por Fernanda Palma, da proporcionalidade qualitativa entre bens na legítima defesa, cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 388.

²⁵⁴ *Supra*, nota 229.

²⁵⁵ CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 487.

²⁵⁶ DIAS, *Direito Penal...*, 428. Aqui não se convoca a irrelevância social da agressão, sua insignificância, mas sim a existência de uma crassa desproporção do significado da agressão e da defesa, que por mais significativa que seja a agressão, «deve ser interrogada à luz da necessidade de defesa»; o que também é diferente de uma ideia de proporcionalidade dos bens jurídicos em conflito como condição de admissibilidade da legítima defesa.

justificar a necessidade da defesa em si, por mais que o defendente tenha se valido de um meio idôneo e o menos gravoso que dispunha no momento²⁵⁷.

Em suma, a maioritária doutrina afasta a proporcionalidade de bens na legítima defesa, admitindo, entretanto, que à legítima defesa se imponha um certo princípio amplo e norteador de proporcionalidade entre o significado da agressão e da defesa. Nessa perspectiva, o preenchimento do requisito da necessidade não depende de qualquer proporcionalidade entre os bens jurídicos defendidos e agredidos, senão que se rege por critérios objetivos vinculados à natureza e intensidade do ataque e à defesa em si necessária para fazer cessar a agressão.

b) A proporcionalidade (proibição de excesso) exigida aos policiais, em especial quando do recurso a arma de fogo contra pessoas em legítima defesa, em Portugal e Brasil.

É consabido que a atividade policial é regida pelo princípio da proibição de excesso, que a igual rege a toda e qualquer intervenção pública. Tido como um princípio jurídico fundamental – um *superconceito* –, esse princípio significa não só «proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem; tratando-se, assim, de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’»²⁵⁸.

São três os subprincípios contidos nesse princípio, em termos genéricos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito (ou estrito). Com a verificação concreta de cada um deles é alcançada a plena observância do princípio da proibição de excessos: a verificação da adequação «centra o esforço na apreciação de um nexo de causalidade entre um acto e um objectivo». A aferição da necessidade, «desloca esse centro para uma comparação

²⁵⁷ A título exemplificativo, a negação da legítima defesa em razão da agressão insignificante, para Taipa de Carvalho (ver, *supra*, nota 55), reside na ideia que de um mero furto de maçãs (por ser uma agressão insignificante ou bagatelar) afasta a ilicitude da agressão para fins de legítima defesa. Já a crassa desproporção tem como exemplo o caso do paralítico pobre que, na ausência de outro meio, dispara contra seu agressor que lhe queria furtar a carteira que continha 5 euros; nesse caso a agressão ilícita não é capaz de justificar a necessidade de defesa segundo o entendimento de que não se pode, em casos como este, conferir um direito de intervenção com o relevo jurídico da legítima defesa, por mais que o disparo de arma de fogo fosse o meio necessário, cf. DIAS, *Direito Penal...*, 427-428.

²⁵⁸ CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 269-270.

dos meios e da dimensão da lesão provocada por várias alternativas competitivas»; e da proporcionalidade em sentido estrito «põe em confronto os bens, interesses ou valores sacrificados [...] e os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto restritivo ou limitativo»²⁵⁹.

E exatamente porque o princípio de proibição de excessos permeia todo o Estado de direito democrático, ultrapassa o campo da abstração e se enraíza na própria aplicabilidade concreta da norma, sendo um princípio «informador e conformador da actividade administrativa»²⁶⁰; no caso a atividade de polícia, que se exprime frequentemente por meio de formas de coerção ou constrição²⁶¹, é aplicado com uma de suas mais intensas modulações²⁶².

E daí se compreende, na medida em que o recurso a arma de fogo pela polícia nos Estados de direito democrático é considerado uma medida extrema²⁶³, a razão de um rigoroso pressuposto de sua legitimação nas normas habilitantes de Portugal e Brasil, que se traduz numa exigência de estrita correspondência, quando do emprego desse meio contra pessoas, entre os bens que são passíveis de serem defendidos e os bens que podem ser eventualmente lesados em situações de legítima defesa²⁶⁴.

A propósito, como já se teve a oportunidade de dizer²⁶⁵, ambos os diplomas têm em conta as recomendações dos principais instrumentos internacionais sobre a matéria, tanto do

²⁵⁹ CANAS, «A actividade de polícia...», 1293.

²⁶⁰ CANOTILHO, e MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, 801.

²⁶¹ DIAS, «Limites à actuação...», 27.

²⁶² CANAS, «A actividade de polícia...», 1285-1287.

²⁶³ ROVER, Cees de. *Para Servir e Proteger: Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança – Manual para Instrutores*, 4ª ed. reimp. (Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2009), 300.

²⁶⁴ Ver, entretanto, a crítica de Fernando Monteiro sobre as exigências de avaliação da conduta do agente policial no âmbito da aferição do requisito da necessidade do meio. De acordo com esse autor, «Efectivamente, a maior parte das vezes é virtualmente impossível fazer prova de que a utilização [...] da arma de fogo [...] tenha lugar ‘em caso de absoluta necessidade, como medida extrema’. De facto, face a uma agressão de terceiro, o agente policial quase nunca poderá ter a absoluta certeza do conteúdo efectivo dessa agressão e do meio absolutamente necessário (“extremo”) para a neutralizar». E nesse particular, diz-nos ainda, que não se pode deixar de levar em conta que muitas vezes tanto a avaliação da ação defensiva quanto o conteúdo da agressão justificadora são impossíveis de se provar; razão pela qual, com as exigências fetas ao polícia, por vezes, se poderá agir «contrariamente ao do princípio vigente (doutrinariamente) que na dúvida sobre a necessidade do meio se deverá optar pelo sentido favorável ao defendente», convidando o interprete a favorecer o agressor. Por fim, ainda de acordo com esse autor, uma tal limitação à necessidade do meio colide com o fundamento da legítima defesa, sendo por isso, inconstitucional, cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 719.

²⁶⁵ *Supra*, nota 12.

Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela de Aplicação da Lei²⁶⁶ e, com especial ênfase, dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo²⁶⁷.

A adoção desses instrumentos pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pelo Conselho Econômico e Social conferiu aos mesmos um caráter de universalidade, dada a aceitação pela comunidade internacional como um conjunto de regras mínimas em matéria de aplicação da lei, independentemente do direito interno de qualquer Estado-membro²⁶⁸.

Na esteira do caráter de exceção do emprego de arma de fogo, ressalvada a necessidade da salvaguarda da vida, diz as Nações Unidas que os princípios nacionais de proporcionalidade dos Estados-membros, relativamente ao recurso a arma de fogo pelas forças policiais, devem respeitar às suas disposições²⁶⁹.

Disposições essas que, sucintamente, vinculam o recurso a arma de fogo a situações de legítima defesa e, num rol taxativo, a outros casos em que seja estritamente indispensável proteger vidas humanas, dando ênfase ao caráter subsidiário do emprego de armas de fogo pela polícia²⁷⁰, e especificando as circunstâncias em que tal deve ter lugar, com o fim reduzir ao mínimo o risco de danos inúteis, desnecessários e injustificados²⁷¹

²⁶⁶ ONU, *Código de Conduta para os Funcionários Encarregados pela Aplicação da Lei*. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

²⁶⁷ ONU, *Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados pela Aplicação da Lei*. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999.

²⁶⁸ [ACNUDH]. *Direitos humanos e aplicação da lei: manual de formação em direitos humanos para as forças policiais*. (Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001), 31.

