

EXCESSO DE LEGITIMA DEFEZA

Pelo Dr. FERNANDO PEDROSO RODRIGUES

SUMÁRIO: § 1.º Natureza e modalidades.

- 1 — Razão de ordem ;
— O exercício do direito e seus limites.
- 2 — Conceito de excesso de defesa.
- 3 — Justificação.
- 4 — Limites legais do direito de defesa e o seu superamento quantitativo:
 - a) — O problema na jurisprudência e na doutrina ;
 - b) — Solução adoptada.
- 5 — Modalidades :
— Quanto ao elemento subjectivo ;
— Quanto ao elemento objectivo.

§ 2.º Punibilidade do excesso de defesa :

- 1 — Disposições legais applicáveis.
- 2 — Sua interpretação e conciliação.
 - a) — Marnoco e Sousa,
— Crítica.
 - b) — Revista de Legislação e Jurisprudência.
— Crítica.
 - c) — Necessidade da distinção entre excesso propriamente dito e excesso doloso. Incorreção e impropriedade desta expressão :
— Cavaleiro Ferreira.
— Solução adoptada.

§ 1.º.

1. O instituto da legítima defesa, reconhecido e regulado no Código Penal, constitui um direito subjectivo que, como tal, se tem de confinar às limitações que o direito objectivo, tendo em

vista os direitos de terceiros, os interesses da sociedade e os princípios da moral, impõe, para que o conjunto do actos que o titular do direito pode realizar, não supere os fins por que é concedido, nem se desvirtue a função cuja satisfação é chamado a servir.

A natureza relativa do direito subjectivo exige que a actuação prática do conteúdo em que consiste, se desenvolva de modo a que se torne possível e florescente a harmonia do conjunto social e perfeito o equilíbrio de interesses que a ordem jurídica se propõe.

Desta maneira o direito subjectivo é condicionado na sua execução por imposições que resultam quer da sua função social quer por razões determinadas pelas necessidades nascidas da sua coexistência com outros direitos.

O direito de defesa, subordinado a este princípio, tem de ser exercido de acordo com o condicionalismo legal estabelecido no art. 46.º do Código Penal a fim de que o seu exercício seja legítimo e justificado o facto que através do mesmo seja cometido, nos termos do art. 44.º do mesmo Código.

Se, no exercício do direito de defesa se ultrapassarem os limites em que a lei o confina, o facto ou factos praticados já não correspondem nem se integram no conteúdo abstracto daquele direito e desde que estejam em contradição com o preceito penal, constituem crime punível.

Cessa assim o campo de aplicação da causa de justificação em que consiste a legítima defesa, e a lei penal com as suas consequências entra em acção.

2. O «excesso de legítima defesa» como a sua designação, ainda que manifestamente imprópria e incorrecta, deixa ver, verifica-se nos casos em que o direito de defesa é exercido com superamento dos limites postos no art. 46.º, ou fora das condições previstas no mesmo preceito.

A expressão «excesso de legítima defesa» é na verdade incorrecta, porque nela existe uma contradição e até uma inconciliabilidade entre os termos empregados, pois se o excesso é punível, evidentemente, deixa de se estar no campo em que a defesa recebe o qualificativo de legítima. No entanto usar-se-á este modo de dizer no decurso do trabalho, quer porque a expressão é utilizada

na lei, quer porque, de certo modo, embora imprópria, facilita a destacar a verdadeira característica do excesso de defesa.

O excesso de defesa como ainda resulta da sua designação é contemporâneo da defesa e nasce da desmedida actuação reactiva do defendente, que não soube manter a observância dos limites impostos na lei.

O agente, valorando erradamente a agressão ou as suas características actua, abusivamente, superando as fronteiras que a qualidade e a quantidade da agressão impunham. A sua atitude é repreensível porque não pesa devidamente a realidade que se abre diante de si, porque é precipitado ou pouco diligente perante o perigo efectivo a que se encontra sujeito, mas a lei atende à imperfeição própria da natureza humana e dá-lhe relevância, tomando estes factos em consideração na apreciação e valoração da responsabilidade.

O instituto da legítima defesa encontra-se todo ele dominado, pelo critério relativo, afastado do rigor do equilíbrio e da perfeição, e não admira, portanto, que a lei use de benevolência para quem com um fim único de defesa não use do seu direito «com a temperança que devera e pudera ter».

O indivíduo que abusivamente exerce o seu direito de defesa, excedendo-o nos limites pratica um facto que é previsto e punido pela lei penal, mas esta tem na aplicação da sanção, o devido respeito pelo estado de espírito próprio dos indivíduos que se encontram perante a ameaça dum perigo eminente.

«A quem age sobre o receio de um perigo grave, dizia Carrara não se pode pedir contas do que julgou e do que fez. É condição normal que um homem que, sentindo gritar a fogo se atira do 3.º andar e vai de encontro a uma morte certa, quando teria tido tempo para sair tranquilamente da casa em chamas; do homem que, vendo correr direito a ele um carro, atravessa, precipitadamente, a estrada e vai lançar-se debaixo das patas de cavalos desenfreados» (1).

Há um superamento objectivo ou quantitativo, dos limites legais que condicionam o exercício do direito, mas subjectiva-

(1) Prog. Parte Especial — Vol. I § 1.531.

mente persiste «o animus defendendi» a comandar o indivíduo e toda a sua actuação é no sentido único da salvaguarda do direito próprio ou alheio.

Tem em vista as realidades da vida, a natureza instintiva de tal atitude, a lei não pode deixar de usar de benevolência para com o indivíduo que se excede no exercício do seu direito de defesa.

É oportuno e justo que se conceda uma diminuição e até uma isenção de pena, àquele que, por razões nascidas da perturbação proveniente da agressão que o ameaça esteja humanamente impedido de se defender nos limites do necessário e de acordo com a experiência comum e a prudência normal.

3. — Pode dizer-se que é opinião corrente da jurisprudência e dos teóricos que a figura do excesso de legítima defesa só se pode dar «quando existindo os requisitos necessários para a possibilidade de uma defesa se verifique uma reacção em desproporção com a necessidade de prevenir ou suspender a agressão ilícita» (1).

