

# Data enia

Revista Jurídica Digital

6   
Novembro 2016

Artigo 21.º  
**Direito de resistência**

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

in Constituição da República Portuguesa

## **O direito de resistência à luz da sua positivação jurídica**

### **A RELAÇÃO COM A LEGÍTIMA DEFESA E A CESSAÇÃO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA**

**Pedro Tiago Ferreira**  
Formador

#### **RESUMO:**

O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios do Estado de Direito, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.

# O direito de resistência à luz da sua positivação jurídica

## A RELAÇÃO COM A LEGÍTIMA DEFESA E A CESSAÇÃO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA

Pedro Tiago Ferreira

Formador

**Resumo:** O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios do Estado de Direito, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.

### 1. Introdução

A figura do direito de resistência configura um caso interessante de um conceito cujo conteúdo foi sendo modificado ao longo do tempo não só através do labor intelectual dos filósofos em geral, que, de uma ou outra forma, desenvolvem o pensamento dos seus predecessores, mas, também, através da tomada de opções políticas que positivaram os ganhos intelectuais produzidos pelos juristas, nomeadamente os filósofos do Direito, os constitucionalistas e os penalistas, cuja linha de pensamento centra-se numa perspectiva mais técnica deste mesmo assunto.<sup>1</sup> É por esta razão que é possível falar de um "direito *moral-político* de resistência", conceito desenvolvido por filósofos em geral, e jus-naturalistas em particular, até aos finais do século

---

<sup>1</sup> Para uma exposição detalhada desta evolução a partir de uma perspectiva histórica contempladora tanto dos aspectos filosóficos como dos aspectos jurídicos, cf. Andrade Esteves, 1989: 13-224.

XVIII, por oposição a um "direito *jurídico* de resistência", compreendendo-se o termo "jurídico" restritivamente, isto é, designando aquilo que Karl Larenz denomina por "ciência do Direito" (*Rechtswissenschaft*), entendendo-se por tal "aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído", (Larenz, 1997: 1) surgida somente após a Revolução Francesa. Os juristas que fazem "ciência do Direito" elaboram "uma ciência jurídica que se orienta principalmente pela lei (ou, se se preferir, pela «proposição jurídica») e não pelos casos já decididos", (Larenz, 1997: xxi) o que exclui, entre outras coisas, todos os preceitos do Direito natural que não estejam positivados em lei ou, pelo menos, aqueles que contrariem a "proposição jurídica" entendida neste sentido formal.

Apesar dos perigos que, em tese, doutrinas deste género podem encerrar, dado que não colocam limites substantivos à lei, permitindo, nomeadamente, que a mesma seja considerada válida mesmo que seja injusta, o que se verifica é que as constituições modernas, nomeadamente as da grande generalidade dos países ocidentais, positivam um conjunto de direitos considerados "fundamentais", muitos deles oriundos de concepções jus-naturalistas. A figura do direito de resistência, enquanto direito moral-político, acaba, assim, por ter, contemporaneamente, uma função residual, dado que, através da implementação de um sistema constitucional de freios e contrapesos garantido através da separação dos poderes legislativo, executivo e judicial do Estado, que permite, entre outras coisas, a independência dos tribunais perante quem faz e executa as leis, a "resistência" face ao abuso do poder por parte dos detentores de cargos nos órgãos legislativo e executivo é feita dentro de parâmetros jurídicos, isto é, com recurso aos tribunais, de forma a garantir que os conflitos sejam resolvidos pacificamente. Assumindo que só há direito a resistir, de forma directa e, se necessário, pela força, contra ordens ilícitas por parte de indivíduos que, abusando do poder que lhes é conferido pelo seu cargo, imponham aos destinatários das suas ordens prescrições manifestamente injustas, cujo acatamento raie o impossível ou provoque danos irreparáveis, a positivação do direito de resistência fará com que o mesmo seja circunscrito a casos onde não seja possível, em tempo útil, recorrer às autoridades (i.e., a outras autoridades que não a que está a fazer

um uso abusivo do poder), ou onde, em situações limite, todas as autoridades (e.g., os tribunais, os órgãos de polícia, o órgão legislativo, etc.), de uma forma concertada, tentem, dolosamente, infligir danos aos cidadãos.