²⁶⁹ ONU, *Código de Conduta...*, «Art. 3º. [...] b) A lei nacional restringe normalmente o emprego da força pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Deve-se entender que tais princípios nacionais de proporcionalidade devem ser respeitados na interpretação dessa disposição. A presente disposição não deve ser, em nenhum caso, interpretada no sentido da autorização do emprego da força em desproporção com o legítimo objetivo a atingir; c) O emprego de armas de fogo é considerado uma medida extrema. Devem fazer-se todos os esforços no sentido de excluir a utilização de armas de fogo [...] exceto quando um suspeito ofereça resistência armada, ou quando, de qualquer forma coloque em perigo vidas alheias e não haja medidas suficientes e menos extremas para o dominar ou deter. [...]». *Idem*, *Princípios Básicos...*, «Art. 4º. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, no exercício das suas funções, devem, na medida do possível, recorrer a meios não violentos antes de utilizarem a força ou armas de fogo. Só poderão recorrer à força e armas de fogo se outros meios se mostrarem ineficazes ou não permitirem alcançar o resultado desejado; Art. 5º. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem: a) utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo a alcançar. b) [...]».

²⁷⁰ ONU, *Princípios Básicos...*, «9. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameaça vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir sua fuga, e somente quando

Em suma, também porque muito já se foi dito no primeiro capítulo²⁷², da assimilação dessas recomendações internacionais pelos ordenamentos internos de Portugal e Brasil resultaram regimes jurídicos bastante restritivos.

Como os pressupostos do princípio de proibição de excesso devem ser verificados na operacionalização da norma²⁷³, o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa exige sua adequação à norma que o habilita, as quais o determinam como medida de extrema necessidade e prescrevem a estrita correspondência no confronto dos bens agredidos e os bens defendidos²⁷⁴.

Do que se foi dito decorre a impossibilidade da autêntica e integral aplicação da tese que hora curamos. Não há hipótese, no Brasil e em Portugal, de se reconhecer o direito de legítima defesa aos policiais nos mesmos termos que aos particulares.

Por essa via, é verdade, se é possível eliminar os receios de setores da doutrina quanto ao reconhecimento do direito de legítima defesa aos agentes policiais em razão de eventuais desproteções ao particular²⁷⁵. As exigências de proporcionalidade seriam relativizadas por meio do carácter empírico do elemento da necessidade, que por um lado leva em conta todos os estatutos do agente policial – o que obviamente conduz a uma valoração mais restritiva da amplitude de sua defesa relativamente a um particular –, mas por outro lado não deixa de permitir a ultrapassagem dos limites do recurso a arma de fogo toda vez que esse meio for, de facto, para a ação de defesa, considerado indispensável.

medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles objetivos. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas».

²⁷¹ ONU, *Princípios Básicos...*, «10. Nas circunstâncias referidas no princípio 9, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem identificar-se como tal e fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo, deixando um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, excepto se esse modo de proceder colocar indevidamente em risco a segurança daqueles responsáveis, implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas ou se se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso»; *Idem*, «11. As normas e regulamentações relativas à utilização de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem incluir directrizes que: a) [...]; b) Garantam que as armas de fogo sejam utilizadas apenas nas circunstâncias adequadas e de modo a reduzir ao mínimo o risco de danos inúteis; c) Proibam a utilização de armas de fogo e de munições que provoquem lesões desnecessárias ou representem um risco injustificado; [...]; e) Prevejam as advertências a efectuar, sendo caso disso, se houver utilização de armas de fogo; [...]».

²⁷² *Supra*, Capítulo 1; 1.1.

²⁷³ VALENTE, *Teoria Geral...*, 197.

²⁷⁴ Assim, NOGUEIRA, «O uso de armas de fogo...», 47; CANAS, «A actividade de polícia...», 1293.

²⁷⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...* 348.

Diferentemente do que essa tese sustenta, nos contextos jurídicos brasileiro e português, os diplomas que regulam o recurso a arma de fogo contra pessoas em situações de legítima defesa estabelecem a exigência de proporcionalidade dos bens, o que repercute na legítima defesa em condições de admissibilidade que valoram a conduta defensiva para além do atendimento ao pressuposto da necessidade do meio.

Isto é, diante da expressa regulação da exigência de proporcionalidade dos bens na legítima defesa policial, o atendimento ao pressuposto da necessidade do meio – meio idóneo e menos lesivo – não satisfaz à legítima defesa quando em causa a ação defensiva sacrificar a vida ou a integridade física essencial na defesa de bens diversos a esses²⁷⁶.

3.4. A solução para os contextos jurídicos português e brasileiro

Patente está o não acolhimento de quaisquer das orientações dogmáticas supra analisadas como forma de solucionar o problema e interpretar as exigências de proporcionalidade dos bens na legítima defesa policial.

O que é certo, entretanto, é que a ação policial dá-se num contexto de agressão regulada pelo direito de legítima defesa e que o direito de legítima defesa não é juridicamente afastado da atividade policial²⁷⁷.

Dessa forma, cumpre agora verificar como compatibilizar as limitações impostas aos agentes policiais de forma a fazê-las repercutir aceitavelmente no regime da legítima defesa, tendo em conta também a necessidade de minimizar suas implicações no plano da subsidiariedade da legítima defesa privada.

Nesse sentido, sendo o critério da necessidade uma cláusula aberta pela qual se pode fazer entrar as exigências de valoração do direito de legítima defesa dos agentes policiais²⁷⁸,

²⁷⁶ Da incidência do exame de proporcionalidade dos bens resulta para os agentes policiais uma cláusula que circunscreve a vida e a integridade física essencial como os únicos bens que podem ser defendidos por uma ação que sacrifique bens do mesmo catálogo; próximo a isso, cf. DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.^a ed., 41.

²⁷⁷ *Supra*, Capítulo 3; 3.1.; 3.1.1.

²⁷⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 344 e 345; 348; CARVALHO, *Direito Penal...*, 382 s; DIAS, *Direito Penal...*, 423 s; 431 s; Também, ROXIN, *Derecho Penal...*, 628 s; 635 s, em que diz, logicamente no contexto alemão, que a *sedes materiae* onde se insere a defesa que, para além de necessária, tem a qualidade de ser requerida, indicada ou permitida, decorre de uma construção teleológica do requisito (expresso no § 32, I,

apresentam-se duas possibilidades nas quais as exigências de proporcionalidade dos bens podem repercutir na legítima defesa policial: ou na necessidade do meio de defesa, ou, antes disso, na própria necessidade da defesa em si considerada.

Segundo esses caminhos, a expressa regulação de proporcionalidade na legítima defesa policial mediante o recurso a arma de fogo contra pessoas conduz – quando em causa não estejam agressões aos bens vida e integridade física em sua maior ponderação – ou à negação da necessidade do meio; ou, de *ipso iure*, à negação da própria necessidade da defesa em si mesmo: no sentido de que para além da necessidade do meio, a necessidade da defesa deve revelar-se normativamente imposta²⁷⁹.

3.4.1. Balanço entre duas soluções: as teses da negação da necessidade do meio de defesa e a tese da necessidade da defesa

A tomada de posição entre uma e outra tese exige fazer um balanço sobre o que as proposições de ambas, para verificar qual delas melhor concilia as exigências de proporcionalidade da ação policial com o direito de legítima defesa.

Em breve nota pode-se dizer que entre ambas a diferença radica principalmente no facto de que à primeira o requisito da necessidade da defesa é suficientemente preenchido pelo atendimento ao pressuposto da necessidade do meio, enquanto que à segunda a necessidade da defesa não se deixa integrar unicamente pelo atendimento a esse pressuposto, senão que é preciso que a própria defesa seja necessária, tenha a qualidade de ser requerida ou imposta pela legítima defesa segundo seus fundamentos de justificação.

- a) A tese da negação da necessidade do meio

do CP alemão) de que o facto seja “imposto” ou “indicado” (“*geboten*”) como defesa necessária; nomeadamente os grupos de casos típicos das restrições ético-sociais e as exigências de proporcionalidade; criticamente a esta posição de parte da doutrina alemã, cf. CARVALHO, *Direito Penal...*, 369 s.

²⁷⁹ No fundo são essas as posições que debatem Taipa de Carvalho (CARVALHO, *Direito Penal...*, 382 s) e Figueiredo Dias (DIAS, *Direito Penal...*, 423 s; 431 s); e que serão objeto de análise neste número.