Entende-se, pois, que só pode haver excesso na necessidade racional do meio empregado, isto é, só pode verificar-se o excesso através do requisito indicado no n.º 3 do art. 46.º

A desenvolver este pensamento e a confirmar o ponto de vista, entende a «Revista de Legislação e Jurisprudência» que se falta qualquer dos requisitos enunciados nos dois primeiros números do art. 46.º não se procede com excesso de legítima defesa mas sem direito de defesa; e que portanto, nenhum dos requisitos exigidos para a legítima defesa nos dois primeiros números do art. 46.º comporta a noção do excesso...

Esta orientação, como se disse, gosa também do favor de alguns tratadistas entre os quais o Prof. Marnoco e Sousa que, claramente, revela a mesma opinião, quando afirma: «segundo o nosso modo de ver, unicamente, se pode dar excesso de legítima defesa quando não haja a necessidade racional do meio

(1) É esta a opinião defendida pela Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 54 — N.º 2.184 — Pág. 328 e seguintes e igualmente nos acórdãos do S. T. J. de 2 de Março de 1923, 27 de Outubro de 1925 e 24 de Janeiro de 1936.

empregado. O excesso de legítima defesa supõe, primeiro que tudo, que seja admitida pela lei a defesa individual. Ora nos casos do n.º 1.º e 2.º não é permitida a defesa individual. Verificadas as condições destes números tem o indivíduo o direito de se defender e então compreende-se que se possa exceder não observando no exercício dela a condição no n.º 3.º do art. 46.º).

Nesta orientação, Alimena entende, também, que o excesso de legítima defesa não é concebível se não na exorbitância dos meios em relação à necessidade de defesa (1).

O raciocínio em que se apoiam estes e outros escritores, e que é o mesmo que serve a nossa jurisprudência, é inteiramente destruído pela exacta contemplação do problema.

Em posição inteiramente oposta o Prof. Cavaleiro Ferreira entende que o excesso de defesa pode resultar de se ultrapassarem quaisquer dos limites dentro dos quais a defesa — constitui o exercício dum direito, a avaliar pelo que se contem nas suas Lições de Direito Penal (2).

Na opinião deste Professor, o excesso pode surgir do superamento dos limites legais, quer do que se contém no n.º 1, quer do que é enunciado no n.º 2 e, naturalmente, quer do que é indicado no n.º 3 do preceito citado.

Quanto ao primeiro diz: — «...a agressão tem de ser ilegal para que surja o direito de defesa» ...Mas estabelecidas estas premissas isto é, verificada a existência duma agressão ilegal ninguém pode ser obrigado a suportar essa agressão, e no entanto a defesa, para ser legítima, ...está sujeita ainda a outras condições».

«A primeira constante do n.º 1 do art. 46.º, é que o deficiente não tenha sido causa da agressão...» Prossequindo no seu raciocínio, a respeito do n.º 2, afirma «também não concordamos que não é possível o excesso de legítima defesa quanto ao n.º 2 do art. 46.º. A defesa deve ser necessária e a necessidade de defesa é primeiramente deduzida da impossibilidade do recurso à força pública» (3).

(1) Obra citada — III Vol. — Pág. 66.

(2) Lições de Direito Penal, pág. 288, ob. cit., pág. 289.

(3) Pág. 288 e seguintes.

Na análise desta questão é necessário ter-se presente que são momentos distintos a existência do direito e o seu exercício. O problema do excesso de legítima defesa só se põe naturalmente, para os casos em que exista, juridicamente reconhecido, o direito de legítima defesa. Esta simples consideração permite examinar correctamente a questão, e, lógicamente, conduz à adopção, com certas reservas da opinião do Prof. Cavaleiro de Ferreira. Apenas nos referimos a esta orientação, porque a doutrina a desenvolver, encerra, como não pode deixar de ser, a condenação da orientação dos autores a que primeiramente nos referimos.

No que diz respeito ao n.º 1 do art. 46.º estabelece como sabemos a exigência de uma «agressão ilegal» — não motivada por provocação, ofensa ou qualquer crime actual praticado pelo defendente, cremos que a opinião últimamente desenvolvida, porque aglutina problemas que vivem em planos distintos, de natureza vária e soluções diferentes, deve ser afastada.

Na verdade a agressão é ilegal sempre que ofenda, indevidamente, um interesse juridicamente tutelado. E a sua ilegalidade é, como é lógico, insusceptível de uma graduação ou quantificação.

Pode, evidentemente, pelo concurso de elementos, que não lhe alteram a essência, aumentar ou diminuir a gravidade do facto ilícito em ordem à reprovação jurídica que sobre ele incide, mas isto é um outro problema que não interessa à questão que ora se examina, pois a existência de quaisquer destes elementos, que possam rodear a agressão ilegal, apenas tem por efeito influenciar a gravidade da mesma e nunca a sua qualificação de legal ou ilegal.

Partindo destas premissas há que concluir que a agressão ou é ilegal e dá lugar à legítima defesa, ou é legal e o problema da legítima defesa não se põe.

Assim, quanto ao primeiro elemento a apreciar no n.º 1 — do art. 46.º, não pode haver qualquer possibilidade de excesso.

Mas não basta, como é sabido, a existência de uma agressão praticada «sine jure»; a legítima defesa, como diz o Prof. Cavaleiro de Ferreira, está sujeita ainda a outras condições.

A primeira é que o perigo da ofensa de um interesse juridicamente protegido por lei, para que se tome em consideração,

carece de ser actual, ou se quisermos, de apresentar, concretamente as condições necessárias para que o defendente tenha motivo fundado para crer que se encontra na eminência do ataque. E, assim, como o perigo de ofensa, em que consiste a agressão, para os efeitos do instituto da legítima defesa, tem de ser efectivo e actual, resulta que quanto a estes elementos também se não pode por a questão do excesso da legítima defesa.

Com efeito ou a situação real é de harmonia com a lei, susceptível de fazer nascer a legítima defesa, ou não o é.

Para qualquer destas hipóteses que temos vindo a examinar hipóteses estas em que se não verifica o condicionalismo legal, não há que pôr a questão do excesso de legítima defesa porque não se verifica o seu fundamento que é — o direito de defesa. Aqui o que pode existir é a figura da legítima defesa putativa, devida a erro ou culpa.

Verificada porém, uma agressão ilegal eminente ou em começo de execução, a legítima defesa, para que constitua o exercício de um direito exige mais alguma coisa. E aqui reside o ponto importante da questão.