O direito de resistência está intimamente ligado a duas outras figuras jurídicas, a saber, a legítima defesa e a cessação do dever de obediência. Estas duas últimas figuras jurídicas constituem casos especiais de direito de resistência, fruto de uma refinação jurídica empreendida ao longo dos últimos dois séculos por parte da acima mencionada "ciência do Direito". Todas constituem causas de exclusão da ilicitude. Isto significa que, se um indivíduo actuar ao abrigo de uma delas, encontra-se legitimado a efectuar actos que, em si mesmos, configurariam ilícitos-típicos.

O objectivo deste estudo é dar conta das modificações que a "ciência do Direito" efectuou no conceito filosófico de direito de resistência. A posituação deste conceito, efectuada quer em constituições, quer em leis ordinárias, circunscreve, por um lado, o âmbito de aplicação do direito de resistência a casos muito especiais, de ocorrência estatisticamente reduzida. As duas figuras derivadas do direito de resistência, a legítima defesa e a cessação do dever de obediência, introduzem especificidades que o direito de resistência, globalmente considerado, não conhece: a legítima defesa requer que uma agressão seja *actual*, ao passo que o direito de resistência legitima o uso da força não só em resposta a agressões actuais mas, também, para prevenir o surgimento de agressões futuras. É analisada, na secção 4, a tensão entre esta possibilidade filosófica de "reação a todo o tempo" e o texto do artigo 21.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que, *prima facie*, não permite tal coisa, embora uma análise mais detalhada admita a formulação do argumento de que a possibilidade de agir para evitar ofensas futuras decorre da constatação empírica de que o sistema de freios e contrapesos entrou em colapso e, por isso, já não é possível recorrer a quaisquer autoridades.

Na secção 5, constata-se que a especificidade que a cessação do dever de obediência traz em relação ao direito de resistência é o facto de a primeira estar circunscrita a funcionários e agentes do Estado, conforme prescrito pelo artigo 271.º CRP, representando um caso de direito de resistência passiva em que um subordinado pode legitimamente descartar as ordens de um superior

hierárquico na medida em que o conteúdo das mesmas configure a prática de um crime.

Antes disto, contudo, é explicitada, na secção 3, o que é, por um lado, um ilícito-típico, e, por outro lado, em que medida é que certas circunstâncias configuram causas de exclusão da ilicitude. Este estudo começa, no entanto, por fazer, na secção 2, uma breve distinção entre direitos morais e direitos jurídicos com o intuito de explicar as razões pelas quais, antes do final do século XVIII, se discutia se a validade das leis postas pelo soberano podia ser colocada em causa quando estas ofendessem os mais elementares preceitos da Justiça, emanados do Direito natural. A polémica encontra-se, na actualidade, mitigada pelo facto de os direitos morais considerados mais importantes se encontrarem juridicamente positivados, o que os torna, efectivamente, em direitos jurídicos. A análise deste debate ajuda, igualmente, a perceber por que razão o direito de resistência é, contemporaneamente, subsidiário e residual.

## **2. Direitos morais e direitos jurídicos.**

Pode dizer-se que os direitos, em geral, são "advantageous positions conferred on some possessor by law, morals, rules, or other norms." (Audi, 1999: 796) Os direitos jurídicos e os direitos morais têm um certo grau de sobreposição em virtude do seguinte facto:

The concept of a right arose in Roman jurisprudence and was extended to ethics via natural law theory. Just as positive law, the law posited by human lawmakers, confers legal rights, so the natural law confers natural rights. Rights are classified by their specific sources in different sorts of rules. Legal rights are advantageous positions under the law of a society. Other species of institutional rights are conferred by the rules of private organizations, of the moral code of a society, or even of some game. Those who identify natural law with the moral law often identify natural rights with moral rights, but some limit natural rights to our most fundamental rights and contrast them with ordinary moral rights. Others deny that moral rights are natural because they believe that they are conferred by the mores or positive morality of one's society. (Audi, 1999: 796)

Independentemente de os direitos morais serem, ou não, derivados de direitos jurídicos naturais, ou de serem constituídos autonomamente pelos costumes de determinada sociedade, a realidade é que existe uma diferença marcada entre direitos morais e direitos jurídicos *positivos*: estes últimos são outorgados pelo legislador humano, ao passo que os direitos morais são criados à margem da vontade de quem detenha, circunstancialmente, o poder numa determinada sociedade.