Certo é que a doutrina, em sua maioria, aceita que a ação de defesa é caracterizada unicamente «através da necessidade do *meio*» nela empregado²⁸⁰. A ideia que subjaz a essa compreensão é que a existência de uma situação de legítima defesa tem como consequência direta a ação de legítima defesa; e que a caracterização dos pressupostos tanto da situação justificante quanto da conduta justificada deve respeitar ao texto legal do tipo justificante²⁸¹.

Nesse sentido, o elemento “meio necessário”²⁸² dá completude à necessidade da defesa e não deve se deixar interpretar para além do sentido de ser o meio «facticamente indispensável» para impedir a agressão. Isso dispensa qualquer construção que se faça do elemento da necessidade no sentido de «razoabilidade ético-jurídica» da ação de defesa em face da concreta situação de defesa, pois que a exigência de razoabilidade – que dá causa à ação de defesa, que se caracteriza exclusivamente pelo meio necessário – impõe-se já na configuração da situação de legítima defesa²⁸³.

Isso dito, relativamente ao caso que nos ocupa – as ações policiais que se traduzam num risco de morte ou de lesão corporal grave ao agressor, quando o objeto da agressão não for a vida e a integridade física essencial – pressuposta essa razoabilidade já na configuração da situação de legítima defesa, é suficiente negar a necessidade do meio à ação de defesa que resulte em morte ou ofensas corporais graves. Isso porque a verificação da necessidade do meio é que torna a ação justificada por legítima defesa²⁸⁴.

Dessa forma a tese da negação da necessidade do meio entende que as exigências normativas que são feitas aos agentes policiais por força da alegada posição especial que os obriga de correr riscos mais pesados que os particulares²⁸⁵, não tem que ver com a proporcionalidade dos bens, mas sim com o pressuposto da necessidade do meio, no sentido

²⁸⁰ DIAS, *Direito Penal...*, 418. O itálico, no original, representa um recurso para ressaltar a ideia predominante na doutrina de que a existência da necessidade de um meio de defesa encerra a necessidade da defesa.

²⁸¹ CARVALHO, *Direito Penal...*, 367 s.

²⁸² Presente no tipo tanto do direito de legítima defesa do CP bras. quanto do CP port., *supra*, notas 42 e 43.

²⁸³ CARVALHO, *Direito Penal...*, 367 s.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Criticando que a posição especial dos agentes policiais os obriga a correr riscos mais pesados, e adjetivando isso como o «limite do intolerável», que sacrifica igualmente os particulares, cf. MONTEIRO, «o uso de armas de fogo pelas autoridades...», 727.

de que um mesmo meio pode ser considerado necessário a um particular e desnecessário (excessivo) relativamente ao polícia²⁸⁶.

Um último aspeto que tem de ser ressaltado é que uma vez os particulares não sendo alcançados pela tese da negação da necessidade do meio – mesmo aceitando-se que o regime derivado das normas policiais têm por objeto a legítima defesa exercida pela polícia –, para evitar maiores implicações no plano da subsidiariedade da legítima defesa – ao se permitir mais àquele que a exerce a título subsidiário em detrimento daquele que a exerce a título principal –, essa solução se vê obrigada a defender que também a legítima defesa do particular passa a ter como pressuposto a proporcionalidade dos bens²⁸⁷.

b) A tese da necessidade da defesa

A tese da necessidade da defesa, por sua vez, sustenta que reduzindo-se a interpretação da necessidade da defesa à necessidade dos meios se está a agir contrariamente à teleologia da norma e aos seus fundamentos de justificação, sendo, por aí, «justo e adequado» que a necessidade da defesa não se reduza à necessidade do meio, mas que se deixe integralizar também pela necessidade da defesa como tal²⁸⁸.

Nesse sentido, o essencial é que a defesa em si seja necessária, e só então – como sua consequência –, assente a necessidade de defesa e havendo vários meios idôneos, entra em causa a necessidade de valer-se de um meio que seja menos lesivo para realizar a defesa²⁸⁹.

²⁸⁶ CARVALHO, *Direito Penal...*, 389.

²⁸⁷ E nesse sentido atende à tese de Fernanda Palma, que ao tratar em um apartado sobre a «legítima defesa da autoridade pública» faz considerações em defesa de uma «unidade do problema dos limites da legítima defesa entre particulares e autoridades policiais», para afirmar que deve haver naturalmente «a contenção do exercício do poder privado nos limites de aplicação da força pública», conforme o entendimento que a harmonização dos limites permitidos ao particular em legítima defesa com os limites facultados à autoridade pública é, tomando por base os limites desse último, decorrência natural do princípio da subsidiariedade da legítima defesa, cf. PALMA, «A Justificação...», vol. I, 524 s. Ver, entretanto, Fernando Monteiro, que a propósito de comentários à designada “Lei de Armas” (Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro), defende a improcedência e inconstitucionalidade da exigência de proporcionalidade de bens na legítima defesa dos particulares; e também ressalta que a defesa de bens pessoais, salvo casos excepcionais, é algo inerente na legítima defesa, pelo que não vê razões para sua inviabilização, cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo e a legítima defesa...», 798 s; 800.

²⁸⁸ DIAS, *Direito Penal...*, 418.

²⁸⁹ *Ibidem*.

Sustenta essa tese que nem toda defesa necessária, embora sejam usados os meios necessários, é permitida²⁹⁰; como exemplo, há os grupos das restrições ético-sociais e, com especial ênfase pela proximidade com o tema que nos ocupa, as que revelam crassa desproporção entre os significados da agressão e a defesa, casos em que o senso comum não percebe a grave lesão ao agressor como algo que para além de tutelar o bem agredido também defende a ordem jurídica²⁹¹.

Para Figueiredo Dias²⁹², essa tese conduz à eleição de quatro grupos de casos em que a necessidade da defesa não se revela necessária em si mesma (imposta) – segundo princípios retirados do próprio fundamento da justificação –, por não estar requerida ou não ser permitida, são eles: agressões que não importam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido; crassa desproporção do significado da agressão e da defesa; posições especiais; e, atos de autoridade.

Quanto aos «actos de autoridade», sustenta-se, a propósito da regulamentação específica portuguesa sobre o uso de armas de fogo pelos órgãos de polícia criminal, que a expressa regulação da admissibilidade do recurso a arma de fogo contra pessoas quando estritamente necessário em face de agressões aos bens vida e integridade física essencial²⁹³ é, no sentido que aqui se diz, uma «verdadeira concretização legislativa» do que seja a necessidade da defesa²⁹⁴.

Isso significa que a ação de defesa, exercida pela polícia, que possa resultar na morte ou grave lesão corporal do agressor, quando a agressão não é dirigida a esse catálogo de bens, porque não se revela necessária à luz da teleologia da norma da legítima defesa e de seus fundamentos de justificação, não é requerida – e nos casos português e brasileiro, não é permitida – e, por aí, não merece justificação, mesmo que a necessidade do meio em concreto exista²⁹⁵.

²⁹⁰ ROXIN, *Derecho Penal...*, 628 s; 635 s.

²⁹¹ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 145.

²⁹² DIAS, *Direito Penal...*, 424 s.

²⁹³ Consoante Art. 3º -2 do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro, *supra*, nota 4.

²⁹⁴ DIAS, *Direito Penal...*, 423-433.

²⁹⁵ ROXIN, *Derecho Penal...*, 635 s. Não se trata aqui, em absoluto, da imposição de um dever de tolerar que exclui sempre a defesa necessária (STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 142); antes que ação defensiva levada a efeito com sacrifício da vida ou da integridade física essencial do agressor quando em causa a proteção de bens diversos destes não é permitida, e por isso é negada.

c) Balanço crítico

Como acima se viu a tese da negação da necessidade do meio não alcança aos particulares e, em razão disso, ela estende as exigências de proporcionalidade dos bens à toda situação de legítima defesa, à legítima defesa dos particulares, inclusive.