Como se sabe, a agressão para ser levada em conta, para os efeitos do artigo 46.º, não pode ser imputada ao defendente.

Se a agressão é motivada pelo que se defende como ao provocador a lei não reconhece o direito de defesa, embora a agressão continue a ser ilegal a sua reacção é «excessiva», dando-se o que a velha doutrina denominava «excesso na causa»... o qual é considerado como caso de «excesso de legítima defesa»; à face da nossa lei pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira (1).

E por esta razão, como é óbvio dizer-se, o referido professor admite que se pode dar o superamento dos limites da legítima defesa através do requisito enunciado no n.º 1 do art. 46.º e, em consequência, condena por inexacta a opinião anterior e primeiramente referida.

Aqui salvo o devido respeito, é que reside o erro principal desta orientação.

Quando se considere o problema nascido da exigência da lei de que a agressão não seja motivada por provocação, ofensa ou

(1) Obra citada — Pág. 292.

qualquer crime actual praticado pelo defendente, há que destacar duas hipóteses, que segundo o nosso modo de ver a questão, se encontram confundidas, em manifesto prejuízo do bom entendimento daquela condição legal.

A primeira é a hipótese da agressão nascer dum estado de ira motivado pela conduta injusta do pseudo defendente, hipótese em que, por força de lei, ao agredido não cabe o direito de defesa, porque a isso se opõe expressamente o n.º 1 do artigo 46.º.

Portanto, desde que haja uma relação de causa para efeito entre a conduta do provocador e o desforço do provocado, não há que reconhecer ao primeiro o direito de defesa e toda e qualquer reacção que por este seja levada a efeito, está por natureza e por disposição da lei, fora do campo de aplicação do instituto da legítima defesa.

Neste caso não se põe o problema de exercício do direito de defesa, como o próprio Prof. Cavaleiro de Ferreira o reconhece e, naturalmente, assim o cremos não se terá de pôr o problema próximo e consequente da sua actuação excessiva ou abusiva.

A lei não reconhece tal direito e evidentemente não pode ser esta lei que vá contemplar o exercício excessivo do direito que não existe.

Estaremos em face de um crime culposo ou doloso consoante a provocação seja devida à culpa ou praticada intencionalmente.

A segunda hipótese é a que resulta dos actos praticados pelo provocado se não poderem dizer motivados ou causados pela provocação, nem por consequência, filiados no natural estado de ira a que aquela dava lugar.

Agora, surge uma nova agressão ilegal praticada no momento do desforço, culposa ou dolosa, com a qual o provocador já nada tem que ver e que, desde que apresente as características que a lei exige, dá, naturalmente, lugar a que aquele se defenda legitimamente.

Se nesta situação houver qualquer questão no exercício do direito de defesa ele não apresenta autonomia que justifique tratamento à parte.

Em face destas considerações, não se pode reputar pois exacta a afirmação e o reconhecimento de que o excesso de defesa pode ter lugar pelo número 1 do art. 46.º.

Quanto à doutrina defendida pela «Revista de Legislação e Jurisprudência» e que é também a do Prof. Marnoco e Sousa e a da nossa Jurisprudência (aliás bastante reduzida e bem pouco cuidada), não se pode acolher quanto à posição que toma em relação ao n.º 2 do art. 46.º, em que se tem de concordar incondicionalmente com a interpretação exposta pelo Prof. Cavaleiro de Ferreira.

São suas estas palavras... «a defesa deve ser necessária e a necessidade de defesa é primeiramente deduzida da impossibilidade do recurso à força pública».

A orientação da revista dá mesmo até o aspecto de estar em contradição com o modo como encara a configuração do excesso pois reconhece» que este surgirá quando havendo a possibilidade de uma defesa legítima se empregam, no entanto meios de defesa excessivos».

É com efeito errado não se conceber o excesso pelo superamento do n.º 2 do artigo 46.º, porque, mesmo que se não admitam graus na possibilidade ou impossibilidade de recurso à força pública, o n.º 2 está, como vimos, incluído no requisito enunciado no n.º 3, porquanto a necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a agressão, é, um conceito amplo que engloba aquela condição e por isso está sujeita à sua sorte e às suas flutuações.

5. O superamento dos limites em que se deve confinar o exercício do direito de defesa pode realizar-se por várias formas e apresentar aspectos diferentes consoante seja olhado do ponto de vista subjectivo ou considerado do ponto de vista objectivo.

Convém, por isso, destacar os dois ramos em que o problema se pode desdobrar, a fim de se examinar a estrutura e as características das várias modalidades do excesso, para, devidamente, isolarmos o excesso de defesa em sentido próprio.

a) Consideraremos em primeiro lugar as modalidades que subjectivamente o excesso de defesa pode tomar, para se determinar a realidade, que em sentido próprio, íntegra aquela expressão, para seguidamente se examinarem os vários modos de ser deste conceito na sua actuação prática.

Perante uma mesma situação objectiva de defesa duas são as modalidades que a vontade do sujeito defendente pode apresentar.

Com efeito os limites do art. 46.º podem ser desrespeitados e ultrapassados com um fim de defesa ou por erro do agente ou porque este não actua com a diligência e consideração a que era obrigado, ou porque o agente intencionalmente assim o quis.

Nos dois primeiros casos o fim de legítima defesa permanece íntegro, o agente continua a mover-se nos limites da defesa, animado sempre da «ideia de defesa», muito embora supere o conditionalismo legal. O excesso que se verifica é puramente um excesso quantitativo ou excesso pròpriamente dito, que não se dá no objectivo ou fim da acção, mas na própria acção de defesa e que é devido a erro ou inconsideração e que recai sobre a amplidão da agressão ou a erro ou inconsideração na execução da defesa.

Na outra hipótese, a que a imprópria e incorrectamente se chama excesso de defesa doloso os limites são, igualmente, ultrapassados, mas desaparecendo a ideia da defesa. O pseudo defendente não pensa em se proteger, mas pretende — unicamente praticar um crime, mascarado pela situação objectiva de defesa, na qual, por consequência, o instituto da legítima defesa é apenas o meio que serve a realização daquele crime.