Esta linha de raciocínio ajuda a justificar uma ideia transversal a todos os autores que, ao longo dos séculos, têm problematizado acerca da temática do direito de resistência, a saber, a de que o direito de resistência é, por um lado, necessariamente *ilícito* em relação às normas jurídicas positivas de um determinado ordenamento jurídico, mas, por outro lado, é não só *lícito*, como surge em cumprimento de um *dever* moral-político, i.e., o de restabelecer a paz jurídica perturbada por comportamentos tirânicos por parte do(s) detentor(es) do poder, quando analisado a partir do prisma não do Direito positivo, mas sim do Direito natural e da moral universal dos povos. Dito por outras palavras, o direito de resistência surge como uma reacção ilícita, ilegal e inconstitucional face à ordem jurídica positiva vigente, mas que se encontra plenamente justificada à luz de critérios morais-políticos e jus-naturalistas.

Tendo em atenção o acima dito, parece, *prima facie*, paradoxal a positivação do direito de resistência em várias constituições europeias do século XX.<sup>2</sup> O paradoxo é, contudo, dissolvido a partir do momento em que se note que, contemporaneamente, já não faz sentido destringir entre um "direito moral-político de resistência" e um "direito jurídico de resistência", na medida em que os direitos morais, em geral, bem como os morais-políticos, em particular, estão inscritos nas constituições modernas e, por isso, são, igualmente, direitos jurídicos. Com efeito, o artigo 21.º CRP, epigrafado "direito de resistência", prescreve que "[t]odos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade

---

<sup>2</sup> Cf., a título de exemplo, artigo 21.º da Constituição da República Portuguesa, parágrafo IV do art. 20.º da Lei Fundamental de Bona, nº 2 do artigo 10.º da Constituição Espanhola, artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, parte integrante da Constituição Francesa de 1958, actualmente em vigor.

pública." Ora, os "direitos, liberdades e garantias" a que a primeira parte do preceito se refere estão positivados no texto constitucional (cf. artigos 24.º a 57.º), equivalendo, *grosso modo*, aos direitos naturais a cuja infracção, no passado, se encontrava ligada a legitimidade do direito de resistência. Isto significa que, nos Estados de Direito, o uso abusivo ou tirânico do poder é, ele próprio, ilícito, não só por infringir certos aspectos fundamentais do Direito natural, mas, também, por ser ilegal e inconstitucional, isto é, por ir contra o próprio Direito positivo. Positivar o direito de resistência na Constituição é, assim, o corolário do reconhecimento de que os membros de uma comunidade têm o direito de ser governados de uma forma justa. Não existe paradoxo porque os cidadãos não se encontram, constitucionalmente, legitimados a resistir a ordens justas, mas somente a ordens injustas, i.e., que ofendam "os seus direitos, liberdades e garantias".

### 3. Ilícitos-típicos e causas de exclusão da ilicitude.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, um "ilícito-típico" "é a qualificação de uma conduta *concreta* como penalmente *ilícita* que significa que ela é, de uma perspectiva tanto objectiva, como subjectiva, desconforme com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por conseguinte, um juízo negativo de valor (de desvalor)." (Figueiredo Dias, 2012: 268) Naturalmente, não se verificam ilícitos-típicos somente a nível do Direito Penal; uma conduta pode ser ilícita à luz do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, etc. Em todo o caso, a concretização de determinada conduta como configurando um ilícito-típico é feita através

de dois instrumentos diferentes ou mesmo de sinal contrário, mas em todo o caso **funcionalmente complementares**. Um deles é o que aqui se chama **tipos incriminadores**, isto é, o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito. O outro são os **tipos justificadores** ou *causas de justificação* que, servindo igualmente a concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carácter de limitação ("negativa") dos tipos incriminadores. Também os



tipos justificadores constituem, no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma, susceptíveis de tipificação) e podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*)tipos, *funcionalmente complementares* dos tipos incriminadores. *Estruturalmente* porém estas entidades apresentam-se como diversas, na precisa medida em que só os tipos incriminadores são portadores do bem jurídico protegido, por isso mesmo delimitando o ilícito por forma concreta e positiva, enquanto os tipos justificadores são em princípio estranhos à ordem legal dos bens jurídicos e delimitam assim o ilícito por forma geral e negativa. É verdade que tanto uns como outros se destinam a circunscrever o condicionalismo sob o qual a lesão de um bem jurídico é em definitivo ilícita; mas enquanto a esta função se liga, nos tipos incriminadores, a de descrever ou indicar o bem jurídico de que se trata, é ela por regra estranha aos tipos justificadores. (Figueiredo Dias, 2012: 269)