A propósito vemos isso com a finalidade – para além de evitar o contrassenso de permitir mais ao particular que ao agente policial –, de obviar a possibilidade de que uma situação fática, em que não esteja em causa agressões aos bens vida e integridade física essencial, possa vir a determinar o emprego de um meio que eventualmente resulte na morte ou em grave lesão corporal; isso porque o requisito de menor lesividade, caracterizador do meio necessário em conjunto com a idoneidade, resulta relativizado pelo fato do agredido não ter de correr riscos à sua defesa²⁹⁶.

Nesse sentido, a legítima defesa passa a sofrer uma redução de seu alcance, permanecendo a única diferença entre a legítima defesa dos agentes policiais e a dos particulares no pressuposto da necessidade do meio, sob a alegação de que a posição especial do polícia o obriga a correr riscos mais pesados, e que sua melhor preparação permite repelir a agressão com meios menos danosos que o particular²⁹⁷.

Aí reside um sério problema. Se o regime geral da legítima defesa recusa a proporcionalidade entre os bens²⁹⁸ – e até mesmo uma proporcionalidade em sentido estrito que seja, ou tenha de ser, realizada em concreto pelo defendente²⁹⁹ – não se pode exigir a

²⁹⁶ ROXIN, *Derecho Penal...*, 629.

²⁹⁷ Aqui, no fundo essa tese acaba por corresponder por uma lógica inversa à tese da solução de direito penal (*supra*, Capítulo 2; 2.2.1; Capítulo 3; 3.3.), isso porque restringe a amplitude da legítima defesa do particular para igualá-la à legítima defesa do agente policial, enquanto aquela iguala a posição do polícia à do particular, sem impor restrições para além da necessidade do meio.

²⁹⁸ Contra, sempre, a posição defendida por Fernanda Palma, *supra*, notas 21; 253, especialmente. Próximo a ela, na doutrina espanhola, BERENGUER, Enrique Orts, e CUSSAC, Jose Gonzáles, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 339-340, em que dizem que são imprescindíveis para a legítima defesa a necessidade da defesa e a proporcionalidade de bens, segundo a origem e o desenvolvimento de um modelo latino de tradição jurídica da legítima defesa.

²⁹⁹ Nesse sentido, Bruno Moura diz que «o que exclui na legítima defesa não é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (pois ele está devidamente realizado *in abstracto* pelo legislador, em virtude do ‘peso’ da agressão ilícita), mas apenas a exigência de que o defensor realize *in concreto* seu próprio juízo de estrita proporção [...]»; e é em razão da circunstância de se defender de uma agressão ilícita, que se considera o interesse

proporcionalidade de bens como pressuposto, indistintamente, à toda situação de legítima defesa.

Para além disso, algumas questões se colocam de forma a comprometer a conciliação dessa tese com o regime da legítima defesa. Por exemplo, admitida a necessidade da defesa em si mesmo considerada, é possível desconsiderar que o meio que é necessário para a defesa se determina com parâmetros objetivos, e que a medida daquilo que é julgado necessário só se determina *ex ante*?³⁰⁰ O meio só pode revelar-se dispensável *ex ante*!

E, uma vez que o meio desnecessário só se verifica *na execução* da ação de legítima defesa – pressuposta a situação de legítima defesa, que em conformidade com o tipo jurídico-penal dessa justificante só exige a agressão atual e ilícita a bens jurídicos individuais – e que por vezes a ação de legítima defesa é uma reação «rápida como um raio»³⁰¹ (pensa-se aqui em um agente policial que, de serviço e patrulhando em frente à sua casa onde estão a esposa e dois filhos bebés depara-se com dois bandidos que estão à porta da rua de sua casa, encapuzados e carregando sacos, e começam a adentrar num carro; nesse carro o polícia vê sua esposa chorando aos berros! Ato contínuo, sem pestanejar, o polícia atira contra os bandidos e os mata; um terceiro que dirigiria o carro sai de seu interior e se entrega, o polícia, já conseguindo ao menos controlar sua respiração, não dispara contra este, aborda-o e algema-o); pergunta-se: a ultrapassagem dos limites do recurso a arma de fogo por esse agente policial

defendido superior, independentemente do valor dos bens ou de outros fatores, cf. MOURA, «O fundamento...», 44, em especial a nota 17. Na crítica de Fernando Monteiro, a inserção de um requisito de proporcionalidade dos bens na legítima defesa é uma «desequilibrada opção de política criminal» com o «carácter arbitrário [das] restrições» ao uso da arma de fogo em razão de bens. O receio dos «efeitos criminógenos derivados de um descontrolo no uso de armas» não justifica que o cidadão fique privado da defesa de bens jurídicos tão importantes e valiosos como a liberdade, inclusive sexual, fazendo o agente policial e terceiros terem de «suportar abusos sexuais, violações em maior ou menor número, situações de escravidão, tráfico de pessoas, quando poderiam evitar com um disparo de arma de fogo, eventualmente letal?». E continua esse autor, «se alguém age em plena integração dos requisitos da legítima defesa, porquê limitar os bens a defender?». E para além, a própria perda das finalidades de prevenção da legítima defesa que esse tipo de restrição impõe, degrada a legítima defesa em seu plano constitucional, ao obrigar o defendente a «suportar agressões ilícitas mais graves (porventura mortais) de que as que poderá eventualmente provocar», cf. MONTEIRO, «O uso de arma de fogo e a legítima defesa...», 798-801.

³⁰⁰ ROXIN, *Derecho Penal...*, 631-632.

³⁰¹ MOURA, *A Não-punibilidade...*, 241 s; em que tratando sobre o excesso consciente – o que nos parece ser o caso que citamos, afinal o polícia sabe que é impedido recorrer a arma de fogo porque em causa não está agressão à vida e integridade física essencial – aborda o que seria uma especial classe de casos afetivos extremos de reação «rápida como um raio», em que o autor apenas escolhe o primeiro meio disponível, e conduz a uma desculpa do excedente, por astenia, mesmo no excesso consciente.

pode eventualmente conduzir a um excesso intensivo?³⁰² Ou estaria de todo vedada a legítima defesa porque a situação de legítima defesa não existiria por força da «proporcionalidade qualitativa dos bens»?³⁰³

O aprofundamento da análise dessas questões excede o objetivo deste estudo, para além de demandar tempo e espaço que, todavia, já não existem...

Entretanto, quanto a este último questionamento, para além do que se disse *supra* (nota 301) relativamente a especiais casos afetivos extremos que dão origem a uma «reação rápida como um raio» do defendente e conduzem à desculpa por astenia, mesmo no excesso consciente; facto é que sendo o teor literal do tipo da legítima defesa e de seus pressupostos bastante exaltados pela tese da negação da necessidade do meio, isso impede (deveria impedir) a desconstrução da situação de legítima defesa para fazer acrescentar nela outros requisitos para além da agressão ilícita e atual a bens jurídicos individuais.

E relativamente à primeira questão, sobre a recusa da indispensabilidade fática da ação necessária (da necessidade do meio) para repelir a agressão; cumpre ressaltar que na medida em que se considera que a condição especial do polícia fundamenta restrições à necessidade do meio (e não as exigências de proporcionalidade)³⁰⁴, desconsidera-se, por seu turno, que a determinação da (des)necessidade do meio efetivamente empregado depende de uma ação de defesa que em um juízo *ex ante* se revele, ou não, necessária para repelir a agressão. Pode ser – por que não? – que não se possa negar a necessidade do meio quando no momento em que a ação de defesa foi praticada ele era, de facto, o meio necessário, sobretudo, quando for o único disponível³⁰⁵!

³⁰² Com pormenores sobre a problemática do excesso e desculpa em legítima defesa, ver, MOURA, *A Não-punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

³⁰³ Só quanto à última parte, CARVALHO, *Direito Penal...*, 386. A posição desse autor é que a «*acção ilícita por força da superioridade qualitativa* (vida, integridade física essencial) *dos bens lesados pela defesa* face aos bens objecto da agressão (p.e., honra, propriedade, uso), *não configura um excesso de legítima defesa*, pois que essa figura caracteriza-se pela utilização de um meio desnecessário da acção de legítima defesa [...], o que pressupõe uma situação de legítima defesa, que, no caso, não existe por força da desproporcionalidade qualitativa dos bens». Itálicos no original.