Os limites legais da defesa são agora ultrapassados consciente e voluntariamente com o fim excusivo de se cometer uma ofensa ao direito alheio. Esta modalidade — não cabe de modo algum na noção de defesa a qual só existe, naturalmente, quando o objectivo a alcançar — é a defesa — e por isso dissemos ser incorrecta a expressão «excesso doloso de defesa». Com efeito se, intencionalmente, e para praticar uma agressão se superam os limites do art. 46.º, não se pode falar em excesso de defesa porque esta supõe a ideia de defesa e esta noção é inconciliável com outro fim que não seja o do agredido se proteger a si ou a outrem.

O agente, pretendendo atingir um objectivo a que é estranha qualquer ideia de defesa, não pode, naturalmente, considerar-se em exercício excessivo dum direito que não possui. Muito embora o excesso verificado seja contemporâneo da agressão, ocorrendo no momento da defesa, não tem, no entanto, esta por fim o

motivo, devendo ser punido, como efectivamente é, como crime doloso.

Como resulta do que se deixou escrito há no superamento dos limites do art. 46.º duas modalidades com base no elemento subjectivo que são distintas e que devem ser tratadas separadamente não só pela sua natureza, como também pela diversidade de consequências jurídicas a que dão lugar.

Esta distinção além de nos permitir ver claro no problema, tem também o mérito de nos indicar qual a realidade que cabe verdadeiramente na noção de excesso de legítima defesa e, que será, a única em que se mantém íntegra o fim de defesa.

Com efeito a própria designação de «excesso» — com que lidámos nos elucida, pois, o excesso é, mesmo em sentido vulgar, a diferença para mais, entre duas quantidades da mesma natureza, ou por outra forma uma quantidade em demasia e por isso o verdadeiro e próprio excesso só é compatível com o superamento quantitativo de certa realidade e apenas e naturalmente enquanto esta realidade existir.

A verdadeira noção de excesso, apoiada assim na realidade, vista da ordem jurídica, só é conciliável com a noção de culpa.

Com efeito, para que esta figura surja é necessário que haja o desrespeito dos limites do direito de defesa, mas que ele seja unicamente devido à atitude imprudente ou errónea do agredido e não à sua ostensiva vontade de subverter o fim ou motivo que o determina.

O indivíduo tem de agir com a «consciência de fazer coisa legítima» (1) tendo em vista única e exclusivamente o fim de defesa.

Verifica-se uma utilização abusiva de direito, mas que é devida a inevitáveis perturbações da inteligência e da vontade do homem, que são apreciadas com a justa benevolência.

A ameaça dum grave perigo perante o qual o homem se encontra, conduz este a uma reacção extraordinariamente viva e anormalmente eficaz, da qual não se pode responsabilizar.

O excesso é o resultado objectivo da defesa, o resultado duma

(1) Carrara — Prog. Parte II; Vol. 1.º § 1.345.

intenção lícita e natural, a quem se protege e defende dos golpes que o ameaçam como soube e ponde.

Não se consegue nem se pode admitir aqui qualquer intenção criminosa ou vontade preversa, ou de um modo geral o «animus nocendi» (1).

Na outra situação que, incorrectamente, se aglutina sobre a designação de excesso de defesa, há uma vontade criminosa que utiliza a situação objectiva de defesa, a coberto da possível protecção e benevolência da lei, para a prática de uma agressão e o impulso de perversidade que comanda a conduta do agente tem de ser devidamente punido.

É unívoca a doutrina, onde se encontram teóricos de renome que conscientemente se têm ocupado do problema, em interpretar o excesso de legítima defesa como, excesso culposo.

Desenvolvendo esta ideia diz Carrara... «o perigo eminente não deixa o homem senão, quanto aos de extraordinária presença de espírito a faculdade de raciocinar; compreende-se que esta precipitação e o erro de cálculo dele resultante, são um efeito inevitável da natureza humana» (2).

O homem colocado perante a ameaça dum perigo grave não pode medir com inteira justeza os exactos limites em que deve confinar a sua conduta.

O indivíduo permanece dentro da defesa, o objectivo único da sua acção continua a ser a defesa própria ou alheia, «e colocado na presença do perigo aprecia a necessidade de agir e age sempre com a consciência de fazer coisa legítima». Isto basta, diz Carrara, para que na verdadeira figura do excesso de defesa não se deva falar em dolo» (3).

Na mesma e exacta orientação, Manzini (4), Pessina (5), Carmignani (6), Alimena (7), etc. reconhecem no excesso a confi-

(1) No mesmo sentido vidé Lemos Sobrinho — *Da legítima defesa*, pág. 157 e segs.

(2) Obra citada — Parte II — Pág. 196 e § 1.345.

(3) Obra citada — Parte II — Pág. 196 e § 1.º 1.345.º.

(4) Obra citada — Parte II — Pág. 196 e § 1.º 1.345.º *Tratatto de Diritto Penale*.

(5) Obra citada — Vol. II — Pág. 311. *Teoria de llategi della sicurezza*.

(6) *Elementi di Diritto Penale* — Vol. II — Cap. 1.º.

(7) Obra citada — Vol. III — Págs. 66 e 124. *Imputabilita*.

guração de facto culposo, devido a erro de cálculo na valoração do perigo ou da necessidade de defesa e seus limites.

O que se disse do problema é suficiente para se compreender a interpretação tradicional do excesso de defesa na doutrina que apoia a sua razão de ser na falta de serenidade, na perturbação de ânimo ou na negligência ou inconsideração da necessidade de defesa.

Em todos os casos de excesso verdadeiro e próprio a situação poderia ser evitada se da parte do agente — houvesse «a temperança que devera ter», como se dizia, com iniludível clareza do tít. 35 do Livro V das nossas «Ordenações»; o mesmo é dizer se usasse da diligência que é própria do homem normal, o que, como expressão bem característitca que é da noção de culpa, nos conduz em linha recta a este conceito.

Mas ainda e dentro do excesso a que se chama culposo e sempre do ponto de vista subjectivo há que distinguir, como se deduz da exposição já feita, sub-espécies, consoante o excesso se vai filiar em caso fortuito ou de força maior, onde naturalmente se incluem as causas naturais e o facto de terceiro, ou provém de facto próprio agente. É claro que a distinção tem consequências, jurídicas próprias, podendo, no entanto, desde já dizer-se que se o excesso é devido a causa fortuítta ou erro desculpável ou até medo insuperável não será punido (1).