Assim, uma conduta é ilícita quando exista uma regra de Direito que a qualifique como tal e, *na situação concreta*, não se verifique uma qualquer circunstância que torne essa mesma conduta lícita. Actos efectuados no exercício do direito de resistência ou da legítima defesa, bem como omissões justificáveis à luz de haver cessado o dever de obediência a que determinado agente está, em princípio, adstrito, são, precisamente, exemplos de circunstâncias que tornam uma conduta lícita, não obstante a mesma ser qualificada por uma regra de Direito como ilícita. Conforme prescreve o n.º 1 do artigo 31.º do Código Penal, "[o] facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade", o que significa que não há *numerus clausus* para as fontes das causas de exclusão que, aliás, não se encontram circunscritas ao Direito positivo.

#### 4. Direito de resistência e legítima defesa.

A segunda parte do artigo 21.º CRP, que prescreve que todos têm o direito "de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública", confirma que o âmbito de aplicação do direito de resistência é mais amplo do que o da legítima defesa, que, de todo o modo,

já é manifestado pela primeira parte deste artigo, na medida em que o direito de resistência parece estar pensado, primordialmente, para legitimar acções que, em si mesmas, configurariam ilícitos-típicos se não se verificasse a presença desta causa de exclusão, empreendidas contra as próprias autoridades, sejam estas detentoras de cargos de órgãos de soberania ou de cargos de órgãos policiais, por exemplo. Assim, ao passo que a legítima defesa é definida como "o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro", segundo o disposto no artigo 32.º do Código Penal, o direito de resistência não exige o requisito da *actualidade*, isto é, de que a agressão esteja a decorrer ou, pelo menos, seja iminente, isto é, prestes a ser executada. Desta forma, a legítima defesa está pensada como causa de justificação de actos ilícitos que um indivíduo comete ao proteger-se de uma agressão *actual*, que pode ser perpetrada por qualquer um, desde um anónimo cidadão até ao Chefe de Estado. Por outro lado, a legitimidade de defesa contra agressões *não actuais* está pensada para actos que ponham em causa a subsistência do modo de vida do indivíduo, bem como da comunidade onde este se encontre inserido. Assim, a promulgação de legislação inconstitucional por ofensa aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, por exemplo, constitui uma agressão que *não é actual*, na medida em que o indivíduo pode, em tese, nunca ver os seus direitos ameaçados *numa situação concreta*. Um regime semelhante ao regime nacional-socialista alemão das décadas de 30 e 40 do século XX, que promulgue legislação que constitua uma agressão a direitos, liberdades e garantias do cidadão positivados na Constituição, pode ser legitimamente deposto, através do exercício do direito de resistência activa, por cidadãos que não estejam, *no momento em que actuam*, ameaçados pelas disposições legais inconstitucionais. O direito de resistência dispensa, por conseguinte, a necessidade de a agressão ser actual em virtude de estar pensado para legitimar actos que, em si mesmos, seriam ilícitos, contra o próprio poder político, quando este abuse do poder que, para todos os efeitos, conserva somente *in actu*, ou seja, em representação do povo. Para além disso, outro dos fundamentos da legitimidade do direito de resistência é o de prevenir agressões futuras, que poderão ser mais ou menos latentes, o que, tecnicamente, não pode ser feito através do mecanismo da legítima defesa.

## 5. Direito de resistência e cessação do dever de obediência.

A figura da cessação do dever de obediência configura o desenvolvimento de uma outra figura sua antecessora, a saber, a do direito de resistência passiva. Com efeito, a cessação do dever de obediência mais não é do que a face negativa do direito de resistência na sua feição activa,<sup>3</sup> isto é, ao passo que o direito de resistência activa pressupõe uma acção, um acto positivo que modifique, por qualquer forma, o estado de coisas, a cessação do dever de obediência implica somente que o agente esteja legitimado a, por inacção ou omissão, não executar uma ordem que lhe é dada por uma autoridade.