³⁰⁴ CARVALHO, *Direito Penal...*, 389.

³⁰⁵ A propósito, manifestando preocupações quanto às restrições à necessidade do meio quando em causa o recurso a arma de fogo contra agressões em que não há perigo iminente de risco à vida e integridade física, casos, p.e., de sequestro, rapto, violações sexuais, redução à escravidão; quando apenas a arma de fogo é o meio necessário para evitar a consumação de tais crimes, cf. MONTEIRO, «O uso de armas de fogo pelas autoridades...», 724.

Porque o que é necessário – segundo uma avaliação *ex ante* referente à toda dinâmica dos acontecimentos, aos estatutos do agressor e do defendente – requer a defesa menos lesiva possível, mas que atinja o objetivo de repelir a agressão, também a necessidade do meio é relativizada pelas características pessoais do agente policial³⁰⁶.

Nesse sentido, um meio menos gravoso que uma arma de fogo pode vir a ser, consoante a destreza do agente policial que o emprega, idôneo ou não para repelir a agressão; não o sendo, pode vir a determinar a opção do recurso a arma de fogo. De forma que não é de todo certo que um mesmo meio pode ser considerado necessário a um particular e desnecessário (excessivo) relativamente ao polícia, conforme sustenta a tese da negação da necessidade do meio³⁰⁷.

Assim, na pendência de que a indispensabilidade do meio de defesa seja reclamada pelas circunstâncias e fatos concretos, ocasião em que não se poderá nega-la; é, entretanto, possível questionar a necessidade de uma tal ação de defesa à luz dos fundamentos da justificação por legítima defesa; e nomeadamente no caso de uma ação policial, se, mesmo necessária para a defesa de um bem individual, tal ação, para além de necessária, estava requerida, e era permitida!

Dessa forma entendemos mais conveniente que tais especialidades – a obrigação do polícia correr riscos mais pesados que os particulares, e suas maiores e melhores capacidades – fundamentam as imposições de proporcionalidade dos bens na atuação policial (não as restrições à necessidade do meio), e se revelam como uma condição pela qual se permite impor, de *ipso iure*, a desnecessidade da defesa como tal, pese a existência de uma situação de legítima defesa³⁰⁸.

Já com o que acima de foi dito antecipa-se uma preferência relativamente à aceitação do proposto pela tese da necessidade da defesa, pelo que maiores fundamentações nas quais se apoiam essa tomada de posição terão lugar já no próximo número.

Entretanto, não se pode deixar de fazer constar a crítica que vê na tese da necessidade da defesa o equívoco de conciliar as exigências de proporcionalidade dos bens na atuação

³⁰⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 290 s.

³⁰⁷ CARVALHO, *Direito Penal...*, 389.

³⁰⁸ DIAS, *Direito Penal...*, 432-433.

policial em legítima defesa enxergando no «elemento ‘necessidade’ da ação de defesa um duplo significado»³⁰⁹.

Relativamente à essa interpretação da necessidade da ação de defesa, argumenta-se que exigir para além do meio necessário que a própria defesa se revele necessária segundo uma «suposta» interpretação teleológica e funcional do direito de legítima defesa, é restringir o sentido da ação de legítima defesa, atribuindo ao elemento meio necessário um significado «normativo» de «razoabilidade ético-jurídica» da ação de defesa em face da ação de agressão, em detrimento de sua real funcionalidade de indispensabilidade fática para repelir a agressão, o que revela ser um «abandono ou secundarização do texto legal»³¹⁰.

Às alegações dessa ordem, inclusive de violações ao princípio da legalidade penal³¹¹ – por inserir restrições para além do teor literal dos tipos permissivos –, opõe-se o facto de que a «tese da necessidade da defesa» não preenche qualquer lacuna com recurso ao argumento da analogia, antes faz uma interpretação teleologicamente ordenada do fundamento da legítima defesa³¹².

Argumenta-se, ainda nesse aspeto, que o limite do teor literal não se aplica nas causas de justificação que, dispersas por todo o ordenamento jurídico, não seguem as mesmas regras das dos tipos específicos do direito penal, senão que devem ser interpretadas conforme os fundamentos que as justificam, no caso da legítima defesa, da defesa da ordem jurídica e da

³⁰⁹ CARVALHO, *A legítima Defesa...*, 316; e, *Idem, Direito Penal...*, 370. Nesses locais o autor manifesta discordância com «a posição dos autores» que consideram que além de indispensável para repelir à agressão a ação de defesa tem de ser razoável consoante o direito de legítima defesa, e critica dizendo que tal posição é uma tentativa de «obviar a um direito de legítima defesa radical e irrazoável»; conclui afirmando que o certo é que essa tentativa de «normativização» do elemento da necessidade do meio de defesa nem mesmo tem a ver com a questão da necessidade do meio de defesa, senão com a definição do que se deve considerar-se uma situação de legítima defesa, situação essa em que os aspetos relativos à natureza ou importância do bem e os relativos ao tipo da agressão têm sede.

³¹⁰ CARVALHO, *Direito Penal...*, 367 s.

³¹¹ Não deixa de fazer referência a crítica que nesse ponto vê uma interpretação analógica in malam partem do dispositivo, cf. ANDRADE, Manuel da Costa, «O princípio constitucional ‘nullum crimen sine lege’ e a analogia no campo das causas de justificação», *RLJ*, n.º 3926 (2001): 136. Também Taipa de Carvalho entende tratar-se de uma desvirtuação e destruição do sentido do elemento “necessidade do meio de defesa”, algo que na sua visão contradiz o teor literal, por maiores que sejam a amplitude teleológico-jurídica e as possibilidades de recriações jurisprudenciais, e viola o princípio a legalidade ao atentar contra as exigências de segurança e certeza jurídicas a que os destinatários das normas jurídicas, tanto mais, das causas de justificação, têm o direito de ter; cf. CARVALHO, *A Legítima Defesa...*, 390.

³¹² DIAS, *Direito Penal...*, 423.

tutela de bens individuais, sendo assim «legítimo e fiel à lei» que a legítima defesa seja restringida ali onde a necessidade de prevalecimento do direito seja menor do que é usual³¹³.

3.4.2. Tomada de Posição

A conceção que sustenta que o requisito da necessidade da defesa se integraliza tanto pela exigência da necessidade do meio quanto pela imposição normativa da própria defesa é a posição que se subscreve por entender que melhor compatibiliza as limitações da proporcionalidade de bens no regime da legítima defesa jurídico-penal.

Isso porque essa tese liga ao requisito da necessidade da defesa os princípios da justificação por legítima defesa, sendo um deles o de afirmação do Direito que, no caso das atuações policiais, inegavelmente, assume relevo consoante as exigências de proporcionalidade que regem toda intervenção pública na esfera de liberdade pessoal dos particulares.

Assim, como o fundamento da legítima defesa possui, no mais recente entendimento, uma conceção intersubjetiva – que entrelaça os fundamentos justificantes de defesa da ordem jurídica e de tutela de bens jurídicos, indo à fundo na relação Estado, agressor, defensor, concedendo «‘ao lado do agressor’ e ao ‘lado do defensor’ a mesma relevância jurídica»³¹⁴, e que, por fim, traduz a justificação por legítima defesa ali onde as exigências de afirmação do Direito perante o ilícito na pessoa do agredido se impõem –, a vinculação do requisito da necessidade da defesa ao próprio fundamento da causa de justificação, na verdade, dá conteúdo a esse requisito de forma a evitar que através dele instalem-se a imprecisão e insegurança sobre o que de facto é, para que serve, e qual o alcance da legítima defesa³¹⁵.

É dizer, por via dessa conceção dá-se legitimidade às exigências que são feitas e recaem à avaliação da necessidade do meio, modula tanto a dureza da legítima defesa quanto

³¹³ ROXIN, *Derecho Penal...*, 636, E com isso se afasta a crítica de Taipa de Carvalho de que a tese da necessidade de defesa agride o teor literal do tipo permissivo ao interpretar a necessidade de defesa para além do elemento de necessidade do meio, ver, *supra*, nota 311, segunda parte.