A absolvição do réu que se vem a dar, como veremos, baseia-se na inexistência de culpa.

b) Examinada e feita a distinção com base no conteúdo da vontade do sujeito agente que realiza a defesa excessiva veja-se agora como se pode dar, objectivamente, o excesso e quais as modalidades em que sobre este aspecto se pode configurar.

Desnecessário é dizer que o problema se põe unicamente para aqueles casos em que existe a possibilidade real do direito

(1) É neste sentido que em boa orientação o Código Penal Alemão estabelece expressamente no § 53.º que o «excesso de defesa por necessidade não é punível quando o agente tenha exorbitado dos limites da defesa por perturbação, medo ou temor».

de defesa ser exercido em excesso, ficando de fora os casos em que o mesmo se coloca no momento anterior à defesa realidade a que a doutrina, que cremos inaplicável no nosso direito, chama «excesso na causa».

Posta assim a questão o excesso de defesa objectivamente pode resultar pelos modos que a seguir se indicam.

A primeira hipótese que se nos depara é aquela em que o excesso é determinado por erro de apreciação «desculpável ou indesculpável» das circunstâncias concretas que individualizam a agressão. Temos neste caso, que é o mais comum, um erro de percepção que conduz o agente a valorar com exageração o perigo da ofensa ou a sua importância, levando-o a praticar uma defesa desnecessária em relação à agressão efectivamente eminente. A sua intenção é defender-se, prevenindo ou suspendendo do mal que o ameaça, mas na realidade pratica uma agressão e neste sentido pode até dizer-se que a sua conduta vai além da intenção.

A segunda hipótese é a que é devida a um erro de execução, ou erro que recai sobre a defesa. O agente tendo valorado com exactidão a agressão, medido a sua importância e determinado com racionalidade os meios necessários à defesa não soube, no entanto, executá-la aos limites pre-determinados.

São estas as duas modalidades pelas quais objectivamente se pode verificar o excesso de defesa: — por erro que recai sobre a agressão e que leva o agente a considerá-la como mais perigosa do que é na realidade conduzindo a defesa contra um perigo maior do que o perigo real, e por erro que recai sobre a defesa fazendo actuar com inabilidade os meios que havia reputado suficientes ou também de deficiente apreciação da medida ou eficiência causal dos meios que são previstos pelo agente.

§ 2.º

1. O excesso de legítima defesa, por isso que consiste no exorbitância dos limites legais em que se deve restringir o exercício do «direito da legítima defesa» é previsto pela lei penal, nos arts. 378.º e circunstância 17.ª do art. 39.º, sendo na primeira disposição considerado uma atenuante especial e até causa de isenção de pena, e na segunda uma atenuante geral.

2. A existência destas duas disposições reconhecendo efeito jurídico tão diferente ao excesso de defesa tem dado lugar a graves dúvidas e a sérias dificuldades na sua interpretação e aplicação.

O art. 378.º declara que o excesso será punido, segundo a sua qualidade e circunstâncias, ou com pena correccional, que conforme diz o § único do art. 64.º não pode ir além de dois anos, ou poderá conduzir à absolvição da pena. No n.º 17.º do art. 39.º o excesso é apenas tratado como simples circunstância atenuante do crime realizado.

Perante esta diversidade de consequências jurídicas, que o confronto entre estes dois textos revela, compreende-se e justifica-se de certa maneira as dificuldades que têm surgido na conciliação ou interpretação conjunta destes preceitos da lei.

Parece que não pode, no entanto, haver dúvidas de que se deve reconhecer a cada um destes preceitos um domínio particular de aplicação, de modo a que nuns casos o excesso nas suas consequências se enquadre no n.º 17.º do art. 39.º e noutras desperte a aplicação do artigo 378.º, porque se não compreende que o mesmo instituto possa ter consequências ou produzir efeitos tão dispares. Cabe, pois delimitar os respectivos campos de aplicação, averiguando com o possível rigor, qual a realidade concreta a que cada um dos preceitos se reporta (1).

E aqui surgem as numerosas e profundas divergências que separam os autores e a jurisprudência, de que passamos a indicar as principais.

a) O Prof. Marnoco e Sousa (2) concilia as duas disposições baseado na diversidade da natureza dos actos em que pode consistir a defesa, servindo-se para tal da letra da epígrafe a que

(1) Não deixaremos de apontar, porquanto neste problema há soluções para todos os gostos, que já se tem defendido que o n.º 17.º do art. 39.º se limita a indicar que o excesso de defesa é uma atenuante cujos efeitos jurídicos são sempre e em todos os casos regulados pelo art. 378.º. Deixaremos a solução, se assim se pode chamar, sem qualquer comentário que, por uma questão de simetria, teria necessariamente de ser fantasista.

(2) Obra citada, in *Estudos Jurídicos*, pág. 313.

se encontra subordinado o artigo 378.º, limitando o campo de aplicação deste preceito aos casos em que a defesa consista em homicídio, ferimentos e outros actos de força que a epígrafe referida enuncia e a respectiva secção desenvolve.

A circunstância 17.ª do art. 39.º reserva-a, este autor, como atenuação da responsabilidade para as hipóteses em que a defesa seja cometida por meios que não fossem os indicados na rubrica citada.

É esta a interpretação que resulta das seguintes passagens que se lêem no seu artigo :

«A atenuação especial do excesso da legítima defesa encontra-se estabelecida no art. 378.º que reduz a pena a prisão correcional, ou absolve da pena, deixando subsistir a obrigação de reparação civil.

Este artigo regula unicamente para o caso da legítima defesa se ter realizado com meios violentos, isto é, consistindo em actos de força como se vê da secção onde se encontra regulado.»

«Nos outros casos do excesso de legítima defesa, a responsabilidade criminal é atenuada unicamente segundo as regras gerais.»

A simples enunciação desta interpretação se revela por um lado, pelo modo como é deduzida, uma certa lógica e uma indiscutível simplicidade, deixa ver por outro o contrasenso e o absurdo das consequências a que conduz.

A diferenciação dos domínios de aplicação dos artigos 378.º e n.º 17.º do art. 39.º, tal como a entende o Prof. Marnoco, leva-nos a estabelecer que, se o excesso de legítima defesa consiste em actos violentos, gravíssimos como o homicídio é punido com prisão correccional, que sabemos não pode exceder dois anos, ou pode mesmo ser isento de pena e, pelo contrário quando o excesso se realize por actos de menor gravidade, actos não violentos que se traduzam no menor sacrifício para o património jurídico do ofendido, o excesso é — punido nos termos gerais.