No Direito português, a positivação da cessação do dever de obediência circunscreve o âmbito de aplicação da figura a funcionários e agentes do Estado. Isto significa que os particulares não podem fazer uso desta causa de exclusão da ilicitude, não obstante estarem legitimados a, por inacção ou omissão, resistirem "a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias".

Assim, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 271.º CRP, epigrafiado "responsabilidade dos funcionários e agentes", "[c]essa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime." A ilicitude do acto de desobediência só é, portanto, excluída se o superior hierárquico ordenar que o funcionário ou agente do Estado pratique actos criminosos. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, "[a] Constituição acolheu assim, em matéria criminal, a melhor doutrina, que já na ordem constitucional de 1933 defendia a prevalência do princípio da legalidade sobre o princípio hierárquico." (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2010: 855) A positivação desta faceta do direito de resistência demonstra, uma vez mais, que toda e qualquer resistência é, na ordem constitucional portuguesa contemporânea, feita dentro de parâmetros jurídicos, isto é, dentro do quadro constitucional e legal existente. Os funcionários e agentes do Estado têm o direito de resistir desobedecendo a certas ordens não em virtude de estas

---

<sup>3</sup> Cf. para uma exposição detalhada do conceito de "direito de resistência activa" de um prisma jus-filosófico (por oposição ao prisma da "ciência do Direito" surgido após a Revolução Francesa), Calafate, 2012: 153-180.

serem imorais, ou até mesmos ilegais,<sup>4</sup> mas sim de a execução das mesmas os obrigarem a praticar um crime.

## 6. Conclusão.

É notório, portanto, que a positivação do direito de resistência, bem como das duas figuras de si derivadas por parte da ciência do Direito, limita o âmbito de aplicação do direito de resistência na sua formulação filosófica, ou moral-política. Tal como as considerações efectuadas ao longo deste ensaio demonstram, esta limitação opera fundamentalmente devido ao facto de o Estado constitucional moderno se submeter ao Direito, auto-limitando-se no exercício da sua soberania, que não pode ser exercida, dada a existência desta auto-vinculação, de forma absoluta. Assim, as situações em que é admissível aos cidadãos resistirem, de forma legítima, a ordens dadas por figuras de autoridade resumem-se às situações, estatisticamente escassas, em que os detentores de cargos de autoridade abusam do poder do seu ofício, extravasando as suas competências, sendo impossível ao lesado recorrer, em tempo útil (i.e., antes da inutilização do seu direito), a outras autoridades (nomeadamente aos tribunais). Dito por outras palavras, enquanto que, no passado, o direito de resistência conferia legitimidade para resistir a actos do poder que, não obstante ofenderem os direitos naturais e morais mais elementares do cidadão, eram, de um ponto de vista formal, legalmente válidos, em virtude de decorrerem da legislação emitida pelo soberano que, de um ponto de vista formal-legal, não se encontrava limitada por direitos fundamentais positivos, na actualidade só surge, na esfera jurídica do particular, um direito de resistir a ordens emitidas por figuras de autoridade que sejam, elas próprias, ilegais ou inconstitucionais, isto é, contrárias ao Direito. O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a

---

<sup>4</sup> Há ilegalidades do foro administrativo ou civil que, precisamente por pertencerem a estes ramos do Direito, não são consideradas crime. A questão da responsabilidade dos funcionários e agentes no cumprimento de ordens ilegais que não constituam a prática de um crime encontra-se prevista no nº 2 do artigo 271.º CRP.

desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios elementares da Justiça, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.<sup>5</sup>

### Referências:

ANDRADE ESTEVES, Maria da Assunção, 1989, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa.

AUDI, Robert, 1999, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press.

CALAFATE, Pedro, 2012, *Da origem popular do poder ao direito de resistência: Doutrinas políticas no século XVII em Portugal*, Esfera do Caos Editores, Lisboa.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, *Direito Penal, Parte Geral. Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra.

GOMES CANOTILHO, J.J. e VITAL MOREIRA, 2010, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra.

LARENZ, Karl, 1997, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

RAZ, Joseph, 2011, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press.

**Pedro Tiago Ferreira**  
Formador

---

<sup>5</sup> Cf. em relação a este ponto, Raz, 2011: 262-275.

**Data**  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