³¹⁴ *Supra*, nota 239.

³¹⁵ Em termos gerais, DIAS, *Direito Penal...*, 423 s.

os limites que se fazem nela inserir; e permite considerar a restrição da legítima defesa policial pela exigência de proporcionalidade dos bens³¹⁶.

Assim – feito um paralelismo entre as sobre-capacidades do agente policial, que de toda sorte impõem um filtro mais restrito à legitimidade de suas condutas; e aquilo que se aceita como justo, por ser socialmente requerido à ação de um particular –, por via desta tese é-se possível excluir tanto a necessidade da defesa do agente policial, toda vez que da sua ação possa resultar lesões aos bens vida e integridade física, e a agressão não se dirigir a bens desse catálogo; como a exclusão da necessidade da defesa do particular, toda vez que não se puder ter por legítima uma ação defensiva que se mostre absurdamente, ou notoriamente, excessiva face aos bens agredidos, ocasião em que, nesse sentido, representa um abuso de direito³¹⁷.

E aqui está um «denominador comum»³¹⁸ a ambas as situações usadas como exemplo, que é a ideia de que uma defesa inadmissivelmente excessiva, porque abusiva, não pode ser necessária, por jamais ser percebida como uma defesa que representa, ao mesmo tempo, «a defesa do Direito contra o ilícito na pessoa do agredido»³¹⁹!

Quanto ao particular, p.e., pese a necessidade da defesa não ser negada só em razão da agressão sofrida dirigir-se a bens distintos dos lesados com a defesa, já o pode ser, no sentido aqui exposto, quando revelar uma crassa desproporção dos significados da agressão e da defesa, isto é: quando apesar de tratar-se de uma agressão ilícita, o bem lesado for de tão menor valor que nada nem qualquer circunstância do caso concreto – «da imagem global do facto complexo» da agressão de um lado e da defesa através do meio necessário do outro³²⁰ –, será capaz de justificar uma lesão à vida ou à integridade física essencial do agressor.

Já quanto a os regimes derivados dos diplomas que regulam o recurso a arma de fogo pela polícia, no Brasil e em Portugal, ao introduzirem uma exigência de proporcionalidade dos

³¹⁶ É exatamente onde há um protagonismo do princípio da prevalência do Direito sobre o ilícito se pode exigir a proporcionalidade na legítima defesa, cf. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo...*, 345.

³¹⁷ DIAS, *Direito Penal...*, 431 s. A figura do abuso de direito é válida ao convocar a existência de um limite interno que se adiciona à legítima defesa porque deduzido dos próprios princípios em que ela se assenta, cf. MOURA, «O fundamento...», 91; assim – não alheio à permissão da legítima defesa – revela uma sua natural limitação, modelando a «roupagem absoluta e imponderável» dada à legítima defesa, cf. ANDRADE, «O princípio constitucional...», 135. Pese essa ideia representar a tese dos limites imanentes é interessante para estabelecer um paralelismo com a tese aqui defendida.

³¹⁸ DIAS, *Direito Penal...*, 429.

³¹⁹ *Ididem*, itálicos no original.

³²⁰ DIAS, *Direito Penal...*, 430 s.

bens na legítima defesa exercida pelo agente policial, descrevem e regulam aquilo que, à essa ação de defesa, é uma natural exigência para que se revele necessária³²¹; dessa forma impõem uma «cláusula de proporcionalidade restritiva»³²² da legítima defesa, assentada na proporcionalidade dos bens, e que encontra justificação na posição especial do agente que o obriga a correr riscos mais pesados e na sua melhor e maior preparação físico e técnica relativamente a um particular.

Nesse sentido, em razão da expressa regulação da proporcionalidade de bens, a necessidade da defesa é de *ipso iure* negada quando tiver potencial de lesar os bens essenciais vida e integridade física essencial e em causa estiver uma agressão, mesmo atual e ilícita, a bens distintos desse catálogo³²³.

Dessa forma – admitido que essa interpretação se revela fiel aos princípios fundamentadores desse direito –, a defesa policial que resulte em morte ou lesão corporal grave do agressor, quando em causa agressões que não constituam um perigo de morte ou de agressões graves à vida, já não é capaz de, à par de realizar a defesa do bem jurídico ilicitamente agredido – por mais que atenda às exigências da necessidade do meio – também revelar-se numa reafirmação ou prevalecimento do Direito contra o ilícito, na pessoa do agente policial³²⁴.

Isso todavia não significa que o polícia deva ficar inativo, senão que o requerido (imposto) à luz dos fundamentos justificantes da legítima defesa, é que a intervenção policial não seja de tal modo agressiva para atingir ao catálogo dos bens vida e integridade física em sua maior ponderação, mesmo que, eventualmente, o recurso a arma de fogo pudesse ser considerado um meio necessário.

E se eventualmente não se puder defender o bem no agudo instante de necessidade – por conta de ser negada de *ipso iure* a necessidade da defesa que possa resultar em lesões à vida e integridade física – a existência de uma rede de outros recursos materiais e de apoio de pessoal permitem a resposta em legítima defesa enquanto não se der o termo da atualidade da

³²¹ ROXIN, *Derecho Penal...*, 656 s; 659.

³²² DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.^a ed., 41.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ DIAS, *Direito Penal...*, 423 s.

agressão, especialmente em se tratando de agressões a bens patrimoniais móveis³²⁵; razão pela qual não se pode afirmar uma total desproteção dos direitos do particular.

Assim, relativamente à noção de subsidiariedade da legítima defesa privada, cumpre reafirmar que o recurso à polícia repercute no âmbito da necessidade do meio; e que revelando-se esse recurso um meio ineficaz à defesa, o particular não fica à ele vinculado³²⁶.

Pese um mínimo comprometimento da noção de subsidiariedade, os diferentes limites da defesa não deixam de ser compreensíveis a partir da distinta colocação do problema da necessidade da defesa para os agentes policiais³²⁷; problema que resulta relativizado segundo a ideia de que a necessidade da defesa deve sempre ser negada – não importa se o defendente é particular ou agente policial – quando excessivamente abusiva, porque não constitui simultaneamente, para além da defesa do bem, uma defesa necessária à luz dos fundamentos da justificação por legítima defesa; sobretudo porque a comunidade não percebe que junto ao bem defendido, defendeu-se também a ordem jurídica em face do ilícito na pessoa do agredido³²⁸.

Por fim, a reforçar a adoção dessa conceção como solução para fazer conciliar os limites do recurso a arma de fogo pela polícia e a legítima defesa, o agente policial, mais que qualquer outro, age, por excelência, numa situação de legítima defesa tanto defendendo bens jurídicos individuais próprios e/ou alheios, como também, por uma adicional motivação de seu ofício, representando em si a defesa da ordem jurídica³²⁹.

Desta feita, acompanhando de perto o posicionamento de Figueiredo Dias, que inclusive subsidia o raciocínio desenvolvido nesta última abordagem, a regulação brasileira e

³²⁵ *Supra*, nota 121.

³²⁶ *Supra*, Capítulo 1; 1.2.1.

³²⁷ PALMA, «A Justificação...», vol. I, 528.

³²⁸ DIAS, *Direito Penal...*, 429-430.