Ora esta conclusão é inadmissível pelo seu absurdo.

Mas não é apenas esta «monstruosa inconsequência» (1) que

(1) Revista de Legislação e Jurisprudência, art. citado — Pág. 329.

nos conduz a ter de afastar esta orientação, por isso, que também as permissas em que ela se apoia e que a estruturam são insubsistentes.

O argumento principal em que se baseia a interpretação que criticamos é, como já se destacou a colocação do art. 378.º na secção VII que tem por rubrica — «homicídios, ferimentos e outros actos de força...» Ora a verdade é que a arrumação deste preceito no sistema do Código Penal tem a seu favor apenas razões filiadas na tradição «a que se não pode atribuir um significado que lhe é estranho» (1).

Com efeito o art. 378.º como já notara Silva Ferrão, está manifestamente deslocado «pois a sua matéria e a sua aplicação pertence às regras gerais» (2).

É tradicional que a matéria da legítima defesa seja tratada a propósito dos crimes contra as pessoas e sobretudo, a respeito do homicídio; assim acontecia no Código Penal Francês, assim acontece no Código de 1852 e no Código de 1886, seguindo o erro de sistemática que havia sido adoptado no texto que serviu de fonte aos dois últimos. Deve dizer-se, a bem da verdade, que os Códigos Portugueses, diferentemente do que se passava no Francês, estabelecem uma disposição geral a noção de legítima defesa.

A colocação do artigo em questão não é assim bordão a que o interprete se possa amparar com confiança enquanto resulta e se justifica por um erro de sistemática.

Por outro lado e atendendo à redacção do preceito nada se encontra no seu texto que permita conduzir-nos ao absurdo inadmissível da solução proposta. Nada há com efeito na letra do art. que nos leve a aceitar que o campo de aplicação desta disposição é delimitado exclusivamente aos actos de defesa excessiva que consistam em homicídios, ferimentos e outros actos de força.

Com efeito dizendo o artigo: «se no caso do n.º 5 do art. 44.º, qualquer exceder os limites marcados no art. 46.º, o excesso,

(1), Prof. Cavaleiro de Ferreira — Lições citadas — Pág. 294.

(2) Obra citada — Pág. 153.

ninguém poderá dizer o contrário, é definido em função da ampla noção do art. 44.º n.º 5.

A disposição na verdade, embora situada na parte especial do Código, é uma disposição de carácter geral em que o excesso é tomado e definido em função do conceito genérico da legítima defesa.

O interprete, conhecedor das razões da inclusão do preceito na secção onde se encontra terá que concluir que o art. 378.º não contém qualquer limitação, e tendo presente que a legítima defesa pode ter por objecto qualquer interesse, revestindo os actos de defesa, segundo a necessidade racional do meio empregado, as mais diversas modalidades, susceptíveis de se verificarem em excessos, não é lógico que o favor da lei, a sua atitude de benevolência incida, exactamente, sobre os actos mais graves e de consequências mais perniciosas.

A interpretação baseada na distinção da natureza dos actos em que pode constituir o excesso de defesa, é absurda e dogmáticamente incorrecta.

É elemento de valor lógico assente na interpretação o que atende à colocação das disposições interpretadas, mas evidentemente, impõe-se que seja apreciado racionalmente e desde que se chegue à conclusão que, por motivos de sistemática erradas ou deficientes, a colocação nada prova o intérprete terá que, com a razão, obviar aos inconvenientes resultantes.

b) É outra a opinião desenvolvida pela Revista da Legislação e Jurisprudência, a qual não deixa de oferecer um certo interesse.

Entende a Revista em boa orientação que os arts. 378.º e n.º 17.º do artigo 39.º são distintos nos efeitos jurídicos do excesso que contemplam; critica a opinião a que atrás nos referimos e constrói a sua solução partindo do confronto entre o sistema do Código Penal de 1852 e o do Código actual, chegando a concluir que o art. 378.º se aplica ao excesso verificado na defesa dos direitos pessoais e o n.º 17.º do art. 39.º ao excesso na defesa dos direitos de carácter patrimonial.

No desenvolvimento do seu raciocínio diz: «O Código Penal de 1852 admitia apenas a defesa legítima da pessoa, pelo menos a crer pela opinião geralmente seguida pelos seus comentadores,

na esteira da orientação do Código Penal Francês e de harmonia com esta, regulou no art. 378.º apenas o excesso da defesa da própria pessoa do agressor ou de outra pessoa.

«Este artigo 378.º passou para o Código actual com o mesmo número e sem qualquer alteração porque lha não fez a Nova Reforma Penal, tendo aliás modificado outras disposições próximas.»

Assim como primeira conclusão afirma a referida Revista : — «deve portanto entender-se que este preceito conserva o mesmo alcance (que tinha no Código de 52) abrangendo apenas o excesso da defesa da pessoa do agredido ou de outrém nas circunstâncias referidas no art. 377.º.

Quanto ao número 17 do art. 39.º, continua a mesma Revista : «A Nova Reforma Penal alterou profundamente as regras do Código de 1852...» e uma dessas alterações foi a de permitir a defesa legítima de qualquer direito.

«Mas desde que se permitiu a legítima defesa de qualquer direito evidentemente se tornou possível o excesso de legítima defesa fora dos casos do art. 378.º...» Era necessário que o legislador de 84 determinasse os efeitos do excesso da legítima defesa de quaisquer outros direitos e portanto dos direitos patrimoniais fora dos casos do art. 377.º.

«Em face dessa situação o legislador de 84 deixando intacto o preceituado no citado art. 378.º, considera simplesmente atenuante geral o excesso de defesa dos bens fora dos casos do art. 377.º, para tal se acrescentando no Código a circunstância 17 do art. 39.º.»

É esta nas suas linhas gerais e traços fundamentais a interpretação e as conclusões a que se chega a «R. L. e J.» sobre o modo de entender conjuntamente as duas disposições que no nosso Código Penal se referem ao excesso de defesa. Pretende-se neste modo de ver o problema chegar a uma solução lógica e evitar os absurdos a que se era conduzido pela interpretação criticada.

No entanto, parece-nos que a verdade ainda não é alcançada.

Em primeiro lugar a construção da solução apoia-se em deduções insubsistentes e em segundo lugar o absurdo de que se queria fugir mantém-se, embora, com outro aspecto.

O argumento principal utilizado pela Revista, e em torno do

qual se faz toda a construção que expuzemos é que no Código de 1852 a legítima defesa, era essa a opinião dos comentadores, apenas era susceptível de se aplicar quando muito a todos os direitos pessoais.

E assim o artigo 378.º que dizia: «se no caso de necessidade... em estreita correlação com o artigo 14.º n.º 3.º só previa o excesso na defesa dos direitos pessoais.

Interpretava-se como se vê e como é natural o art. 378.º subordinado à noção a que se reporta, vivendo e applicando-se à realidade concretamente determinada naquele conceito.

E não se pode dizer que isto não seja logicamente correcto, e tão correcto o supomos, que é com base neste mesmo argumento, que vamos fazer a sua crítica.

A Reforma Penal de 1884 respondendo às acerbas censuras feitas aos acanhados limites que o Código de 1852 reconhecia à legítima defesa e harmonizando-se com a amplitude que este tinha na lei civil de 1867, entende que o instituto da legítima defesa pode ter por objecto qualquer direito.

Em consequência o artigo 44.º n.º 5, preceito onde se contém a noção genérica da legítima defesa e bem assim o artigo 46.º que lhe coloca os limites que a natureza fim e motivo do instituto impõem são preceitos amplos que abrangem a defesa de qualquer direito.

O art. 378.º referindo-se, presentemente aos dois artigos anteriormente indicados, reporta-se à noção e aos limites que neles se contém e mantém as mesmas consequências do excesso. E, se em 1852 o facto do art. 378.º remeter para a noção contida no art. 14.º n.º 3.º fazia concluir que o excesso no primeiro previsto, era apenas o excesso na defesa dos direitos pessoais porque era este o alcance do conceito enunciado no segundo preceito, entendemos sob pena de uma incoerência e uma arbitrariedade injustificadas e absurdas que o art. 378.º, por isso, que a noção para que remete, abrange a defesa de qualquer direito tem de abraçar o excesso no exercício da legítima defesa desses quaisquer direitos.

Esta é a conclusão a que o argumento da Revista nos conduz por força das normas de disciplina intelectual e dos imperativos da lógica. Isto quanto ao vício na interpretação, porquanto na conclusão encontramos igualmente um absurdo, pois enquanto

para a defesa das pessoas se pode ir até à isenção de pena, na defesa dos bens o excesso é apenas atenuado o que não há nada que justifique, porquanto o argumento da maior perturbação que naturalmente existe na defesa das pessoas é bastante falso.

Em conclusão a única interpretação que nos parece, sem arbítrio, resultado do texto da lei é esta :

O art. 44.º n.º 5.º abrange a legítima defesa de qualquer direito como prova não só a natureza do instituto, mas a redacção deste preceito e também a do n.º 1.º do art. 46.º que fala em agressão sem fazer qualquer distinção ; E o art. 378.º baseado nesta noção de legítima defesa contempla necessariamente as consequências jurídicas do excesso verificado na defesa de qualquer direito.

c) Temos tratado até aqui da figura do excesso de defesa resultante do superamento quantitativo dos limites que o art. 46.º coloca ao nosso instituto, o qual tem, naturalmente, a sua razão de ser na intensidade da emoção sofrida pela pessoa vítima duma agressão.

A motivação do acto de vontade que se exterioriza na conduta do agente é elemento importantíssimo a contar na estrutura que a vontade sempre possui e de grande influência na apreciação do seu conteúdo.

O defendente colocado perante uma agressão que a ameaça o seu património jurídico tem como fim, na normalidade das hipóteses e para que o instituto de legítima defesa funcione, a tutela do direito em perigo. A sua acção ou conduta reagente é a exteriorização ou materialização dessa vontade dominada como fim único de defesa ; todo o seu comportamento tem por objectivo a defesa própria ou alheia.

Mas o homem em face do perigo da ofensa sente a necessidade de agir, se nos é permitido dizer, sem consciência, tendo toda a vontade dirigida no sentido de imediatamente e o mais rapidamente possível destruir ou evitar o perigo que o ameaça. Daqui verificar-se frequentemente uma conduta excessiva que não destrói o objectivo ou fim da sua atitude que é e continua a ser a defesa. Aquilo que ultrapassa os limites da necessidade

tem a sua razão de ser no erro ou na perturbação em que o indivíduo se encontra.

A lei tem a consideração a imperfeição da natureza humana e a pureza da intenção do agente, e baseada na inexistência de culpa vai ao ponto de, nos termos do art. 378.º, absolver o agente.

É esta a única e verdadeira noção do excesso. Só com efeito nos casos em que o direito de defesa existe e enquanto o fim de defesa se mantém íntegro se pode falar em excesso de defesa e é para estes casos e apenas a estes que o art. 378.º existe e se aplica.

A absolvição do réu a que pode conduzir o preceito não se baseia na existência da causa de justificação pois esta esgotou-se no próprio momento em que se superam os limites do exercício do direito. O facto em que se apoia o efeito regulado no art. 378.º tem outra razão de ser. É a consideração do elemento subjectivo que é inerente à infracção em que consiste o excesso que devidamente apreciado, estrutura as consequências que aquele artigo prevê. É portanto no exame da culpabilidade do sujeito defendente que se encontra a explicação da atitude tomada por aquele preceito legal.

A culpabilidade, como conceito normativo não se esgota nas modalidades dolo e culpa, como formas que pode apresentar o nexo psíquico entre o autor e o facto. A culpabilidade é um juízo de reprovação que da ordem jurídica incide sobre o agente e, como juízo de valor que é, supõe um objectivo sobre que é proferido o qual, para ser bem apreciado tem de ser integrado por todos os elementos que possam formar e influir na unidade substancial que constitui a situação de facto, valorada normativamente.

Assim, e para só focarmos o aspecto que agora interessa, a motivação do acto volitivo que se projecta e materializa no mundo exterior, tem importância considerável na afirmação da existência da culpabilidade e mormente na sua graduação.

Assim também o que se passa com o erro.

Por esta ordem de considerações vemos a lei no art. 378.º reconhecer o funcionamento, em seguida à causa de justificação de uma causa que impede a verificação da culpabilidade ou para se lidar com a designação tradicional uma causa de exclusão da culpabilidade, o que é inteiramente confirmado pela redacção do

preceito ao atender à qualidade e circunstâncias do excesso, expressão que usa para se reportar ou à emoção causada pela agressão injusta ou a outra causa que conduza à afirmação da inexistência de culpabilidade.

Em que casos e em que circunstâncias se aplica, porém, o art. 39.º, n.º 17?

Existe a par da situação que temos referido e examinado uma outra que igualmente já se destacou e que, pode dizer-se, oferece com aquela uma aparente semelhança.

Nos casos em que existe o direito de defesa legítima (e só nestes casos como vimos se pode pôr o problema do excesso) pode o agente aparentemente em defesa objectivamente, ultrapassar os limites em que se confina o exercício do direito, com consciência e vontade.

Trata-se agora subjectivamente de uma agressão a que é estranha toda e qualquer ideia de defesa mas que objectivamente e na realidade grosseira das coisas, pode apresentar alguma semelhança com a situação anterior.

Os limites do direito de defesa são então ultrapassados intencionalmente, a vontade que vai produzir a agressão é uma vontade especificada por um conteúdo, fortemente, reprovável pois é vontade que se dirige a um facto proibido por lei, integrando a verdadeira noção de dolo.

Temos assim, como já conhecíamos, aquilo a que imprópria-mente se chama «excesso doloso de defesa». Esta modalidade já nada tem que ver com a anterior. Não se trata de uma forma excessiva de defesa, mas de uma agressão praticada sob um cenário de defesa.

Estamos diante de um crime doloso que efectivamente é praticado e que constitue um facto punível. A lei considera esta modalidade sob a designação de «excesso de legítima defesa» na circunstância 17 do art. 39.º, o que é duplamente errado. Em primeiro lugar porque se não trata de direito de defesa e muito menos de uma sua forma excessiva. Em segundo lugar porque o excesso verificado não é uma circunstância mas o próprio facto punível, como facto que é, de indiscutível valor penal próprio; que é punido apenas com a atenuação mencionada.

A lei atende agora aqui, tendo presente a influência que as circunstâncias têm no «como» do crime o facto de esta modalidade de excesso ter sido praticada em seguida à agressão do ofendido o que diminue a gravidade do crime doloso por efeito da lei se reportar à sequência do crime em relação ao facto que presume, em certa medida, seu causador.

É esta, também, a forma por que o Prof. Cavaleiro de Ferreira concilia as duas disposições aparentemente contraditórias e que pela justeza de princípios, harmonia de raciocínios e lógica das conclusões merece todo o apoio.

É com efeito a única forma para quem tenha a consciência do problema e conhecimento da realidade que indevidamente se aglutina sobre a designação de excesso de defesa, que é correcta quer doutrinariamente quer dogmáticamente.

Esta interpretação como se não fosse suficiente a sua enunciação e a boa acomodação às distinções que temos apresentado é estruturada pelo confronto com que se passa quanto ao exercício dos restantes direitos reconhecidos ao homem, a que se refere o art. 44.º n.º 4.

Com efeito dispõe este preceito que o exercício do direito justifica os factos praticados quando se houver procedido com diligência precisa ou o resultado for meramente causal. Se se ultrapassa os limites que condicionam o desenvolver do direito haverá excesso culposos se se proceder com falta de diligência e deixará de haver direito e de se falar no seu exercício quando o fim em vista do qual ele foi reconhecido for subvertido.

Ainda e dentro deste mesmo assunto não queremos deixar de examinar um problema que se costuma pôr na doutrina e que consiste em saber como é que em certa modalidade do excesso em que o indivíduo valorada com exactidão a realidade faz actuar o meio que pre-determina, se pode dizer que há excesso culposos.

Como pode punir a título de culpa um indivíduo que reage produzindo um resultado com consciência e vontade de o produzir?

As referências ligeiras que faremos a esta questão destinam-se apenas a colocar o problema e não permitem que se faça o seu estudo completo realizado pelo exame exaustivo das soluções

apresentadas e dos argumentos que os vários autores utilizam na defesa dos seus pontos de vista.

Vejamos a situação que em nosso entender embora não fundamentada pode dar lugar a dúvida. O defendente colocado perante um perigo de ofensa eminente valora com exageração a qualidade e a quantidade do mal que o ameaça e escolhe o meio que, em seu entender, é necessário para prevenir ou suste, e executa-o manifestamente com vontade e consciência. A infracção em que consiste o excesso será culposa ou dolosa?

Aqui repartem-se as opiniões, entendendo alguns escritores, que porque o agente quer a infracção em todos os seus efeitos e consequências esta é um crime doloso.

Ora sem mais desenvolvimentos porque tal orientação revela completo desconhecimento do que é dolo e da configuração do crime doloso passamos a indicar porque é que esta modalidade do excesso é culposa.

Vimos a situação de facto com que há a contar o defendente por erro valora mal a situação de perigo (e o erro para ser erro, não pode ser doloso, porque além de uma contradição verbal, erro e dolo são realidades inconciliáveis) escolhe um meio que entende ser o racional para prevenir a agressão. O agente quer produzir pois um evento proporcionado à acção, mas ultrapassa os limites impostos pela necessidade. O evento resultante da sua conduta é querido pelo agente mas ultrapassa o seu querer e a sua vontade.

Com efeito, basta o agente actuar dentro dos limites da necessidade e ao contrário excedê-los para que o facto cometido tenha na realidade um quid objectivo que o agente não prevera nem quera, e este facto deve ser considerado como essencial na questão da sua disciplina jurídica. Há portanto um desconformidade entre o conteúdo do conhecimento e a realidade legal do facto praticado.

Por outro lado o agente prevendo o facto como necessário para a sua defesa, prevê um facto típico mas acompanhado de uma causa de justificação e o facto é naturalmente não um facto criminoso, mas um facto justificado, um facto a que a falta a antijuridicidade penal.

Ora o agente não pode querer um facto que não prevê e o facto efectivamente querido não pode ser punido por ser justificado (1).

Fernando Pedroso Rodrigues

(1) Carrara — Prog. — Parte II, Vol. 1, § 1.45 — «La coscienza della liceità, benchè erronea, no se adatta assolutamente col dolo».