³²⁹ MOURA, «O fundamento...», 53, nota 53. Em texto, o autor faz constar o facto de que, desde a perspectiva social, o agredido, quase nunca, também representa e deseja a preservação da ordem jurídica quando tem em vista a defesa de seu bem ilícitamente agredido, em contrapartida, isso já é uma possível motivação adicional aos agentes policiais. Em todo o caso, isso só faz sentido de ser, e de se dizer, quando se ultrapassa a ideia de que os estritos limites à intervenção Estatal na verdade «evidenciam» que a defesa da ordem jurídica não seria, exatamente por ser aí exercida de forma limitada pela polícia, o maior bem comum a ser realizado pelo Estado. Ideia essa, já não repercutida como antes, e que só faz sentido quando a doutrina considera que não há qualquer exame de proporcionalidade na legítima defesa; assim, *idem*, p. 60, nota 81. Próximo a essa última parte, Roxin, ao dizer que só aos autores que seguem um excessivo rigor se produzirá uma diferença entre a moderada legítima defesa pública e a legítima defesa pelo particular; ainda que seja certo que, de facto e por regra geral, a ação em legítima defesa policial é mais fortemente condicionada, cf. ROXIN, *Derecho Penal...*, 660.

portuguesa dos limites do recurso a arma de fogo na legítima defesa dos agentes policiais inserem-se na doutrina geral da legítima defesa jurídico-penal, no plano da necessidade da defesa, revelando-se como uma sua concretização legislativa, segundo a ideia de que a ação de defesa não se deixa integralizar só pelo preenchimento da necessidade do meio, senão que, à luz dos fundamentos de justificação por legítima defesa, a própria necessidade da defesa em si tem de revelar-se normativamente imposta para atender ao interesse de fazer prevalecer o Direito em face do ilícito na pessoa do agredido³³⁰; e nesse sentido, entendendo que o direito de legítima defesa requer, para o caso das atuações policiais, exigências para além do atendimento da necessidade do meio, impõe-se, de *ipso iure*, uma «cláusula de proporcionalidade restritiva da legítima defesa»³³¹.

³³⁰ DIAS, *Direito Penal...*, 431-432.

³³¹ DIAS e BRANDÃO, «Art. 131», 2.^a ed., 41.

Conclusão

Essencialmente quanto ao problema da investigação – como interpretar os limites do recurso a armas de fogo contra pessoas quando o agente policial atua em face de agressões reguladas pelo direito de legítima defesa jurídico-penal? – o estudo revelou o seguinte.

Concluiu-se que o regime da legítima defesa não é juridicamente afastado da atividade policial, não sendo sustentável que o caráter metódico da ação defensiva policial exclua a situação de necessidade que dá origem à legítima defesa; nem que em face de agressões atuais e ilícitas aos bens vida e integridade física essencial, a causação da morte ou de lesões corporais pelo polícia se justificam pelo cumprimento do dever em detrimento da exclusão da ilicitude que deflue de uma situação de necessidade.

Viu-se, que a partir da expressa regulação de proporcionalidade dos bens na ação de defesa policial que possa resultar em morte ou grave lesão da integridade física, a dupla valoração da (i)licitude da conduta do agente – por um lado lícita, porque conforme ao regime jurídico-penal da legítima defesa; e por outro ilícita, porque desproporcionada conforme o regime derivado dos diplomas policiais – desvirtua a legítima defesa tornando-a uma permissão em sentido fraco e não um verdadeiro direito de intervenção, para além de criar uma contradição valorativa insanável, pois que inserta no mesmo ramo jurídico.

Verificou-se, ainda, a inviabilidade do reconhecimento da legítima defesa ao polícia tal qual ao particular, interpretando seu direito de legítima defesa na valoração do elemento da necessidade do meio – mesmo sob um juízo sobremodo restrito –, mas permitindo a ação desproporcionada toda vez que a situação fática de necessidade exigir. Tal solução concilia os critérios restritivos da ação policial e os receios da desproteção do agredido com o direito de legítima defesa; mas não tem acolhimento em Portugal e Brasil, porque a restrição exigida advém da regulação da proporcionalidade dos bens para justificar a ação policial que resulte em morte ou grave lesão corporal.

Afastadas essas soluções, a investigação conduziu-se à avaliação de dois caminhos como forma de conciliar as exigências feitas à ação defensiva policial com o direito de legítima defesa: ou negar a necessidade do meio, ou a própria necessidade da defesa, em si mesmo, quando a ação defensiva policial não atender às exigências de proporcionalidade.

A tese da negação da necessidade do meio, posiciona-se, para tal, apoiada no sentido de completude que a necessidade *do meio* dá à ação de defesa, como seu específico requisito, de tal forma que à ação de defesa desproporcionada não há justificação porque não atende ao pressuposto da necessidade do meio nela empregado.

Seu afastamento, deveu-se principalmente por minimizar a força do caráter empírico desse elemento, que faz, tanto a exigência de menor lesividade ser relativizada – pese o agente policial ter de correr riscos mais pesados –, como faz a idoneidade do meio ser relativizada pelas capacidades de o polícia dar ou não eficácia a ele. Como a necessidade do meio utilizado traduz a ação de defesa que em um juízo *ex ante* revela-se necessária para repelir a agressão, não se nega que nalguns casos seja necessária uma ação de defesa que ultrapasse as exigências de proporcionalidade.

Já a tese da necessidade da defesa caracteriza a ação de defesa não só pela necessidade do meio, senão que à luz do fundamento da justificação por legítima defesa, a própria defesa, em si, seja necessária. Segundo isso, a *necessidade da ação* de defesa não sofre contestações quanto à sua legitimidade, mesmo quando nela se verifica o pressuposto da necessidade do meio.

Subscreveu-se essa tese consoante o entendimento de que a expressa regulação da proporcionalidade dos bens impõe o que, de facto, é necessário à ação de defesa policial, à luz do fundamento da justificação por legítima defesa.

Entendendo-se o fundamento da legítima defesa numa conceção intersubjetiva, a ação de defesa que traduz o prevalecimento do Direito em face do ilícito na pessoa do agredido (policial) deve respeitar as exigências que lhe são impostas tanto por sua condição especial que o obriga a correr riscos mais pesados, quanto às suas competências e capacidades superiores relativamente ao particular.

Assim, a necessidade da defesa policial é de *ipso iure* negada quando não observa a cláusula de proporcionalidade dos bens que a condiciona, mesmo que atenda às exigências da necessidade do meio. Isso significa que a ação de defesa efetivamente praticada – necessária pela condição de repelir a agressão –, para ser vista como indispensável à reafirmação do direito contra o ilícito na pessoa do agente policial deve surgir respeitada a cláusula de proporcionalidade dos bens que a restringe.

Referências bibliográficas

- [ACNUDH]. *Direitos Humanos e Aplicação da Lei: Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001. (Série de Formação Profissional; n.º 5).
- ANDRADE, Manuel da Costa. «O princípio constitucional ‘nullum crimen sine lege’ e a analogia no campo das causas de justificação». *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3926 (2001): 130-139.
- ANTONY, Marcio Moraes. *Sniper Policial: Um Guia Básico para as Polícias Brasileiras*. Manaus: s/ed., 2002.
- BAYLEY, David. *Padrões de Policiamento: Uma Análise Internacional Comparativa*, trad. Renê Alexandre Belmonte. 2ª Ed., 1.ª reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. (Série Polícia e Sociedade; n.º 1).
- BÉGUELIN, José, R. «Die subsidiarität der Notwehr als entescheidendes Kriterium für die Frage, ob Polizeibeamte sich auf § 32 StGB berufen dürfen», *GA* 138 (2013): 473-487.
- BERENGUER, Enrique Orts e CUSSAC, Jose Gonzáles. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- BETINI, Eduardo Maia, e DUARTE, Claudia Tereza Sales. *Curso de UDF: Uso Diferenciado da Força*. 1.ª ed. São Paulo: Ícone, 2013.
- BETINI, Eduardo Maia, e TOMAZI, Fabiano. *COT: Charlie, Oscar, Tango: Por Dentro do Grupo de Operações Especiais da Polícia Federal*. 2.ª ed. São Paulo: Ícone, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito: Uma Visão Panorâmica da Dogmática Penal Brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRANDÃO, Nuno. «O erro sobre os pressupostos das causas de justificação: um erro que ode excluir a ilicitude?». In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, orgs. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, e Susana Aires de Sousa. Vol. II, 171-202. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- _____. *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRITO, Tereza Quintela. «Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade». In *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, org. Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I, 185-215. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do Estrito Cumprimento do Dever Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

CANAS, Vitalino. «A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas». In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, coord. Jorge Miranda. Vol. II, 1253-1294. FDUL: Coimbra Editora, 2010.

_____. «Princípio da proibição de excesso e a polícia». In *I Colóquio da Segurança Pública Interna*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. T. I, 185-211. Coimbra: Almedina, 2005.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2 Volumes. 4.ª ed., rev, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teorético-Normativa e Preveativo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Direito Penal. Parte Geral: Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Vol. II, 6.ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

CLEMENTE, Pedro. «A ordem em público». In *Reuniões e Manifestações: Actuação Policial*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, 119-138. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. «Polícia e segurança – breves notas». *Lusíada. Política Internacional e Segurança*, n.º 4 (2010): 141-171.

- COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a Lei e a Ordem: Violência e Reforma nas Polícias do Rio de Janeiro e Nova York*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- COSTA, José de Faria. «Art. 203º». In *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. «Art. 131», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 2ª ed., 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, e BRANDÃO, Nuno. «Art. 131», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias. Tomo I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Mário Gomes. «Limites à actuação das forças e serviços de segurança». *Polícia e Justiça* (Loures: Escola de Polícia Judiciária), n.º 6 (2005): 21-31.
- DONDERIS, Vicenta Cervelló. «Limitaciones al ejercicio de la violencia policial en los supuestos de resistencia pasiva». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 9 (2013): 13-52.
- FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Limites Jurídicos para Políticas de Segurança Pública*. Coimbra: Almedina, 2010.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FREITAS, Juarez. «O poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro». *Scientia Iuridica*, LIV, n.º 301 (2005): 7-29.
- FRISTER, Helmut. *Derecho Penal: Parte General*, trad. Marcelo A. Sancinetti, 4.ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- GALLO, Pablo Acosta. *Derecho de la Seguridad, Responsabilidad Policial y Penitenciaria*. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

- _____. *Atividade Policial: Aspectos Penais, Administrativos e Constitucionais*. 6ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Joaquim Cuello Contreras, e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*. Barcelona: Bosch, 1978.
- MIGUEZ, Garcia. «A legítima defesa», in *O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal*. Vol. I, 361-393. Coimbra: Almedina, 2011. (série manuais profissionais).
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, «Nótula antes do Art. 347º, e Art. 347º». In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MONTEIRO, Fernando Conde. «A Legítima defesa: um contributo para sua fundamentação». Tese de mestrado, Universidade de Coimbra, 1994.
- _____. «O uso de armas de fogo e a legítima defesa: comentário ao artigo 42 da lei n.º 5/2006 de 23 de fevereiro (regime das armas e munições)». In *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, em comemoração do 70º aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, org. Augusto Silva Dias, et al., 793-802. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. «O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações crítico-reflexivas». In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, org. Marcelo Rebelo de Sousa, et al. Vol. VI, 709-728. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MOURA, Bruno de Oliveira. «Legítima Defesa – las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos e garantísiticos del derecho penal, de Jacson Zilio». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 107 (2014): 415-422.
- _____. «O fundamento da legítima defesa». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 98 (2012): 39-95.

_____. *A Não-punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Ilicitude Penal e Justificação. Reflexões a Partir do Ontologismo de Faria Costa*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MUNIZ, Jaqueline, PROENÇA JÚNIOR, Domício, e DINIZ, Eugenio. «Uso de força e ostensividade na ação policial». *Conjuntura Política*, (Departamento de Ciência Política – UFMG), n.º 6 (1999): 22-26.

MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 9.^a ed., rev. Valência: Tirant lo Blanc, 2015.

NOGUEIRA, Maria José R. Leitão. «O uso de armas de fogo pelos agentes policiais: alguns aspectos». *Polícia e Justiça*, (Loures: Escola de Polícia Judiciária) n.º 6 (2005): 33-51.

PALERMO, Omar. *La Legítima Defensa: Una Revisión Normativista*. Barcelona: Atelier, 2006.

PALMA, Maria Fernanda, «A legítima defesa», in *Casos e Materiais de Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, e José Manuel Vilalonga, 159-173. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. «Justificação em direito penal: conceito, princípios e limites», in *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*, 49-85. (Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa: s/ed., 1995). Viseu: Tip. Guerra, 2005.

_____. «A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos». Tese de doutoramento. 2 Volumes. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PERRON, Walter. «Justificación y exculpación em derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)». In *Justificación e Excupación en Derecho Penal (colóquio hispano-alemán de derecho penal)*, edit. Water Perron, Enrique Gimbernat, e Albin Eser, 73-106. Madrid: s/ed., 1995.

- PORTUGAL. MAI. «Uso de armas de fogo pelos agentes policiais», in *Seminário Internacional Uso de Armas de Fogo pelos Agentes Policiais*, Queluz, org. Inspeção-Geral da Administração Interna (Lisboa: I.G.A.I, 2003).
- REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- RODRIGUES, Ezequiel Agostinho Maciel. *As Lesões Contra a Vida e Contra a Integridade Física dos Cidadãos como Consequência do Emprego de Meios Coercitivos pela PSP*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. / Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.
- ROVER, Cees de. *Para Servir e Proteger: Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança – Manual para Instrutores*. 4.^a ed., reimp. (Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha), 2009.
- ROXIN, Claus. «As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa». In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 197-234. 3.^a ed. Lisboa: Vega, 1998.
- _____. *Derecho Penal: Parte General*, trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, et al. 2.^a ed. alemana. Madrid: Civitas, 2008.
- SAMPAIO, Jorge Silva. *O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias: Do Conceito Material de Polícia ao Reconhecimento de Direitos Subjectivos Públicos à Actuação da Polícia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SANCHES GARCÍA, Maria Isabel. *Ejercicio Legítimo del Cargo y Uso de Armas por la Autoridad. Análisis Particular del Ejercicio de la Coacción Directa por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Materia de Seguridad y Orden Públicos*. Barcelona: Bosch Editor, 1995.
- SANTOS, Gilmar Luciano. *Como Vejo a Crise: Gerenciamento de Ocorrências Policiais de Alta Complexidade*. 3.^a ed. Belo Horizonte: Bigráfica, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 4.^a ed. S/l: Conceito Editorial, 2010.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica, 1953.
- SOUSA, António Francisco de. «Função Constitucional da polícia». *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 95 (2003): 25-30.

_____. «Uso de arma de fogo pela polícia: a propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto (proc. n.º 1382/06.6GAMAI.P2)». *Revista do Mestrado em Direito* (Pontifícia Universidade Católica: Brasília), vol. 9, n.º 1 (2015): 21-41.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General. El Hecho Punible*, trad. Gladys Romero. Tomo. I. 2.ª ed. alemana. Madrid: Edersa, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TRINDADE, Eurico. *Exclusão de Criminalidade*. Belo Horizonte: Editora Minas Gerais, 1949.

VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana. «Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil», In *Jornadas de Homenagem ao Professor Cavaleiro de Ferreira*, 235-285. (Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa: s/ed., 1995). Viseu: Tip. Guerra, 2005.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito: Introdução Histórica e Metodológica, Ação e Tipicidade*. Vol. II, Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugénio Raul, ALAGIA, Alejandro, e SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZILIO, Jacson. *Legítima Defesa: Las Restricciones Ético-Sociales a Partir de los Fines Preventivos y Garantísticos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Didot, 2012.

Lista de legislações, normas, documentos e jurisprudências referenciados

BRASIL, Portaria Interministerial n.º 4226/2010, de 31 de dezembro, MJ e SDH/PR. Publicada no Diário Oficial da União, N.º 1, de 03 de janeiro de 2011, Seção 01, página 27.

BRASIL, Resolução Conjunta n.º 2, de 13 de outubro de 2015, publicada no Diário Oficial da União n.º 1, de 04 de janeiro de 2016, página 8.

BRASIL, Resolução n.º 8 de 20 de dezembro de 2012, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

BRASIL, TJDFT, RSE n.º 19990810025822, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 08/09/2005, publicado no DJU 25/01/2006, página 63.

BRASIL, TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1382228-7 - Foz do Iguaçu - Rel.: Luís Carlos Xavier - Unânime – Julgado em 04.02.2016, publicado no DJ: 1746 24/02/2016.

PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro.