

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LEOPOLDO MAMELUQUE**

**DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO E NO DIREITO PENAL COMPARADO**

BELO HORIZONTE

2011

**LEOPOLDO MAMELUQUE**

**DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E  
NO DIREITO PENAL COMPARADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Penais.

Área de concentração: Ciências Penais.

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales.

Belo Horizonte  
Faculdade de Direito da UFMG  
2011

M264 e **MAMELUQUE, Leopoldo**  
**Do estado de necessidade no direito penal brasileiro e no direito penal comparado. /**  
**Leopoldo Mameluque. – 2011.**

**196 f., enc.**

**Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales.**

**Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de**  
**Direito.**

**Bibliografia: f. 192-196**

**1. Estado de necessidade. 2. Direito penal brasileiro. 3. Direito penal comparado –**  
**aspectos legais. I. Sales, Sheila Jorge Selim de. II. Universidade Federal de Minas**  
**Gerais – Faculdade de Direito. III. Título.**

**CDU 343.234(043)**  
**343.288**

**Ficha Catalográfica elaborada por Emilce Maria Diniz – CRB- 6ª n. 1206**

**Universidade Federal de Minas Gerais**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Dissertação intitulada “Do estado de necessidade no Direito Penal brasileiro e no Direito Penal Comparado”, de autoria do mestrando Leopoldo Mameluque, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales – Orientadora

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Belo Horizonte, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço às pessoas que tornaram possível a realização deste trabalho, em especial à minha orientadora, professora Sheila Jorge Selim de Sales, pela erudição jurídica e precisão nos ensinamentos.

Agradeço também aos professores e colegas do mestrado pelas orientações e apoio na consecução deste objetivo, bem como aos servidores da secretaria da pós-graduação.

Agradeço aos servidores das bibliotecas da UFMG e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais pela assistência prestada durante as revisões bibliográficas.

Agradeço também a Liliann, minha esposa que me acompanhou durante a elaboração desta dissertação e aos meus filhos Pedro, Sara e Maria por terem compreendido o sacrifício do nosso convívio em horas importantes, em prol destes estudos.

Agradeço, por fim, aos meus pais pelos exemplos de vida e aos amigos pela confiança.

## RESUMO

O estudo do estado de necessidade, no âmbito do direito penal brasileiro e no direito penal comparado importa na verificação da evolução do seu conceito nas legislações do mundo antigo, no pensamento grego e romano, no período medieval, no direito canônico e no direito moderno. Torna-se importante ainda, que sejam verificados os fundamentos e a natureza jurídica do estado de necessidade à luz das doutrinas que procuram defini-los, para se aferir nos dias atuais, quanto à dicotomia existente no direito penal em relação à natureza jurídica do estado de necessidade consubstanciada na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos. Importante que se verifique, portanto, de que forma o estado de necessidade foi recepcionado na legislação penal brasileira e a sua relação com institutos afins, como a legítima defesa, a força maior e a coação com a análise do instituto tanto sob o enfoque causal e finalista quanto funcionalista, isto porque o direito penal, vem cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve responder pela conduta, verificando-se, de forma objetiva, a adequação social do comportamento. Para que melhor se compreenda os limites e requisitos do estado de necessidade deve se verificar, em cada caso concreto, os contornos da situação de necessidade e do fato necessitado, que são institutos que não se confundem, posto que o primeiro é pressuposto para que o segundo não constitua infração penal. Torna-se necessário, ainda, que se coteje o instituto do estado de necessidade com o direito comparado, de maneira que se obtenha a sua compreensão dentro de um caráter de universalidade, bem como que se estabeleça sua classificação sistemática, apta a fornecer uma concepção global do instituto.

## **ABSTRACT**

The study of the necessity in the scope of the Brazilian criminal law and comparative criminal law matters in the verification of the evolution of its concept in the laws of the ancient world, the Greek and Roman thought in medieval times, and canon law and modern law. It is important, to verify the fundamentals and the legal state of necessity in light of the doctrines that seek to define them, to verify today, about the dichotomy that exists in the criminal law regarding the legal status of necessity embodied in the adoption option in each legal system, between the unitary theory or the differentiating theory, need to know whether the necessity, regarded in criminal law, have justification or exculpate characteristics, or both. Important to check, therefore, how the necessity was regarded in Brazilian criminal law and its relationship with related institutes, such as self-defense, the major force and coercion, proceeding the analysis not even from the causal and final conduct theories but also from the functionalism, that because the criminal law, nowadays is being based in normative concepts, importing to define who should answer for the conduct and to verify objectively, the adequacy of social behavior. To better understand the limits and requirements of the necessity, must be verified in each case, the contours of the situation of need and the fact needed, institutes that should not be misinterpreted once the first assumption conducts to the fact that the second does not constitute a criminal offense. It is also necessary, that the necessity be verified with comparative law, in order to obtain their understanding in a universal character, as well as to establish their systematic classification, able to provide a global conception of the institute.

## SUMÁRIO

1.	NOTA INTRODUTÓRIA.....	11
2.	EVOLUÇÃO DO CONCEITO DO ESTADO DE NECESSIDADE.....	14
2.1.	Considerações gerais.....	14
2.2.	Evolução histórica.....	19
2.2.1.	O estado de necessidade no mundo antigo.....	21
2.2.2.	O estado de necessidade na Grécia e em Roma.....	22
2.2.3.	Estado de necessidade no direito medieval.....	26
2.2.4.	Estado de necessidade no direito canônico.....	31
2.2.5.	Estado de necessidade no direito moderno.....	33
2.3.	Fundamentos e natureza jurídica.....	35
2.3.1.	Doutrinas da neutralização.....	36
2.3.1.1.	Teoria da volta à comunidade de bens e ao estado da natureza.....	37
2.3.1.2.	Teorias que situam o estado de necessidade fora do direito penal.....	39
2.3.1.3.	Teoria da inutilidade prática da repressão.....	40
2.3.2.	Teorias subjetivas.....	41
2.3.2.1.	Doutrina da violência moral.....	42
2.3.2.2.	Teoria da debilidade humana.....	45
2.3.2.3.	Doutrina da irresponsabilidade.....	46
2.3.2.4.	Doutrina da qualificação jurídica da necessidade.....	46
2.3.3.	Doutrina da colisão de interesses.....	47
2.3.3.1.	Teoria da própria conservação.....	47
2.3.3.2.	Teoria mista da colisão de interesses.....	48
2.3.3.3.	Teoria objetiva da colisão de direitos e de bens.....	49
2.3.4.	Teoria unitária e diferenciadora.....	50
2.3.4.1.	Estado de necessidade justificante.....	53
2.3.4.2.	Estado de necessidade exculpante.....	54
2.3.5.	Nossa posição: estados de necessidade.....	58
3.	ESCORÇO HISTÓRICO: DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	61
3. 1.	Do Direito Penal originário dos povos indígenas ao Código Criminal do Império: considerações iniciais.....	61
3.1.1.	Do Direito Penal originário dos povos indígenas.....	61
3.1.2.	Das Ordenações do Reino.....	64
3.1.2.1.	Das Ordenações Afonsinas.....	65

3.1.2.2.	Das Ordenações Manuelinas .....	66
3.1.2.3.	Das Ordenações Filipinas.....	68
3.2.	Código Criminal do Império .....	70
3.3.	Código Penal de 1890 .....	71
3.4.	Consolidação das leis Penais .....	73
3.5.	Código Penal de 1940 .....	74
3.6.	Código Penal de 1969 .....	75
3.7.	Código Penal Militar de 1969 .....	76
4.	DOS ESTADOS DE NECESSIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE	78
4.1.	Considerações iniciais.....	78
4.2.	Estado de necessidade como excludente da ilicitude.....	79
4.3.	Estado de necessidade como excludente da culpabilidade .....	80
4.4.	Requisitos do estado de necessidade .....	81
5.	DOS ELEMENTOS DO ESTADO DE NECESSIDADE.....	85
5.1.	Considerações iniciais.....	85
5.2.	Da situação de necessidade e do fato necessitado .....	86
5.2.1.	Requisitos da situação de necessidade .....	87
5.2.1.1.	Atualidade do perigo.....	87
5.2.1.2.	Não voluntariedade do perigo provocado .....	92
5.2.1.3.	Ausência do dever legal de enfrentar o perigo .....	94
5.2.1.4.	Inevitabilidade da lesão.....	96
5.2.1.5.	Conflito de bens .....	98
5.2.1.6.	Ponderação de bens e deveres .....	99
5.2.1.7.	Conflito de deveres .....	100
5.2.1.8.	Dever de enfrentar o perigo.....	100
5.2.2.	Requisitos do fato necessitado .....	101
5.2.2.1	Relação de necessidade entre o fato necessitado e a salvação do perigo.....	101
5.2.2.2.	Fato previsto na lei como infração penal .....	102
5.2.2.3.	Fato cometido pelo agente em virtude de ter sido constringido pela necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo .....	102
5.2.2.4 .	Proporção entre o fato e o perigo .....	103
5.2.3.	Dos sujeitos ativo e passivo no estado de necessidade .....	104
5.3.	Outras questões relativas ao estado de necessidade .....	107
5.3.1.	Estado de necessidade e legítima defesa.....	107
5.3.2.	Estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo .....	111

5.3.3.	Estado de necessidade e força maior .....	113
5.3.4.	Estado de necessidade e coação moral.....	114
5.3.5.	Estado de necessidade no direito civil .....	116
5.3.6.	Reflexos do funcionalismo na teoria do estado de necessidade .....	119
6.	DO ESTADO DE NECESSIDADE NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E NA LEGISLAÇÃO PENAL COMPLEMENTAR ...	126
6.1.	Considerações Iniciais .....	126
6.2.	Estado de necessidade na parte especial do Código Penal brasileiro .....	127
6.2.1.	Aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro – Inciso I do art. 128 do Código Penal.....	128
6.2.2.	Intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal – Inciso I do §3º do art.146 do Código Penal.....	130
6.2.3.	Coação exercida para impedir o suicídio – Inciso II do §3º do art.146 do Código Penal.....	131
6.3.	Estado de necessidade na Lei dos Crimes Ambientais – Lei 9605/98 .....	132
6.3.1.	Abate de animal realizado em estado de necessidade para saciar a fome do agente ou de sua família – Inciso I do art.37 da Lei 9605/98 .....	133
6.3.2.	Desmate, exploração ou degradação de floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente, necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família – § 1º do art. 50-A da Lei 9605/98.....	134
7.	DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO ...	136
7.1.	Considerações Iniciais .....	136
7.2.	Família romano-germânica .....	141
7.2.1.	Estado de necessidade na legislação penal portuguesa.....	141
7.2.2.	Estado de necessidade na legislação penal italiana .....	145
7.2.3.	Estado de necessidade na legislação penal alemã .....	147
7.2.4.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	155
7.3.	Família do <i>Common Law</i> : o estado de necessidade na legislação penal inglesa	156
7.3.1.	Estado de necessidade na legislação penal inglesa.....	160
7.3.2.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	161
7.4.	Família socialista: o estado de necessidade na legislação penal da Rússia .....	162
7.4.1.	Estado de necessidade na legislação penal soviética .....	165
7.4.2.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	168
7.5.	Famílias muçulmana, hindu e judaica: o estado de necessidade na legislação penal dos países árabes.....	169
7.5.1.	O período pré-islâmico .....	169
7.5.2.	Período da soberania do direito muçulmano .....	170

7.5.3.	Período do início da codificação .....	171
7.5.4.	Período orientado pelo direito comparado .....	171
7.5.5.	Da justificação e do estado de necessidade.....	172
7.5.6.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	174
7.6.	Família do extremo oriente: estado de necessidade na legislação penal chinesa	175
7.6.1.	Estado de necessidade na legislação penal chinesa .....	176
7.6.2.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	181
7.7.	Família africana: o estado de necessidade na legislação penal da Nigéria e de Madagascar .....	182
7.7.1.	O estado de necessidade na legislação penal da Nigéria .....	183
7.7.2.	O estado de necessidade na legislação penal de Madagascar .....	185
7.7.3.	Aspectos do direito comparado na legislação analisada .....	186
8.	CONCLUSÕES .....	188
9.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	192

## 1. NOTA INTRODUTÓRIA

Este trabalho que consiste na análise do estado de necessidade na legislação penal brasileira e no direito penal comparado foi dividido em capítulos que procuraram em um primeiro momento abordar o conceito, fundamentos e natureza jurídica do estado de necessidade, após, proceder a uma análise da legislação penal brasileira a partir de um esboço histórico, desde o direito penal originário dos povos indígenas até a legislação atualmente vigente, inclusive com análise da parte especial do Código penal e da legislação penal complementar.

Em capítulo à parte foram analisados, de forma detalhada, os requisitos e elementos do estado de necessidade e, por fim, procedeu-se a um detalhado estudo do estado de necessidade no direito penal comparado.

Pode se depreender deste estudo que o instituto do estado de necessidade, que tem origem nos primórdios da civilização, consiste na possibilidade de se praticar um ato em desacordo com as normas legais sempre que necessário para preservar interesses contrapostos ao sacrificado.

Trata-se de comportamento quase que indeclinável da natureza humana que se revela em situações de fatalidade e inevitabilidade. O agente, nestas circunstâncias, é levado à prática de conduta em tese criminosa, mas que a sociedade, por critérios políticos, não considera adequada a sua punição posto que tal ação, na maioria das vezes, é praticada sob a influência do instinto de conservação, ainda que esta prejudique legítimos interesses de terceiros.

O caso clássico é o de alguém que furta para se alimentar e não morrer de fome ou que sacrifica a vida de um semelhante para salvar a sua. A história remonta a diversas passagens em que tais circunstâncias se evidenciaram, contribuindo para a sedimentação do conceito que hoje a ciência jurídica atribui ao referido instituto.

Neste trabalhos, dentro da proposta de analisar o estado de necessidade no direito penal brasileiro e no direito penal comparado, tornou-se necessário a verificação da evolução do seu conceito nas legislações do mundo antigo, no pensamento grego e romano, no período medieval, no direito canônico e no direito moderno, para que possam ser verificados aspectos da sua evolução histórica e conceitual.

Foi importante ainda, para um maior aprofundamento do tema, a verificação dos fundamentos e da natureza jurídica do estado de necessidade e das doutrinas que procuram defini-los.

Neste mister verificou-se, em um primeiro momento, as doutrinas da neutralização, notadamente da teoria da volta à comunidade de bens e ao estado da natureza, as teorias que situam o estado de necessidade fora do direito penal e a teoria da inutilidade prática da repressão.

Em um segundo momento, as teorias subjetivas, em especial, as teorias da violência moral e da debilidade humana, as doutrinas da irresponsabilidade e da qualificação jurídica da necessidade.

Em seguida, a doutrina da colisão de interesses, consubstanciada nas teorias da própria conservação, da teoria mista da colisão de interesses e da teoria objetiva da colisão de direitos e de bens.

Por fim, nos dias atuais, a dicotomia existente no direito penal quanto à natureza jurídica do estado de necessidade consubstanciada na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambas.

Foi importante também, a verificação quanto à forma que o estado de necessidade foi recepcionado na legislação penal brasileira e a sua relação com institutos afins, como a legítima defesa, a força maior e a coação.

Foi também relevante a identificação das interfaces entre o estado de necessidade penal e o estado de necessidade civil.

No que diz respeito à esfera penal e para que se proceda ao estudo da justificação ou da exculpação da conduta praticada por um agente em estado de necessidade, tornou-se adequado que a análise do instituto fosse contemplada tanto sob o enfoque causal e finalista quanto funcionalista.

Também foi realizado um estudo da parte especial do Código Penal, para que se esclarecesse, de que forma o estado de necessidade foi ali recepcionado, notadamente, em relação ao seu art.128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, com a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

Nos mesmos termos, verificou-se, de que maneira o estado de necessidade encontra-se disciplinado na legislação complementar.

Destaca-se que a matéria em questão sofreu grandes avanços no início do século XX, época em que foi objeto de aprofundados estudos na Europa em decorrência de incidentes relacionados ao estado de necessidade, como os naufrágios que redundaram no sacrifício de vidas humanas, os quais instigaram a pesquisa sobre o tema.

Um dos objetivos deste trabalho é o de contribuir para a produção científica acerca do tema, posto que os estudos a respeito do instituto do estado de necessidade tem sido pouco aprofundados nas últimas décadas e há escassa literatura nacional a seu respeito.

Dentro deste contexto, tornou-se necessário o cotejamento do instituto do estado de necessidade com o direito comparado, de maneira a se obter a sua compreensão dentro de um caráter de universalidade, bem como para que se estabelecesse sua classificação sistemática, apta a fornecer uma concepção global do instituto.

## 2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE NECESSIDADE

### 2.1. Considerações gerais

Segundo Enrico Contieri<sup>1</sup> o instituto do estado de necessidade aparece, tanto na ordem jurídica quanto externamente a ela, ora como causa específica de exclusão de certos crimes, ora como causa geral de exclusão das infrações, sendo, portanto, imprescindível para a sua adequada compreensão o estudo do referido instituto em ambos os contextos:

O instituto do estado de necessidade aparece-nos, quer na ordem jurídica extra-judicial, quer em ramos do nosso direito estadual diversos do direito , e no próprio direito penal, mesmo fora dos casos previstos pelo artigo 54º do Código Penal, como causa específica de exclusão de certos crimes ou de certas categorias de crimes, ou ainda, segundo uma doutrina difundida principalmente na Alemanha, como causa geral de exclusão das infrações, a qual teria a sua fonte mais nos princípios gerais do direito do que numa norma expressa da lei (o chamado estado de necessidade extra-legislativo).

Paul Moriaud<sup>2</sup> o define como um estado de coisas tal que a salvaguarda de um bem necessita da realização de um ato em si mesmo delituoso.

Paul Foriers,<sup>3</sup> por sua vez, afirma que as questões referentes ao estado de necessidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, são muito controvertidas, especialmente no que diz respeito ao direito de punir.

Conforme o citado autor, no entanto, não é difícil definir o estado de necessidade. Este é a situação em que se encontra uma pessoa que não pode razoavelmente salvar um bem, um interesse ou um direito a não ser pela prática de um ato que se estiver em desacordo com as circunstâncias que o envolve será considerado delituoso.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.5-6.

<sup>2</sup> Cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.30: “De notre exposé de faits ressort clairement et d'elle-même la notion de l'état de nécessité en droit penal, nous pouvons le définir: Um état de choses tel que la sauvegarde d'un bien nécessite la commission d'une acte em lui-même délictueux”.

<sup>3</sup> Nesse sentido, FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.3: “La question de l'état de nécessité subit tant em doctrine qu'em jurisprudence des rondissements periodiques. Elle est une des notions lês plus controversées Du droit, et singulièrement du droit de punir”.

<sup>4</sup> Nestes termos FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.7: “L'état de nécessité est la situation dans laquelle se trouve une personne qui ne peut raisonnablement sauver un bien, um intérêt ou um droit que par la commission d'un acte qui, s'il était détaché des circonstances qui l'entourent, serait délictueux. Il suppose une collision d'intérêt ou encore de devoirs dont on a la conscience ou tou au moins la subconscience.

Foriers,<sup>5</sup> ao discutir os aspectos históricos do estado de necessidade, afirma que este aparece, ao longo dos anos, como uma exceção tácita ao domínio de aplicação da lei, sendo um estado de fato que pode se basear na vontade do legislador ou em um substrato dogmático.

Felix Marchand,<sup>6</sup> ao definir o estado de necessidade, pondera que a palavra *necessitas*, em latim, exprime duas ideias análogas, dois sentidos diferentes de uma mesma ideia, ou seja, tanto a fatalidade quanto a violência. A primeira é invencível, mas a segunda não, e quando a necessidade nos assola de uma forma absoluta é impossível se furtar à sua ação, ao passo que, quando se apresenta de forma relativa, não é difícil de se lhe escapar.

Philippe-Jean Hesse,<sup>7</sup> por sua vez, esclarece que o estado de necessidade é uma forma de derrogação da responsabilidade penal em que o indivíduo se vê frente a dois males extremos e, decidindo por um deles, não há como se recriminar o seu ato, como ocorre no caso de alguém que furta para se alimentar e não morrer de fome ou de alguém que não tendo como esconder sua nudez por falta de condições financeiras pratica atentado ao pudor. O autor pontua que, na solução destes casos, torna-se importante saber se a pobreza deve ser considerada como uma forma de santidade ou como um castigo divino.

Sobre as diversas dimensões que o estado de necessidade pode vir a tomar dentro do aspecto jurídico, o citado autor manifesta-se no sentido de que este, apesar de estar historicamente relacionado à situação de penúria ou necessidade pessoal dos indivíduos, ultimamente tem apresentado outras conotações, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem do Islam, adotada em Riyad em 1998, que deu uma nova dimensão ao estado de

<sup>5</sup> Assim, cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.47: “L'état de nécessité apparaît ainsi, au cours des ages, comme une exception tacite au domaine d'application de la loi, dont le fondement varie d'ailleurs, car l'exception est, elle aussi, un état de fait qui peut être base sur la volonté du législateur ou sur tout autre substratum dogmatique”.

<sup>6</sup> Nesse sentido MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.5-6: “Le mot ‘necessitas’ em latin, exprime deux idées analogues, ou mieux, les deux senses, différents d'intensité, d'une même idée. *Necessitas*, c'est tantôt la fatalité, tantôt la contrainte. La fatalité est invincible; la contrainte ne l'est pas. *Quand la necessitas nous assaille d'une façon absolue, il est impossible de s'y soustraire, quand elle s'empare de nous relativement, il n'est pas difficile d'y échapper*”.

<sup>7</sup> Cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*. In: *Revue Droits Fondamentaux*. Num. 2. Jan.- dec., 2002. p.125-126: “N'existe-t-il pas alors des dérogations à la responsabilité pénale dans certaines situations exceptionnelles ? Lorsqu'en particulier l'individu se trouve placé entre deux maux extrêmes, entre deux crimes, peut-on réellement lui reprocher ses actes ? Dans la pratique, il s'agit traditionnellement surtout du problème du "vol" pour éviter de mourir de faim ou de commettre un attentat à la pudeur en exhibant une nudité que l'on n'a pas les moyens financiers de cacher. La plupart des cas concernent aussi les plus miséreux, d'où le titre d'une des principales études sur la question *Les pauvres ont-ils des droits ? Les conceptions dans ce domaine dépendent largement de la façon de considérer la pauvreté : forme de sainteté, malchance, punition divine, vice, ...*”.

necessidade em caso de guerra, ao afirmar que a flora, os edifícios e as instalações civis não devem ser destruídos, salvo em caso de necessidade imperiosa.<sup>8</sup>

Segundo Cecil Turner,<sup>9</sup> devido à complexidade do instituto do estado de necessidade, há uma grande dificuldade em se verificar, nos casos concretos, a presença dos seus requisitos. Para tanto, o autor vale-se do controvertido caso do Iate Mignonette, que transcreve em seus estudos, para afirmar que o estado de necessidade somente deve ser reconhecido quando a morte for uma consequência inevitável da abstenção da prática de um determinado ato.

Claus Roxin<sup>10</sup> assim se manifesta sobre este relevante episódio em que houve o confronto de valores entre vidas humanas:

*Histórico es el "caso Mignonette": los tripulantes del velero británico "Mignonette", que había naufragado en una tormenta, llevaban veinte días en alta mar en un bote de salvamento sin alimentos y corrían peligro de morir de hambre; entonces el capitán mató al grumete, que posiblemente estaba ya moribundo, y la tripulación se alimentó con su carne y su sangre, consiguiendo mantenerse así con vida hasta que posteriormente fueron encontrados y salvados por un barco.*

O Iate Mignonette, que partira de Southampton, Inglaterra com destino a Sidney na Austrália, em 1884. Tinha como capitão Tom Dudley e era tripulado também por mais 2 homens e um jovem de 17 anos, chamado Richard Parker. O Iate naufragou no meio da travessia, mas os quatro tripulantes conseguiram sobreviver a bordo de um bote pequeno e aberto do referido iate.

Após terem passado oito dias sem comida e água, os três adultos resolveram sacrificar o jovem para alimentar-se da sua carne e saciar a sede, bebendo o seu sangue, e assim o fizeram. Resgatados, dias após, foram levados à Inglaterra onde dois deles foram processados e condenados à morte, pena que foi posteriormente convertida em prisão pelo prazo de 6 (seis) meses.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de nécessité. Jalons pour une histoire de la notion.* p.126: "L'ensemble de la théorie jurisprudentielle et doctrinale des circonstances exceptionnelles emprunte à l'idée de nécessité, qu'il s'agisse en période de famine de ne pas laisser les prix se fixer librement sur le marché ou en période de guerre de ne pas respecter certaines règles de procédure. Signalons enfin que la Déclaration des droits de l'homme en Islam, adoptée à Riyad en 1998, introduit une nouvelle dimension de l'idée de nécessité en cas de guerre : 'la flore, la faune, les bâtiments et les installations civiles ne doivent pas être détruits par quelque moyen que ce soit, bombardement, dynamitage ou autre, la seule exception étant le cas de nécessité impérieuse'".

<sup>9</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law.* p.60

<sup>10</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general.* p.687. t. I: Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito.

<sup>11</sup> MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité.* p.7-9.

Paul Mouriaud,<sup>12</sup> ao descrever o incidente, relata que os fatos ocorreram após o 18º dia do naufrágio, que a vítima, o grumete Parker, por ter bebido água do mar, encontrava-se adoentada e inconsciente ao ser sacrificada, e que um dos três agressores, o marinheiro Brooks, não concordou com a ação que foi decidida pelo piloto Stephens e pelo capitão Dudley e executada por este último.

Segundo Turner,<sup>13</sup> a tese do estado de necessidade, que foi sustentada por Lord Bacon em contraposição às argumentações de Sir James Stephen, foi vencida, prevalecendo o entendimento da Corte de Queen's Bench, no sentido de que não há princípio geral de direito que autorize um homem a tirar a vida de uma pessoa inocente para preservar a sua própria vida.

Paul Foriers,<sup>14</sup> ao comentar a aventada situação de necessidade que teria ocorrido por ocasião do naufrágio do Iate Mignonette, afirma que o estado de necessidade supõe um processo de reflexão livre e uma deliberação racional. Conforme o autor, não se pode afirmar que se encontre em estado de necessidade todo aquele que, para sair de uma situação trágica, obedeça simplesmente a um impulso instintivo e mórbido.

---

<sup>12</sup>MORIAUD. Du délit nécessaire et de l'état de nécessité. p.7-9: *“Le dix-huitième jour, leurs souffrances devenant plus atroces, les trois hommes délibérèrent sur le parti à prendre s'il ne survenait aucun secours, et parlèrent de sacrifier l'un d'eux pour prolonger la vie des autres ; le mousse Parker, malade pour avoir bu de l'eau de mer, gisait inerte au fond du canot et ne prit point part à la délibération. Le dix-neuvième jour, le capitaine Dudley proposa de tirer la victime au sort, mais Brooks s'y opposa, déclarant que, de même qu'il ne tenait pas à être tué, il ne voudrait pas qu'un autre le fût ; Dudley et Stephens firent alors observer que, comme ils avaient femme et enfants, il était préférable de sacrifier le jeune garçon, et Dudley décida qu'on procéderait le lendemain à son exécution, si aucun vaisseau n'était en vue ; le mousse, presque sans connaissance, n'avait rien entendu. Et le lendemain matin, aucun vaisseau n'étant en vue, le capitaine fit comprendre par signes aux deux hommes que le moment était venu ; Brooks seul fit un geste de désapprobation, Stephens fit signe qu'il approuvait, mais n'avait pas le courage d'exécuter le meurtre. Dudley alors s'approcha du jeune garçon qui gisait presque inanimé, dans un état d'extrême affaiblissement, et, après l'avoir préparé par quelques mots au sort qui l'attendait et imploré pour lui-même le pardon de Dieu, il lui plongea son couteau dans la gorge”.*

<sup>13</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.60: *“ In the only English case where this defence has been expressly raised it failed. Three men and a boy escaped in an open boat from the ship-wreck of the yacht Mignonette. After having passed eight days without food, the men killed the boy in order to eat his body. Four days later, they were rescued by a passing ship. On their arrival in England, two of the men were tried for the murder of the boy. Lord Bacon had suggested (Maxims, v) that if two shipwrecked men were clinging to a plank which was only sufficient to support one, and one of them pushed the other off, he would be exempt from any criminal liability, because his conduct was necessary to save his life. But the court of Queen's Bench declared emphatically that there is no general principle of law which entitles a man to take the life of an innocent person in order to preserve his own”.*

<sup>14</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.10-11: *“La cour d'assises d'Exeter (Angleterre) jugea, le novembre 1884, le capitaine de la Mignonette, Thomas Dudley, et le second Edwin Stephens, qui, à la suite du naufrage du bâtiment, restèrent dix-huit jours sans vivre et sans boissons, dans une chaloupe de sauvatage, puis tuèrent le mousse Parker, agonisant comme eux, pour boire son sang et manger sa chair. Est-ce-là “l'état de nécessité”? Nous répondons non, sans hésiter! C'est peut-être, dans le sens vulgaire de l'expression, UN état de nécessité. Mais dans la rigueur des concepts juridiques, il manqué à l'acte le moteur préalable d'une délibération consciente ou subconsciente, au sens exact des terms, pour avoir été commis EM état de necessite”.*

A respeito deste conflito entre a vida e a morte, diante de uma situação em que os contornos se apresentam, pelo menos aparentemente, como os de um estado de necessidade, Joseph Fabisch nos apresenta igualmente o caso do Iate Mignonette, afirmando que a melhor maneira de se verificar tal situação é compará-la às ideias de coação física e moral e de legítima defesa.

Segundo o referido autor,<sup>15</sup> apesar da ocorrência do caso do naufrágio do Iate Mignonette, ocorrido em 1884, felizmente somente outros poucos casos similares ocorreram naquele século. Cita, por referência, o naufrágio do navio Thécla em 1893, em que fato similar ao do Mignonette ocorreu; a morte, em 1888, na Sibéria, de uma menina assassinada e, após, devorada por seus irmãos e o caso da jangada da Fragata francesa Medusa de 1816, em que 15 náufragos atiraram ao mar treze de seus companheiros que se encontravam doentes, de maneira a poderem sobreviver por mais tempo com a pouca comida que dispunham, em uma jangada que construíram com os restos do navio.

Sobre o incidente russo, Paul Moriaud<sup>16</sup> informa que este ocorreu no território de Touroukhank, na Sibéria Oriental, ocasião em que três irmãos, Procópio, Nikita e Davi Kalinine e sua irmã Marie de onze anos, encontravam-se acampados às margens de um rio e se alimentando da pesca, como único recurso para a sua sobrevivência. Com o término da pesca, David partiu em busca de alimentos, enquanto Procópio desesperado, abateu a sua irmã e se alimentou do seu cadáver, assim também procedendo, posteriormente, o seu irmão Nikita. O fato redundou em um julgamento rigoroso pelo Tribunal de Jenisseik que absolveu Nikita, por não ter participado da morte de sua irmã, mas condenou Procópio a treze anos e meio de

---

<sup>15</sup>FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.6-7: “C'est un délit nécessaire que commirent, em 1884, les Marins Du yacht “la Mignonette” lorsqu'après vingt jours de jeûne, égarés em pleine mer, mourants de faim, ils résolurent de tuer et de manger le mousse! Ces Marins n'auraient tué ni par vengeance, ni par cupidité, ni pour aucun des motifs ordinaires d'un tel crime, mais, se trouvant accidentellement obligés de choisir entre la mort et le crime, ils ont voulu vivre. Les faits de cette gravité son heureusement très rares, tout au plus em cite-t-on trois ou quatre dans le siècle passe: le naufrage Du Thecla (1893), à la suite duquel se produisit une scène d'antropophagie semblable à celle de la Mignonette; le meurtre em Sibérie d'une jeune fille, tuée et mangée par ses frères (1888) enfin le drame célèbre Du radeau de la Meduse (1816) quinze naufragés bien portants jetèrent à la mer treize de leurs compagnons malades et aliénés, afin de pouvoir subsister plus longtemps Du peu de vivre qu'ils possédaient”.

<sup>16</sup>MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.10-11: “Trois frères, Procope, Nikita et David Kalinine et leur sœur Marie, âgée de onze ans, avaient installé leur campement au bord d'un cours d'eau et se nourrissaient des fruits de leur pêche. C'était leur unique ressource ; elle devint plus rare, puis finit par s'épuiser complètement. David partit pour aller chercher sa nourriture dans quelque autre campement. Procope alors, désespéré, rendu féroce par l'inanition, égorgea sa sœur et se nourrit pendant quelque temps de son cadavre, ainsi que son frère Nikita. Le tribunal de Jenisseisk libéra Nikita, qui n'avait point pris part au meurtre, mais condamna Procope à treize ans et demi de travaux forcés, jugement qui nous semble d'une sévérité exagérée, et qu'eût rendu impossible le projet de Code pénal russe de 1882, destiné à remplacer le Code de 1866”.

trabalhos forçados, fato que posteriormente terminou por interferir na elaboração do Código Penal russo de 1882.

No caso da Fragata Medusa, Paul Moriaud<sup>17</sup> trás o relato de um dos quinze sobreviventes do naufrágio, que resolveram sacrificar a vida de outros treze para se salvar. A justificativa apresentada para o ato realizado consistia no fato de que aqueles que foram lançados ao mar encontravam-se muito machucados, com grandes ferimentos e, inclusive, alguns já haviam perdido a razão, comprometendo a pouca razão que dispunham. Importante o registro de que houve uma longa deliberação para a tomada da referida decisão.

## 2.2. Evolução histórica

Philippe-Jean Hesse<sup>18</sup> distingue três grandes períodos na evolução do conceito de estado de necessidade: o mundo antigo, as monarquias medievais e modernas e os dois últimos séculos.

De acordo com Felix Marchand,<sup>19</sup> o questionamento a respeito da justificação, perante a lei penal dos atos praticados em estado de necessidade é mais antiga que a própria existência das sociedades, posto que sempre foi questionado se é imoral ou contrário à ordem social deixar impune um delito necessário.

Esclarece ainda a este respeito que, desde os livros sagrados da Índia até o contrato social de Jean-Jacques Rousseau e de seu adeptos, dos juristas e moralistas da Grécia e de Roma aos filósofos alemães do nosso século, sem se esquecer dos canonistas e teólogos da idade média, a teoria do estado de necessidade sempre foi estudada, abandonada,

---

<sup>17</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.9-10: “On sait qu’eux aussi, les survivants du radeau de la Méduse, en 1816, avaient eu recours à ce moyen de salut. Ils firent plus encore ! C’était le septième jour depuis le départ du radeau. “Nous n’étions plus que vingt-huit - raconte un d’entre eux : sur ce nombre, quinze seulement paraissaient pouvoir exister encore quelques jours, tous les autres, couverts de larges blessures, avaient entièrement perdu la raison ; cependant ils avaient part aux distributions et pouvaient, avant leur mort, consommer quarante bouteilles de vin - ces naufragés n’avaient pas d’autres vivres - : ces quarante bouteilles de vin étaient pour nous d’un prix inestimable. On tint conseil : mettre les malades à demi ration, c’était avancer leur mort ; les laisser sans vivres, c’était la leur donner tout de suite. Après une longue délibération, on décida qu’on les jetterait à la mer; le moyen, quelque affreux qu’il nous parût à nous-mêmes, procurait aux vivants six jours de vivre ». Ainsi fut fait. « Le sacrifice sauva les quinze qui restaient”.

<sup>18</sup>Cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de nécessité*. Jalons pour une histoire de la notion. p.126: “De cette notion d'état de nécessité présente, tant dans la philosophie que dans la science juridique depuis plusieurs millénaires, nous tenterons de suivre les fondements et les conséquences en trois grandes périodes : l'Antiquité, les monarchies médiévales et modernes, les deux derniers siècles”.

<sup>19</sup> Segundo MARCHAND. *L'état de nécessité em droit penal*. p.45: “La question de savoir si l'état de nécessité doit être placé au nombre des faits justificatifs des infractions à la loi pénale est aussi ancienne que l'existence des sociétés. De tout temps os s'est demandé s'il était immoral et contraire à l'ordre social de laisser impuni le délit nécessaire”.

reprise, passada de século em século, seguindo as tendências que se impunham, pouco a pouco, em cada legislação que pretendesse dizer-se completa.<sup>20</sup>

Sobre a evolução do conceito de estado de necessidade Aníbal Bruno,<sup>21</sup> assim se manifesta:

Os romanos não conheceram o estado de necessidade como instituto autônomo. Só em alguns casos, de que trata sobretudo a *Lex Rhodia de jactu*, se prevê a hipótese, com a consequência de exclusão de crime. Assim se justificava o ato do capitão que, para salvar o navio em perigo, deitasse o carregamento ao mar. Os práticos do Direito intermediário reconheceram a justificativa, mas limitada, em geral, à proteção do corpo ou da vida. Na Idade-Média e em épocas posteriores, não só legislações, mas juristas e teólogos cuidaram sobretudo do chamado furto famélico, como hipótese dessa situação.[...] O direito moderno é que havia de alargar-lhe a compreensão e transportá-lo para a parte geral dos códigos. Começou-se, então, a construir o instituto com mais liberalismo e um sentido mais humano do conceito de necessidade. A doutrina alemã criou o termo *Notstand* para designá-lo, e com ele destacou-se das fórmulas da coação moral, da força irresistível dentro das quais se achava geralmente confundido e, então, legislação e doutrina passaram a discipliná-lo com mais precisão.

De acordo com Paul Foriers,<sup>22</sup> no mundo antigo, indoeuropeu ou semítico, o estado de necessidade foi conhecido e aplicado como espécies particulares: justificante por mútua ajuda e por solidariedade.

Posteriormente, Roma o adaptou às estritas exigências do seu espírito jurídico introduzindo-lhe a ausência de dolo e o mundo cristão o recebeu como um permissivo, justificando o retorno à comunidade de bens deixados por Deus aos homens.

Os costumes o aceitaram como um meio de regulamentar os conflitos, os canonistas o erigiram em preceito de moral e de direito, enquanto os publicistas o desdobraram para as relações internacionais construindo uma doutrina vasta e generosa sobre o tema.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup>Cf. MARCHAND. *L'état de nécessité en droit pénal*. p.45: “Depuis les livres sacrés de l'Inde, qui affirment que “c'est par la folie du Prince qu'un Brahmane meurt de faim”, jusqu'à Jean-Jacques Rousseau et les adeptes du Contrat Social; depuis les jurisconsultes et moralistes de la Grèce et de Rome jusqu'aux philosophes allemands de notre siècle, en passant par les canonistes et théologiens du moyen âge, et en se recommandant des noms les plus célèbres, la théorie du délit nécessaire a été étudiée, abandonnée, reprise, cahotée de siècle en siècle suivant les tendances des esprits, s'imposant peu à peu à toute législation soucieuse d'être complète”.

<sup>21</sup>BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.388. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

<sup>22</sup>FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.48.

<sup>23</sup>Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.: “Le monde antique – indo européen ou semitique – l'a connu et appliqué à des espèces particulières, le justifiant par l'entraide et la solidarité; Rome l'a adapté aux strictes exigences de son esprit juridique en y introduisant l'absence de dol; le monde chrétien l'a reçu comme le truxement permettant e justifiant le retour à la communauté des biens donnés par Dieu aux hommes; la coutume l'a accepté come le moyen de règlement des conflits; les canonistes l'ont erige em précepte de morale

### 2.2.1. O estado de necessidade no mundo antigo

As leis mais antigas que são conhecidas são as Leis de Manou, que justificam diversos delitos praticados sob o império do estado de necessidade, sendo que nelas, o furto necessário é considerado como uma pena para a sua vítima e o homicídio é autorizado quando a vida está em risco.<sup>24</sup>

A par de melhor esclarecer sobre a evolução histórica do estado de necessidade, Paul Foriers<sup>25</sup> apresenta um estudo sobre as regras do estado de necessidade na Índia, na Judéia e na Grécia. Dedicou um capítulo ao direito romano e traça um panorama a respeito do estado de necessidade, de Justiniano ao século XVI, no direito canônico, entre os séculos XVI a XVIII e, por fim, analisa a doutrina vigente sobre o referido instituto, na modernidade.

Em relação à Índia,<sup>26</sup> cita o *Livro das Leis de Manou* que não era propriamente um código, mas que compreendia tudo o que dissesse respeito à conduta civil e religiosa do homem e constitui um dos monumentos jurídicos mais velhos da civilização indoeuropeia. Nele o estado de necessidade aparece como o verdadeiro fundamento de uma exoneração tanto moral quanto penal, sendo uma exceção ao domínio das normas legais e éticas.

De acordo com Paul Moriaud,<sup>27</sup> as leis de Manou têm diversas passagens interessantes que retratam a questão do estado de necessidade na Índia antiga, verificando-se uma forte influência religiosa com a justificação de certos delitos.

No que diz respeito à Judéia, Paul Foriers, afirma que o estado de necessidade era admitido como exoneratório da responsabilidade, mesmo quando se tratavam de disposições de caráter sagrado. Cita, como exemplo, as passagens bíblicas em que Jesus, ao violar o

*et de droit; les publicistes l'ont étendu aux relations internationales, et on degagé les maîtres traits d'une théorie et d'une doctrine vastes et généreuses.*

<sup>24</sup> Assim, cf. MARCHAND. *L'état de nécessité en droit pénal*. p. 100, in verbis: “Les lois les plus anciennes que nous connaissons sont les lois de Manou. Elles justifient les délits les plus divers accomplis sous l'empire de la nécessité. Le vol nécessaire est considéré comme une peine pour le vole. L'homicide est autorisé quand la vie est un danger”.

<sup>25</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.49-154.

<sup>26</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.49: “Plusieurs millénaires nous séparent Du Livre des Lois de Manou, qui n'est pas à proprement parler un Code, mais un “Livre de la Loi”, comprenant tout CE qui regarde la conduite civile et religieuse de l'homme. Il constitue un des plus anciens monuments juridiques connus de la civilisation indo-européenne. Or la nécessité ou l'extrême nécessité apparaît déjà dans CE recueil, comme le véritable fondement d'une exonération, tant morale que pénale, elle est une exception au domaine des normes légales et éthiques, pourtant très strictes, qui y sont édictées”.

<sup>27</sup> Cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.51: “L'idée qui guide Manou semble la même qu'exprimera nettement le droit Canon: la nécessité n'a pas de loi, mais se fait elle-même as loi; car, d'une manière générale, il soumet le “lemps de détresse” a des règles spéciales, autorisant alors des actes sévèrement interdits d'ordinaire (livre X, XI, 28, X, 83, 85, 103)”.

repouso sabático, refere-se ao exemplo de Davi que, para matar a sua fome e a dos que se encontravam com ele, entra no templo e se alimenta do pão sagrado,<sup>28</sup> revelando que a referência feita a Davi, na verdade, trata-se da base doutrinal de uma impunidade geral, inclusive pelos crimes contra a religião.

Também em relação à Judéia, Paul Moriaud afirma que a questão do estado de necessidade era confusa na Judéia naquela época, havendo divergência quanto ao homicídio necessário, em razão de considerações de ordem religiosa. Sobre o caso em que dois homens viajam no deserto, sem alimentos e com uma única garrafa de água que seria insuficiente para salvar a ambos, havia, então, opiniões discrepantes, quanto à melhor solução para o problema. Uma corrente afirmava que ambos deviam morrer e outra que a garrafa deveria ser entregue ao outro, em razão do dever de salvar ao nosso semelhante.<sup>29</sup>

### 2.2.2. O estado de necessidade na Grécia e em Roma

Na Grécia, o estado de necessidade era admitido pelo que se observa de diversas narrativas dos filósofos e dos historiadores. Estes analisaram as situações referentes às controvérsias e os princípios necessários à solução dos conflitos que o estado de necessidade faz surgir, não obstante as inscrições jurídicas gregas mais antigas não fazerem alusão ao referido instituto.<sup>30</sup>

De acordo com Philippe-Jean Hesse,<sup>31</sup> o homem grego era hostil aos vagabundos e os que andavam em contrariedade com as normas, eram vistos com suspeita. Todavia,

---

<sup>28</sup> Segundo FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.53: “Le droit Canon rattache exactement lês faits à la violation Du repôs sabbatique, ce qui resort du texte meme des Evangiles, mas tout en insistant sur le fait que les disciples étaient “contraints” par la faim. La necessite existait donc et permettait la violation des loi. Mais cette anecdote est plus qu'un exemple limité d'etat de necessité. La reference à Davi montre em effect, qu'il s'agit de la base doctrinale d'une impunité générale, même pour les crimes contre la religion et notamment pour le sacrilège, lês offrandes de fleur de farine étant, suivant le Levitique, une chose “três sainte” reservée aux seuls sacrificateurs”.

<sup>29</sup> Assim, cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire ET de l'état de necessite*. p.52-53, in verbis: “Sur l'homicide nécessaire em particulier, il y avait controverse entre les rabins: le traité Baba Metsia parle de deux voyageurs sans vivres égarés dans le désert et dont l'un possède une bouteille d'eau qui, partagée ne les sauvera pas, attribuée à um Seul d'entre eux lui donnera la force de sortir du desert. Quel est le devoir du propriétaire de la bouteille? Bem Petora veut 'qu'ils meurent tous deux', R. Akiba declare au contraire que 'la conservation propre doit passer avant celle d'autri'. Il s'agit lá du devoir de sauver notre semblable [...]”.

<sup>30</sup> Segundo FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.58.: “La Grèce a admis l'état de nécessité. Ce fut pourtant par les philosophes et les historiens que sont venus juqu'à nous les controverses, ainsi que les principes des solutions de conflits que l'etat de necessite faisait naitre; les inscription juridiques gregques, très fragmentaires, n'y faisant pas allusion”.

<sup>31</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite*. Jalons pour une histoire de la notion.p.126: “Cependant l'idée que l'état de nécessité pouvait permettre, dans certains cas, de transgresser les règles du droit positif n'a pas été totalement étrangère à la mentalité grecque. Cela sert de justification à

segundo se observa de alguns escritos gregos, o reconhecimento do estado de necessidade naquela época não era ignorado e verificava-se, em alguns casos, em que devedores incapazes de arcar com os seus débitos e não conseguindo uma moratória para suas dívidas matavam os credores e alegavam que não deveriam ser punidos por terem agido em razão de força maior, em virtude da situação financeira em que se encontravam.

Os espartanos eram uma exceção no mundo grego, tanto do ponto de vista das instituições quanto em relação às concepções morais. Para eles o furto não tinha um aspecto puramente negativo, pelo contrário, tinha um caráter positivo. Em algumas situações o adolescente não era considerado um homem enquanto não realizasse um furto e se fosse apanhado nesta atividade deveria ser punido, não pelo furto, mas por ser flagrado na prática da sua conduta, sendo organizado, no entanto, um sistema de ajuda mútua entre os cidadãos, para o caso de uma necessidade.<sup>32</sup>

Paul Moriaud afirma que apesar das poucas informações sobre o estado de necessidade na Grécia, os gregos o consideravam como uma obra da fatalidade e não da vontade humana: *“Les renseignements manquent sur le droit grec. Mais on sait que les Grecs considèrent comme l’oeuvre de la fatalité, et non de la volonté humaine, les actes auxquels entraîne la nécessité cruelle”*.<sup>33</sup>

Em relação ao direito romano, Foriers afirma que os romanos foram os primeiros a organizar o direito referente ao estado de necessidade, ainda que de uma forma dispersa através dos literatos, dos retóricos e dos juristas. Assim é que Tito Lívio em sua História Romana apresentou um verdadeiro debate sobre o estado de necessidade, de onde surgiram os grandes princípios para a solução dos conflitos que analisou, a partir dos desdobramentos da batalha de Cannes.

Na referida batalha, o general Cartago Aníbal, após ter massacrado o exército romano que tentara lhe surpreender, exigiu o pagamento de resgate pelos soldados romanos

*l’abondante législation sur les débiteurs incapables de rembourser leurs dettes. Lorsqu’un moratoire n’était pas adopté par suite de l’opposition de l’aristocratie locale, les emprunteurs n’hésitaient pas à égorger les créanciers et réclamaient ensuite l’absence de châtime, invoquant la colère et surtout “le cas de force majeure constitué par leur situation pécuniaire”*.

<sup>32</sup> Nesse sentido HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l’état de nécessité. Jalons pour une histoire de la notion*. p.127: *“Il faut classer à part les Spartiates dont les institutions comme les conceptions morales faisaient exception dans le monde grec. Le vol n’avait pas, chez eux, un aspect purement négatif ; il était même parfois positif, marquant les qualités civiles du citoyen, comme dans certaines civilisations africaines ou malgaches, l’adolescent n’était pleinement un homme que lorsqu’il avait volé une tête de bétail. Chaque jeune était soumis à un aîné dont il devait déjouer la surveillance pour aller voler un supplément de nourriture. Quand le voleur était pris, il était fouetté, non pour le vol, mais pour son échec. D’autre part, il était organisé entre citoyens un système d’entraide automatique, en cas de besoin[...]”*.

<sup>33</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.54.

que abandonaram o *front* e que fez prisioneiros. O senado, que em caso de deserção na batalha não concordava com o pagamento do resgate se o soldado que abandonasse a batalha fosse feito prisioneiro, consentiu com o pedido. Prevaleceu o entendimento de que os seus soldados haviam cedido à necessidade, ao abandonarem o confronto, somente após dois dias ininterruptos de luta e quando já havia ocorrido milhares de baixas romanas.

A conclusão a que chegou Foriers,<sup>34</sup> a partir deste episódio, foi a de que a lei ou o costume, por mais duro que possam ser, não podem ser obstáculos ao reconhecimento do estado de necessidade quando este estiver demonstrado, como o que motivou o recuo dos soldados romanos. Com isto ficou demonstrado que o estado de necessidade deve ser admitido como princípio de direito, mesmo nos casos em que um verdadeiro dever de heroísmo exista.

A *Lex Rhodia de Jactu*, também foi analisada por Foriers, dentro do estudo do estado de necessidade no direito romano. Segundo o autor, o estado de necessidade aplicado ao direito marítimo integra as legislações mais velhas, sendo anterior à fundação de Roma, remontando aos habitantes da ilha de Rhodes.

A distinção entre o estado de necessidade e a força maior resulta da diferença de tratamento entre as perdas sofridas pelo barco em virtude de um caso fortuito e aquelas que decorrem de uma deliberação racionada e razoável. No primeiro caso não há contribuição e no segundo caso a contribuição é devida.

É o caso do navio tomado por piratas em que a doutrina e a jurisprudência prescrevem que, se este for resgatado por um ato voluntário e por uma deliberação refletida em que o perigo possa ser evitado, a contribuição pelo resgate é devida. Se por outro lado os assaltantes resolvem levar uma parte da carga e deixarem o resto, por sua própria vontade e sem intervenção dos carregadores a referida contribuição não é devida.<sup>35</sup>

Em relação aos atentados contra a integridade física, a moral e o patrimônio, o autor cita ainda textos romanos fundados no estado de necessidade que justificam atos

---

<sup>34</sup> Assim, cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.60-61: “*Quels sont les enseignements de ce débat? Em premier lieu, que la loi traditionnelle, à laquelle il fallait formellement déroger, était une dura Lex; ensuite que si les cavaliers romains avaient réellement cédé à la nécessité, la coutume, quelque dure qu'elle fût, n'eût pas été un obstacle à leur rachat; enfin, que Seul un homme trop sévère au gré de nombreux citoyens, a entraîné la décision en faisant ressortir que les captifs n'avaient pas adopté la seule solution possible. Ce qui démontre avec certitude que l'état de nécessité était admis comme principe de droit, même dans un cas et dans une matière où l'on eût pu soutenir qu'un devoir d'heroïsme existait*”.

<sup>35</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.63: “*Un exemple excellent est donné par le navire arraisonné par les pirates. Doctrine et jurisprudence constants: si le navire est racheté, c'est-à-dire si c'est par un acte volontaire et une délibération réfléchie que le peril est évité, la contribution est due. Si, par contre, les assaillants se bornent à enlever une partie de la cargaison et laissent le rest, agissant donc selon leur bon plaisir et sans intervention volontaire des chargeurs, la contribution n'est pas due*”.

delituosos e que exoneram, mesmo civilmente, os autores de suas consequências sem, no entanto, fazer direta alusão a este fato.

O código *Ad Legem Corneliam de sicaris* é no sentido de que o homicida de um terceiro inocente não é imputável ainda que confunda, em uma mesma regra, a legítima defesa individual e o estado de necessidade nascidos de uma agressão injusta.<sup>36</sup>

De acordo com o citado autor, segundo os ensinamentos de Ulpiano, se um indivíduo, à vista de uma acusação capital, tentar corromper seu adversário para evitar uma condenação, deve ser perdoado.<sup>37</sup>

Afirma ainda o autor que, se o atentado à vida e à honra não são punidos, nestas circunstâncias, da mesma forma, não se deve imputar o atentado aos bens em caso de necessidade.<sup>38</sup>

Paul Foriers dedica uma seção ao estudo do estado de necessidade no direito romano que denomina *La nécessité institutionelle* e que, na verdade, seria uma forma de estado de necessidade instituída pelo legislador e não surgida como forma autônoma. É o caso do testamento militar em que o soldado romano, em batalha, poderia testar sem a observância das formalidades legais e o negócio gestor, em que um terceiro prejudicado e em risco de perder seu patrimônio poderia agir para preservá-lo.<sup>39</sup>

Paul Mouriaud<sup>40</sup> afirma que os romanos dedicaram-se muito mais ao direito civil que ao direito penal, isto menos por culpa dos juriconsultos do que em razão das circunstâncias, uma vez que o direito penal em Roma desenvolveu-se de forma desordenada

<sup>36</sup> Assim cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.68: "L'homicide d'un tiers n'est donc pas imputable em ce cās, qui confond dans une même règle la legitime défense et l'état de necessite, NE de l'agression injuste, vis-à-vis de tiers innocents".

<sup>37</sup> Nesses termos FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.68-69: "Ulpian enseigne encore que si un individu, un butte à une accusation capitale, a corrompu son adversaire pour éviter une condamnation, il doit lui être pardonné "nam ignoscendum censuerunt iis, qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit".

<sup>38</sup> De acordo com FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.69: "Enfin, si l'atteinte à la vie et à l'honneur est impunie, sera aussi nom imputable l'atteinte aux biens, toujours em cās de necessite: si l'incendie fait rage, um propriétaire pourra justement détruire l'immeuble de son voisin pour arrêter la propagation du sinistre et sauver son prope bien".

<sup>39</sup> Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.72: "La fonction institutionnelle de l'état de necessite à Rome est bien mise em lumière, croyons-nous, par deux construction juridiques Du droit civil: le testamentum militis et le negotiorum gestor. Sans doute pourrait-on prétendre que l'état de necessite agit, em cette matière, plus comme mobile Du législateur que comme notion autonome, mais l'analyse des dispositions prouve que ces textes sont tout entiers nourris des idées que nous avons étudiées, et ressortissent bien à la matière qui nos occupe".

<sup>40</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.51: "On a, non sans raison, accuse le science roamine, quis'est consacrée au droit avec la solitudine d'une mere, de n'avoir été pour le droit penal qu'une maâtre. La faute en est moins aux juriconsultes qu'aux circonstances: le droit criminal de Rome s'est développé d'une façon malsaine, dans la dependance des mouvements politiques et par une série de lois isolées dues aux seules exigences du moment".

dentro dos movimentos políticos e através de uma série de leis isoladas, de acordo com as exigências do momento.

Philippe-Jean Hesse,<sup>41</sup> ao analisar o instituto do estado de necessidade no direito romano, afirma que a sua noção não era desconhecida naquele período e que esta pode ser encontrada no *Digesto*, que trata da possibilidade de destruição da casa do vizinho para livrar-se do fogo, ou na República de Cícero em que se faz referência ao conhecido exemplo do filósofo Carnéades em que um naufrago, para se salvar da situação de perigo e, dispondo de uma única tábua, sacrifica a vida de uma outra pessoa que se encontre na mesma situação.

Contrariamente à conduta dos gregos, que admitiam o crime de furto em função da necessidade e o aceitavam com liberalidade, os romanos, que tinham um grande apego e respeito pela propriedade, repudiavam a mendicância, a ociosidade e a pilhagem. É o que afirma Philippe-Jean Hesse<sup>42</sup> citando, como exemplos, a forma como os romanos defendiam a sua propriedade dos ladrões, postando estátuas de Priapo e cachorros em seus jardins, confiando que estes os defenderiam de tais ameaças e a forma como cultuavam a proteção dos seus bens patrimoniais, punindo com rigor condutas atentatórias à sua preservação.

### 2.2.3. Estado de necessidade no direito medieval

Segundo Felix Marchand,<sup>43</sup> na idade média não havia um só autor que considerasse o furto por necessidade punível, sendo que o *corpus júris canonici*, que os

---

<sup>41</sup> Assim, cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.127: “Chez les Romains, la notion d'état de nécessité n'est pas inconnue. On en trouve trace dans le Digeste (XLVII, 9, 3 et IX, 2, 49, 1) avec la possibilité de détruire la maison d'autrui pour préserver la sienne de l'incendie, ce qui, selon Ulpian, s'explique par l'absence d'intention de nuire. C'est la même idée que l'on rencontre dans un passage de La République de Cicéron où sont rapportés des propos du philosophe Carnéade : "la justice commande de ne pas tuer un homme... Que fera le juste, en cas de naufrage, si un autre homme, inférieur en force, s'est saisi d'une planche ? Ne le précipitera-t-il pas de cette planche pour y monter lui-même et, grâce à cet appui, se sauver ? ... S'il entend bien son intérêt, c'est ainsi qu'il agira, car il périra s'il ne le fait pas. Si, au contraire, il aime mieux périr que de porter la main sur autrui, il est juste, mais insensé puisqu'il n'a pas pour sa propre vie le respect qu'il a pour celle d'autrui" (III, 20)”.

<sup>42</sup> Nesses termos HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.127: “Il faut dire qu'ils ont, plus encore que les Grecs, un rt respect pour la propriété et le plus grand dégoût pour mendiants, vagabonds et maraudeurs. Juvénal décrit l'âge d'or en insistant sur l'absence à cette époque d'actes de maraudage. Les propriétaires romains plaçaient dans leurs jardins, sinon les chiens préconisés par Hésiode, du moins une statue du dieu Priape qui, en dehors de son pouvoir reproducteur, passait pour protéger des voleurs. Une protection souvent inefficace si l'on en croit Martial qui souligne que la statue était parfois dérobée par un larron pour éviter de repartir bredouille. Surtout, les gouverneurs de province n'ont jamais été tendres envers les gueux et la répression se fit toujours plus sévère, si bien qu'au IVe siècle de notre ère certains fonctionnaires avaient trouvé la solution du problème de la mendicité : ils faisaient noyer tous les mendiants”.

<sup>43</sup> Assim, cf. MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.51: “Au moyen age, il n'est pas em effet um Seul auteur qui considere le vol par necessite comme punissable. Le Corpus júris canonici, que les glossateurs

glosadores comentaram e de onde se inspiravam, contém uma passagem relativa ao furto por necessidade, em que uma módica pena é imposta ao seu autor.

Paul Mouriaud<sup>44</sup> afirma que o direito germânico é impregnado de duas ideias ricas em consequências para a sedimentação do direito em caso de estado de necessidade. Uma destas ideias é a de que *la nécessité n'a pas de loi*, que permite o curso natural das coisas, pois a lei deixa de obrigar na ocorrência de eventos extraordinários e a outra ideia é o sentimento de solidariedade e assistência recíproca, visto como um dever cuja violação implica na aplicação de uma pena.

Analisando o contexto histórico do estado de necessidade, de Justiniano ao século XVI, Paul Foriers<sup>45</sup> faz uma abordagem do direito germânico, do direito costumeiro francês e do direito canônico.

Em síntese, afirma que o antigo direito germânico não conhecia propriamente a lei, mas sim os costumes, que é admitido pelo consentimento tácito da população e conservado pela autoridade dos anciões. Pondera, no entanto, que durante o curso do século V, os reinados dos Burgúndios, dos Visigodos e dos Francos se firmaram e junto com eles as instituições escritas como a *lex barbara Burgundionum* e a lei bárbara dos visigodos. A partir deste momento começam a se verificar, com maior constância, alguns casos de estado de necessidade admitidos pela lei, inclusive com a exoneração completa do autor.

A inspiração germânica para o estado de necessidade não é o indivíduo, mas sim a solidariedade do grupo. Assim, a *lex barbara Burgundionum*, prevê que os danos causados por uma armadilha destinada a prender animais que possam ser perigosos ao homens e às culturas não devem ser suportados por quem as instalou.<sup>46</sup>

A lei bárbara faz a aplicação do estado de necessidade a diferentes hipóteses e regulamenta o exercício destas prerrogativas. É o caso do proprietário de um enxame de

*commentent, ou dont ils s'inspirent, contient un passage relatif au vol nécessaire: "si quis, propter necessitatem famis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, peniteat hebdomadas tres; et si reddiderit, non cogatur jejunare".*

<sup>44</sup>Nesse sentido MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.81-83: "*Le droit germanique semble pénétrer de deux idées riches en conséquences, et dont l'action commune dut amener à excuser dans une large mesure l'infliction d'un dommage en cas de nécessité, à voir même en CET acte l'exercice d'un droit. L'une de ces idées, c'est que la nécessité n'a pas de loi; que, faites pour le cours naturel des choses, les lois cessent d'obliger en cas d'événements extraordinaires [...]*Nous voyons en même temps les Germains pénétrer d'un vif sentiment de solidarité; l'assistance réciproque est à leurs yeux un devoir, dont la violation est frappée de peines (Wilda); c'est plus qu'un simple devoir moral".

<sup>45</sup> Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.76-99.

<sup>46</sup> Assim, cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.79: "*La loi des Burgondes (Lex Barbara Burgundionum ou loi Gambette) prévoit déjà que le dommage cause par un piège destiné à prendre des animaux sauvage, et par là dangereux pour les hommes et les cultures, n'entraînera pas celui qui l'a mis aucune condamnation, car il est nécessaire*".

abelhas que se desloca para o pomar ou para as colmeias da propriedade do vizinho. Nesta situação, este poderá penetrar na propriedade do vizinho para recuperar o seu bem devendo informar antes o seu propósito a este e não poderá ir mais que três vezes na árvore ou na colmeia.<sup>47</sup>

A lei bárbara dos visigodos também prevê diversos casos de estado de necessidade, sendo o mais característico o referente à situação de um caminho que se for fechado ou interrompido permitirá a abertura de uma via ladeando a cerca ou a propriedade, sem necessidade de pagamento.<sup>48</sup>

O estado de necessidade continuou a se desenvolver nos países de direito germânico, culminando com o surgimento da *Constituição criminal de Bamberg* em 1507 e com a *Constituição criminal de Charles-Quint*, conhecida como *Carolina*, em 1532, que deixa claro em seus artigos 166 e 175 o reconhecimento explícito do estado de necessidade.

No primeiro caso, prescreve-se que não se deve punir o autor do furto, sua esposa e seus filhos quando o delito ocorrer para saciar a fome e no segundo, da mesma forma, prescreve-se que ainda que o furto se refira a coisas sagradas e ocorra nos lugares santos, a necessidade, em função da fome, deverá ser levada em consideração.<sup>49</sup>

Em relação ao antigo direito costumeiro francês, o autor afirma que este também não ignorou o estado de necessidade. O costume de Beauvais tem o mérito de formular, pela primeira vez, o princípio do estado de necessidade, ainda nos tempos feudais, no século XIII e

<sup>47</sup> Nesses termos FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.79: “La loi des Bavaois fait également application de la necessite à différentes hypothèses et régleme l'exercice des prérogatives que celle-ci fait naître. Si le propriétaire d'un essain d'abelles voin son essain gagner le verger ou les ruches Du voisin, il pourra pénétrer sur la propriété de celui-ci à l'effet de recupérer son bien. Mais il devra appeler préalablement le propriétaire de l'arbre ou de la ruche, et ne pourra Donner que trois coups sur l'arbre ou la ruche”.

<sup>48</sup> De acordo com FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.80: “Divers cas de necessite sont également prévus par la loi barbare des Wisigoths; nous retiendrons le plus caractéristique: “Si um chemin est fermé ou embarrassé (constrictum), une voi pourra être ouverte à travers la haie ou la clôture (de la propriété longeant le chemin) san rien payer”.

<sup>49</sup> Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.81: “La continuité et le développement de l'état de necessite dans les pays de droit germanique trouveront leur aboutissement dans la “constitution criminelle de Bamberg” (1507) et dans la “Constitution criminelle de Charle-Quint”, connue sous les nom de “Caroline” (1532. Em sés articles 166 et 175, cette dernière reconnaît explicitement le droit de la necessite: Art.166: “Du vol em cas de vraie famine. – Si um vol d'aliments a été vraiment necessite par la faim dont souffrait l'auteur Du vol, as femme ou son enfant, et que ce vol soi considerable et manifeste, les juges délibéreront à nouveau comme il vient d'être dit; quoique relâche sans punition, le valeur n'aura pas de recours contre le plaignant par le fait de as plainte. Art.175.-“Por le vols de choses sacrées et commis em lieu Saint, la necessite de la faim será prise em considération, ainsi qu'il a été prescrit des vols profanes”.

de ter aplicado este princípio a diversos casos, sendo que a grande regra de resolução dos conflitos que ali aparece é a de que, entre dois grandes males é melhor escolher o menor.<sup>50</sup>

Por fim, o autor afirma que tanto o direito terrestre quanto o direito marítimo costumeiro francês sempre acolheram o estado de necessidade dentre os seus princípios:<sup>51</sup> *Si le droit coutumier terrestre retenait l'état de necessite le droit de la mer faisait de même.*

Philippe-Jean Hesse,<sup>52</sup> ao comentar a evolução do conceito de estado de necessidade, afirma que o direito positivo teve que ceder aos seus princípios e que juristas, filósofos e políticos se utilizaram dos seus fundamentos das mais diversas formas. Cita como exemplo trechos da obra de Santo Tomás de Aquino em que implicitamente se registram três noções importantes sobre o estado de necessidade: a necessidade, o comando da autoridade legítima e o consentimento da vítima.

Nos *Costumes de Beauvais*, o estado de necessidade foi aplicado às questões envolvendo tanto a expropriação quanto a servidão, estabelecendo-se princípios para que, em caso de necessidade, as partes envolvidas pudessem resolver o conflito. Assim, firmou-se naquele instituto de direito que nas servidões não se podia entrar na propriedade de terceiros sem a vontade deste ou do seu Senhor, a não ser que fosse acostumado a assim proceder de longa data. Em tal caso deveriam os interessados entrar em acordo como se estivessem em estado de necessidade. Neste sentido Beaumanoir.<sup>53</sup>

Desta forma, nos citados *Costumes de Beauvais*, previu-se, no entanto, para estes casos, as exceções decorrentes do estado de necessidade e a forma de como se proceder em tais circunstâncias.

<sup>50</sup>Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.86: “La coutume de Beauvaisis applique d'ailleurs la nécessité dans nombre d'espèces particulières. La grande règle de résolution des conflits: entre deux maux, il faut choisir le moindre, dit la conduite a suivre.

<sup>51</sup>Assim, cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.89.

<sup>52</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.128: “L'idée que "nécessité n'a point de loi", comme le rappelait Loisel dans une de ses Maximes de droit français au XVIIe siècle, c'est à dire que le droit positif peut être amené à céder devant le "besoing" est une idée fort répandue pendant tout le Moyen Age et aux siècles suivants. Juristes, philosophes et politiciens font de ce principe les applications les plus diverses. Par exemple, Saint Thomas d'Aquin autorise le meurtre, si c'est un ordre de Dieu, car il y a nécessité d'obéir à Dieu : "La même raison vaut pour le vol qui est l'enlèvement du bien d'autrui. En effet, prendre quoi que ce soit sur l'ordre de Dieu, Seigneur de l'univers, ce n'est point prendre contre la volonté du propriétaire, ce qui constitue le vol". On le voit, Saint Thomas mélange ici trois notions : la nécessité, le commandement de l'autorité légitime et le consentement de la victime.

<sup>53</sup> Nesses termos BEAUMANOIR. *Les coutumes de Beauvaisis*. Introd. AM. Salmon. Tome premier. p.366: “Nus usage ne peut ne ne doit estre donnés seur la propriété d'autrui sans la volonté de celui à qui la propriété est et sans l'acort Du seigneur de qui la propriété muet, se ce n'est usages qui ait este uses et acoustumés de lonc tans. Et em tel maniere puet li estre demandés de nouvel qu'il convient que li tresfoseres et li seigneurs s' acordent si comme em cas de necessite”.

Definiu-se que, em estado de necessidade, deveriam ser evitadas grandes perdas e prejuízos. Nestes termos, caso um rio corrompesse um caminho comum que pertencesse a uma vinha ou à propriedade de alguém, uma vez restaurado o caminho ou construída uma nova vinha ou propriedade, por este, não se deveria impor-lhe a obrigação de permitir a servidão sobre seu novo caminho, vinha ou terreno, a não ser que esta fosse estritamente necessária.<sup>54</sup>

Ainda sobre a análise do estado de necessidade no período medieval, Philippe-Jean Hesse<sup>55</sup> nos apresenta três situações que demonstram de que forma o referido instituto vigia naquele período. Na primeira delas, originária da lenda céltica *Peredu ab Evrawc*, a mãe de Peredú lhe dá conselhos quando este resolve percorrer o mundo, orientando-o que, onde quer que fosse, se acaso não lhe oferecessem alimento ou bebida que ele mesmo os pegasse.

Em uma segunda situação, transcreve-se parte do apelo do revolucionário inglês Overton em 17 de julho de 1647, em que este afirma ser o estado de necessidade uma lei superior a todas as outras e que a partir desta premissa se transmitiria e se comunicaria autoridade ao povo, tanto em casos gerais quanto em casos particulares.<sup>56</sup>

Por fim, afirma que a ideia do estado de necessidade também foi utilizada pelos detentores do poder, como foi o caso do sermão proferido pelo Duque da Bretanha, no século XV, quando este evocou o estado de necessidade como único instrumento capaz de conter o seu ímpeto em preservar os institutos ingleses vigentes à época.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Nesses termos BEAUMANOIR. *Les coutumes de Beauvaisis*. Introd. AM. Salmon. Tome premier. p.366: “*Cas de nécessité si est ce dont l'en ne se puet souffrir sans trop grant perte ou trop Grant damage: si comme une riviere a corrompu le chemin qui estoit seur les rives et ma mesons ou ma vigne joint au lieu corrompu, il convient que l'em prengne tant de ma chose et convertisse em usage de chemin que li chemins qui estoi corompus em soit restorés; ou se j'ai mesons ou vignes fetes de nouvel em aucun lieu ou il n'em eut onques mès point, l'em ne me puet deveer que jê n'aie voie nouvele par le damage rendant pour aler a ma meson ou a ma vigne*”.

<sup>55</sup> Cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.128: “*Dans la légende celtique Peredu ab Evrawc, la mère de Peredur donne à son fils ses derniers conseils avant qu'il ne parte courir le monde : "[o]ù tu verras une église, récite ton Pater auprès d'elle. Quelque part que tu voies nourriture et boisson, si tu en as besoin et qu'on n'ait pas assez de courtoisie ni de bonté pour t'en faire part, prends toi-même*”.

<sup>56</sup> Assim, cf. HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.128: “*Voici un peu plus tardivement, Overton, révolutionnaire anglais, dans un appel du 17 juillet 1647 : "En second lieu, la nécessité est une loi au-dessus de toute loi; par ce principe sont transmis et communiqués autorité et pouvoir, pour les cas généraux comme pour les cas particuliers, allant jusqu'à adopter des méthodes inhabituelles et jusqu'ici sans exemple, pour assurer la liberté publique et privée"* ; d'où il tire toute une série de conséquences politiques”.

<sup>57</sup> Nesses termos HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.128: “*L'idée, mise ici au service des idées radicales, a été aussi utilisée par les détenteurs de pouvoirs : au XVe siècle, le serment prononcé par le Duc de Bretagne lors de son avènement comporte la formule suivante : 'vous jurez à Dieu, à Monsieur Saint-Pierre et aux Saints Evangiles et reliques qui ici sont présentes que les libertés, franchises, immunités et anciennes et justes coutumes de l'Eglise de Bretagne tiendrez sans les enfreindre et comme garde d'icelle et de tous ses serviteurs et des autres gens de l'Eglise demeurant au*

#### 2.2.4. Estado de necessidade no direito canônico

Ao analisar o estado de necessidade no direito canônico, Paul Foriers comenta sobre as penitências, o *corpus júris canonici* e a glosa.

Em relação às penitências, afirma que estas constituem, na verdade, um primeiro código penal do direito disciplinar com sanções originariamente severas, mas a *Pénitentiel de Théodore* já suprimira a pena de jejum de quarenta dias pelo consumo indevido de carne, em caso de necessidade, enquanto a *Pénitentiel Pseudo-Beda*e aplicava a casos semelhantes a mesma condescendência.<sup>58</sup>

Ao fim do século XIV a *Penitentiel Civitatense* admitia o homicídio de um inocente por ocasião de um ataque injusto.<sup>59</sup>

O *Corpus juris canonici*, que não tomou a sua forma definitiva antes de 1500, resumia vários ensinamentos das penitências e considerava, em linha gerais, que todos os atos necessários eram legítimos.<sup>60</sup>

Os glosadores esforçaram-se por pesquisar o fundamento doutrinário e histórico do estado de necessidade, tendo conseguido dissociar o conceito único deste em uma série de justificativas particulares, aplicáveis somente em função de uma determinada disposição.

Em relação a este período, os glosadores, a par de introduzirem o elemento moral, foram amenos em estabelecer uma distinção quanto à intensidade do estado de necessidade e verificar os seus efeitos em função do seu grau de ocorrência, ainda que tenham assegurado, em relação a este, a ausência de responsabilização. Todavia, no caso de estado de necessidade

*pays de Bretagne les garderez avec leurs bénéfices, de tort, de force, de violence et d'oppression et de toutes novalités, fors en cas de nécessité*”.

<sup>58</sup> Assim, cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.93: “A l'origine, les sanctions étaient particulièrement sévères: d'après saint Basile, la penitence pour vol était de deux ans, pour fornication de sept ans, pour perjure de onze ans, pour adultère de quinze ans, et perpétuelle pour apostasie !Mais déjà le *Pénitentiel de Théodore* supprima la peine du jeûne de quarante jours pour consommation de viande défendue, em cas de nécessité”.

<sup>59</sup> Segundo FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.93-94: “Malgré les controverses, la continuité de la doctrine est dès lors assurée et son champ d'application élargi, si bien qu'au XIVe siècle le *Penitentielle Civitatense* admit l'homicide d'un innocent à la occasion d'une attaque injuste: ‘item si clericus homicidium voluntarie fecerit, debet disponi ab ordine et beneficia et VII annis ninitere...sed si homicidium fuerit necessarium, vel quia aliter evadere non potuit, et si culpa aliqua non fuit, non est irregularis’”.

<sup>60</sup> Cf. FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.94: “Le *Corpus juris canonici*, qui ne reçut as forme définitive qu'environ 1500 (1499-1502), résumera les divers enseignements des *Pénitentiels*, et le les coulera dans une formule lapidaire: “*Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum* [...]”

grave, o agente terá a responsabilização do que for possível e, no caso de um estado de necessidade imperioso, ficará livre de todo tipo de sanção, seja penal ou civil.<sup>61</sup>

As características fundamentais do estado de necessidade, consoante Foriers, não imputabilidade e força institucional, encontram-se contempladas nas instituições canônicas, assim como no direito romano, e correspondem à grande ordem de ideias que é a base da solução de conflitos do estado de necessidade, qual seja, a de violar a lei para evitar um mal, mas também para fazer um bem.<sup>62</sup>

Enrico Contieri ao analisar o instituto no direito canônico, referindo-se ao cânone 2205,<sup>63</sup> vigente em meados do século passado, e, em especial aos seus parágrafos segundo e terceiro, pondera não ser o estado de necessidade uma causa geral de exclusão de infrações, mas sim, referente a uma determinada infração, não se aplicando, de qualquer forma, quando a ação for notadamente reprovável ou quando denote desprezo pela fé, pela autoridade eclesiástica ou cause dano às almas, funcionando nestas situações como circunstância atenuante da infração:<sup>64</sup>

É, porem, necessário que se trate da ofensa de um bem ou de um interesse protegido por uma norma exclusivamente de direito humano (“si agatur de legibus mere ecclesiasticis”), e não de direito divino (positivo ou natural). O estado de necessidade, no direito penal canônico, não é, por isso, causa geral de exclusão das infrações, mas refere-se unicamente a determinada categoria de infrações. Além disso, não obstante ser necessário que o bem ou o interesse violado seja protegido por uma norma exclusivamente de direito humano, a dirimente não se aplica quando a acção é intrinsecamente reprovável ou constitui desprezo pela fé ou pela autoridade eclesiástica ou dano das almas. Nestes casos, a *necessitas* e o *metus* são simplesmente circunstâncias da infração (§3º, can.2205)

---

<sup>61</sup> Conforme FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.98, verbis: “Les glossateurs, par cela même qu'ils introduisent l'élément moral, seront amenés à établir une distinction quant à l'intensité de la néce et à faire varier ses effets d'après ses degrés. Dans tous le cas l'absence de responsabilité est assurée, mais dans le cas de grave nécessité l'agent est tenu à restitution dès que possible; dans le cas d'imperieuse nécessité, par contre, il est indemne de toute poursuite, tant pénale que civile”.

<sup>62</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.98-99: “Ainsi les traits caractéristiques de la nécessité: non-imputabilité et force institutionnelle, se retrouvent dans les institutions canoniques comme dans le droit romain, ils répondent aux deux grands ordres d'idées, base de la résolution des conflits naissant sous l'empire de CET état: violer la loi pour éviter un mal, violer la loi pour faire le bien”.

<sup>63</sup> Refere-se ao Código Canônico promulgado em 1917 e que foi revogado, em 1983, pelo atual Código de Direito Canônico. São os seguintes os termos do cânone 2205 e parágrafos 1º a 3º do revogado código, segundo nos relata Enrico Contieri (*O estado de necessidade*, p.11), ao afirmar que: “No direito da igreja, o cânone 2205 do Código de direito canônico estabelece: §2. *Metus quoque gravis, etiam relative tantum, necessitas, imo et grave incommodum, plerumque delictum, si agatur de legibus mere ecclesiasticis, penitus tollunt*. §3. *Si vero actus sit intrinsece malus aut vergat in contemptum fidei vel ecclesiasticae auctoritatis vel in animarum damnum, causae, de quibus in §2, delicti imputabilitatem minuunt quidem, sed non auferunt*”.

<sup>64</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.12-13.

Paul Mouriaud, ao analisar o estado de necessidade no direito canônico, considera que a igreja aplicava, em matéria penal e em toda a sua plenitude, o princípio de que a necessidade não conhece a lei: “ *L’Eglise emprunte au droit des peuples germaniques , qu’elle vient civiliser, le principe que la necessite n’a pas de loi et l’applique dans toute as largeur em matiere pénale* ”.<sup>65</sup>

Segundo Mouriaud,<sup>66</sup> tanto nas penitências antigas e recentes, como é o caso das penitências de Teodoro, no século VII, como na *Civitatense*, século XVI, são encontradas, com frequência, referências à palavra *necessidade* tendo esta forte influência nas regras de exceção a diversos delitos, salvo os delitos de fornicação, que jamais são perdoados.

Conforme o citado autor, a noção de estado de necessidade no período canônico é, em resumo, de acordo com o *corpus júri canonici*, o de um estado de coisas no qual a observação da lei seria um mal que equilibre o mal residente em sua violação, que este estado de coisas apareça, fazendo desaparecer a lei e passando a se aplicar uma nova lei que é a do estado de necessidade e tornando o que é ilícito em lícito.<sup>67</sup>

#### 2.2.5. Estado de necessidade no direito moderno

Quanto à evolução do estado de necessidade do século XVI ao século XVIII, Paul Foriers afirma que o estudo dos textos referentes a este período nos permite elaborar, ainda que de forma incompleta, um primeiro esboço jurídico do estado de necessidade e que, século após século, estes princípios foram se firmando e ganhando autonomia, até que se chegasse a uma teoria geral do estado de necessidade com os internacionalistas.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Assim, cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.88.

<sup>66</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.89: “On est surpris em feuilletant les livres pénitentiaux, anciens ou récents – celui de Théodore du VIIe siècle, comme le “Civitatense” du XVIe -, d’y rencontrer chaque instant le mot de “necessitas”; la necessite y joue le role d’une véritable exception, d’une excuse à tous les délits; seuls, les péchés de fornication ne sont jamais excusés [...]”.

<sup>67</sup> Cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.99: “La notion de l’état de necessite est, em resume, d’après le corpus júris canonici, celle d’um état de choses dans lequel l’obervation de la loi entrainerait um mal qui balance, et au-delà, le mal résidant dans as violation; que cet état survienne et la loi disparaît: “la necessite n’a pas de loi”; une nouvelle loi est appliquée, celle de la necessite “quise fait à elle-même as loi” et em ce ses “ce qui était illicite devient licite”.

<sup>68</sup> FORIERS. *De l’état de nécessité en droit pénal*. p.100: “L’examen des textes auquel nous avons jusqu’ici procede nous a permis d’apercevoir une première esquisse juridique de l’état de necessite, encore incomplète dans son expression et dans sa forme. Peau à peau cependant, les principes vont se préciser et prendre de siècle en siècle plus d’autonomie, pour devenir, avec les internationalistes, théorie générale.

Em relação à possibilidade do instituto do estado de necessidade ser reconhecido no Direito Internacional como causa de exclusão da responsabilidade dos Estados pelos fatos ilícitos internacionais, a questão, apesar de ser bastante complexa, vem sendo admitida.

Segundo Enrico Contieri,<sup>69</sup> há argumentos suficientes no direito internacional, para que se reconheça tal afirmativa. Cite-se, por exemplo, a obrigatoriedade das normas a que os Estados se sujeitam nas relações internacionais, com a conseqüente *exigência da sua própria conservação* e a conduta dos Estados em não refutarem a possibilidade de reconhecimento do estado de necessidade quando analisam documentos diplomáticos pelos quais se protestam contra fatos ilícitos:

E o limite lógico da obrigatoriedade das normas a que os Estados se sujeitam, nas relações internacionais, parece ser a exigência da sua própria conservação, não em virtude de uma hierarquia dos bens protegidos pelo direito internacional, contra a qual se insurge Cavaglieri, mas sim pela natureza especial daquela exigência, indispensável para os Estados poderem gozar todos os bens, a qual tem a protecção do direito internacional, pelo que é lógico supor, desde que não esteja determinado precisamente o contrário, que os Estados querem salvaguardar essa exigência da obrigatoriedade das normas da ordem internacional. O segundo argumento tem por base o exame de dois documentos diplomáticos, por meio dos quais os Estados protestam contra factos em si mesmos internacionalmente ilícitos, que a outra parte justifica alegando o estado de necessidade; ora, quase constantemente se protesta contra a aplicação concreta do princípio, negando-se a presença dos elementos do estado de necessidade, e não contra o princípio em si, o que prova a convicção jurídica em que estão os Estados de admitirem como lícito o facto necessitado cometido para salvar a existência de qualquer deles.

Segundo Felix Marchand, um grande número de leis modernas tem consagrado disposições especiais ao estado de necessidade, mas infelizmente falham ao deixarem de exprimir em uma fórmula clara, um princípio aplicável a todos os casos de estado de necessidade: “*Um certain nombre de lois modernes ont consacré des dispositions spéciales à l'état de necessite. Malheureusement, la plupart manquent à leur mission en négligenat d'exprimer dans une formule Claire um principe applicable á tous les cãs de necessite*”.<sup>70</sup>

Logicamente que tais considerações foram feitas pelo autor, no início do século passado, época em que as legislações dos países que integram a família romano-germânica, a família do *common Law*, a família socialista, a família dos mulçumanos, hindus e judaicos, a família do extremo oriente e a família da África, ao sul do Saara e Madagascar, de acordo

---

<sup>69</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.6-7

<sup>70</sup> MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.107.

com a sistematização que nos é apresentada por René Davi<sup>71</sup> e acolhida neste estudo, ainda não havia se desenvolvido.

Assim, serão analisadas, em momento oportuno, do ponto de vista do direito penal comparado, cada uma destas famílias jurídicas, de maneira a se verificar de que forma o estado de necessidade foi recepcionado em tais grupos de famílias jurídicas.

### 2.3. Fundamentos e natureza jurídica

Enrico Contieri manifesta-se a respeito da importância de analisar a natureza jurídica do estado de necessidade, tanto para que se sistematize o seu estudo, quanto para que se possa avaliar as consequências jurídicas advindas do seu reconhecimento:<sup>72</sup>

O interesse em fixar-lhe a natureza jurídica, corresponde não só a uma exigência sistemática, mas a sua satisfação é o pressuposto necessário para a solução de alguns problemas referentes à vontade do agente, na sua influência sobre o estado de necessidade, tais como a admissibilidade da legítima defesa contra o facto necessitado e a ressarcibilidade do dano civil produzido pelo facto necessitado.

De acordo com Philippe-Jean Hesse,<sup>73</sup> na idade média foram utilizados três textos teológicos para dar ao estado de necessidade bases sagradas e, a partir destes textos, desenvolveram-se, nos séculos XVI a XVIII seguintes e, após estes, os argumentos jurídicos e filosóficos capazes de explicar a extinção da responsabilidade, em caso de necessidade.

Segundo o citado autor,<sup>74</sup> estes textos de referência teológica são: *o evangelho de São Mateus*, em que os discípulos violam o sábado sagrado para saciarem a sua fome, no que são recriminados pelos fariseus, mas justificados por Jesus; um fragmento do *Responsu Gregorii*, que estabelece uma distinção entre o ladrão ordinário e o ladrão movido pela necessidade e uma passagem das *Penitências de Theodoro*, em que se prevê uma simples penitência de três semanas àquele que furtar o pão ou vestimentas por necessidade e não uma pena secular ou infamante.

---

<sup>71</sup> DAVI *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.23-32.

<sup>72</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.140.

<sup>73</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*. p.129-130.

<sup>74</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'etat de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.129-130.

Para Hesse<sup>75</sup> são dois os fundamentos de ordem jurídica para o estado de necessidade. O primeiro é que o furto não deve existir em caso de necessidade, posto que este não tem o intuito de lucro nem a vontade formal de causar prejuízo.

O segundo fundamento consubstancia-se na teoria do erro, em acreditar o autor do delito que, conforme os ensinamentos do evangelho, é dever dos mais abastados compartilhar os seus bens com os pobres e que qualquer posse absoluta e arbitrária da propriedade, em favor de um só, não é consentida.

O referido autor<sup>76</sup> afirma, por fim, serem três os fundamentos de ordem filosófica do estado de necessidade.

O primeiro, o do *instinto de conservação irresistível* em que haveria um direito superior a todo o sistema jurídico que é o instinto de sobrevivência do homem. O segundo, o *da suspensão temporária do direito*, pelo qual durante situações excepcionais as regras jurídicas não deveriam ser aplicadas e o fundamento mais largamente admitido, mas atualmente em desuso, que é o do *retorno à comunidade originária de bens*.

Para Jiménez de Asúa<sup>77</sup> as diversas teorias que procuram esclarecer a natureza jurídica do estado de necessidade podem ser sintetizadas em quatro grupos, quais sejam: as teorias da neutralização, as teorias subjetivas, a doutrina da colisão de interesses e a teoria que eleva o estado de necessidade a causa de justificação.

Propõe, ainda, o mencionado autor, um estudo à parte sobre o estado de necessidade supralegal e sobre a imprescindível diferenciação em duas grandes classes: o conflito de interesse entre bens iguais e entre bens desiguais, teorias estas que, devido à sua importância para o presente estudo, serão posteriormente abordadas.

### 2.3.1. Doutrinas da neutralização

O primeiro grupo de teorias, as doutrinas da neutralização, tem procurado “neutralizar” o estado de necessidade em sua referência com a norma, significando um retorno à comunidade de bens e ao estado da natureza ou situando o estado de necessidade fora do âmbito do direito penal.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.130.

<sup>76</sup> HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*.p.131.

<sup>77</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.302-355. t. IV.

<sup>78</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.310. t. IV.

### 2.3.1.1. Teoria da volta à comunidade de bens e ao estado da natureza

Esta teoria, fundamentada nos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino, foi defendida pela igreja e mantém-se intacta até os dias atuais. Era muito aplicada na idade média ao roubo necessário e, nas palavras de Asúa:<sup>79</sup>

*Esta doctrina fué la de la iglesia, manteniéndose intacta hasta nuestros dias, puesto que está basada sobre un dogma que la hace invariable. Durante la Edad Media alcanzó gran favor, aplicada exclusivamente al robo necesario. Se la vuelve a encontrar em los escritos de los teólogos y canonistas, cubriéndola Santo Tomás de Aquino con su autoridad indiscutible. Los publicistas que pertenecen a la escuela del contrato social, la acogen también.*

Segundo o autor, os publicistas da escola natural também a acolheram, sendo que atualmente esta teoria encontra-se em desuso, pois trata, basicamente, de justificar o apoderamento de alimentos e roupas com o fim de suportar a fome ou a nudez. Nestes termos, esta doutrina não é mais acolhida pela igreja e somente alguns penalistas a defendem:<sup>80</sup>

*Los publicistas que pertenecen a la escuela Del derecho natural y a la Del contrato social, la acogen también. Hugo Grocio fué quien la Dio su fórmula más precisa: necesitas rem reducit ad meram ius naturae. Esta teoria se halla hoy definitivamente refugiada em los conventos y monasterios; y solo algún raro escritor la defiende entre los penalistas.*

Trata-se de teoria com evidente conotação teológica e filosófica, sustentada pela igreja com fundamento nos textos bíblicos para justificar o furto famélico. Uma interessante observação sobre um dos equívocos desta teoria nos é apresentada por Jimenes de Asúa, ao analisar a questão da fome e do estado de necessidade.

Segundo o autor, na passagem do evangelho de São Mateus, capítulo XII e seguintes, assim como no evangelho de São Marcos, capítulo II, versículo 23 e seguintes e também no evangelho de São Lucas, capítulo VI, versículo 1 e seguintes, consta a narrativa de que Jesus Cristo caminhava, em um sábado, com os seus discípulos em uma plantação de trigo, ocasião em que estes, apanharam espigas de trigo para comer e saciar a fome. Tendo esta atitude sido reprovada pelos fariseus, por ter ocorrido em um sábado, Cristo lhes retrucara, afirmando não haver crime na conduta dos seus discípulos.

Com fundamento neste fato ocorrido, Graciano, que à época foi seguido por um grande número de doutores, afirmou em seu *Decretum Gratiani* que, em virtude de Jesus

<sup>79</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.311. t. IV.

<sup>80</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.311. t. IV.

Cristo haver inocentado os discípulos, que assim agiram para saciar a fome, estariam justificados, todos os que procedessem da mesma forma.

Ocorre que, conforme as ponderações de Asúa, verifica-se destas conclusões um erro manifesto, posto que esta questão não teria sido examinada por Jesus Cristo, no referido episódio, isto porque, pelas leis dos hebreus daquela época, não cometiam crime os que furtassem para saciar a fome, restringindo-se, portanto, a argumentação de Cristo, tão somente à violação do repouso sabático, que era sagrado naquela época:<sup>81</sup>

*Los teólogos invocaban, ante todo, para fundamentar la impunidad del robo necesario, lo que se llama un argumento de texto: unas palabras de Jesucristo. Um sábado caminaban Jesús y SUS discípulos por um sembrado d trigo y como tenían hambr “comenzaron a coger espigas y a comer”. Los fariseos que les habían visto les reprocharon el hecho diciendo a Jesús: “He aquí tus discípulos, hacen lo que no estado de necesidad lícito hacer em sábado”, y Jesuscristo tomo la palabra y les declaro inocentes. De estas frases de Cristo hizo Graciano, em su Decreto El fundamento de la impunidad Del hurto famélico: Discipulus cum per segetes transegundo evellerent spicas et ederent, ipsius Christi Vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt. Um grand numero de doctores sigue este critério. Pero aqui hay un error manifesto. La respuesta de Jesús solo se refiere a la cuestión que le habían planteado; esto es, haber violado el reposo sabático, recogiendo espigas. La cuestión del robo famélico no estado de necesidad examinada por Jesuscristo, por El sencillísimo motivo de que la ley de los hebreos no considerba como delito contra la propiedad El acto que habían realizado sus discípulos (cf.retro, num 1378).*

Paul Foriers afirma que esta teoria nasce do espírito dos publicistas e dos internacionalistas com fundamentação no direito canônico: *“Le concept de la necessite – exception á la loi – devait naturellement naître dans l’esprit des publicistes, et plus particulièrement des internationalistes. La tradicion canoniste paraît leur em avoir fourni l’argument”*.<sup>82</sup>

Paul Mouriaud atribui esta teoria a Hugo Grócio, ao fundamento de que ele consagrou numerosas referências ao estado de necessidade em sua obra. Grócio concebe o estado de necessidade como uma regra de equidade e considera que esta regra consiste em verificar, em cada caso de aplicação da lei, a necessidade de harmonizá-la à natureza humana, posto que é aos homens que a lei se direciona.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.451. t. IV.

<sup>82</sup> FORIERS. *De l’état de nécessité en droit pénal*. p.107.

<sup>83</sup> Assim, cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.128-129: *“On attribue communément à l’auteur du “de jure belli AC pacis” une théorie de la nécessité d’une rare étroitesse, et pourtant, le savant hollandaise s’est signalé ici par la plus remarquable largeur de vues. C’est que, des nombreux passages qu’il a consacrés à l’état de necessite, on n’em mentionne qu’un célèbre em Allemagne parce qu’il intéressait spécialement les commentateurs de la Caroline, celui que concerne le vol nécessaire.[...] ces règles d’équité,*

Felix Marchand,<sup>84</sup> no entanto, discorda desta opinião de Mouriaud, afirmando que, na verdade, esta teoria encontra-se refletida nos escritos dos canonistas que precederam a Grócio. Quanto ao seu fundamento, afirma que o indivíduo, encontrando-se em estado de necessidade, para conservar a sua vida e seus bens, pode se servir das coisas dos outros ou as destruir, pois a lei que instituiu a propriedade individual desaparece neste momento.

### 2.3.1.2. Teorias que situam o estado de necessidade fora do direito penal

De acordo com Asúa, estas teorias foram desenvolvidas inicialmente por Fichte que, de forma mais abrangente, situava o estado de necessidade fora do direito, enquanto em sua última evolução, os partidários destas teorias o colocavam fora dos limites do direito penal:<sup>85</sup>

*Cuando esta doctrina estado de necesidad desarrollada primitivamente por Fichte estado de necesidad más radical que em su última evolución: Fichte situa El estado de necesidad fuera del derecho; los partidários actuales de esta dirección lo colocan fuera de los limites del Derecho penal.*

Todavia, segundo o citado autor, a teoria de Fichte era limitada, pois só concebia o estado de necessidade quando dois indivíduos estivessem em vias de morrer, ao mesmo tempo, o que não resolvia as demais questões atinentes à matéria: *“La Idea de Fichte es muy reducida, pues solo concibe el delito necesario cuando dos individuos están amenazados de perecer al mismo tiempo”*.<sup>86</sup>

Por este motivo, esta teoria, como originalmente concebida, foi sendo abandonada à medida em que os autores que adotaram os seus critérios cuidaram de lhe dar maior amplitude. Assim, atualmente, não se situa mais o estado de necessidade fora dos limites do direito, mas sim, fora dos limites do direito penal e a concepção dos modernos tratadistas não

*dont le Double role consiste donc à tenir compte, dans chaque cãs d'aplication des lois, et de la nature humaine, parce que c'est à des hommes que s'adresse la loi, et du but que celle-ci poursuit, conduisent à mettre le necessite au bénéfice d'une exception à la loi; voici comment Grotius s'exprime à ce sujet, dans le plus important des passages qu'il consacre à l'état de necessite (1.1, ch.4 §7): 'Méme parmi les loi divines, il em est qui, quelque générales qu'elles soient, referment l'exception tacite des cãs d'une extreme necessite...'*

<sup>84</sup> Nesses termos MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.50: *“Lorsque l'individu se trouve dans la nécessité, pour conserver as vie ou ses biens, de se servir de la chose d'autri ou de la détruire, la loi qui a institué la propriété individuelle disparaît [...] Cette théorie n'est pas une creation de grotius; il ne l'avait pas inventée; il l'avait trouvée tout entiere dans les écrits des canonistes qui l'avaient precede”*.

<sup>85</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.311. t. IV.

<sup>86</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.311. t. IV.

se fundamenta mais somente naquelas premissas preconizadas por Fichte, mas harmoniza-se com outras razões:<sup>87</sup>

*Modernamente vuelve esta idea, pero non em el absoluto punto de vista de Fichte y sus continuadores. Em primer términ, ya no se sitúa ele stado de necesidad fuera de todo derecho, sino fuera de los limites del derecho penal. Además la concepcion de los modernos tratadistas no aparece pura, em algunos de ellos, sino más bien armonizada com otros razonamientos.*

Paul Moriaud<sup>88</sup> destaca em relação a esta teoria o seu mérito de tirar a significação do estado de necessidade das bases do direito passando a considerá-lo, com fundamento em Fichte, um fenómeno raro no qual suas situações particulares devem ser resolvidas com os princípios gerais. Moriaud, no entanto, critica esta teoria, afirmando que a impossibilidade de coexistência de indivíduos na presença do estado de necessidade não dispensa o direito de se ocupar deste conflito.

### 2.3.1.3. Teoria da inutilidade prática da repressão

Esta teoria, mais subjetiva que as anteriores, admite o caráter de antijuridicidade do estado de necessidade. Todavia, conforme Asúa,<sup>89</sup> pressupõe que este deva permanecer impune ao fundamento de que a pena imposta ao ato executado em estado de necessidade estaria desprovida de utilidade social e não atingiria o fim a que se destina:

*La pena impuesta contra el acto ejecutado por necesidad estaria desprovista de utilidad social, bien porque no lograria el fin que se propone i intimidación, enmienda, prevención, defensa, etc. – o bien porque estos objetivos se alcanzaron ya sin Haber tenido que recurrir a médios repressivos. Una pena inútil es injustificable, por eso el delito necesario debe quedar impune.*

A crítica que se faz a esta teoria é a de que o argumento principal dos autores que a defendem é o de imaginar impossível a intimidação, no caso do delito necessário, quando, na verdade, não há como se imaginar, a priori, se a existência de uma pena vai influenciar o sujeito afastando-o da execução de uma ato necessário:

*La critica cayó también sobre estas doctrinas. En primer término notemos que el argumento capital de los autores citados – singularmente de Feuerbach – es el de estimar imposible el logro de la intimidación, en caso*

---

<sup>87</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.311. t. IV.

<sup>88</sup> MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.194: “Cette theorie a le mérite de tirer la signification de l'état de necessite des bases mémems dudroit – Telles que le conçoit Fichte - ; phénomène rare que cet accord des solutions particulières avec les principes généraux.[...]L'impossibilité de la coexistence des individus em présence dans l'etat de necessite ne dispense pas le droit de s'en occuper[...]”.

<sup>89</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.314. t. IV.

*de delicto necesario. Sermet (pág.23), con una gran dosis de ingenuidad, rechaza estas ideas, porque no se puede saber a priori que en los casos de necesidad la pena no apartará al sujeto de la ejecución del acto.*<sup>90</sup>

Paul Foriers informa que esta é uma das primeiras teorias que preconizam a não punibilidade do ato, uma vez que tal fato não terá qualquer utilidade social: “*La première théorie soutient que l’acte n’est pas puni, bien qu’en principe punissable, car la peine serait sans utilité sociale. Thème intéressant, certes, se rattachant à l’histoire, nous l’avons vu, mais sans envolée ni grandeur*”.<sup>91</sup>

Paul Moriaud<sup>92</sup> indica que a ideia principal desta teoria é a de que a punição do ato necessário será desprovida de qualquer utilidade social e que a pena, eventualmente imposta, não atenderá aos fins a que se propõe, quais sejam a intimidação, a recuperação, a prevenção, o restabelecimento da ordem social, dentre outros, uma vez que os seus fins já são atendidos, sem que se necessite recorrer à repressão.

De acordo com Felix Marchand,<sup>93</sup> esta teoria tem por fundamento a ideia de que a sociedade tem o direito de punir todos os fatos que tem interesse de reprimir e o direito de agravar indefinidamente as penas de acordo com o perigo social que este fato represente. Além disso, onde a punição de um ato necessário é desprovida de utilidade social, a aplicação de uma pena não é uma sanção útil aos fins que se propõe, ou seja, a intimidação, a prevenção e a reparação.

### 2.3.2. Teorias subjetivas

As teorias subjetivas, segundo grupo de teorias que objetivam definir a natureza jurídica do estado de necessidade, fundamentam-se na falta de justificativa para punir o ato necessário e na necessidade de se encontrar razões subjetivas, no próprio estado de necessidade, para fundamentar a inutilidade da repressão.

---

<sup>90</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.316. t. IV.

<sup>91</sup> FORIERS. *De l’état de nécessité en droit pénal*. p.123.

<sup>92</sup> Cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l’état de nécessité*. p.213: “*Leur idée-mère est la suivante: la punition de l’acte nécessaire serait dépourvue de toute utilité sociale; la peine n’atteindrait pas les buts qu’elle se propose – buts d’intimidation, d’amendement, de prévention, de rétablissement de l’ordre social et autres -, ou ces buts sont atteints déjà, sans qu’il soit besoin de recourir à la repression*”.

<sup>93</sup> Nesses termos MARCHAND. *L’état de nécessité em droit penal*. p.79: “*Cette théorie a pour base l’idée suivante: la société a le droit de punir tous les faits qu’elle a intérêt à réprimer, et le droit d’aggraver indéfiniment les peines suivant le péril social. Or la punition de l’acte nécessaire est dépourvue de toute utilité sociale. Une peine n’est une sanction utile, que si elle atteinte les buts qu’elle se propose: buts d’intimidation, de prévention, d’amendement*”.

Dentre estas fundamentações encontram-se: a violência moral, a debilidade humana, a irresponsabilidade, a qualificação jurídica da necessidade e a posição da escola positivista.

A primeira destas teorias foi a da violência moral, seguindo-se as teorias a respeito da falta de culpabilidade sendo que, todas estas teorias se baseiam em processos referentes ao próprio agente, traduzindo-se em causas de inimizabilidade ou de exclusão de culpabilidade.<sup>94</sup>

Paul Mouriaud<sup>95</sup> reputa a Kant a construção das teorias subjetivas, pois, através da sua obra *Princípios Metafísicos do Direito* negou todo direito de necessidade e rompeu com as velhas teorias do *jus naturae*. Kant, não veria na fonte do direito outra coisa a não ser a natureza individual do homem, não de forma isolada mas em relação aos outros indivíduos e tendente em transformar em direito todas as tendências inatas à natureza humana.

Conforme Mouriaud,<sup>96</sup> para Kant o ato necessário é culpável, mas não deve ser punido e esta distinção se faz necessária para imputar todo ato necessário a seu autor de maneira que, se sua ação for injusta autoriza o terceiro à legítima defesa e obriga à reparação dos danos causados. Se não restar punido o ato, será por razões de perdão pessoal ou em função da necessidade, pois não se pode punir quem procura salvar a vida de outrem.

### 2.3.2.1. Doutrina da violência moral

De acordo com Asúa, a doutrina da violência moral, apesar de afirmar a natureza injusta do delito necessário, deixa-o impune por considerar que este foi cometido em uma

---

<sup>94</sup> Assim, cf. ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.316. t. IV.: “*Muchos autores que, como consecuencia, aceptaron la impunidad del acto necesario por falta de acción práctica de toda pena, buscaron razones subjetivas, en el propio necesitado, para fundar la inutilidad de la represión. Como veremos, la primera de esas explicaciones fué la vis moral, que tiene rancio abolengo. Más adelante se buscó la falta de culpabilidad. Todas estas doctrinas se basan en procesos producidos en el sujeto y, como se dirá, se traducen dogmáticamente, en causas de inimputabilidad o de inculpabilidad*”.

<sup>95</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.145: “*Kant, em effet, dans ses “Principes métaphysiques du droit” (Appendice à l'introduction), nie tout droit de nécessité; il rompt jeurement avec les anciennes theories du “jus naturae”, qui, ne trouvant la source du droit que dans la nature individuelle de l'homme, oubliaient qu'il n'a pas à considérer l'homme pris isolément, mais seulement dans ses relations avec d'autres individus, et tendaient à eriger em droit toutes les tendances innées de notre nature*”.

<sup>96</sup> Cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.149: “*L'acte nécessaire est, aux yeux de Kant, coupable sans être punissable (impunibile, sinon inculpabile). Cette distinction qui, depuis Kant, deviant courant, peut sembler subtile et oiseuse; mais elle a d'importantes consequences pratiques. Kant veut dire que, quoique impuni, l'acte nécessaire est, de as nature, injuste e imputable à son auteur: injuste, il auorise le tiers assailli a la legitime défense, imputable, il oblige son auteur à la réparation du dommage cause. Et s'il reste impuni, c'est par un motif d'excuse personnel au necessite, dont ne peut se prévaloir celui qui cherche à sauver autri de la mort*”.

situação em que o agente estava coagido pela ameaça de um mal: “*el hombre tuvo que elegir coacionado por la amenaza de un mal*”.<sup>97</sup>

Segundo o autor, o próprio Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco* discutiu quais atos deveriam ser considerados voluntários e livres e quais seriam obrigados, de maneira a ser-lhes concedida a indulgência:<sup>98</sup>

*Su génesis filosófica se halla en la Ética a Nicômaco de Aristóteles, pues al discutir qué actos deben ser considerados como voluntários y libres, y cuáles como forzosos, se vale de ejemplos tan típicos como el hecho de arrojar mercancías de un navio en tiempo de borrasca. La concepción de Aristóteles, que se presta a varias interpretaciones, no resulta clara, acabando por confesar sus dudas sobre si el acto ejecutado por violência, debe ser mirado como voluntario o forzoso, si bien estima que merece indulgencia.*

De fato, conforme observações de Aristóteles,<sup>99</sup> é importante para o legislador, por ocasião da fixação das penas ou de eventuais recompensas, saber distinguir entre o voluntário e o involuntário, que define, nos seguintes termos:

Afirma-se geralmente que as ações são involuntárias quando realizadas sob compulsão ou através da ignorância, e que um ato é compulsório quando sua origem é externa, sendo de tal natureza que o agente, que é realmente passivo, nada contribui para ele – por exemplo, quando é levado a algum lugar pela força das intempéries ou por indivíduos que o têm sob o poder deles.

Todavia, Aristóteles<sup>100</sup> alerta que a questão é mais complexa quando as ações são realizadas “pelo medo de uma alternativa pior ou contemplando algum objeto nobre”, posto que nestas hipóteses não há como se afirmar, com certa convicção, se tais ações são voluntárias ou involuntárias. Para tanto, cita o exemplo, já referido, da carga de um navio lançada ao mar para salvar os seus tripulantes como forma de esclarecer a efetiva diferença entre a ação voluntária e a involuntária:

Mas paira alguma dúvida com respeito a ações realizadas pelo medo de uma alternativa pior, ou contemplando algum objeto nobre – como por exemplo, quando um tirano, que tem os pais e os filhos de um homem em suas mãos, ordena que ele realize algo vil, tendo os seus poupados se o realizar ou mortos se recusar-se a realizá-lo. Está aberto ao debate se tais ações são voluntárias ou involuntárias. Um caso que guarda alguma semelhança com esse ocorre quando, durante uma tempestade [no mar], joga-se a carga ao mesmo; fora dessas circunstâncias ninguém voluntariamente se livra de seus bens, o que faria, contudo qualquer homem sensato para salvar a própria vida e a de seus companheiros de navio. Atos dessa espécie são, portanto,

<sup>97</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.317. t. IV.

<sup>98</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.317. t. IV.

<sup>99</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p.87.

<sup>100</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p.87-88.

“mistos” ou “compostos”. Todavia, aproximam-se mais da classe dos voluntários, pois no efetivo momento em que são realizados são eleitos ou queridos; e a finalidade ou motivo de um ato varia segundo a ocasião, de sorte que os termos “voluntário” e “involuntário” deveriam ser empregados com referência ao momento da ação; agora, a ação real nos casos em pauta é realizada voluntariamente, pois a origem do movimento das partes do corpo que atuam como instrumentos do ato reside no agente, e quando a origem de uma ação encontra-se nem si mesma, está no poder de alguém realizá-la ou não.

De acordo com Asúa,<sup>101</sup> no século XVI, o Francês Tiraqueau iniciou a teoria da violência moral que se estendeu aos italianos e que propunha que, em troca da impunidade completa, fosse aplicada ao estado de necessidade uma pena extraordinária:

*En el siglo XVI se inicia la teoría de la violencia moral con el francés Tiraqueau, que hace de la necesidad grave imperium cui ne dii quidem resistunt; cuyo critério se adopta también en esta época por los prácticos italianos, entre los que figuran Claro, Menoquio y, sobre todo, Farinacio. Pero tanto los italianos – a excepción de Claro -, como el francés Tiraqueau, no pretenden dotar a la violencia moral de impunidade completa, infligiendo, en caso de necesidad, una poena extraordinária.*

Esta teoria é originária da idade média e foi difundida no século XVI através dos escritos de Tiraqueau, na França e de Farinacius, na Itália. Posteriormente o holandês Mattheus a desenvolveu e aprimorou baseado nos estudos de Grocio a respeito da falibilidade humana, segundo Paul Moriaud.<sup>102</sup>

A doutrina da violência moral tem origem no direito romano, sendo que a questão do estado de necessidade não foi objeto de uma sistematização naquela legislação. O Digesto a consagra em algumas poucas passagens, especialmente em dois casos, o do proprietário que, para proteger a sua casa das chamas da casa de um vizinho, procede à demolição desta casa, que é o foco do incêndio e o de um homem livre que é vendido como escravo para obter o preço da venda em cumplicidade com o vendedor e tem a sua liberdade negada, salvo se o homem livre estivesse submetido a violência ou do medo. Nestes casos, os agentes estariam submetidos a um perigo que atenuaria as suas responsabilidades e a uma violência que

<sup>101</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.317. t. IV.

<sup>102</sup> MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.139-140: “La théorie de la contrainte que nous avons vue naître au moyen âge, et s'épanouir au XVIe siècle dans les écrits de Tiraqueau en France et de Farinacius en Italie, ne reste pas sans écho dans les siècles suivants; elle continue à se développer d'un mouvement régulier. D'un côté la violence et la crainte (vis et metus) prennent place au nombre des motifs généraux d'impunité [...] D'un autre côté la théorie se précise chez quelques écrivains isolés, en particulier chez le célèbre Mattheus, dans son commentaire aux “libri terribiles” du Digest (1644); il accorde au nécessité l'impunité complète que lui refusait Tiraqueau, grâce à l'intervention d'un nouveau facteur, mis en lumière par Grotius, le facteur de la faiblesse humaine, et crée ainsi la théorie des actions mixtes que nous nous réservons d'exposer et de discuter plus tard, car elle perfectionnée dans la suite et universellement adoptée au commencement de notre siècle”.

anularia as suas vontades.<sup>103</sup>

### 2.3.2.2. Teoria da debilidade humana

De acordo com Asúa, a partir do século XVIII o holandês Mathaus desenvolveu a sua *teoria das ações mistas, ou da violência moral em função da debilidade humana*, declarando que o ato de necessidade é executado entre a violência de fora e a liberdade de dentro, pugnando pela impunidade do ato, apesar de reconhecê-lo como injusto.

Segundo o citado autor, esta teoria foi posteriormente desenvolvida por Filangieri ao fundamento de que o ato necessário não deve ser punido em virtude da violência moral e também pelo fato de que não é objetivo da lei produzir heróis: “*el acto necesario queda impune por la violencia moral y porque la ley no tiene por asunto hacer héroes*”.<sup>104</sup>

A doutrina da debilidade humana preconiza a impunidade do ato de necessidade em virtude da debilidade humana. Neste sentido, Asúa critica o fato de que tal teoria possui pouco conteúdo científico pois parte de premissas falsas e a sua aplicação prática é perigosa, na medida em que, fora dos casos de necessidade, tornaria impune delitos que deveriam ser castigados:<sup>105</sup>

*Los argumentos de la debilidad humana y de la imposibilidad de exigir el heroísmo, pueden comover a los jurados, pero no sirven para cimentar un convencimiento científico, porque son falsos en su base y sumamente peligrosos en la práctica [...].*

Pondera, por fim, o autor, no sentido de que existe uma grande diferença entre a coação, considerada em seu mais amplo sentido, em que se aplica a força física irresistível e o estado de necessidade, na medida em que aquela nem sempre está presente ou justifica a prática de um fato necessitado<sup>106</sup> “*por otra parte, entre coacción, tomada em su más amplio*

---

<sup>103</sup> MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.66, verbis: “*La theorie de la contrainte morale tire son origine du droit romain. La question de la necessite n'a jamais fait, dans cette legislation, l'objet d'une systematization generale. Le Digeste y consacre seulement quelques passages. Ces texts contiennent surtout deux cas remarquables: “Pour préserver sa maison des flammes, un propriétaire démolit celle de son voisin qui le separe du foyer de l'incendie. [...]Dê même, un homme libre se fait vendre comme esclave pour toucher le prix de vente avec la complicité du vendeur. Le prêteur lui refuse la vindicatio libertatis, àquelle il aurait droit s'il était de bonne foi. Mais cette peine ne será pas applique, nous apprend Ulpian 9fr.16,§ 1, Dig, De liberi causa, 40, 13), si l'individu n'a agi que sous l'influence de la violence ou de la crainte. Dans ces deux esèces, l'agent a obéi à um danger qui a atténué as responsabilidadé. Il a subi une contrainte qui annihile as volonté”.*

<sup>104</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.318. t. IV.

<sup>105</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.321. t. IV.

<sup>106</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.321. t. IV.

*sentido – em el que cabe la fuerza física irresistible – y el estado de necesidad, hay grandes diferencias”.*

Esta teoria preconiza que a lei não pode punir os atos que a maioria dos homens, por sua debilidade, não teria como evitar. Argumenta-se, entretanto, que tal teoria se baseia em um princípio falso pois, fora dos casos de estado de necessidade, obrigaria a perdoar delitos em que não se pode evitar em aplicar uma pena, e nos casos de estado de necessidade, não fornece mais que um critério insuficiente dos atos puníveis e impuníveis.<sup>107</sup>

### 2.3.2.3. Doutrina da irresponsabilidade

Em relação à doutrina da irresponsabilidade, Asúa<sup>108</sup> esclarece que esta foi defendida por Miller, no direito americano e por Federico Castejon, na Espanha e que, apesar de não invocar diretamente a coação moral ou a debilidade humana, afirma que o estado de necessidade é caso de isenção de responsabilidade, dando-lhe caráter subjetivo:

*Aunque no hagan expresas invocaciones a la coaccion moral o a la debilidad humana, otros cuantos penalistas dan al estado de necesidad, como eximente, un sentido subjetivo. Según algunos de ellos dicen, se trata de un caso de “irresponsabilidad”.*

### 2.3.2.4. Doutrina da qualificação jurídica da necessidade

A doutrina da qualificação jurídica da necessidade estabelece formas de qualificação para o estado de necessidade, podendo este funcionar como causa de inimputabilidade, como causa pessoal que exclui a pena ou como forma de inculpabilidade, conforme ensina Asúa.<sup>109</sup>

Segundo o autor, no entanto, a qualificação da inculpabilidade vem sendo adotada pelos tratadistas alemães por acreditarem que assim deve ser, em obediência à fórmula do seu

---

<sup>107</sup> Neste sentido MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.181-189: “Les loi ne peuvent punir les actes que la plupart des hommes auraient ou la faiblesse de commettre, eussent-ils été placés dans la même situation que le coupable.[...]La theorie de faiblesse humaine est donc inacceptable. Le principe en est faux; ne le fût-il pas que son application n'em serait pas moins impossible, soit par ce qu'en dehors des cas de nécessité il obligerait à excuser des delits qu'on ne peut hésiter à frapper d'une peine, soit par ce qu'em ce qui concerne l'état de necessite il ne fournit qu'un criterium insuffisant des actes punissables et des actes à laisser impunis.

<sup>108</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.321-324. t. IV.

<sup>109</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.323. t. IV.

Código penal:<sup>110</sup> “*La calificación de inculpabilidad impera ahora entre los tratadistas alemanes, por creer que así há de ser en orden a la fórmula de su Código penal*”.

Outras doutrinas subjetivas foram desenvolvidas, como é o caso da Escola Positivista, todavia, confundem-se com as doutrinas já analisadas.<sup>111</sup>

### 2.3.3. Doutrina da colisão de interesses

Integram o terceiro grupo de teorias sobre a natureza jurídica do estado de necessidade, o grupo da doutrina da colisão de interesses, a teoria da própria conservação, a teoria mista da colisão de interesses e a teoria da colisão objetiva de direitos e de bens.

Este grupo de teorias preconizam uma responsabilidade mista para os atos necessários, ao fundamentar-se em teorias subjetivas e objetivas e, segundo Asúa, partem da debilidade humana e mantêm sua natureza eminentemente subjetiva quando invocam a própria conservação, assumindo caráter ambivalente, na colisão de interesse, com caráter justificante e predominância do bem mais valioso:<sup>112</sup>

*Partem de la debilidad humana (cf.supra, num.1348, b) y mantienen su naturaleza eminentemente subjetiva cuando invocan la propia conservación; asumen carácter ambivalente en la colision de intereses sensu stricto, expuesta por von Buri, y sobre todo por Janka, con marcadas derivaciones hacia el grupo de causas de justification, en el que al fin se afilia el conflicto de bienes resoluble por la preponderancia del más valioso.*

#### 2.3.3.1. Teoria da própria conservação

Conforme Asúa,<sup>113</sup> a teoria da própria conservação, destaca-se por não alegar a legitimidade do instinto de conservação, mas sim a irresistibilidade deste sentimento, como motivo geral de impunidade, excusando não só os conflitos entre bens patrimoniais e a vida

---

<sup>110</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.322. t. IV.

<sup>111</sup> Assim, cf. ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.321-324. t. IV, a doutrina que sintentiza a posição da escola positivista, considera que o motivo determinante do estado de necessidade não é o de ofender a outrem senão o de salvar-se, ou de conservar-se a si mesmo. Segundo o autor, esta teoria tem grande analogia com a que se baseia na inutilidade prática da repressão, mas deve ser considerada de forma isolada, pois apesar do fato de serem originárias da mesma ideia distinguem-se, na medida em que foram nascidas em épocas distantes e transformadas pelo ambiente, *in verbis*: “*Esta teoria tiene grandes analogias con la que se basa en la inutilidad práctica de la represión (cf.retro, num 1348, c), hasta el punto de que Sermet, la incluye entre lãs de esta naturaleza (pág.227, nota 1). Nosotros hemos preferido concederla un lugar próprio, pues reconociendo que pueden considerarse como hijas de la misma Idea son dos descendientes que han nacido em dos épocas distintas y que han sido transformadas por el ambiente*”.

<sup>112</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.325. t. IV.

<sup>113</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.326. t. IV.

como também o homicídio necessário.

Sobre a aplicabilidade desta teoria afirma, no entanto, que esta foi abandonada do campo da ciência, e portanto, não serve para legitimar, em um código, a impunidade do ato necessário:<sup>114</sup>

*Las teorías de la conservación propia, en boga durante los siglos xvii y xviii, desaparecen en el xx del campo de la ciencia. En el siglo pasado solo Temme y Janka – que incluimos en el próximo subgrupo – las patrocinan; pero, incluso remozadas en sus argumentos, no nos sirven para fines científicos, pues, en todo caso, podrán excusar el crimen una vez cometido, pero no pueden legitimar, en un Código, la impunidad del acto necesario.*

De acordo com Paul Mouriaud,<sup>115</sup> fundamentado no instinto de conservação própria, Pufendorf, sem lançar mão desta legitimidade, inspirado no materialismo de Hobbes, afirma ser da natureza do homem ceder aos impulsos naturais, razão pela qual o legislador deve tratar com indulgência tais impulsos.

### 2.3.3.2. Teoria mista da colisão de interesses

Esta teoria é sintetizada nas lições de Asúa<sup>116</sup> que, valendo-se da teoria defendida por Von Buri, conclui que se torna importante observar as relações subjetivas dos interessados em relação aos bens jurídicos, de maneira a decidir a controvérsia a respeito do bem jurídico que deva ser salvaguardado:

*No dista mucho de esta concepción de Von Buri la tesis desarrollada por Bernardino Alimena, aunque todavía se vê más claramente su índole mixta por el recurso al instinto de conservación, aunque ya sabemos que enclava el estado de necesidad como una causa justificante, si bien de último rango, y declara que ese hecho está más Allá del Derecho penal.*

A teoria mista da colisão de interesses mescla aspectos de ordem objetiva e subjetiva na valoração do estado de necessidade, conferindo-lhe caráter de eximente por justificação.

---

<sup>114</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.325-326. t. IV.

<sup>115</sup> MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.132-133: “S’inspirant du matérialisme de Hobbes, pufendorf s’appuie st s’appuie le premier sur l’instinct de conservation propre; mais ce n’est pas sa légitimité qu’il allégué, comme plus tard Thomasius et de nos jours janka, c’est sont irrésistibilité: il est dans la nature de l’homme de ceder aux impulsions qui em proviennent (non possit nom homo omni Studio ad se conservandum conniti) et le législateur doit em tenir compte, par indulgence (ex benevola legislatorum mente simulque naturae humanae consideratione)”.

<sup>116</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.327. t. IV.

### 2.3.3.3. Teoria objetiva da colisão de direitos e de bens

Segundo Asúa,<sup>117</sup> esta teoria, que teve muita acolhida entre os autores germânicos, fundamenta a justificação quando a condiciona à preponderância do bem superior:

*Esta doctrina que, como veremos, fundamenta la justificación cuando se la condiciona a la preponderancia del bien superior, como hacen algunos autores que vamos a citar ahora y los que después invocaremos, es, por excelência, de sello allemán, una vez que allí se rechaza la violència moral que tuvo um fugaz esplendor entre los autores germánicos.*

De acordo com Asúa,<sup>118</sup> a maioria dos autores que a desenvolveram, evitaram analisar o conflito de bens de igual valor, como ocorre no confronto entre duas vidas humanas, ora ao fundamento de que a lei não deve se interessar por este conflito por se tratar de um mal necessário, como a morte ou a guerra, ora por considerá-lo um caso fortuito ou porque não deva ser castigado, uma vez que a sociedade é incapaz de exigir atos de heroísmo, sendo preferível para o Estado conservar uma vida a perder duas.

Outros, no entanto, alegam que estes casos não devem ficar impunes, devendo se aplicar-lhes uma pena. Para esta teoria, segundo Jiménes de Asúa<sup>119</sup> o importante é saber distinguir, nos diferentes casos envolvendo o estado de necessidade, o valor dos bens em conflito para determinar qual o interesse preponderante:

*Todo depende, justamente de distinguir casos en el estado de necesidad: en unos, los bienes que colisionan son desiguales; en otros, son de la misma entidad o valor. Sólo los primeros pueden asumir el importante rango de causas de causas de justificación, y para los otros se precisa buscar otro calificativo en la dogmatica jurídico penal (cf. infra, num.1345). Por eso no basta con el planteamiento del problema y con comprobar que se trata de un conflicto de bienes o intereses. Para que la exclusión de pena asuma la categoria de causa de justificación es indispensable que ese conflicto se resuelva conforme al principio del interés preponderante, como después se verá.*

De acordo com Felix Marchand,<sup>120</sup> esta teoria desenvolvida com algumas variações pelos discípulos de Hegel, se resume em uma concepção do estado de necessidade como um conflito de direitos, segundo o qual a vida goza de uma supremacia absoluta e

<sup>117</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.329. t. IV.

<sup>118</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.330. t. IV.

<sup>119</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.331. t. IV.

<sup>120</sup> Cf. MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*. p.88: "Cette theorie, développée avec quelques variantes par les disciples d'Hegel, tel que Koestlin, Abegg et Wessely, se resume en une conception de létat de necessite comme d'un conflit de droits, dans lequel la vie jouit d'une suprématie absolue, supérieure à tout. Lorsque, par exemple, l'affamé vole, son droit à la vie entre en conflit avec le droit de propriété du volé, et l'emporte sur lui parce qu'il lui est supérieur".

superior a tudo e, neste caso, por exemplo, se, ao furtar para sobreviver, um faminto tem a sua vida colocada em conflito com a propriedade da vítima, o seu direito à vida é superior e deve prevalecer.

Paul Mouriaud<sup>121</sup> também atribui esta teoria diretamente a Hegel, ressaltando sua característica objetiva. De acordo com esta teoria, o estado de necessidade seria um conflito de direitos, de onde nasce um outro direito. No caso do faminto, que pratica um furto para sobreviver, se o seu direito à vida entra em conflito com o direito de propriedade da vítima do furto o seu direito prevalece por ser superior.

Quanto ao conflito de bens, Paul Mouriaud<sup>122</sup> esclarece que, baseado na teoria hegeliana do direito absoluto da vida, Berner afirma não ser absurdo falar do direito de violar um direito, uma vez que o homem não tem direitos inatos e inabaláveis e que todo direito é condicionado pela possibilidade da vida social e desaparece, desde que haja a necessidade do Estado ou dos outros cidadãos. Isto nada mais seria do que um bem que, excepcionalmente, a lei penal não concorda em proteger.

#### 2.3.4. Teoria unitária e teoria diferenciadora

Aníbal Bruno<sup>123</sup> manifesta-se a respeito das teorias que procuravam esclarecer a natureza jurídica do estado de necessidade, surgidas na Alemanha em meados do século XIX, notadamente as teorias unitária e diferenciadora, esta última de maior aceitação e portanto, dominante naquele país, nos seguintes termos:

Na Alemanha, aliás, com fundamento em disposições do Código Penal e do Código Civil, a interpretação do estado de necessidade tornou-se objeto de acesa controvérsia, que, por fim, resultou na posição entre uma teoria unitária e outra chamada diferenciadora. A primeira, que a princípio era a geral, concluía em todos os casos por uma causa de exclusão do injusto, a

---

<sup>121</sup> Nesses termos MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.197: “C'est dans le caractère objectif de l'acte nécessaire que le grand philosophe trouve la raison de son impunité; c'est sa nature intrinsèque qu'il prend en considération, et non plus la personne du nécessite. L'état de nécessité est à ses yeux un conflit de droits, d'où naît un droit: lorsque l'affamé, par exemple, en est réduit au vol, son droit à la vie entre en conflit avec le droit de propriété du volé, et l'emporte sur lui, en tant que d'une essence supérieure”.

<sup>122</sup> Assim, cf. MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. p.207: “Berner parle de droits; son argumentation ne perdrait rien de sa valeur s'il parlait de biens. C'est au fond sa pensée. Il déclare qu'il n'est pas absurde de parler du “droit de violer un droit” parce que l'homme ne jouit pas de droits innés et inébranlables, que tout droit est conditionné par la possibilité de la vie sociale et disparaît dès que le salut de l'Etat ou d'autres citoyens l'exige. Ce n'est donc pas un droit qui est lésé par l'acte nécessaire, c'est quelque chose qui serait un droit, sans le danger couru par autrui. Qu'est-ce donc, sinon un bien? bien auquel, exceptionnellement, la loi pénale n'accorde pas sa protection.

<sup>123</sup> BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.391-392. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

segunda, que se originou da idéia da não exigibilidade de conduta diversa como causa de inculpabilidade, propunha soluções diversas segundo o bem sacrificado fosse inferior ou igual ao ameaçado pelo perigo. Propriamente seria não culpável o estado de necessidade do §54 do Código Penal e não ilícito o estado necessário do Código Civil ou o chamado *ultralegal*. Como expõe SAUER, no estado de necessidade do Direito Civil, rege o princípio de que o valor mais alto é aprovado pela ordem Jurídica, e o ato que se dirige a defendê-lo é conforme ao Direito; enquanto que no estado de necessidade jurídico-penal o princípio será de que um comportamento que excede os limites da juridicidade é propriamente antijurídico, mas não pode ser considerado isento de culpabilidade (SAUER, *Allgemeine Strafrechtshre*, pag.108). No primeiro caso trata-se de um direito de necessidade (*Notrecht*), no segundo, não. M. E. Mayer, ao contrário, reunia todos os casos como causa de exclusão da culpabilidade. [...] Enfim chega SAUER a uma *Vereinigungstheorie*, teoria de união das duas opostas: a objetiva fundada na colisão de interesses ou deveres, prevalecendo o de maior valor, e a subjetiva, que assenta na restrição das condições de motivação da vontade; de modo que o estado de necessidade caberia, como direito de necessidade (*Notrecht*), entre as causas de exclusão do ilícito, do mesmo modo que a legítima defesa, e só o excesso do estado de necessidade apareceria como causa de exculpação, como um anexo do direito de necessidade, do mesmo modo que o excesso de legítima defesa (SAUER, *ob.cit.*, pág.109).

Dentro deste contexto evolutivo, cita ainda o referido autor,<sup>124</sup> a *teoria da não exigibilidade* em que o problema é transposto do plano da antijuridicidade para o da culpabilidade:

Há ainda outra corrente, que transporta o problema do plano da antijuridicidade para o da culpabilidade. É a que o faz assentar na idéia da não exigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação, idéia que deriva da concepção normativa da culpabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade, como afirma esse conceito. Mas essa reprovabilidade da ação do sujeito só procede, quando dele se podia exigir, nas circunstâncias comportamento diferente. Não acontece isso no estado de necessidade. Não há então, reprovabilidade, nem culpabilidade, portanto. Essa teoria da não exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, formou-se na jurisprudência do *Reichsgericht*, em sucessivos acórdãos, e, na doutrina, desde Frank e através de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER e EB.SCHMIDT, últimas edições do tratado de VON LISZT.

Francisco de Assis Toledo,<sup>125</sup> analisando a teoria unitária, que admite tão somente o estado de necessidade justificante e a teoria diferenciadora, que compreende tanto o estado de necessidade justificante quanto o exculpante, afirma que as situações de perigo que podem conduzir um ser humano a ter que lesar bens jurídicos para salvar interesses legítimos, podem agrupar-se em três hipóteses diferentes: quando há entrechoque de bens de igual valor com o

---

<sup>124</sup> BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.392-393. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

<sup>125</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*.p.39.

sacrifício de um destes, quando há o sacrifício de um bem de maior valor para salvar um bem de menor valor e quando há o sacrifício de um bem menor para sacrificar um bem maior.

No primeiro caso, em que o melhor exemplo é o citado pelo filósofo Carnéades, em que um náufrago, para se salvar da situação de perigo e, dispondo de uma única tábua, sacrifica a vida de uma outra pessoa, que se encontre na mesma situação, Toledo<sup>126</sup> afirma que:

Assim, no exemplo de CARNEADES, da *tabula unius capax*, em que a vida de alguém só se salva com o sacrifício da vida de outrem, a fundamentação do estado de necessidade não pode ser buscada em um “direito de necessidade”, pois a nenhum dos dois disputantes da tábua de salvação se poderia atribuir o correlato dever de morrer para permitir o exercício do direito à vida pelo outro. Ambos possuem o mesmo direito. Assim, no entrechoque de bens de igual valor (vida contra vida, no exemplo), só a situação de inexigibilidade de outra conduta poderia afirmar poderosa corrente de autores – explicar a não aplicação da pena ao feliz vencedor que, para salvar-se tenha sacrificado o concorrente.

Desta forma, não sendo a inexigibilidade de outra conduta causa de exclusão da ilicitude, estaríamos diante de uma causa de exclusão de culpabilidade e o estado de necessidade, nestas circunstâncias, seria, portanto, meramente exculpante.

No segundo caso, também pelos mesmos motivos, e com maior razão ainda, estaríamos diante de um caso de exculpação, tanto que, conforme afirma Toledo<sup>127</sup> “Aqui, igualmente, só a exclusão da culpabilidade poderá, em tese, entrar em cogitação”.

Quanto à terceira hipótese, em que um bem de menor valor jurídico é sacrificado em favor de um bem de valor superior, surge uma hipótese de justificação onde se verifica o direito de necessidade:<sup>128</sup>

Não obstante, na derradeira hipótese de sacrifício de bem de menor valor para a salvação de bem de maior valor (v.g., vida contra patrimônio: alguém que, para não atropelar um transeunte, atira propositadamente o veículo sem freios sobre outro veículo estacionado) ocorre um verdadeiro “direito de necessidade”, diante do caráter social do direito a impor aos indivíduos que suportem certos sacrifícios para a salvação de bens de valor superior. Assim, esta espécie de estado de necessidade se distinguiria da outra na medida em que se apresenta como verdadeira causa de justificação, excludente da ilicitude do fato.

Pelo exposto,<sup>129</sup> conclui-se que a “teoria diferenciadora distingue o estado de necessidade justificante do exculpante, à luz do balanceamento dos bens em conflito”,

---

<sup>126</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão* p.39.

<sup>127</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39.

<sup>128</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39-40.

<sup>129</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.40.

enquanto “a teoria unitária, adotada pelo legislador brasileiro, ao contrário, desconhece esta distinção,<sup>130</sup> considerando o estado de necessidade apenas uma causa de exclusão de ilicitude.

#### 2.3.4.1. Estado de necessidade justificante

Em relação à teoria unitária torna-se importante registrar que divergem os autores quanto à sua fundamentação, sendo muitas as concepções que procuram justificá-la, tendo como parâmetro a coação psicológica e o exercício de um direito de necessidade.

Segundo alguns autores, o estado de necessidade representaria uma espécie de coação capaz de excluir a imputação e, de acordo com Toledo,<sup>131</sup> “essa concepção corresponde, de certa forma, à teoria da coação psicológica adotada por alguns códigos europeus dentre os quais o Francês”.

Uma outra corrente doutrinária, que reúne grande número de seguidores, sustenta que a ordem jurídica não pode permanecer indiferente ao direito originário do estado de necessidade. Neste sentido, Toledo<sup>132</sup> pondera que:

Segundo outros autores, a ordem jurídica não pode manter-se indiferente diante da “necessidade” de salvação de certos bens ou valores ameaçados, daí nascendo para o titular desses bens ou valores um direito de necessidade. assim o estado de necessidade representaria o exercício de um direito.

Segundo Asúa, em relação ao estado de necessidade, que não se limita exclusivamente ao âmbito penal, ainda que se admita a sua característica exculpante, este deve ser considerado como uma causa de justificação:<sup>133</sup>

*No debe sucitarse polémica com respecto al nombre de esta causa de justificación. Aunque, como veremos, al proclamarse en Alemania el llamado ‘derecho de necesidad’, se ha querido distinguir éste de otras formas de apremio y se ha tratado de separar el “estado de necesidad” (Notstand) de la ‘situación necesaria’ (Notstandslage), y sobre todo, del ‘estado de necesidad suprallegal’ [...] hay casos auténticamente justificados y otros que sólo pueden operar como causas de inculpabilidad. Todos, como se ha advertido, entran en la amplia noción que nos dió Von Liszt al definir esta*

---

<sup>130</sup> A este respeito a manifestação de Ariosvaldo de Campos Pires no sentido de que “O anteprojeto Hungria distinguia entre estado de necessidade que exclui o crime (injusto típico) e estado de necessidade que isenta de pena (exclui a culpabilidade), tendo em vista o bem de maior valor ou interesse, posto em jogo no episódio. A diferenciação inscreveu-se no Código penal de 1969 (não chegou a vigorar), mas foi desprezada na reforma de 1984, que permaneceu fiel á tradição do direito brasileiro. Não obstante, o Código Penal Militar contempla as duas modalidades, isto é, o estado de necessidade como excludente de culpabilidade e como excludente de criminalidade (arts.39 e 43, respectivamente)”.(PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. v.1. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales.Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.173).

<sup>131</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.40.

<sup>132</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.40.

<sup>133</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.275-278. t. IV.

*eximente. Pero si queremos encararla como causa de justificación, dejando fuera los supuestos meramente inculpables (vid.infra.num 1352) muy otro será el concepto que nos veremos precisado a dar. Helo aquí: El estado de necesidad es una situation de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condicion de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto.*

Sobre as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do estado de necessidade como causa de justificação, exatamente em virtude da adoção do princípio do interesse preponderante que, aliado ao princípio da valoração dos bens, faz surgir o direito de necessidade, Asúa<sup>134</sup> afirma que tratando-se de conflito entre bens diferentes ocorreria uma justificação e no caso de bens iguais, a norma deveria ser neutralizada, prevalecendo, em qualquer caso o bem superior:

*Nosotros hemos creído siempre que el estado necesario es una causa de justificación cuando el conflicto se plantea entre bienes desiguales aunque lo completábamos, inoportunamente, con la 'falta de peligrosidad'. En caso de que colisionaram dos bienes de entidad o valor iguales nuestro criterio fue, antes, el de neutralizar la norma jurídica a actos tan desgraciados [...] Seguimos fieles al calificativo de justificación. Pero, conforme a los principios expuestos, es preciso que nuestra conducta haga prevalecer el bien superior para estar justificada.*

#### 2.3.4.2. Estado de necessidade exculpante

José Cirilo de Vargas,<sup>135</sup> após passar a uma breve explanação sobre o conceito do estado de necessidade, também informa sobre o critério para se verificar a sua natureza, justificante ou exculpante:

Trata-se de uma discriminante que se caracteriza por um conflito de bens jurídicos, um dos quais tem de ser sacrificado, para o outro ser posto a salvo. Nesse confronto, o Estado toma uma posição de neutralidade, para considerar lícita a conduta daquele que sacrificou um bem jurídico para preservar um outro, seu, ou de terceiro. No tratamento do estado de necessidade, em diversos ordenamentos jurídicos, mutas vezes adotam-se dois estados de necessidade: um justificante, outro desculpante, como acontece no Código Penal Militar, e como se pretendeu no malogrado Código de 69. O critério para se definir um e outro é o da ponderação de bens: se o bem jurídico sacrificado for reconhecidamente inferior àquele preservado, exclui-se a ilicitude; se de igual ou inferior valor, exclui-se a culpabilidade.

---

<sup>134</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.338. t. IV.

<sup>135</sup>VARGAS. *Instituições do Direito Penal*. p.331-332.

Em relação à natureza jurídica do estado de necessidade, Anibal Bruno,<sup>136</sup> apesar de admiti-la como justificante, tendo em vista o fato de que “é a própria lei que exclui o ilícito dessa situação em que o agente sob a ameaça de um dano real, certo e iminente a um bem jurídico próprio ou mesmo alheio, salva-se pela agressão ao bem de outrem, que se apresenta como absolutamente necessária”, reconhece a controvérsia que existe sobre sua natureza.

Segundo Anibal Bruno,<sup>137</sup> os jusnaturalistas compreendiam o fato fora da consideração jurídica, tratando-o como um conflito “à margem da lei, uma infelicidade do destino. Surgindo a necessidade, diziam eles, o próprio regime jurídico se exclui”. Por outro lado, os clássicos consideravam tal fato uma causa de exclusão da imputabilidade, por coação psicológica produzida pelo temor do mal grave e iminente, tolhendo a vontade livre e com isto o ato não seria lícito, mas apenas não punível.

Dentro deste contexto evolutivo, Anibal Bruno<sup>138</sup> também passou a considerar o estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade: “Outros excluem, não a imputabilidade, mas a culpabilidade. Daí a não punição do agente, apesar do caráter ilícito do fato. Neste sentido dentre outros, M. E. Mayer”.

Por fim, vale lembrar as ponderações de Asúa, referindo-se ao § 54 do Código Penal alemão, no sentido de que a teoria da diferenciação permite recorrer à inexigibilidade de outra conduta, nos casos em que as limitações do preceito legal não permitam a aplicação da eximente de acordo com as suas prescrições:<sup>139</sup> “*El encuadramiento del §54 entre las causas de inculpadabilidad, le permite acudir a la “no exigibilidad de otra conducta” en aquellos casos em que la limitacion del precepto no permitiría eximir conforme a su texto*”.

Sintetizando este raciocínio, manifesta-se Luis Augusto Sanzo Brodt<sup>140</sup> sobre o estado de necessidade justificante e exculpante, fundamentado em Jescheck:

No estado de necessidade que exclui a ilicitude (justificante) exige-se que a ponderação dos interesses envolvidos constate que o protegido tem uma importância essencialmente maior que o sacrificado. Já nos casos em que o estado de necessidade afasta a culpabilidade, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa (exculpante), o bem jurídico sacrificado pode ser de igual ou maior valor que o protegido, desde que não haja grande desproporção entre os mesmos. Entretanto, o estado de necessidade exculpante, segundo a legislação alemã, só é cabível para a defesa da vida, da integridade física e

---

<sup>136</sup> BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.389. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

<sup>137</sup> BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.390. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

<sup>138</sup> BRUNO. *Direito Penal, parte geral*. p.390. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

<sup>139</sup> ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. p.341. t. IV.

<sup>140</sup> BRODT. *Do Estricto Cumprimento do Dever Legal*. p.265.

da liberdade. Quando se tratar de auxílio a terceiro, requer-se uma especial relação de parentesco ou amizade entre quem atua e o beneficiado.

Cláudio Brandão<sup>141</sup> também se manifesta sobre as teorias unitária ou monista e dualista ou diferenciadora, que disciplinam a amplitude do estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, justificante ou exculpante, já aqui abordadas:

Existem duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a teoria diferenciadora e a teoria unitária. A teoria diferenciadora surge na Alemanha e é baseada na interpretação sistemática do Código Civil e do Código Penal. Para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode excluir a culpabilidade ou a antijuridicidade; se o bem sacrificado for de mesmo valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá culpabilidade. Se o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade, sendo considerado uma causa de justificação.

Jorge de Figueiredo Dias,<sup>142</sup> por sua vez, também esclarece sobre a teoria diferenciadora do estado de necessidade, nos seguintes termos:

*Teoria diferenciada esta para a qual o estado de necessidade surgiria como justificante (estado de necessidade ‘objectivo’ ou ‘direito’ de necessidade) sempre que se tratasse de facto típico praticado como meio adequado para salvaguardar um bem ou interesse jurídico, do agente ou de terceiro, de maior valor que o sacrificado. E como simplesmente desculpante (estado de necessidade “subjectivo”) quando o valor salvaguardado não fosse de maior valor que o sacrificado; caso em que a desculpa não proviria da hierarquia dos bens em conflito e conseqüente prevalência do de maior valor, mas de coacção que a situação conflitual exerceria sobre o agente e as suas decisões. Nisto se traduz, no essencial, a aludida “teoria diferenciada” do estado de necessidade.*

Com fundamento na teoria diferenciadora desenvolveu-se, na Alemanha, o estado de necessidade exculpante que teve suas origens no §54 do já revogado Código Penal alemão e que cuidava de algumas hipóteses muito restritas de estado de necessidade.

Segundo Toledo,<sup>143</sup> “o Estado de Necessidade (*Notstand*) está regulado nos §§ 34 e 35 dos StGB, sob as rubricas de ‘estado de necessidade justificante’ (*Rechtfertigender Notstand*) e ‘estado de necessidade exculpante’ (*Entschuldigender Notstand*). Nestes termos os referidos §§ 34 e 35 do Código Penal alemão em vigor:<sup>144</sup>

*§ 34. Estado de necesidad justificante*

<sup>141</sup> BRANDÃO. *Teoria Jurídica do Crime*. p.108-109.

<sup>142</sup> DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: parte Geral*. p.438-439. t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

<sup>143</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.40-41.

<sup>144</sup> ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em 16 nov. 2010.

*Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.*

§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) *Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso l., cuando El autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.*

(2) *Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.*

Conforme Toledo,<sup>145</sup> em virtude desta distinção, a doutrina e a jurisprudência alemã construíram, sob a influência de argumentos jusnaturalistas e, em virtude de casos concretos, como o da necessária interrupção da gravidez por intervenção médica, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres em conflito já constante do código civil alemão o estado de necessidade justificante supralegal:

Esse princípio que já se achava incorporado ao Código Civil alemão (§§228 e 904) para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas, instituiu um “direito de necessidade” (*Notrech*), pelo qual diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, se essa for a única forma de salvação do primeiro. Faz-se a ponderação dos bens e deveres em conflito; o que for reputado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. Assim, a jurisprudência alemã passou a admitir, com ou sem lei, a exclusão da antijuridicidade em determinadas situações de estado de necessidade e, com isso, consagrou a denominada “teoria diferenciadora”, que acolhia as duas formas básicas do estado de necessidade, mais tarde incorporadas ao texto ora em vigor do StGB (§§34 e 35), isto é, o estado de necessidade justificante (excludente da antijuridicidade) e o estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

Da análise do citado § 34 do Código Penal alemão, que disciplina o *estado de necessidade justificante*, depreende-se, portanto que, aquele que, em virtude de perigo atual para a sua vida, seu corpo, sua liberdade, sua honra, sua propriedade ou outro bem jurídico e

---

<sup>145</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.40.

que não possa evitá-lo de outra maneira, cometendo um ato com o fim de evitar o referido perigo para si ou para outrem, não atua antijuridicamente se na ponderação de bens dos interesses em conflito, em particular dos bens jurídicos afetados, o interesse protegido sobrepujar o interesse que foi sacrificado, desde que o ato seja um meio adequado para evitar o perigo.

Por sua vez, o §35 do Código Penal alemão, que disciplina o *estado de necessidade exculpante*, depreende-se que, aquele que em virtude de perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade e que não possa evitá-lo de outra maneira, cometendo um ato antijurídico com o fim de evitar o referido perigo para si, para um parente ou para uma outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade.

Não se aplica tal disposição, no entanto, se o agente tiver causado o perigo ou se encontrar em especial situação jurídica que lhe obrigue a enfrentar o perigo.

### 2.3.5. Nossa Posição: estados de necessidade

Diante deste complexo quadro de possibilidades quanto à natureza jurídica do estado de necessidade, não há como se deixar de reconhecer que a própria evolução do seu conceito, do mundo antigo até os dias atuais, se encarregou de moldar o referido instituto e alicerçar bases sólidas para a sua compreensão.

Assim, remontando aos aspectos históricos quanto à natureza jurídica do estado de necessidade, verifica-se que, em um primeiro momento, esta sintetizou-se nas doutrinas da neutralização, notadamente na teoria da volta à comunidade de bens e ao estado da natureza, nas teorias que situam o estado de necessidade fora do direito penal e na teoria da inutilidade prática da repressão.

Em um segundo momento, nas teorias subjetivas, em especial, nas teorias da violência moral e da debilidade humana, nas doutrinas da irresponsabilidade e da qualificação jurídica da necessidade e na posição da escola positivista.

Em seguida, a natureza jurídica passou a ter como referência a doutrina da colisão de interesses, consubstanciada nas teorias da colisão de interesses, teoria da própria conservação, teoria mista da colisão de interesses e teoria objetiva da colisão de direitos e de bens.

Por fim, nos dias atuais, a dicotomia existente no direito penal quanto à natureza jurídica do estado de necessidade consubstancia-se na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria da diferenciação, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos.

Assim, como veremos ao analisar a legislação penal vigente, o direito pátrio, a despeito das teorias unitária e diferenciadora, recepcionou o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como da antijuridicidade no Código Penal militar de 1969.

Por sua vez, o estado de necessidade foi recepcionado pelo Código Penal brasileiro, nos termos do inciso I do art. 23 e do art. 24, com natureza justificante, em que pese constar das disposições contidas na parte especial, notadamente o art.128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

De acordo com Ariosvaldo de Campos Pires,<sup>146</sup> por ocasião da elaboração do anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria, que ensejou o Código Penal de 1969 e que não chegou a entrar em vigor, distinguia-se entre o estado de necessidade que exclui o crime e o que isenta de pena.

A reforma de 1984 do Código Penal, no entanto, rejeitou esta distinção, a despeito do Código Penal Militar contemplar as duas modalidades, isto é, o estado de necessidade como excludente de culpabilidade e como excludente de criminalidade em seus artigos 39 e 43, respectivamente.

Miguel Reale Júnior,<sup>147</sup> da mesma forma, afirma que o citado Código Penal de 1969, acolheu a teoria diferenciadora, admitindo os estados de necessidade, justificante e exculpante.

Assim é que, não há como se negar que em situações envolvendo o estado de necessidade, um agente pode ser forçado a lesar bens jurídicos, para salvar interesses legítimos.

Nesta situação, de acordo com Francisco de Assis Toledo,<sup>148</sup> pode ocorrer o confronto de bens de igual valor com o sacrifício de um destes, o sacrifício de um bem de maior valor para salvar um bem de menor valor e o sacrifício de um bem de menor valor para

---

<sup>146</sup> PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. p.173. v.1. Colaboração e atualização de Sheila J. Selim de Sales.

<sup>147</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.53-54.

<sup>148</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39.

salvar um bem maior.

No primeiro e segundo casos, não se revelando o caráter social do sacrifício, não há que se falar na hipótese de justificação que exclui a ilicitude do fato, razão pela qual estaríamos diante de uma eventual causa de exclusão de culpabilidade e o estado de necessidade, nestas circunstâncias, seria exculpante.

No terceiro caso, em que, pelo contrário, prevalece o caráter social do sacrifício, estaríamos diante de uma hipótese de justificação que exclui a ilicitude do fato.

Feitas estas considerações, resta-nos aderir à doutrina que reconhece na teoria diferenciadora a melhor solução para o equacionamento das questões envolvendo a natureza jurídica do estado de necessidade.

### 3. ESCORÇO HISTÓRICO: DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

#### 3. 1. Do Direito Penal originário dos povos indígenas ao Código Criminal do Império: considerações iniciais

José Henrique Pierangeli,<sup>149</sup> ao analisar a história do direito penal brasileiro, remonta ao tempo do seu descobrimento e colonização do país. Para tanto, após discorrer sobre os povos indígenas, comenta os aspectos mais importantes inseridos nas Ordenações do Reino, como as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Finalmente, passa a discorrer sobre a legislação que intitula de genuinamente brasileira e que se inicia com o código criminal do império do Brasil de 16 de dezembro de 1830.

José Frederico Marques,<sup>150</sup> por sua vez, afirma, em relação a este período, que o direito penal do Brasil-Colônia tinha por fonte o livro V das ordenações do Reino, isto porque, por ocasião do descobrimento do Brasil, ainda vigoravam as Ordenações Afonsinas e em seguida vieram as Ordenações Manuelinas e Filipinas, que continham no citado livro V, o seu Direito Penal.

##### 3.1.1. Do Direito Penal originário dos povos indígenas

De acordo com Waldemar Martins Ferreira,<sup>151</sup> os portugueses se abstiveram da tarefa de tentar colonizar o Brasil com o aproveitamento e a colaboração dos índios, não obstante terem estes demonstrado grande hospitalidade.

Nada obstante o exposto, segundo o referido autor, os portugueses preferiram não se valer desta hospitalidade pois consideraram mais útil, dominar os habitantes das terras descobertas pelo predomínio da força.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p. 41-91.

<sup>150</sup> Assim, cf. MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.114. v. 1: “Quando do descobrimento do Brasil, ainda vigoravam as Ordenações Afonsinas. Depois vieram as Manuelinas e, por fim, as de D.Filipe II, com o intermezzo, entre as duas últimas das “leis extravagantes” coligidas pelo licenciado DUARTE NUNES DE LEÃO a mando de El-rei D. Sebastião. As três ordenações continham, no livro V, o seu Direito Penal, no que imitaram a estruturação das Decretais de GRACIANO. Nas Afonsinas, trazia o livro V 121 títulos, reduzidos a 113 nas Manuelinas e tornados em 143 nas Filipinas”.

<sup>151</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.112.

<sup>152</sup> Nesse sentido FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.112. “A verdade, todavia, é que os conquistadores ou não souberam ou, o que é mais provável, não quiseram tirar partido dele, pois que parecera, por certo, mais eficiente e muitíssimo mais útil, dominar os habitantes das terras descobertas pelo predomínio da

Desde o descobrimento do Brasil os povos indígenas, contrariamente ao que ocorrera com outros povos que habitavam o continente americano, eram vistos pelos historiadores, apenas com aspectos de barbárie, todavia, tais atributos não lhes podem ser plenamente debitados, segundo nos informa Pierangeli<sup>153</sup> ao analisar esta questão.

Como bem ponderado pelo referido autor,<sup>154</sup> as relações jurídicas dos índios eram fundadas nos costumes e nas tradições, não se exigindo a força coercitiva para que fossem observadas. Entre os índios havia uma série de crimes que eram punidos exemplarmente como era o caso do homicídio, das lesões corporais, do furto, do rapto, do adultério da mulher e da deserção:<sup>155</sup>

Dessarte, o direito, como num todo e também o direito penal, era encontrável na consciência dos índios, e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado [...] Entre os indígenas brasileiros, havia uma série de crimes que eram punidos exemplarmente, e entre eles podemos alinhar o homicídio, as lesões corporais, o furto, o rapto, o adultério da mulher, a deserção.

A virgindade da mulher nem sempre era respeitada, o rapto entre tribos diversas era considerado crime gravíssimo, pois a ofensa era considerada, não em relação à mulher mas em relação à tribo violada. Se o rapto fosse praticado dentro da mesma tribo o autor era condenado à morte. O adultério da mulher também era considerado crime gravíssimo, podendo levar à sua morte, enquanto o do homem era considerado um indiferente penal.

O homicídio e as lesões corporais eram severamente punidos uma vez que o direito penal indígena protegia o ser humano em sua vida e em sua integridade física. No caso do homicídio, a punição era a morte, quando ocorrido entre membros da mesma tribo e levava à guerra quando ocorrido entre membros de tribos diversas.

No que diz respeito às lesões, as penas eram executadas pelas famílias das vítimas, proporcionais ao mau causado e na mesma região do corpo atingido pelo acusado. O aborto era praticado livremente e utilizado pela mulher grávida contra o marido que a

fôrça, que os levaria a submeterem-se, vencidos e escravizados. Na alternativa, esta foi a solução que desde logo se mostrou mais convincente; e o conflito estabeleceu-se, denunciando que seria duradouro e terrível. A escravização se não foi expressamente recomendada, foi tolerada. Mais do que isso, permitida pelas cartas de doação”.

<sup>153</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.41.

<sup>154</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.42-44.

<sup>155</sup> Sobre a relevância do delito de deserção entre os indígenas a manifestação de PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.43-44. “Extremamente grave era o delito de deserção, que os autores costumam tratar conjugadamente com o de traição, o que é perfeitamente compreensível, pois desde criança o menino era preparado para a guerra – que era comum entre nossos nativos -, sendo que o reconhecimento das qualidades de guerreiro se constituía num cintilante *status* dentro da comunidade, o ponto mais alto de admiração que o homem poderia esperar. A defesa da comunidade indígena representava um encargo natural e normal para todo varão adulto”.

maltratava, enquanto o infanticídio era praticado pelo homem, sempre que constatada a infidelidade por parte da mulher.

Os crimes contra o patrimônio eram raros em virtude da simplicidade com que os índios viviam e quando ocorriam eram punidos com a pena de açoite.

O direito indígena era, portanto, fortemente fundado nos costumes e tradições, variando de tribo para tribo, em que pese haver enorme controvérsia quanto aos verdadeiros costumes dos nossos indígenas, do ponto de vista jurídico.<sup>156</sup>

Certo é que, de maneira geral, encontra-se fortemente arraigado na cultura indígena o instinto de preservação e defesa da sua comunidade devido à importância que davam aos delitos de deserção e traição que contrapunham ao preparo que recebiam desde a infância para a guerra, que era comum entre os nativos. Conforme Pierangeli: “A defesa da comunidade indígena representava um encargo natural e normal para todo varão adulto”

Waldemar Martins Ferreira registra, a partir de relato das correspondências entre Mem de Sá e o Padre Simão de Vasconcelos, que os nativos daquela época viviam sem qualquer regramento e aos moldes da sua cultura, razão pela qual foram propostas leis que determinavam que nenhum dos nativos continuasse a comer carne humana, que não se fizesse guerra, senão com causa justa devidamente aprovada e que se juntassem em povoações grandes criando uma comunidade apta à conversão religiosa:<sup>157</sup>

Nessas condições, é de imaginar o espanto que deve ter causado a atitude de MEM DE SÁ, “homem de grande coração, zelo e prudência, acompanhada de letras, e experiência em paz e guerra” qual dele ajuizou o Padre Simão de Vasconcelos, ao proceder como este assim se referiu: “O primeiro negócio que pôs em execução foi o dos índios. Soube que estes tinham no tempo de seus antecessores assentado pazes com os portugueses, e que, não obstante eles, viviam sem moderação nos ritos de seu gentilismo, matando e comendo seus contrários, vivendo a modo de feras espalhados pelas brenhas, e fazendo guerra uns a outros, seguindo o ditame de seu apetite somente, com prejuízo grande dos que já tinham abraçado a fé e de toda a república. Consultou os meios do remédio; e resolveu que era necessário pôr freios àquelas demasias com leis eficazes; e mandou promulgar as seguintes sob graves penas. Primeira, que nenhum dos nossos confederados ousasse dali em diante comer carne humana. Segunda, que não fizesse guerra, senão com causa justa aprovada por êle e os de seu conselho. Terceira, que se juntassem em povoações grandes, em forma de república, levantassem nelas igrejas, a que acudissem os já cristãos a cumprir com as obrigações de seu estado, e os catecúmenos á doutrina da fé;fazendo casa aos padres da

---

<sup>156</sup> É o que nos informa PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.41: “É que, enquanto alguns historiadores vislumbram no índio apenas aspectos de barbárie, um “voraz comedor de carne humana”, incapaz de um gesto dignificante, outros, ao revés, caem em extremo oposto, tecendo-lhe loas, sem considerar neles a existência de vícios.

<sup>157</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.112.

Companhia para que residissem entre eles, a fim da instrução dos que quisessem converter-se”.

Por fim, Pierangeli<sup>158</sup> manifesta-se sobre a influência do direito dos povos indígenas em nosso sistema penal para afirmar que: “o direito penal indígena, pelo seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do nosso direito penal”.

Isto porque, os portugueses quando aqui chegaram, estabeleceram-se nas terras descobertas, com ampla superioridade física e cultural e implantaram o seu direito, sem maiores resistências por parte dos nativos que aqui habitavam e que o aceitaram.

### 3.1.2. Das Ordenações do Reino

De acordo com Waldemar Martins Ferreira,<sup>159</sup> as ordenações do reino foram editadas com o objetivo de estabelecer uma ordem jurídica própria que pudesse ser aplicável às terras colonizadas:

Astuto, cuidou D. Filipe II de criar ordem jurídica propícia a assegurar a independência de Portugal e a afugentar a idéia, que poderia convolar-se em complexo coletivo, de ter a nação lusitana politicamente minguado em terra conquistada. Com o intento de prevenir, foi que êle fez presente às cortes de Almeirim o seu Memorial das graças e mercês que ao Reino de Portugal outorgaria se e logo que fôsse jurado Rei.

Quanto às ordenações do reino, Pierangeli<sup>160</sup> esclarece que desde a expulsão dos mouros por D. Afonso IV, em 1340, Portugal passou por profundas mudanças, inclusive em seu direito, com uma considerável eliminação dos resquícios de vingança privada, que ficaram restritos aos herdeiros das vítimas em casos de homicídio e ofensas graves, sendo, posteriormente, pouco a pouco abolidos.

Não obstante tais evoluções, como bem ponderado pelo citado autor, prevalecia em todas as medidas legislativas, mesmo no período acima citado, a expressão da vontade do rei:<sup>161</sup>

A lei era a expressão da vontade do rei, que, desde D. Afonso III, já não dependia da prévia convocação das cortes para sua posterior promulgação. Ao lado das leis existiam as resoluções régias, que o soberano ditava para atender aos pedidos do povo, nas cortes. Diferenciava das leis apenas

---

<sup>158</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.44.

<sup>159</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.252.

<sup>160</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.45-61.

<sup>161</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.46-47.

formalmente, posto que aquelas passavam pela chancelaria real e estas não estavam sujeitas a qualquer formalidade [...] muitas leis importantes foram editadas, muitas das quais iriam compor as Ordenações do Reino, e, pois, por essa via, chegaram até nós.

O estado de necessidade, neste período, inseriu-se nas ordenações afonsinas, manoelinas e filipinas com características quase que idênticas, isentando-se de pena aquele que praticasse um delito para a defesa do seu corpo ou da sua vida.

### 3.1.2.1. Das Ordenações Afonsinas

Originárias de 1404 no reino de D. João I, em Portugal e, posteriormente, elaboradas no reinado de Afonso V e finalizadas em 1446, as Ordenações Afonsinas, compostas de cinco livros, cuidavam, em seu Livro V, dos delitos, das penas e do processo penal.

Waldemar Martins Ferreira<sup>162</sup> nos apresenta um esboço geral desta legislação, nos seguintes termos:

Dividiram-se em cinco livros: o primeiro com 72 títulos; o segundo com 123; o terceiro, com 122; o quarto, com 112; e o quinto, com 121 títulos. No primeiro se contém os regimentos dos oficiais maiores e subalternos da Justiça; no segundo, as matérias relativas à jurisdição, pessoas e bens dos eclesiásticos, dos direitos reais, e sua arrecadação, da jurisdição, dos donatários, e modo da tolerância dos judeus e mouros; no terceiro, a ordem judiciária; no quarto, os contratos, sucessões e tutorias; e, no quinto, os delitos e as penas.

A respeito do referido Livro V, Pierangeli<sup>163</sup> nos informa que este: “cuida dos delitos, das penas e do processo penal, naquilo que lhe é próprio e naquilo que diverge do processo civil da época”. Afirma ainda que em suas disposições, que apresentam um misto de Direito Romano e Canônico, verifica-se uma forte opressão por meio do terror.

Ainda que não trate diretamente do instituto do estado de necessidade ou da legítima defesa, as Ordenações Afonsinas prescrevem em seu Livro Quinto, Título 33, número 6, que trata *Do que mata, ou fere na Corte ou arredor della*, a hipótese em que seja necessário o uso de armas por alguém, para a defesa do seu corpo ou da sua vida, isentando-o, neste caso, de pena:<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.290.

<sup>163</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.52-53.

<sup>164</sup> Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/15pg130.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

E efte mandado e defefa fe non entenda, naquelles que tirarem as ditas armas, ou ferirem com ellas em defendimento de feu corpo, e de fua vida, e por partir, e eftremar alguu arroido; porque taaes como eftes non caaem em penas alguãs.

Verifica-se, portanto, neste dispositivo legal, a preocupação do legislador à época em assegurar que eventuais violações ao corpo ou à vida pudessem ser evitadas e repelidas pela própria vítima sem a sua consequente responsabilização criminal.

### 3.1.2.2. Das Ordenações Manuelinas

De acordo com Pierangeli,<sup>165</sup> em 1505, D. Manuel I mandou revisar as Ordenações Alfonsinas, tendo encarregado da tarefa o chanceler-mor, Rui Boto, o licenciado Rui da Grã e João Cotrim que em 1514, completaram a sua missão:

Para explicar as razões que levaram D. Manuel a assim proceder são apontadas as seguintes: a) a descoberta da imprensa. Com esta havia a possibilidade de sua aquisição e, por conseqüência, o seu conhecimento por toda a população do reino; b) a legislação posterior, constituída de uma multidão de leis extravagantes; c) modernização do estilo, evitando-se assim, a transcrição fastidiosa das leis antigas, muitas das quais já revogadas pelo desuso; d) o desejo do monarca em ingressar na história por meio de uma obra legislativa de vulto, ele que já ostentava a glória indelével do descobrimento do Brasil e do caminho marítimo para as índias [...] Fossem quais fossem os motivos, alguns ou todos estes, ou talvez outros bem diferenciados, certo de as pessoas encarregadas do labor completaram a sua missão, e, em 1514 a obra estava impressa na sua totalidade [...] Todavia, a reforma legislativa, realizada às pressas, não satisfaz a expectativa de D.Manuel que, por tal razão, mandou inutilizar todos os exemplares, com exceção daquele encontrável na Torre do Tombo. Em seguida, o Monarca nomeou nova comissão para a elaboração da coletânea. Embora se afirme ter essa comissão sido composta pelos desembargadores Cristóvão Esteves, João Cotrim e João de Faria, sob a presidência do primeiro, só o nome de Cristóvão Esteves não encontra qualquer resistência entre os historiadores. Destarte, quando se fala nas Ordenações Manuelinas está se referindo às ordenações publicadas a 11 de março de 1521, justamente aquelas que tiveram aplicação durante grande parte do século e que foram impressas por Jacobo Cromberger, o Alemão.

As ordenações Manoelinas seguiram o sistema anterior com algumas modificações, como o abandono do método histórico-cronológico e a fixação do sistemático-sintético e a adoção de alterações na “ordem de colocação dos títulos e da distribuição dos

---

<sup>165</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.53.

artigos e parágrafos, o que lhe dá uma aparência de código novo, e não a compilação dos precedentes legislativos” conforme nos esclarece o citado autor.<sup>166</sup>

De acordo com Waldemar Martins Ferreira<sup>167</sup> a referida legislação, em comparação com a sua antecessora, pode ser assim delineada:

Se as matérias dos cinco livros se mantiveram, transplantaram-se alguns títulos, suprimiram-se outros, modificando-se a seriação de artigos e de parágrafos. Não se mudou a essência dos dois códigos, nem o espírito nacionalista que no primeiro se transfundiu, no segundo não se esmaeceu, antes nele se deu maior unidade ao sistema do direito civil, tanto quanto ao político. [...] Entre os pontos salientes das Ordenações Manoelinas, destaca-se o de, restringindo a pluralidade de costumes, no atinente ao regime de bens, tê-los unificado no da comunhão, que então alcançou o atributo da generalidade.

Da mesma forma como disciplinado nas Ordenações Afonsinas, ainda que não trate diretamente do instituto do estado de necessidade ou da legítima defesa, as Ordenações Manuelinas prescreverem em seu Quinto Livro, Título X que trata *Do que mata, ou fere na Corte ou em qualquer parte do Reyno, ou tira arma na corte. E do que tira com beest, e do efcravo que arranca arma contra feu fenhor* a hipótese de que se a morte ocorrer em atitude de defesa não lhe será imposta qualquer pena e acrescenta mais ainda que, se exceder em seu ato, será punido por este excesso e, se agir sem a vontade de matar, responderá por sua culpa ou por sua inocência, conforme for o caso.<sup>168</sup>

QUALQUER peffoa que outrem matar, ou mandar matar, moura por elle morte natural. Porém fe a morte for em defendimento, nona verá pena algũa; falvo Fe no dito defendimento excedeo aquella temperança, que devera, e podera teer, porque em tal caso ferá punido fegundo a qualidade do dito exceffo. E fe a morte for alguma caso fem malicia, ou vontade de matar, ferá punido ou relevado fegundo fua culpa, ou inocência, que em tal caso tever.

Ressalte-se que, além das Ordenações Afonsinas, compunham o arcabouço jurídico daquela época vários atos normativos que, conforme comentários de Pierangeli,<sup>169</sup> foram compilados por Duarte Nunes Leão e aprovados pelo Alvará Real de 14 de fevereiro de 1569, composto de seis partes, sendo que na quarta parte inseriam-se os delitos e seus acessórios. Por ter sido compilado no reinado de D.Sebastião, este trabalho, apesar de incompleto, também recebeu a denominação de Ordenações Sebastiãoicas ou Código Sebastiãoico.

<sup>166</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ed. p.54.

<sup>167</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.298-300.

<sup>168</sup> Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p38.htm>>. Acesso em 15 nov. 2010.

<sup>169</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.55.

### 3.1.2.3. Das Ordenações Filipinas

A parte criminal das Ordenações Filipinas<sup>170</sup> vigiram por mais de dois séculos no país e esta vigência somente se encerrou com o advento do Código Criminal do Império de 1830, ao passo que a legislação civil somente foi revogada em 1916, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Estas ordenações, apesar de elaboradas por Felipe I, que passou a reinar em Portugal a partir de 1581, somente entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603, já no reinado de Felipe II, destacando-se do seu contexto o combate à justiça privada e a flexibilização da pena de morte com o estabelecimento de formas distintas para a sua execução.

Trata-se de uma legislação extremamente rigorosa com reiteradas cominações da pena de morte. Segundo relata o citado autor, as consequências da sua aplicação foram questionadas por Luís XIV, da França. No Brasil serviram para dar cabo às conspirações contra o reino de Portugal:<sup>171</sup>

Tão grande era o rigor das Ordenações onde a cominação da pena de morte era uma constante, que se conta haver Luis XIV, da França, famoso pelo seu absolutismo, interpelado ironicamente o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havia escapado com vida. Também no Brasil encontramos exemplos da extrema crueldade dessa legislação. Tiradentes, acusado e condenado de crime de lesa majestade, foi enforcado, esquartejado, sendo os seus membros fincados à beira das estradas nas cercanias de Vila Rica, com slogans destinados a advertir ao povo sobre a gravidade dos atos de conspiração contra o monarca (na época, D.Maria, a Louca).

Quanto aos aspectos penais do citado Livro V das Ordenações Filipinas, Frederico Marques nos apresenta uma análise dos seus termos para revelar a sua desconformidade com os princípios básicos vigentes à época em matéria criminal:<sup>172</sup>

De par com isto, os preceitos se aglutinavam em uma estrutura primária e rudimentar de indisfarçável empirismo. Falta ao livro V uma parte geral; e, na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de conceitos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexos, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal

---

<sup>170</sup> Assim, cf. PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.55. “por mais de dois séculos, quanto à parte criminal, vigeram em nosso país, e cuja vigência apenas se encerrou com o advento do Código Criminal do império, de 1830. Só em 1916, viria a ser revogada a legislação civil, ou seja, com a promulgação do Código Civil.”

<sup>171</sup> PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.59.

<sup>172</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.116. v. 1.

a confusa e difusa redação dos textos em que se condensam as condutas delituosas e respectivas sanções.

Waldemar Martins Ferreira<sup>173</sup> referindo-se às referidas ordenações, comenta sobre a sua abrangência, não deixando de ressaltar o seu rigor, ainda que, do ponto de vista jurídico pudesse á época ser comparado em situação de proeminência com legislações mais severas:

O livro quinto foi o famoso livro dos delitos e das penas. Dêle dizia CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA que a penalidade em geral era “áspera”; mas “no século em que foi ndecretada e em confrontação com a de outras nações, máxime a inglesa, que tanto louva o chanceler FORTESCUE, é muitíssimo mais branda, e um verdadeiro melhoramento.[...] A pena de morte era abundante e aplicava-se sem que, ao que observara jurisconsulto, o “morra por ello” não se entendesse como “morte civil” e sim a “morte natural”. O tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo e outras penas atrozes tinham cabida ao lado dos açoites e degrêdos.

Assim, como nas Ordenações Afonsinas e nas Ordenações Manuelinas, as Ordenações Filipinas, praticamente reproduziram o mesmo dispositivo a cerca do homicídio em situação de defesa ou sem culpa, tanto que prescrevem em seu Livro V, Título XXXV que trata *Dos que matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Bésta* a hipótese de que se a morte ocorrer em atitude de defesa não lhe será imposta qualquer pena e acrescenta mais ainda que, se exceder em seu ato será punido por este excesso e se agir sem a vontade de matar, responderá por sua culpa ou por sua inocência, conforme for o caso:<sup>174</sup>

Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém se a morte for em sua necessária defensão, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêra, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte for por algum caso sem malícia, ou vontade de matar, será punido ou revelado segundo a sua culpa, ou innocencia, que no caso tiver.

Importante observar, dentro do contexto deste trabalho, que, nas Ordenações Filipinas, associa-se, pela primeira vez, ao dispositivo penal supra citado a expressão *necessária defesa*, vislumbrando-se, no título XXXV do Livro V da referida ordenação um primeiro sinal da necessidade, neste caso aliada à defesa, como causa de exclusão da ilicitude.

---

<sup>173</sup> FERREIRA. *História do Direito brasileiro*. p.321.

<sup>174</sup>PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.120.

### 3. 2. Código Criminal do Império

Cezar Roberto Bitencourt<sup>175</sup> assim se manifesta sobre o Código Criminal do Império, fruto de determinação contida na Constituição brasileira de 1824:

Com efeito, o Código criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Dentre as grandes inovações, nosso código consagrou, como destacam Régis Prado e Zaffaroni, o sistema dias-multa em seu art.55, tido equivocadamente, como de origem nórdica.

A Lei de 16 de dezembro de 1830, que mandou executar o Código Criminal do Império, em seu capítulo II que trata dos crimes justificáveis disciplinou o estado de necessidade nos seguintes termos:<sup>176</sup>

Art. 14. Será o crime *justificavel*, e não terá lugar a punição delle:  
1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.  
Para que o crime seja justificavel neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que se propôz evitar: 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial: 3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

Em que pese não haver referência específica ao estado de necessidade no referido código, este dispositivo penal, que considera a conduta justificável e conseqüentemente sem pena, sempre que o crime ocorrer para evitar um mal maior, traz, na verdade, a previsão naquele ordenamento jurídico, do estado de necessidade justificante, uma vez que, ocorrendo o conflito de bens, o sacrifício do bem que se exige deve ser o de menor valor.

Pelo exposto, podemos afirmar, conseqüentemente, que o estado de necessidade exculpante não foi recepcionado naquela legislação.

---

<sup>175</sup> BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. p.46. v. 1.

<sup>176</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2010.

### 3.3. Código Penal de 1890

O Código Penal, Promulgado pelo Governo Provisório da então “Republica dos Estados Unidos do Brazil”, Decreto 847 de 11 de outubro de 1890, em seu Livro I que trata dos crimes e das penas e em seu Título III que disciplina a responsabilidade criminal e as causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes, prescreve em relação ao estado de necessidade que:

Art. 32. Não serão também criminosos:

§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;

[...]

Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos:

1º Certeza do mal que se propoz evitar;

2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

Galdino Siqueira,<sup>177</sup> ao comentar o estado de necessidade insculpido no referido Decreto 847 de 11 de outubro de 1890, manifesta-se sobre suas características e pressupostos, traçando um paralelo entre este e a legítima defesa:

Caracteriza-se o estado de necessidade pelo conflicto de interesses lícitos, cada um dos quaes sómente póde ser conservado á custa do outro, situação que pode resultar de forças naturaes ou de acto humano. Pressupõe, pois, a situação de perigo actual, que somente pode ser removida pela lesão de interesse lícitos de outrem. É exactamente pela iminência de um perigo, que se assemelha o estado de necessidade á legítima defesa, poquanto nesta há igualmente imminencia de um mal, que só pode ser removido mediante offensa de interesses jurídicos do agressor.

Dentro deste contexto Galdino Siqueira, apesar de dar ênfase ao elemento comum entre o estado de necessidade e a legítima defesa, qual seja a eminência do perigo, distingue-os, nos seguintes termos:

De sorte que a legítima defesa em si mesma não passa de um caso particular de necessidade e entra na grande classe dos casos de necessidade (vis major), facto bem caracterizado pelo termo allemão – Nothwehr, necessidade da defesa. Distinguem-se, porém, o estado de necessidade propriamente dito (Nothstandt) da legítima defesa, em que alli ha conflicto de interesses lícitos, direitos ou deveres, cada um dos quais só pode ser conservado ou cumprido á custa do outro, ao passo que na legítima defesa, o conflicto é entre interesses lícitos de um lado e illicitos de outro.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> SIQUEIRA. *Direito Penal Brasileiro*. Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. p.433.

<sup>178</sup> SIQUEIRA. *Direito Penal Brasileiro*. Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. p.433.

Foi abandonada naquela legislação a intuição da escola antiga do direito natural, segundo a qual a ordem jurídica, nesse estado, pareceria suspensa, vindo a predominar a doutrina que assenta a justificativa na coação psicológica ou no constrangimento psicológico, proveniente do temor de um mal inevitável que fora a doutrina que havia inspirado vários códigos europeus à época, e que continham a fórmula da força irresistível que, por sua grande abrangência, deu lugar a muitos abusos, segundo nos informa Galdino Siqueira.<sup>179</sup>

O autor em destaque pondera, no entanto, que a constatação do constrangimento moral implica em um exame psicológico sempre incerto e vago e que o constrangimento moral e a força irresistível são sempre questionáveis, razão pela qual esta doutrina subjetiva foi pouco a pouco sendo abandonada e substituída por outra mais objetiva, como é o caso da que foi desenvolvida na Alemanha:<sup>180</sup>

Dahi porque essa doutrina, toda subjetiva, foi pouco a pouco abandonada, sendo pela ciencia moderna e pelas legislações mais recentes (código italiano art.49, n.3, hollandez, art.40), adoptada a doutrina objectiva, desenvolvida particularmente na Allemanha, que da necessidade tira a razão da não criminalidade da ação, estado cuja constatação não exige senão a apreciação de um conflicto jurídico de direitos ou de interesses lícitos, e para os juristas uma egual apreciação é muito mais simples e muito menos sujeita a erro.

Foi praticamente mantida a fórmula do Código Penal anterior, uma vez que esta disposição legal considera a conduta justificável e, conseqüentemente sem pena, sempre que o crime ocorrer para evitar um mal maior. Delineia-se a ocorrência, naquele ordenamento jurídico do estado de necessidade justificante, uma vez que, ocorrendo o conflito de bens, o sacrifício do bem que se exige é o de menor valor. Podemos da mesma forma afirmar que o estado de necessidade exculpante não foi recepcionado naquela legislação.

---

<sup>179</sup> SIQUEIRA. *Direito Penal Brasileiro*. Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. p.433-434.

<sup>180</sup> SIQUEIRA. *Direito Penal Brasileiro*. Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. p.433-434.

### 3.4. Consolidação das Leis Penais

O Código Penal de 1932, consubstanciado no decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932, aprovou a Consolidação das Leis Penais da autoria do Desembargador Vicente Piragibe.

Segundo a *consideranda* do referido decreto,<sup>181</sup> o Código Penal de 1890, havia sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos, quer na intensidade das penas.

Por outro lado, várias modificações legais constavam de um grande número de leis esparsas e haviam fracassado várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro. Uma vez que o Desembargador Vicente Piragibe, Juiz da Corte de Apelação do Distrito Federal, com exercício em uma das câmaras criminais do referido tribunal judiciário, havia conseguido consolidar em um trabalho sob o título Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor, foi este trabalho, então, adotado como Código Penal pelo Decreto 22.213/1932.

Ariosvaldo de Campos Pires<sup>182</sup> assim se manifesta sobre a Consolidação das Leis Penais, também conhecida como Código Piragibe:

As inúmeras modificações que sofreu o Código Penal republicano redundaram em uma infinidade de leis esparsas, que o retificavam ou o complementavam, suprimindo inúmeras falhas. Tais leis, posteriores ao Código Penal de 1890, foram reunidas, tornando-se objeto da denominada “Consolidação das leis Penais”, de autoria de Vicente Piragibe, oficialmente reconhecida pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

O título III do livro I da Consolidação das Leis Penais de 1932<sup>183</sup> trata da responsabilidade criminal das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes. Quanto às causas que justificam o crime, são os seguintes os termos dos parágrafos 1º e 2º do art.32, *in verbis*:

Art.32. Não serão também criminosos:  
 §1.º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;  
 §2.º Os que praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem.  
 [...]

---

<sup>181</sup>Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.

<sup>182</sup>PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. p.65. v. 1.

<sup>183</sup>PIERANGELI. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. p.332.

O art.33 do referido dispositivo legal, tratando especificamente da justificação inculpada no §1º do citado artigo 32 esclarece quanto aos seus requisitos:

Art.33. Para que o crime seja justificado no caso do §1.º do artigo precedente, deverão intervir conjuntamente a favor do delinqüente os seguintes requisitos:

- 1.º - certeza do mal que se propoz evitar;
- 2.º - falta absoluta de outro meio menos prejudicial;
- 3.º - probabilidade da efficacia do que se empregou.

Desta forma, não há menção expressa ao estado de necessidade, na parte dispositiva que trata da justificação das condutas criminosas, na referida Consolidação da leis Penais de 1932.

Todavia, da análise dos citados artigos 32 §1º e art.33 podemos afirmar que, há em seu contexto, ainda que conceitualmente, alusão à excludente de ilicitude em estudo, uma vez que presentes os seus requisitos principais como o perigo de lesão a um bem jurídico (certeza do mal), a inevitabilidade da lesão (falta absoluta de outro meio), a existência e o balanceamento do conflito entre bens jurídicos (falta absoluta de outro meio menos prejudicial) e a orientação do agente no sentido de salvar o bem ameaçado (prática do crime para evitar mal maior).

### 3.5. Código penal de 1940

O Código Penal de 1940<sup>184</sup> dispõe a respeito da exclusão da criminalidade e do estado de necessidade, nos seguintes termos:

Exclusão de criminalidade

Art. 19. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em caso de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Estado de necessidade

Art.20. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado o juiz pode reduzir a pena de um a dois terços.

---

<sup>184</sup> Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.

O Código Penal de 1940, que posteriormente foi reformado em 1984, considera não haver crime por ser a conduta justificável em caso de estado de necessidade, sempre que o crime ocorrer para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Deve ser satisfeita ainda, a condição descrita em seu art.20 §1º, não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

Portanto, foi afastada a fórmula anterior que condicionava o sacrifício do bem jurídico à hipótese em que fosse necessária a prática do fato necessitado para evitar um mal maior.

Neste sentido, apesar de ser recepcionado como justificante, nos termos do inciso I do seu art.19, posto que tido como causa que exclui o crime, pode se vislumbrar do seu conteúdo também a possibilidade da recepção do estado de necessidade exculpante, caso seja sacrificado um bem jurídico de valor superior ao seu, em situação em que o sacrifício do bem, nas circunstâncias, não era razoável ser exigido.

### 3.6. Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969, decretado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes conferia o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, disciplinava em sua parte geral, especialmente em seu título II o estado de necessidade, nos seguintes termos:<sup>185</sup>

Art. 27. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Exclusão de crime)

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Art. 28. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. (Estado de necessidade como excludente ao crime)

[...]

---

<sup>185</sup> Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=227135&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.

Art. 30. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se êste é punível a título de culpa. (Excesso culposo)

§ 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação. (Excesso exclusável)

§ 2º Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena. (Excesso doloso)

Estas disposições penais serão analisadas, em maiores detalhes, quando da análise do estado de necessidade na legislação penal brasileira.

Não obstante, registra-se, por oportuno, que o Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, distinguia entre o estado de necessidade, que exclui o crime, e o que isenta de pena, acolhendo a teoria diferenciadora, em que o estado de necessidade, tanto pode ser reconhecido como excludente da culpabilidade como da antijuridicidade.

### 3.7. Código Penal Militar de 1969

O artigo 39 do referido Código Penal Militar,<sup>186</sup> estatui o “Estado de necessidade com excludente de culpabilidade” nos seguintes termos:

Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

O inciso I do artigo 42 do referido estatuto penal militar, por sua vez, dispõe que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade:

Exclusão de crime

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

[...]

Sob a denominação de “estado de necessidade, como excludente do crime” estabelece o artigo 43 que se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, seja consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não seja legalmente obrigado a arrostar o perigo:

---

<sup>186</sup> BRASIL. Decreto-Lei 1001/69. *Código Penal Militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De11001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11001Compilado.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2011.

Estado de necessidade, como excludente do crime

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Estas disposições penais serão, no entanto, analisadas em maiores detalhes, quando da análise do estado de necessidade na legislação penal brasileira.

#### 4. DOS ESTADOS DE NECESSIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

##### 4.1. Considerações iniciais

Ariosvaldo de Campos Pires<sup>187</sup> esclarece, em suas lições que a legislação brasileira, especialmente por ocasião da elaboração do anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria e do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, distinguia entre o estado de necessidade que exclui o crime e o que isenta de pena:

O anteprojeto Hungria distinguia entre estado de necessidade que exclui o crime (injusto típico) e estado de necessidade que isenta de pena (exclui a culpabilidade), tendo em vista o bem de maior valor ou interesse, posto em jogo no episódio. A diferenciação inscreveu-se no Código penal de 1969 (não chegou a vigorar), mas foi desprezada na reforma de 1984, que permaneceu fiel à tradição do direito brasileiro. Não obstante, o Código Penal Militar contempla as duas modalidades, isto é, o estado de necessidade como excludente de culpabilidade e como excludente de criminalidade (arts.39 e 43, respectivamente).

Miguel Reale Júnior,<sup>188</sup> referindo-se ao Código Penal de 1969 que acolheu a teoria diferenciadora, mas que, como se sabe, apesar de promulgado não chegou a entrar em vigor,<sup>189</sup> discorre sobre os dois tipos de estado de necessidade contemplados naquele diploma legal:

O novo Código adotou a teoria diferenciadora, segundo a qual o estado de necessidade, fundado na não exigibilidade de outra conduta, exclui a culpabilidade; e o estado de necessidade cujo fundamento está no conflito de bens, quando se salva bem maior em detrimento de menor, exclui o crime. Discrimina-se, dessarte, o estado de necessidade em duas figuras. A exposição de motivos expressa que o legislador “se inspirou na idéia da não exigibilidade de outra conduta, dando-lhe porém limites claramente definidos”. Tal orientação vem coincidir com a que adotamos, no sentido de que a não exigibilidade constitui a valoração legal de uma situação, cujas circunstâncias, portanto, estão fixadas em lei, assumindo relevo a subjetividade do agente que será objeto de julgamento por parte do juiz.

---

<sup>187</sup> PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. v.1. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. p.173.

<sup>188</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.53-54.

<sup>189</sup> Assim, cf. TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p.65-66, *in verbis*: “essas circunstâncias e outras aliadas às profundas mutações ocorridas no quadro social, político e econômico brasileiro, após a década de 50, levaram o próprio Nelson Hungria a aceitar a incumbência de elaborar o anteprojeto de novo Código penal, apresentando-o ao governo no ano de 1963. Esse anteprojeto, submetido a revisão final por comissão integrada pelos Professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D’Aquino, veio a transformar-se, em circunstâncias pouco esclarecidas (consta que o projeto não estava concluído), no Código Penal de 1969, editado pela Junta Militar então no Poder. Mal recebido pela crítica, teve o novo estatuto o seu início de vigência adiado por mais de uma vez até que, no Governo do Presidente Geisel, optou-se pela reforma parcial do Código de 1940 e pela revogação definitiva do Código de 1969, o que de fato se deu, respectivamente, pelas Leis n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e 6.578, de 11 de outubro de 1978.”

Conforme exposto, o direito pátrio, a despeito da dicotomia entre as teorias unitária e diferenciadora, recepcionou o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como da antijuridicidade no Código penal Militar de 1969, em vigor.

#### 4.2. Estado de necessidade como excludente da ilicitude

Jair Leonardo Lopes<sup>190</sup> manifesta-se nos seguintes termos a propósito dos requisitos do estado de necessidade:

O estado de necessidade pressupõe: - *perigo atual, não provocado pelo agente*, pois é claro que quem provocou o perigo não pode alegar estado de necessidade; *inevitabilidade do perigo por outro modo*, que não seja o sacrifício do direito alheio, quer dizer que somente se justifica o sacrifício do direito alheio não havendo outro modo de salvar do perigo o direito próprio; *o sacrifício do direito em perigo deve ser inexigível*, segundo um juízo razoável.

René Ariel Dotti,<sup>191</sup> ao conceituar o estado de necessidade, após analisar o texto do artigo 24 do Código Penal, procura ilustrar a sua definição, apresentando os exemplos da *tábua de Carneades* e do romance, *Os miseráveis* de Vitor Hugo:

Existem dois exemplos clássicos que ilustram a definição. O primeiro é o formulado por Carneades, célebre filósofo e orador grego (215-129 a.C) : dois naufragos disputam a mesma tábua de salvação que não tem lugar para ambos. Um deles sacrifica o outro para preservar a própria vida. O segundo exemplo nos vem do imortal romance de Vitor Hugo (1882-1885), *Os miseráveis*, que narra a saga de Jean Valgean, condenado a uma longa pena carcerária pelo furto de um pão. O estado de necessidade, apesar de não reconhecido por um terrível magistrado, celebrizou a condição humana do personagem faminto e tornou inesquecível o conflito entre os bens jurídicos (vida *versus* patrimônio).

O estado de necessidade foi recepcionado pela parte geral do Código Penal brasileiro, nos termos do inciso I do art.23 e art.24 da parte geral do Código Penal e tem natureza justificante, conforme leciona Francisco de Assis Toledo:<sup>192</sup>

Por outro lado, como os preceitos do Código não exigem – pelo menos não o fazem expressamente – a ponderação de bens nem definem a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular em relação ao agente (contenta-se com dizer “...direito próprio ou alheio cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”), é fora de dúvida que o legislador pátrio adotou a teoria unitária, que no Brasil sempre teve importantes adeptos, dentre os

<sup>190</sup> LOPES. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. p.135.

<sup>191</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari.

<sup>192</sup> TOLEDO. *Princípios básicos de Direito Penal*. p.179.

quais encontramos Costa e Silva, Anibal Bruno e Nelson Hungria. O primeiro proclamava a teoria unitária, “que vê no estado de necessidade uma circunstância que tira ao fato o caráter criminoso, reputando-o conforme o direito...”, a única capaz de levar a resultados satisfatórios. O segundo afirmava textualmente que a dualidade de soluções oferecidas pela teoria diferenciadora não se aplicava ao direito positivo brasileiro. O último, com a autoridade de quem participou da elaboração do Código dizia, em seu estilo candente : “...na atualidade, entretanto, já repudiada a bizantina distinção entre imputabilidade e responsabilidade, pode-se dizer que a solução pacífica e definitiva é a de que, no estado de necessidade não há crime, o que vale dizer: o fato necessitado é objetivamente lícito”.

#### 4.3. Estado de necessidade como excludente da culpabilidade

O Código Penal Militar,<sup>193</sup> prescreve o estado de necessidade como excludente de culpabilidade, nos seguintes termos seu artigo 39:

Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Dentro desta mesma concepção, o inciso I do artigo 42 do referido estatuto penal militar dispõe que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade e, sob a denominação de “estado de necessidade, como excludente do crime” dispõe o seu artigo 43 que se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, seja consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não seja legalmente obrigado a arrostar o perigo:

Exclusão de crime

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

[...]

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Miguel Reale Júnior,<sup>194</sup> analisando o instituto do estado de necessidade sob a perspectiva do Código Penal Brasileiro de 1971, que apesar de ter sido promulgado, não

---

<sup>193</sup> BRASIL. Decreto-Lei 1001/69. *Código Penal Militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De11001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11001Compilado.htm)> . Acesso em: 09 mar. 2011.

chegou a entrar em vigor, posto que revogado,<sup>195</sup> esclarece que este havia recepcionado a teoria diferenciadora:

O novo Código adotou a teoria diferenciadora, segundo a qual o estado de necessidade, fundado na não exigibilidade de outra conduta, exclui a culpabilidade; e o estado de necessidade, cujo fundamento está no conflito de bens, quando se salva bem maior em detrimento de menor, exclui o crime. Discrimina-se dessarte, o estado de necessidade em duas figuras.

O referido estado de necessidade exculpante, previsto no art.39 do Código Penal militar brasileiro, a exemplo do que preconiza o Código Penal alemão, exige do agente, para a sua caracterização, uma especial relação de parentesco ou afeição com o terceiro socorrido, não bastando que haja o simples conflito de bens, salvo na hipótese de preservação do seu próprio direito. Esta a jurisprudência pátria, que espelha o conteúdo insculpido na citada norma:

CRIME CONTRA O SERVIÇO MILITAR E O DEVER MILITAR – Abandono de posto – Estado de necessidade – ocorrência – Esposa que liga para soldado transparecendo que vivia situação de roubo – Motivo relevante que afasta ilicitude do fato – Inteligência do art.195 do CPM. [...] O caso aqui apreciado se alinha à hipótese do estado de necessidade exculpante, o qual se caracterizou pelo fato do direito alheio sacrificado (ausência momentânea do serviço) ser igual ou superior ao bem protegido (integridade física e patrimonial de sua esposa que estava noticiando estar sendo roubada), tudo isso alidado ainda ao *cumprimento* de seu dever de não se omitir diante do roubo anunciado (fls.391/392) [...] Agiu o acusado – diante daquele perigo contemporâneo – proteger direito de sua esposa, cuja lei alberga como relações de afeição, perigo este que não provocou e nem podia de outra maneira evitar, portanto, não é culpado o réu (fls.393). (TJMSP – Ap. 5854/08 -1ª Câm. - j. 15/12/2009 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb, RT895/758).

#### 4.4. Requisitos do estado de necessidade

Referindo-se às disposições constantes do Código Penal, no que diz respeito ao estado de necessidade e ao analisar os seus requisitos, Francisco de Assis Toledo<sup>196</sup> os elenca em: *perigo de lesão* a um bem jurídico, afirmando que este deve ser atual e não pode ter sido voluntariamente causado pelo agente do fato necessitado; *inevitabilidade da lesão a um bem*,

<sup>194</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.53.

<sup>195</sup> Conforme nota 3, deste capítulo, o anteprojeto de Código penal elaborado por Nelson Hungria em 1963 e que, posteriormente transformou-se no Código penal de 1969 teve “o seu início de vigência adiado por mais de uma vez até que, no Governo do Presidente Geisel, optou-se pela reforma parcial do Código de 1940 e pela revogação definitiva do Código de 1969, o que de fato se deu, respectivamente, pelas Leis n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e 6.578, de 11 de outubro de 1978” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p.65-66).

<sup>196</sup> TOLEDO. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. p.52-61.

no sentido de que no conflito de bens juridicamente protegidos, o sacrifício de um deles somente está autorizado quando a salvação do outro só possa ocorrer a custa deste sacrifício; *existência de um conflito entre bens*; o *balanceamento de bens e deveres* e por fim, o *elemento subjetivo* do agente, ou seja, “a sua orientação de ânimo no sentido de salvar o bem ameaçado.

De acordo com Ariosvaldo de Campos Pires,<sup>197</sup> são requisitos do estado de necessidade a *existência de um perigo atual ao bem protegido*, a *situação de perigo não provocada por vontade própria e inevitável*, a *inevitabilidade da situação de perigo*, de maneira que o perigo não possa ser evitado de outro modo, a *proteção de direito próprio ou de terceiro* e a *não exigibilidade do sacrifício do direito posto sob perigo*.

Quanto à jurisprudência pátria a respeito deste tema, registra-se que, para a caracterização do estado de necessidade, exige-se do agente a prática ou a abstenção de uma conduta, no sentido de salvar, de perigo atual, direito próprio ou alheio:

ESTADO DE NECESSIDADE – Furto – Agente que alega estar desempregado, sem documentos, e morar na rua – Inexistência da situação de perigo para salvar direito próprio ou alheio – Inaplicabilidade do art. 24 do CP. *Ementa oficial: A alegação de estado de necessidade não ilide a responsabilidade de quem, no interior de clínica médica, subtrai bolsa de funcionária, alegando estar desempregado, sem documentos, e morar na rua. Além disso, essa excludente exige situação de perigo para salvar direito próprio ou alheio, como que o art.24 do CP. [...] O imputado não nega o fato criminoso, entretantes procura justificar sua conduta invocando em seu favor o estado de necessidade, que não merece prosperar. O art.24 do CP, dentre outros requisitos, exige que o procedimento daquele que pratica fato típico, porém jurídico, se dirija a salvar , de perigo atual, direito próprio ou alheio. Quem está passando por dificuldades financeiras, face ao desemprego, inclusive morando nas ruas, não precisa furtar para sobreviver, porque existem outros meios para solucionar os seus problemas, como, *exempli gratia*, pedir ajuda ou auxílio às pessoas mais próximas ou fazer biscates. (TJRJ – Ap.944/98 - 8ª Cam., j.20/08/1998, p.24/02/99 – Rel. Sérgio Túlio Vieira, RT763/647).*

Por outro lado, o perigo não pode ser provocado pelo próprio agente, como se observa de elucidativa jurisprudência a este respeito em que acampados “sem terra” voluntariamente criaram a situação de perigo e de conseqüente necessidade:

ESTADO DE NECESSIDADE – Descaracterização – Furto – Acampados “sem terra” que subtraem carga de caminhão contendo gêneros alimentícios e produtos de limpeza e higiene – Situação de necessidade criada, voluntariamente, pelos próprios agentes, eis que cientes de que faltariam alimentos para o sustento do grupo. *Ementa da Redação: Não caracteriza a*

---

<sup>197</sup> PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. v.1. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. p. 173-176.

*excludente de criminalidade do estado de necessidade a conduta de acampados “sem terra” que subtraem carga de caminhão contendo gêneros alimentícios e produtos de limpeza e higiene, pois os próprios agentes voluntariamente criaram a situação de necessidade, eis que cientes de que faltariam alimentos para o sustento do grupo. [...] É inegável que os acusados encontravam-se espontaneamente acampados no dia dos fatos narrados na denúncia. Tinham consciência de que, sem o exercício do trabalho honesto, certamente iriam ficar sem os gêneros alimentícios de primeira necessidade; podiam evitar a situação aflitiva, bastando que deixassem o acampamento e procurassem trabalho, não obstante pudessem continuar seus objetivos de reformular a política fundiária do país. Foram destarte, os próprios acusados que provocaram a situação que agora alegam insustentável. Além disso, se agissem de outro modo, poderiam ter evitado o assalto ao caminhão de alimentos. (TJMS – Ap.49.107-2/01 – 2ª T. - j.22/09/1999 – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, RT773/637).*

Exige-se ainda, em relação à gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou de um terceiro, que este seja proporcional à gravidade da lesão causada pelo fato necessitado, conforme se depreende da jurisprudência a este respeito:

*ESTADO DE NECESSIDADE – Contravenção penal – falta de habilitação legal para dirigir veículo na via pública – Excludente caracterizada, vez que comprovada que a proporcionalidade entre o risco de eventual acidente era mais grave do que a violação da contravenção penal – Absolvição decretada. Para configuração do estado de necessidade, faz-se imperioso requisito de proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado. (TACRIMSP – 950.025/0 – 6ª C. - j. 09/08/1995 – Rel. Juiz Feiez Gattaz, RT724/686).*

No que diz respeito à inevitabilidade das lesões, Frederico Marques<sup>198</sup> afirma que o fato necessitado só se justifica quando inevitável a sua prática para a salvaguarda do direito posto em perigo, devendo ser, portanto, absolutamente imprescindível para impedir a lesão ao bem jurídico e não ser possível o afastamento do perigo por outro meio.

A jurisprudência pátria é no sentido de que a possibilidade de emprego de outros meios para a salvaguarda do bem jurídico ameaçado inibe o caráter de inevitabilidade das lesões e da conseqüente conduta do agente:

*ESTADO DE NECESSIDADE – Inocorrência – Insuficiência de recursos para custear tratamento médico – Condição que não caracteriza a excludente de ilicitude – Possibilidade de emprego de outros meios para a salvaguarda do bem jurídico ameaçado. Ementa Oficial: A insuficiência de recursos para custear tratamento médico não pode ser alçada à condição de excludente de ilicitude (estado de necessidade) quando outros meios, afora a transgressão da lei, se vislumbram para a salvaguarda do bem jurídico ameaçado, a exemplo do recurso à via judicial. (TRF5 – Ap.2001.05.00.043822-0/PE – 1ª*

---

<sup>198</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.171. v. 2.

T. - j. 13/11/2003 – Rel. convocado Des. Federal Francisco Barros Dias, RT833/693).

Conforme já analisado, o direito nacional contemplou o estado de necessidade, tanto como excludente da antijuridicidade quanto da culpabilidade no Código penal Militar de 1969, em vigor.

A respeito dos requisitos comuns aos estados de necessidade justificante e exculpante, Reale Júnior<sup>199</sup> assim se manifesta:

Tanto o estado de necessidade, como exclusão da culpabilidade, quanto o estado de necessidade, como exclusão da antijuridicidade, apresentam alguns requisitos comuns, quais sejam: 1.º a existência de um perigo certo e atual; 2.º que esse perigo não tenha sido provocado pelo agente: “perigo que não provocou”; 3.º dano inevitável, a não ser pelo comportamento lesivo, ou seja, “nem podia de outro modo evitar”.

Desta forma, o artigo 39 do referido código, sob a denominação de “Estado de necessidade com excludente de culpabilidade” define que não é culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe fosse razoavelmente exigível conduta diversa.

O inciso I do artigo 42 do estatuto penal militar, por sua vez, é no sentido de que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade. Sob a denominação de “estado de necessidade, como excludente do crime” o seu artigo 43 considera em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, seja consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não seja legalmente obrigado a arrostar o perigo.

---

<sup>199</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.55.

## 5. DOS ELEMENTOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

### 5.1. Considerações iniciais

Joseph Fabisch<sup>200</sup> conceitua o estado de necessidade como sendo numa situação de um homem que se encontra entre uma rigorosa dúvida de cometer um ato considerado delituoso pela lei ou de permitir que se pratique um dano injusto contra si ou contra outrem. O delito necessário é um ato proibido por lei, cometido dentro de semelhantes circunstâncias e constituído de três requisitos essenciais: que o ato seja punido por lei, que este ato seja o único meio que o agente dispõe á sua disposição para evitar um dano e que este dano seja contrário ao direito.

Segundo o referido autor, para que se compreenda a verdadeira natureza do estado de necessidade, torna-se importante a sua comparação, à luz de exemplos práticos, com os demais institutos que lhes são similares: a coação física, a coação moral e a legítima defesa.<sup>201</sup>

De acordo com Frederico Marques,<sup>202</sup> no estado de necessidade, deve se distinguir a situação de perigo, ou situação de necessidade, da ação lesiva, ou fato necessitado, sendo os seus requisitos os seguintes:

Os requisitos da “situação de necessidade” assim se alinham: a) um perigo atual; b) ameaça a direito próprio ou alheio; c) situação não provocada voluntariamente pelo agente; d) inexistência do dever legal de enfrentar o perigo. Quanto ao fato necessitado, são estes os requisitos: a) inevitabilidade da ação lesiva; b) inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado.

Em relação aos requisitos do estado de necessidade Souza manifesta-se nos seguintes termos:<sup>203</sup>

Quaisquer que sejam suas específicas modalidades de aparição, a produção. Pelo estado de necessidade, de efeitos jurídico-penalmente

---

<sup>200</sup> Conforme FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.6: “L'état de necessite est la situation d'un homme qui se trouve dans l'alternative rigoureuse ou de commetre un acte declare delictueux par la loi, ou de subir, ou de laisser subir à l'autrui, um dommage injuste. Le delit nécessaire est um acte prohibé par la loi, commis dans de semblables circonstances. Ainsi trois élément essentiels constituent le delit nécessaire. Il faut, por qu'il existe: 1° Que l'acte accompli soit prévu et puni par la loi; 2° Que cet acte soit le Seul moyen que l'agent ait à as disposition pour éviter um dommage; Que ce dommage soit contraire au droit”.

<sup>201</sup> Nesses termos FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.6: “Mais la nature Du delit nécessaire será mieux mise em lumière, lorsque nous em aurons donnés des exemples pratiques et que nous aurons compare l'idée de necessite à celles, assez voisines, de contrainte physique, de contrainte morale et de legitime défense”.

<sup>202</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.166-174.

<sup>203</sup> SOUZA, Alberto R.R.Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

relevantes, dependerá de que nele ocorram diversos requisitos, contemplados, às vezes expressamente, às vezes *sub intelligenda*, nos preceitos legais que o definem. Tais requisitos são, uns de caráter positivo, isto é, constituem pressupostos sem cuja presença não se configura um estado de necessidade capaz de produzir conseqüências na esfera do direito punitivo; outros de caráter negativo, isto é, constituem condições que, presentes na situação, acarretam, como efeito, a descaracterização de um estado de necessidade provido de relevância jurídica.

## 5.2. Da situação de necessidade e do fato necessitado

Enrico Contieri, ao analisar os elementos do estado de necessidade, ocupa-se em esclarecer sobre a situação de necessidade e sobre o fato necessitado. Segundo o autor a situação de necessidade é o pressuposto do fato necessitado e a existência dos requisitos de ambos, produz o efeito jurídico que a norma qualifica como não punibilidade do agente.<sup>204</sup>

A situação de necessidade consiste na situação de perigo actual de um dano grave à pessoa do agente ou de outrem, perigo não voluntariamente causado pelo agente e não evitável a não ser por meio do facto necessitado, sem que por parte do titular do bem ou interesse ameaçado, exista um especial dever jurídico de se opor ao perigo. O facto necessitado consiste em um facto previsto pela lei como infração, cometido pelo agente por se ter visto forçado pela necessidade de salvar a si ou a outrem, do perigo característico da situação de necessidade, desde que haja proporção entre o facto e o perigo. O facto necessitado corresponde à figura legal de uma infração. A essa figura é estranha a situação de necessidade que, pelo contrário, é justamente o pressuposto para que o facto necessitado não constitua infração.

Desta forma, como visto, a situação de necessidade é estranha ao fato necessitado e é um pressuposto para que este não constitua infração penal.

Para que a situação de necessidade se caracterize deve existir um perigo atual de dano grave à pessoa do agente ou de outrem. Este perigo não pode ser voluntariamente causado e não pode ser evitável, a não ser pelo fato necessitado.

Por outro lado, o fato necessitado deve ser um fato previsto em lei como infração, que o agente comete, de maneira forçada e, em virtude da necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo inerente a esta situação, devendo haver proporcionalidade entre o fato e o perigo.

---

<sup>204</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.45-46.

Para uma melhor compreensão, tanto da situação de necessidade quanto do fato necessitado, torna-se prudente que, a exemplo de como procedeu Contieri,<sup>205</sup> em seu sistemático estudo sobre o estado de necessidade, que se faça uma análise mais detalhada dos requisitos que integram tanto a situação de necessidade, quanto o fato necessitado.

Importante reiterar que a situação de necessidade é pressuposto para que o fato necessitado não constitua infração penal e que, portanto, deve ser verificada previamente a este.

### 5.2.1. Requisitos da situação de necessidade

Desta forma, serão analisados, em um primeiro momento, os requisitos da situação de necessidade, quais sejam: a *atualidade do perigo*, a *não voluntariedade do perigo provocado*, a *ausência do dever legal de enfrentar o perigo*, a *inevitabilidade da lesão*, o *conflito de bens*, a *ponderação de bens e deveres*, o *conflito de deveres* e o *dever de enfrentar o perigo*.

#### 5.2.1.1. Atualidade do perigo

Conforme pondera Contieri<sup>206</sup> “o exame dos requisitos da situação de necessidade prevista no artigo 54º do Código Penal<sup>207</sup>, deve preceder o exame dos requisitos do facto necessitado previsto pela mesma norma”.

---

<sup>205</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.45-110.

<sup>206</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*; tradução Fernando de Miranda. p. 45-110.

<sup>207</sup> Refere-se ao art.54 do Código Penal italiano de 1930 que vigorava com a seguinte redação: “Não é punível aquele que cometeu o facto forçado pela necessidade de salvar, a si ou a outrem, do perigo atual de um dano grave à pessoa, perigo por ele não voluntariamente causado, nem por outro modo evitável desde que o facto seja proporcionado ao perigo. Esta disposição não se aplica a quem tenha um especial dever jurídico de se expor ao perigo. A disposição da primeira parte deste artigo aplica-se também se o estado de necessidade é determinado por ameaça alheia; mas, nesse caso, pelo facto cometido pela pessoa ameaçada responde quem a constrangeu a cometê-lo”.( CONTIERI, Enrico. *O estado de necessidade*; tradução Fernando de Miranda. São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva & C.A. Editores, 1942, p.5). O atual Código penal italiano dispõe em seu art.54, nos seguintes termos sobre o estado de necessidade: “Art. 54- *Stato di necessità -Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo*”. (Disponível em:< <http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf> > . Acesso em 16/11/2010)

Segundo o citado autor, o primeiro elemento da situação de necessidade é o perigo, que é por ele definido nos seguintes termos:<sup>208</sup>

O perigo objectivamente considerado, é a idoneidade de um fenómeno ou de vários fenómenos para ocasionar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse. Não é possível conceber esta idoneidade independentemente de um juízo do espírito humano, porque a possibilidade de dano não é uma realidade: na realidade existem unicamente os fenómenos, dos quais a inteligência humana deduz a possibilidade de dano.

Em seguida, Contieri passa a diferenciar dano de perigo, afirmando que o primeiro é “a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse”. Quanto ao perigo e a sua efetiva relação com o dano, assim se manifesta:

Perigo, objectivamente considerado, é a idoneidade de um fenómeno ou de vários fenómenos, para determinar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse. O primeiro é uma realidade, o segundo a possibilidade de que essa realidade se realize. E se essa realidade efectivamente se verifica, já não há perigo, mas dano.

Vincenzo Manzini<sup>209</sup>, afirma que o estado de necessidade somente exime de responsabilidade o agente quando houver perigo de dano grave à pessoa, à sua vida, segurança pessoal, saúde, integridade sexual, liberdade pessoal, à decência ou honra, sendo colocados em perigo.

Para Nelson Hungria o perigo deve ser, concreto, imediato, reconhecido de forma objetiva, não se apresentando o estado de necessidade quando este é remoto ou incerto:<sup>210</sup>

Deve tratar-se de perigo presente, concreto, imediato, reconhecida objetivamente, ou segundo id quod plerunque accidit, a probabilidade de tornar-se em dano efetivo. Não se apresenta a necessitas cogens quando o perigo é remoto ou incerto, e deixa de existir quando cessa o perigo.

Galdino Siqueira, afirma que a ideia de perigo no estado de necessidade é a mesma referente à legítima defesa e que para ser atual torna-se necessário além da probabilidade a possibilidade de verificação do dano:<sup>211</sup>

A ideia de perigo é a mesma da referente à legítima defesa. Para que o perigo seja atual, como nesse instituto, é preciso não só a probabilidade (e

<sup>208</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*; tradução Fernando de Miranda. p.47.

<sup>209</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale*. v.2. p.390: “Pericolo di danno Allá persona – Il male minacciato dal pericolo deve riguardare esclusivamente o anche beni-interessi relativi alla persona física o Allá personalità morale. La vita, l'incolumità personale, la sanità, l'integrità sessuale, la libertà personale, il semplice pudore, l'onore stesso, essendo posti in pericolo, possono pertanto salvarsi, nei limiti dell'art.54, anche mediante la violazione di un precetto penale”.

<sup>210</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Arts.1 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1949. P.437.

<sup>211</sup>SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito penal. Parte Geral. Tomo I*. Rio de Janeiro : JOSÉ KONFINO EDITOR, 1947.

não mera possibilidade) da verificação do dano, mas também um tal grau de probabilidade a fazer prever como iminente a verificação do dano.

Betiol manifesta-se a respeito dos requisitos do estado de necessidade e esclarece que o perigo atual deve ser inevitável delimitando os seus termos:<sup>212</sup>

O perigo deve ser todavia inevitável porque, sempre que possa ser evitado, o indivíduo que se acha na necessidade deve escolher um outro caminho para dela sair. Não se trata mais de reagir contra o injusto agressor frente ao qual a fuga ou outro meio que não seja a reação pode parecer covardia, e sim de ferir um bem de um indivíduo inocente, pelo que esta lesão deve representar precisamente a *extrema ratio* para salvar-se de uma sala cinematográfica em chamas saltando sem dificuldade e perigo por uma janela, deve escolher-se esta via antes que sair pela porta com necessidade de abrir-se uma passagem entre uma multidão de rapazes aterrorizados, atirando um destes à morte entre as chamas.

De acordo com Magalhães Noronha, o perigo deve ser atual ou iminente no sentido de estar prestes a acontecer: “A iminência é a probabilidade de elevado grau. Conforme o caso, bastará ela. Exigir sempre a efetivação do perigo será tornar impossível à pessoa a proteção do bem jurídico”.<sup>213</sup>

Para Basileu Garcia, se o perigo é futuro e remoto o agente não pode alegar a justificativa, porque: “sendo futuro e, ainda mais sendo remoto, êle terá outros meios de evitar a lesão ao direito colidente com o que procura pôr a salvo”.<sup>214</sup>

Para Francisco de Assis Toledo, o conceito de perigo somente pode ser aferido a partir de um determinado dado oriundo da experiência humana, podendo ser conceituado como uma probabilidade concreta de dano. Este faz, todavia, uma distinção entre dano e prejuízo:<sup>215</sup>

O perigo é pois, nesta acepção, uma probabilidade concreta de dano. O dano uma ofensa ou lesão, já verificada, a bens jurídicos. Não se deve, entretanto, confundir dano com prejuízo. O primeiro pode, ou não, estar acompanhado do segundo. O dano, como lesão ou probabilidade de lesão a bens jurídicos (perigo de dano), está sempre presente em todo fato criminoso. Já o prejuízo, exprimindo a idéia de alguma perda quantitativa ou qualitativa da substância de um bem jurídico, pode não ocorrer em certos casos (ex.: a grande maioria dos crimes tentados, certos crimes de mera atividade), embora esteja presente em muitos outros (ex.: crimes consumados contra o patrimônio etc.)

---

<sup>212</sup> BETIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. P.436.

<sup>213</sup> NORONHA, Edgard de Magalhães. *Direito Penal.v.1*. São Paulo: Saraiva, 1973. p.179-180.

<sup>214</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal. Vol.1.Tomo I*. São Paulo: Max Limonad, 1959.p.292.

<sup>215</sup> TOLEDO *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. p.55.

Quanto ao perigo atual, Toledo, que também o qualifica como perigo iminente, considera-o como a “situação que está para traduzir-se em dano próximo”<sup>216</sup> não se amoldando ao perigo que já desapareceu ou que seja uma hipótese futura.

O citado autor salienta que, para a sua aferição, deve se verificar cada caso em concreto, observando-se que “a lei penal, se não tem como endereço os heróis e os santos, não deve estar igualmente voltada para a proteção de condutas pusilânimes ou impelidas por motivações fantasmagóricas”.<sup>217</sup>

Segundo Frederico Marques<sup>218</sup> “A primeira condição da ‘situação de necessidade’ é a existência de um perigo a um bem jurídico, perigo esse que deve ter o caráter de ‘atualidade’”. Para o referido autor, perigo atual “é o que se verifica no momento, é o perigo presente, e também o que perdura e se faz sentir”.

Miguel Reale Júnior<sup>219</sup> aborda o conceito de perigo tanto pelo aspecto subjetivo, quanto pelo aspecto objetivo, dimensionando os fatores que conciliam a ambos e terminando por afirmar que o perigo é um complexo subjetivo e objetivo:

Três são as teorias acerca do conceito de perigo. A teoria subjetiva considera inexistir, objetivamente perigo. Segundo esta teoria existem fenômenos necessários ou desnecessários. Se o fenômeno não traz em si, as condições efetivas para a sua realização, é um fenômeno desnecessário. O perigo é produto de uma falha de nosso conhecimento, é uma hipótese, não uma possibilidade, pois inexistente tal categoria no mundo fenomênico. O perigo não é senão uma representação mental, fruto do temor. A teoria objetivista, pelo contrário, entende ser o perigo uma possibilidade de dano que, pela superveniência de condições, não se realiza. Perigo é a objetiva possibilidade de um evento danoso [...] O perigo não é, porém, juridicamente, apenas um acontecimento do mundo exterior, determinante de uma possibilidade de dano. Essa possibilidade deve ser percebida, pois o perigo é a representação daquele acontecimento objetivo do mundo exterior [ ...] Esta representação causa um temor, mas o mero temor, não fundado em um acontecimento que contenha a possibilidade de dano, não constitui perigo, nem com este se identifica. Perigo, portanto, é um complexo subjetivo e objetivo.

---

<sup>216</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.55.

<sup>217</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.55.

<sup>218</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.167. v. 2.

<sup>219</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.55.

Ariosvaldo de Campos Pires,<sup>220</sup> ao referir-se ao perigo atual, afirma que a lei não contempla o perigo iminente, o perigo que está para acontecer e a razão para tanto é o fato de que no estado de necessidade “o bem sacrificado é o de um inocente, razão por que deve haver um cuidado extremo na avaliação do quadro circunstância”.

De acordo com Reale Júnior, o requisito do perigo influi sobre o ânimo do agente e consubstancia-se em três teorias:<sup>221</sup>

Três são as teorias acerca do conceito de perigo. A teoria subjetiva considera inexistir, objetivamente o perigo. Segundo esta teoria existem fenômenos necessários ou desnecessários. Se o fenômeno não traz em si, as condições efetivas para a sua realização, é um fenômeno desnecessário. O perigo é produto de uma falha de nosso conhecimento, é uma hipótese, não uma possibilidade, pois inexistente tal categoria no mundo fenomênico. O perigo não é senão uma representação mental, fruto do temor. A teoria objetivista, pelo contrário, entende ser o perigo uma possibilidade de dano que, pela superveniência de condições, não se realiza. Perigo é a objetiva possibilidade de um evento danoso. A nosso ver, o pensamento de Rocco veio desfazer todas as dúvidas, conciliando o aspecto objetivo com o subjetivo. Para Rocco o perigo é a possibilidade de um dano e dano é a diminuição de um bem, ou o sacrifício e restrição de um interesse.

O conceito de perigo é, segundo o referido autor, “a aptidão, a idoneidade, ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de um dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse.”<sup>222</sup>

De acordo com Francisco de Assis Toledo<sup>223</sup>:

Perigo é a probabilidade de dano. Perigo atual ou iminente (a atualidade engloba a iminência do perigo) é o que está prestes a concretizar-se em um dano, segundo um juízo de previsão mais ou menos seguro. Se o dano já ocorreu, o perigo perde a característica de atualidade. Se existe mera possibilidade de dano futuro, ainda incerto, o perigo deixa de ser iminente.

---

<sup>220</sup> PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. p. 173-174. v.1.

<sup>221</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.55.

<sup>222</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.56.

<sup>223</sup> TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p.183-185.

Portanto, o perigo deve ser atual e não pode ter sido voluntariamente provocado pelo agente do fato necessário.

#### 5.2.1.2. Não voluntariedade do perigo provocado

A respeito do perigo não provocado, deve-se referir ao agente do fato necessitado, ou seja, da ação lesiva, no sentido de que este não pode ser responsável pela sua ocorrência.

Segundo Toledo, o emprego da palavra “vontade” pelo legislador tem levado autores a supor que somente o perigo provocado com dolo afasta o estado de necessidade, com o que não concorda. Para tanto, afirma que nem toda situação de perigo é criminosa e, quando o fosse não se poderia falar, igualmente, em dolo.

Há, em verdade, situações em que o perigo é voluntariamente provocado, sem que a ação seja criminosa, mas que pode conduzir a um crime culposo. Neste caso, segundo o citado autor:<sup>224</sup>

Ora, nesta hipótese de crime culposo, em que o “perigo” (não confundir com o resultado) tenha sido voluntariamente provocado, exclui-se, em nosso entender, o estado de necessidade em relação a seu agente causador, apesar da inexistência de dolo, porque assim o quer o legislador pátrio, e por não ser razoável permitir-se ao negligente ou imprudente que sacrifique bens ou interesses legítimos de inocentes para a egoística salvação de seus bens ou interesses, postos em perigo por sua própria negligência ou imperícia.

Esclarecendo ainda mais a questão, Toledo fala a respeito da *provocação do perigo*, segundo ele, confundida com *provocação do resultado* e com dolo:<sup>225</sup>

A confusão em que se debatem os que identificam *provocação voluntária do perigo* com *dolo* se deve à impropriedade dos exemplos restritos a que se apegam para a construção doutrinária. E mais, se deve igualmente a não terem estes mesmos autores percebido, talvez, que a “vontade” faz parte do espetáculo também dos crimes culposos, pois nestes, deve haver uma voluntariedade na causa do resultado (não no resultado), conforme tivemos oportunidade de salientar no estudo da culpa em sentido estrito, sob pena de o fato descambar para o terreno do caso fortuito ou da força maior, única região em que a vontade humana está totalmente ausente ou inoperante.

Frederico Marques<sup>226</sup>, valendo se da controvérsia existente entre Costa e Silva e Nelson Hungria quanto ao fato do ato voluntário, de que o perigo derivou, ser originário de

<sup>224</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.56.

<sup>225</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.57.

<sup>226</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. v.2.p.168-169.

dolo ou de culpa, descreve as duas concepções: a do primeiro de que, torna-se necessário o dolo para excluir a licitude do “fato necessitado” e a do segundo, para quem a situação de perigo deve ser alheia à vontade do agente.

Nelson Hungria manifesta-se sobre esta questão do perigo derivado de dolo ou culpa afirmando que ainda que o perigo seja provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade, mas se o agente ignorava tal circunstância a isenção de pena pode ser reconhecida:<sup>227</sup>

Cumprido que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade. Neste último caso, deve entender-se (para não estreitar demasiadamente os limites do estado de necessidade, com abstração do instintivo *serva te ipsum*) que o agente não só podia e devia ter previsto o advento do perigo, como também a conseqüente necessidade de violar o direito alheio. Mesmo no caso de salvamento de direito de terceiro, o perigo deve não ter sido voluntariamente provocado por este, se o foi, mas o agente ignorava tal circunstância, a isenção de pena poderá ser reconhecida também neste caso, por carência de culpabilidade (estado de necessidade putativo), e não por exclusão de injuricidade.

A este propósito, Frederico Marques<sup>228</sup> filia-se ao entendimento de Nelson Hungria e, valendo-se de elucidativo exemplo proposto por Antolisei, demonstra que, caracterizada a culpa do agente no ato lesivo, afasta-se o estado de necessidade:

O motorista imprudente que conduz seu carro em velocidade excessiva não poderá invocar o estado de necessidade se, ao surgir à sua frente, num cruzamento, outro veículo, manobrar o carro para lado oposto e apanhar um pedestre. O perigo criado pela marcha que imprimia ao carro, resultou de sua vontade: *è stato previsto ed anche accettato*, como diz ANTOLISEI, de cujo livro extraímos o exemplo.

A respeito desta controvérsia, Magalhães Noronha, afirma que a ordem jurídica não pode homologar o sacrifício de um direito favorecendo ou beneficiando, quem já atuou contra ela, praticando um ilícito e questiona se seria justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pode salvar-se senão lesando a propriedade alheia:<sup>229</sup>

Não se pode afirmar ser esta a opinião de nosso estatuto. O fato de no art.20 ler-se “perigo atual, que não provocou por sua vontade...” não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*) também existe vontade – vontade na ação causal, e, por exceção, até no próprio resultado. A nós parece que também o perigo culposos impede ou obsta

<sup>227</sup> HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Arts.1 a 27. Rio de Janeiro: forense, 1949. P.437-438.

<sup>228</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.169. v. 2.

<sup>229</sup> NORONHA. *Direito Penal*.v.1. São Paulo: Saraiva, 1973. p.181.

o estado de necessidade. A ordem jurídica não pode homologar o sacrifício de um direito favorecendo ou beneficiando, quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção. Reconhecemos, entretanto, que na prática é difícil aceitar solução unitária para todos os casos. Será justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pode salvar-se senão lesando a propriedade alheia?

Basileu Garcia, manifesta –se a este respeito afirmando que a lei veda que invoque o estado de necessidade quem provocou voluntariamente o perigo e esclarece:<sup>230</sup>

Essa expressão – por sua vontade – soluciona um problema: Saber se o ato culposo do agente permite-lhe arrimar-se á justificativa. Alguns escritores resolveram pela afirmativa; outros pela negativa. A nossa lei admite a justificativa, quando seja culposo o ato do agente, mas não quando doloso, porque a expressão – sua vontade – presume o dolo.

De acordo com Reale Júnior,<sup>231</sup> com a expressão “que não provocou por sua vontade”, utilizada pelo Código penal de 1940, pretendeu-se excluir do âmbito do estado de necessidade, o agente que voluntariamente deu origem ao perigo:

Os *autores* entendem que, com esta expressão, o legislador pretendeu excluir do campo da licitude do estado de necessidade o agente que voluntariamente deu origem ao perigo. Considera-se, portanto, o perigo como evento que psicologicamente, além de casualmente, se liga ao agente.

Quanto à teoria adotada pelo referido código para a noção de perigo e quanto à sua melhor interpretação, o referido autor assim se manifesta:<sup>232</sup>

A doutrina brasileira, no comentário à expressão utilizada pelo Código, abraçou a teoria da voluntariedade do perigo, entendendo-a como intencionalidade. [...] Assim sendo, através de uma interpretação sistemática, a fim de não fugir ao espírito do código, deve se concluir que o perigo deve ter sido provocado ao menos culposamente, para que não se possa recorrer às excludentes do estado de necessidade. O Perigo é o evento, e para tal não deve o agente ter concorrido culposa ou voluntariamente. Êste o entendimento que se deve ter do requisito da “não provocação do perigo”.

### 5.2.1.3. Ausência do dever legal de enfrentar o perigo

Frederico Marques<sup>233</sup> manifesta-se a respeito deste requisito do estado de necessidade, afirmando que, conforme preceitua o parágrafo 1º do artigo 24 do Código Penal,

<sup>230</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal. Vol. I. Tomo I.* São Paulo: Max Limonad, 1959.p.292.

<sup>231</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade.* p.61.

<sup>232</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade.* p.61-63.

não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo e assim: “O capitão de navio que tirasse a vida de quem o impedisse de entrar em bote de salvamento, não poderia invocar o estado de necessidade, visto que lhe cumpre permanecer no navio, enfrentando o perigo, até a saída do último passageiro”.

O citado autor admite a possibilidade do dever contratual, e não somente a lei, obrigar o agente a enfrentar o perigo:<sup>234</sup>

Ora, no dever jurídico se inclui o que emana de avença contratual. Nem haveria razão para se restringir o conteúdo do art.24, §1º, tão-só às obrigações constantes de lei. Se nos delitos comissivos por omissão, o *non facere* se enquadra na figura típica quando há também obrigação contratual de praticar o ato, - razão não existe para excluir os deveres emanados do contrato quando se trata de examinar a ilicitude de um fato típico em face do estado de necessidade. O dever jurídico de enfrentar o perigo não se confunde com o dever genérico contido em preceitos penais incriminadores. Se Ao médico cabe o dever de comunicar crime de que teve conhecimento no exercício da profissão (Lei das contrav. Penais, art.66, nº II), lícito lhe é, no entanto, omitir a comunicação para salvaguardar direito próprio ou alheio que se encontre ameaçado.

Conclui-se, com o autor, que no dever jurídico se inclui o que emana de “avença contratual” uma vez que não há razão para se excluïrem os deveres do contrato, quando se trata de examinar a ilicitude de um fato típico em face do estado de necessidade.

A este respeito Nelson Hungria pondera que o dever legal é somente aquele que o Estado impõe, excluindo-se desta obrigação o dever contratual:<sup>235</sup>

Trata-se de dever imposto pela lei. O texto do código não permite extensão ao dever resultante simplesmente do contrato. Costa e Silva, Galdino Siqueira e Bento de Faria entendem entretanto que é abrangido o dever contratual. Ora, onde o Código fala apenas em lei, não se pode ler também contrato. O dever de que aqui se cogita é tão somente O que se apresenta diretamente exposto ex lege. o equívoco de interpretação dos autores acima citados vem naturalmente de leitura de comentários ao Código Italiano; mas este diversamente do nosso refere-se, de modo genérico, a “dever jurídico”. Dever legal é somente aquêle que o Estado impõe, normativamente, em matéria de serviço de utilidade pública ou na defesa de interêsse da comunhão social.

---

<sup>233</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.170. v. 2.

<sup>234</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.170-171. v. 2.

<sup>235</sup> HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Arts.1 a 27. Rio de janeiro: forense, 1949. P.437.

#### 5.2.1.4. Inevitabilidade da lesão

Frederico Marques<sup>236</sup> afirma que o fato necessitado só se justifica quando inevitável a sua prática para a salvaguarda do direito posto em perigo, devendo ser, portanto, absolutamente imprescindível para impedir a lesão ao bem jurídico e não ser possível o afastamento do perigo por outro meio.

De acordo com Manzini<sup>237</sup> o juízo sobre a inevitabilidade da lesão caracterizadora do estado de necessidade e sua proporção ao crime cometido deve ser mais rigoroso que na hipótese de legítima defesa, em que se reage contra o perigo provocado por uma ofensa voluntária e injusta.

Toledo, por sua vez, afirma que:<sup>238</sup> “A lesão a bens jurídicos só está autorizada pelo fato necessário quando inevitável e na medida dessa inevitabilidade”. Assim, se houver outro modo de evitar o perigo, por qualquer maneira, estará descaracterizada a situação de estado de necessidade.

A este respeito Magalhães Noronha afirma que o perigo deve ser inevitável pois a transgressão à ordem jurídica só pode ser admitida se o agente não tiver outro meio de conjurá-lo: “Sem rigorosa apreciação, antes atendendo-se às circunstâncias do fato e ao estado do agente, é exigível deste o emprego do meio menos nocivo possível: se podia apenas ferir e matou, não há, em princípio, estado de necessidade”.<sup>239</sup>

Em relação ao conceito de inevitabilidade do perigo, Toledo esclarece, ainda, que este implica moderação no emprego dos meios lesivos devendo ser utilizado o meio menos danoso para se afastar o perigo:<sup>240</sup>

O conceito de inevitabilidade implica o de moderação no emprego dos meios lesivos. Quando a lesão menor apresentar-se como suficiente para a conjuração do perigo, não se permite a opção pela lesão maior. Exige-se o emprego do meio menos danoso dentre os que ofereçam aptidão a afastar o perigo. Se a lesão corporal bastava para a obtenção desse objetivo, a causação da morte não se considera um fato justificado.

---

<sup>236</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.171. v. 2.

<sup>237</sup> MANZINI. *Trattato di diritto penale*. p.401-402. v. 2.: “*Dato che chi agisce nello stato di necessità si rivolge contro la causa non imputabile del pericolo, è naturale che il giudizio sull'evitabilità e sulla proporzione del reato commesso debba essere più rigoroso, che nell'ipotesi della legittima difesa, in cui si reagisce contro il pericolo di un'offesa volontaria ed ingiusta*”.

<sup>238</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.58-59

<sup>239</sup> NORONHA. *Direito Penal.v.1*. São Paulo: Saraiva, 1973. p.179-180.

<sup>240</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.58-59

Sobre este requisito, Miguel Reale Júnior afirma que ao sacrificar o direito de um terceiro, o agente deve verificar se não há outro meio de evitar o dano:<sup>241</sup>

É permissível ou descupável essa lesão a direito de terceiro inocente, desde que , por imperativo de justiça, não haja outro meio, não ou menos prejudicial, idôneo a evitar o dano. Se havia outro meio idôneo a evitar o dano, não ou menos prejudicial que o utilizado, devia o agente ter pelo menos optado. Não fica ao livre arbítrio do agente, por encontrar-se na iminência de sofrer um dano, a escolha do meio mais conveniente. O direito é que determina a escolha: o não prejudicial e, se apenas houver vários prejudiciais, o que menos o é. Se houver meio não prejudicial é lógico que a este deve recorrer o agente, deixando de haver, evidentemente comportamento necessitado.

Por fim, importante observar das ponderações de Reale Júnior<sup>242</sup> a este respeito que, a inevitabilidade refere-se ao meio e não ao comportamento em si e que a expressão “nem pode de outro modo evitar” não se refere ao poder do agente de evitar o comportamento sofrendo o dano dado ao seu caráter objetivo, no sentido da exigência de ser o único meio, ou o meio menos prejudicial para evitar o dano.

Toledo manifesta-se sobre a inevitabilidade da lesão e sobre a sua necessidade na exata medida para salvar o bem ameaçado:<sup>243</sup>

A doutrina, como já foi dito, diversamente do que ocorre com a legítima defesa, inclui a fuga, quando o perigo recai sobre a pessoa, como um dos meios menos gravosos de que se deve valer aquele que se encontra em perigo, para conjurá-lo. Nessa mesma linha de pensamento a lesão de menor vulto, quando suficiente para o mesmo fim, afasta o caráter justificante da lesão maior, que se reputa excessiva, portanto desnecessária. Onde bastava a lesão corporal e houve morte, o fato não se considera justificado pelo estado de necessidade.

Sobre o citado excesso nas causas de justificação, que Toledo define como “o uso desnecessário ou imoderado de um certo meio, causa de resultado mais grave do que razoavelmente suportável nas circunstâncias”, Hermes Vilchez Guerreiro,<sup>244</sup> informa que este é um instituto do direito penal que não apresenta autonomia, estando vinculado às causas que excluem a ilicitude:

---

<sup>241</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.66-67.

<sup>242</sup> Conforme REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.67, *in verbis*: “A inevitabilidade refere-se ao meio, não ao comportamento em si. A expressão “nem pode de outro modo evitar” não se refere ao poder do agente de evitar o comportamento sofrendo o dano, pois esta questão constitui um juízo de valor, e é problema relativo à não exigibilidade, no estado de necessidade como exclusão da culpa. A expressão tem um sentido exclusivamente objetivo: a exigência de ser o único meio, ou o meio menos prejudicial para evitar o dano. Isto posto, o requisito da inexistência de meio diverso é compatível com ambas as excludentes. Preferimos usar a expressão “evitar o dano”, pois o perigo já existe , não cabendo portanto, ao agente evitá-lo, mas sim a sua consequência”.

<sup>243</sup> TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p.183-185.

<sup>244</sup> GUERRERO. *Do excesso em legítima defesa*. p.81.

O excesso é um instituto de direito penal que não apresenta autonomia jurídica, isto é, não pode ser aplicado isolada e independentemente. Sua aparição e sua aplicação só podem ocorrer se e quando vinculados a outros institutos. Estando o excesso vinculado necessariamente às causas que excluem a ilicitude, esse instituto, topologicamente, é encontrado na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no parágrafo único do art.23, o que trata das causas de exclusão da ilicitude.

Não obstante tal ponderação, Alberto Silva Franco admite o excesso exculpante nos seguintes termos:<sup>245</sup>

O Código Penal de 1969, que não chegou a vigor, considerava não punível o excesso resultante de “escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação”. Cuida-se do chamado excesso exculpante – denominado na legislação de 1969, de “excesso escusável” – que pela redação que lhe foi dada, posicionava-se como uma causa supressiva da culpabilidade. Na Lei 7209/84, o texto sobre este tipo de excesso não foi reiterado e houve sobre a questão total silêncio. Isto não significa, contudo, que o excesso exculpante não possa ser levado em conta.

Assim, as causas excludentes de culpabilidade e de ilicitude, não se esgotam no rol enumerado no ordenamento penal, comportando integração analógica, uma vez que estabelecidas em favor do réu, razão pela qual, segundo o citado autor, o excesso exculpante, não obstante a omissão legislativa, subsiste como causa extralegal de exclusão de culpabilidade.<sup>246</sup>

#### 5.2.1.5. Conflito de bens

Como bem ponderado por Toledo, se não houver conflito entre bens ou interesses legitimamente protegidos, não haverá estado de necessidade. Segundo o autor, a natureza ou a titularidade do direito defendido não é fundamental no direito brasileiro, podendo ser, no entanto, relevante para a avaliação dos bens em conflito quando se proceder à ponderação dos bens.<sup>247</sup>

Disso resulta que o direito defendido pode referir-se á vida, à integridade física, à honra, ao patrimônio etc., como também pode ser do próprio agente ou de outra pessoa (física ou jurídica). E não se exige entre nós, que , na hipótese de defesa de bem alheio, haja qualquer vínculo especial, ou de parentesco, entre o agente e o titular do bem necessitado de defesa.

---

<sup>245</sup> FRANCO et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. p.348. v.1, t. 1: parte geral.

<sup>246</sup> FRANCO. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. p.348. v.1, t. 1: parte geral.

<sup>247</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.59

Valem aqui as mesmas considerações a respeito do conflito de bens, já apresentadas por ocasião da análise dos fundamentos e da natureza jurídica do estado de necessidade e no sentido de que o estado de necessidade é visto como um conflito de direitos, segundo o qual a vida goza de uma supremacia sobre os demais, mas não se pode considerar fora de propósito a possibilidade de se violar um direito, desde que condicionados pela possibilidade da vida social e pela necessidade do Estado ou dos outros cidadãos.

Reale Júnior, ao comentar o conflito de bens no estado de necessidade justificante e, após compulsar os critérios para a sua apreciação, manifesta-se nos seguintes termos:<sup>248</sup>

O critério legal não é senão uma diretriz como bem acentuou Scarano, já que as circunstâncias particulares podem determinar uma mutação da escala legislativamente estatuída. O decisivo é o caso particular. Os bens não podem ser confrontados apenas em face da fria disposição legal, considerados isoladamente dos seus titulares. A sanção imposta não pode servir como critério através do qual se valore bens em conflito pois constitui um critério abstrato.

Nesse sentido, os bens em conflito não podem ser confrontados apenas em face das disposições legais e das sanções por ela impostas, mas devem ser considerados em função dos seus titulares.

#### 5.2.1.6. Ponderação de bens e deveres

Para a solução do conflito, quando se precisar aferir o valor dos bens nele envolvidos, deve-se recorrer ao princípio da ponderação de bens. Assim, conforme Toledo esclarece, “Há que se refletir sobre o valor dos bens em conflito antes de se decidir sobre a legitimidade do sacrifício de um deles. O de maior valor não poderá ser sacrificado para salvação do menos valioso”.<sup>249</sup>

O citado autor sugere que, por não haver critérios absolutos para se proceder à referida ponderação, o princípio da razoabilidade e as orientações contidas no ordenamento jurídico sejam observados e afirma que:<sup>250</sup>

A ponderação dos bens implica, igualmente, a ponderação dos danos possíveis, só se justificando aquele que for reputado necessário, ou seja, *conditio sine qua non* da salvação. Sempre que o dano menor for suficiente, não se admitirá a opção pelo dano mais extenso ou mais intenso. Se há equivalência entre os bens em conflito, o sacrifício de um deles, qualquer

---

<sup>248</sup> REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*. p.85.

<sup>249</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.60.

<sup>250</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.60.

que seja, estará autorizado, se presentes os demais requisitos do estado de necessidade.

Nesses termos, deve se observar na ponderação dos bens, também a ponderação dos danos possíveis, exatamente para que se apure aquele que for reputado necessário à salvação do bem jurídico ameaçado.

#### 5.2.1.7. Conflito de deveres

A questão que surge quando se depara com o conflito de deveres deve ser resolvida pelas regras de ponderação de bens, já estabelecidas para a solução do conflito de bens, dando-se preferência ao de maior valor.

Segundo Toledo, em uma situação de confronto entre um dever de maior valor com outro de menor valor, a questão não comporta maiores discussões, conforme já visto. Todavia, o mesmo não se diga em relação aos casos em que os deveres em colisão sejam de igual valor:<sup>251</sup>

Reconhecemos, entretanto, a existência, nesta área, de certas dificuldades, quando os deveres em colisão sejam de igual valor. Poderá o médico, que disponha de um único aparelho salvador, desligá-lo de um doente em estado grave, causando-lhe a morte para a salvação de outro paciente? Ou deverá ele omitir-se no dever de socorro ao segundo paciente para prosseguir na salvação do primeiro? Os autores tendem a justificar, no exemplo dado, a omissão em relação ao segundo paciente, dando preferência à permanência da situação pretérita. Em outras palavras, diante de uma situação nova geradora de conflito entre o dever de agir e o dever de omitir (caso do segundo paciente), prevalece o dever de omitir que não modifica o estado das coisas por interferência direta (ou por ação) do agente.

#### 5.2.1.8. Dever de enfrentar o perigo

Sobre o dever de enfrentar o perigo, Toledo ao analisar o §1º do art.20 do Código Penal afirma que:<sup>252</sup>

Quando o Direito regulamenta o exercício de certas atividades, frequentemente traça os deveres a elas inerentes. E se entre esses deveres está o de enfrentar determinados perigos (ex.: os bombeiros ou soldados incumbidos de combater incêndios), não se pode admitir que aqueles que desempenham tais atividades, invoquem o estado de necessidade para salvação de bens próprios com o sacrifício precisamente daqueles que lhes incumbia salvar. Seria uma contradição insuperável. Note-se, entretanto,

---

<sup>251</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.60.

<sup>252</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.61-62.

que, no direito brasileiro, só o dever legal está em consideração, excluído o dever de índole puramente moral ou contratual.

## 5.2.2. Requisitos do fato necessitado

Em relação ao fato necessitado, torna-se conveniente retornarmos, mais uma vez, a Contieri, para que fixemos os seus requisitos principais: existir *relação de necessidade entre o fato necessitado e a salvação do perigo*, ser *previsto na lei como infração penal*, ser *cometido pelo agente em virtude de ter sido constrangido pela necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo e a proporção entre o fato e o perigo*.<sup>253</sup>

Na verdade, por um lado temos uma situação de necessidade, pelo outro temos um facto, que corresponde ao modelo legal de uma infracção, mas que a lei, por causa da sua aptidão para evitar o perigo próprio da situação de necessidade (relação de necessidade entre o facto necessitado e a situação de necessidade), declara “não punível”, desde que seja proporcionado ao perigo.

### 5.2.2.1. Relação de necessidade entre o fato necessitado e a salvação do perigo

Ao analisar a relação de necessidade entre o fato necessitado e a situação de necessidade, Contieri<sup>254</sup> afirma que a ligação entre os dois conceitos é operada pela necessidade, ou seja, “por uma relação teleológica especial entre o facto necessitado e a salvação do perigo da situação de necessidade”.

Neste caso, a necessidade não se confunde com a inevitabilidade que é a “impossibilidade por parte do agente, de impedir que se verifique o dano ameaçado pelo perigo, a não ser recorrendo ao fato necessitado”.<sup>255</sup>

Todavia, segundo o referido autor, a relação de necessidade entre o fato necessitado e a situação de necessidade, consiste na aptidão do fato necessitado para impedir que se produza o dano ameaçado pelo perigo, sendo por este motivo, um requisito do fato necessitado:<sup>256</sup>

É oportuno pôr em destaque que no estado de necessidade a inevitabilidade e a necessidade do facto cometido pelo agente aparecem ambas, a primeira como requisito da situação de necessidade, a segunda como requisito do facto necessitado, como elementos indispensáveis para a existência da dirimente.

<sup>253</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.97.

<sup>254</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.95.

<sup>255</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.95-96.

<sup>256</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.95-96.

Segundo Contieri,<sup>257</sup> o requisito da relação de necessidade entre o fato necessitado e a salvação do perigo deve existir de forma objetiva, de tal maneira que o juízo a respeito da sua existência seja feito a partir do fato concreto.

#### 5.2.2.2. Fato previsto na lei como infração penal

A apreciação deste requisito ser o fato necessitado previsto na lei como infração penal para Contieri<sup>258</sup> é pressuposto de qualquer exame dos requisitos da situação de necessidade e dos outros requisitos do fato necessitado e, caso uma situação de necessidade não o apresente o agente deve ser absolvido em virtude do fato não constituir infração penal e não por se tratar de pessoa não punível em virtude do fato ter sido cometido em estado de necessidade.

Nestes termos, o “facto necessitado pode corresponder a qualquer dos tipos legais de infracção”, exceto se normas especiais excluïrem a sua aplicação. É o que ocorre em relação aos seguintes exemplos citados pelo citado autor:<sup>259</sup>

Assim, devemos considerar excluïda a sua aplicação às infracções previstas pelo Código penal militar e pelo Código penal da Marinha de Guerra. Êsses Códigos admitem a “força irresistível” como causa de exclusão ou de diminuição da imputabilidade (art.56º, 1º, 57º, do Cód. Penal militar, art.56º, 1º, 57º, do Cód.penal da marinha de guerra).

Assim, como já visto, o fato necessitado deve ser previsto em lei como infração penal e, caso uma situação de necessidade não o apresente, o agente deve ser absolvido.

#### 5.2.2.3. Fato cometido pelo agente em virtude de ter sido constringido pela necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo

Há situações em que o fato necessitado pode ser cometido por quem não é titular do bem ou do interesse ameaçado pelo perigo da situação de necessidade. A estes casos Contieri<sup>260</sup> denomina de “socorro de necessidade” ou “estado de necessidade mediato”.

Informa ainda, o referido autor, que na legislação analisada, no caso a italiana, não se faz exigência de uma relação especial de parentesco entre quem socorre e quem é

---

<sup>257</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.98.

<sup>258</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.98-99.

<sup>259</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.102.

<sup>260</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.124.

socorrido, razão pela qual “qualquer pessoa pode intervir a favor de outra qualquer (art.54º do Código Penal)”.<sup>261</sup>

No que diz respeito ao socorro em favor de quem tenha causado voluntariamente o perigo Contieri afirma que:<sup>262</sup>

Quando pelo contrário, o agente causou voluntariamente o perigo, a existência da situação de necessidade é excluída, mesmo que o facto necessitado seja cometido para salvar uma outra pessoa que não haja concorrido para causar voluntariamente o perigo.

De acordo com Contieri,<sup>263</sup> quando o socorro é imposto por uma norma jurídica não existe o estado de necessidade, mas o cumprimento de um dever, conforme manifesta Contieri.

#### 5.2.2.4. Proporção entre o fato e o perigo

Contieri esclarece que o facto necessitado deve ser proporcional “não simplesmente com o dano que pode resultar do perigo da situação de necessidade, mas também com o próprio perigo da situação de necessidade”.<sup>264</sup>

Por isso, sendo o perigo uma possibilidade de dano, o facto necessitado, para ser proporcionado ao perigo, deve ser proporcionado ao grau de possibilidade do perigo e ao grau de importância do dano que o perigo pode produzir. Êstes dois elementos, em consideração dos quais deve estabelecer-se a proporção do facto necessitado, isto é, o grau de possibilidade do perigo e o grau de importância do dano ameaçado, não coexistem necessariamente: o grau de possibilidade do perigo pode ser notável (perigo provável) e o dano ameaçado ser muito menos grave que o produzido pelo facto necessitado; e vice-versa, o dano ameaçado pode ser muito grave, e o grau de possibilidade do perigo bastante escasso.

Quanto ao grau de possibilidade do perigo, o citado autor<sup>265</sup> afirma que este deve ser “determinado mediante um juízo objectivo, isto é, mediante um juízo que, tendo em conta as circunstancias de facto existentes no momento da ação praticada pelo agente, se apresente não como o produto da sensibilidade particular de um sujeito, mas como um juízo médio, válido à face de todos”.

Em relação ao grau de gravidade do dano ameaçado pelo perigo o citado autor manifesta-se no sentido de que “deve êle estabelecer-se tomando por base toda a ordem

<sup>261</sup> O autor refere-se, aqui, ao art.54 do Código Penal italiano de 1930.

<sup>262</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.84.

<sup>263</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.126.

<sup>264</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.124.

<sup>265</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.128.

jurídica, e, em especial, tendo em conta as normas que protegem o bem ou interesse em questão contra um dano igual ao ameaçado e as respectivas sanções”.<sup>266</sup>

Por fim, o citado autor esclarece, em relação ao fato necessitado, que o seu elemento que deve estar em relação de proporção com o perigo é o dano produzido pela ação necessitada.<sup>267</sup>

### 5.2.3. Dos sujeitos ativo e passivo no estado de necessidade

Manifestando-se a respeito da ação humana, Toledo afirma que “o fato crime consiste sempre e necessariamente em uma atividade humana, positiva ou negativa”. O autor justifica tal afirmativa ao fundamento de que “a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo, só se estabelece diante da existência de uma ação ou omissão, que seja fruto de uma vontade, capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma”.<sup>268</sup>

Dentro do contexto do estado de necessidade, impõe-se, para sua caracterização, o aperfeiçoamento do binômio situação de necessidade e fato necessitado, sendo o primeiro o pressuposto para que o segundo não constitua infração penal.

Desta forma, torna-se importante verificar, do ponto de vista do fato necessitado, que é o fato previsto em lei como infração penal e que o agente pratica de maneira forçada, em virtude da situação de necessidade, para salvar a si ou a outrem do perigo característico desta situação, qual a situação dos sujeitos nele envolvidos.

A respeito do conceito de sujeito ativo em direito penal, cumpre nos esclarecer, com fundamento em Sheila Jorge Selim de Sales, que a doutrina tem se utilizado da expressão *sujeito ativo* e do vocábulo *autor*, como sinônimos, o que na verdade não se mostra apropriado.<sup>269</sup>

Na doutrina tem-se utilizado como sinônimos a expressão “sujeito ativo” e o vocábulo “autor”. A utilização da expressão e do vocábulo aludidos como sinônimos, parece-nos, sem dúvida, temerária, uma vez que, do ponto de vista estritamente técnico, não se correspondem. Evidentemente não pretendemos afirmar que as duas noções aludidas sejam antagônicas ou substancialmente diversas. Todavia é necessário reconhecer que a noção de “sujeito ativo”, do ponto de vista estritamente jurídico, precede à noção de “autor”.

---

<sup>266</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.128.

<sup>267</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.128.

<sup>268</sup> TOLEDO. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p. 91.

<sup>269</sup> SALES. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. p. 21-22.

Sobre o conceito de *sujeito ativo*, pode-se afirmar, ainda com esteio em Sales,<sup>270</sup> que este é “o sujeito que pratica o fato descrito na norma penal incriminadora” e como componente técnico do tipo penal de parte especial “trata-se de elemento que se insere no desvalor de ação do fato tipificado, integrando, ao mesmo tempo, a estrutura objetiva do tipo penal”.

Quanto ao *autor*, pode se afirmar que este<sup>271</sup> “age ou omite no fato histórico, tratando-se de conceito a ser aferido e aplicado apenas com referência a um determinado fato concreto e não a um fato descrito de forma geral e abstrata como, na realidade, o é aquele previsto no modelo legal”.

No que diz respeito ao sujeito passivo, Frederico Marques<sup>272</sup> nos informa que “A expressão ‘sujeito passivo do crime’ foi a princípio, usada pela doutrina, para indicar as coisas sobre as quais recaíam os atos constitutivos do crime, estabelecendo-se, assim, deplorável confusão com o objeto material da ação delituosa”.

Segundo o referido autor, o que ocorre é que, tendo em vista que na aplicação da lei penal fica excluído o indivíduo, porque o Estado é quem detém a titularidade das funções punitivas, não sendo facultado aos particulares o exercício deste monopólio, tem-se que o “sujeito passivo constante de todo crime é o Estado-Administração, por ser ele o titular do interesse jurídico que se consubstancia no *jus puniendi* nascido com a prática de infração penal.

Marques<sup>273</sup> assevera, no entanto, que na doutrina não se fala do sujeito passivo do crime para referir-se ao Estado e sim para designar a pessoa que é efetivamente titular do interesse jurídico atingido pelo crime:

Em todo crime, portanto, há dois sujeitos passivos: um constante, que é o Estado, visto que o crime é violação de um interesse público e estatal; e um sujeito eventual, que é o titular do interesse concreto atingido pelo crime.

Ainda, com fundamento no citado autor, há três importantes assertivas a serem acrescidas.

A primeira, no sentido de que “Aquele que é sujeito ativo do crime não pode ser, ao mesmo tempo, seu sujeito passivo”.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> SALES. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. p.21-23.

<sup>271</sup> SALES. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. p.21-23.

<sup>272</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.42. v. 2.

<sup>273</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.42-43. v. 2.

<sup>274</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.44. v. 2.

A segunda, asseverando a qualidade do Estado de ser o sujeito passivo formal de toda conduta criminosa e de eventualmente também ser o seu sujeito passivo material, consubstanciada na assertiva de que “o Estado, além de ser sujeito passivo formal, surge em certos crimes como sujeito passivo material da infração delituosa”.<sup>275</sup>

E, por fim, a terceira assertiva, em relação à pessoa prejudicada pelo crime, no sentido de que “do sujeito passivo do crime deve distinguir-se a pessoa do prejudicado pelo delito”.<sup>276</sup> Cita-se, como exemplo, o caso da falsificação de moedas em que há uma lesão ao direito da coletividade, mas o prejudicado pode ser o indivíduo a quem se deu a moeda falsa.

Sobre este tema, Contieri, afirma que, se o fato necessitado, seja ele defensivo ou agressivo, ofende diretamente a um bem ou interesse que diz respeito à pessoa de que seja titular um “Rei ou o Pontífice”, alguns autores negam a licitude do fato necessitado “porque certas normas jurídicas de direito público interno proclamam aquelas pessoas sagradas e invioláveis”. No entanto, para o citado autor, a questão apresenta outros contornos:<sup>277</sup>

No campo do direito penal, o carácter sagrado e inviolável da pessoa do Rei e do Pontífice importa que estes não possuem a capacidade de direito penal, isto é, não podem ser sujeitos activos de direito penal (ver o art.3º do Cód. Penal). Mas não podemos concluir que o rei e o Pontífice não possam ser sujeitos passivos do factonecessitado: na verdade, sujeito passivo do facto necessitado podem ser mesmo aqueles que não têm capacidade penal. Assentemos, por conseguinte, que o facto necessitado pode também ofender directamente bens ou interesses, respeitantes á pessoa, dos quais sejam titulares o Rei ou o Pontífice.

Assim, conforme conclusões do citado autor, “a qualidade do sujeito passivo do facto necessitado nem sempre é indiferente para a licitude deste” e, assim sendo, tem-se quanto à qualidade especial do sujeito passivo que.<sup>278</sup>

Quando uma qualidade especial do sujeito passivo do facto necessitado faz corresponder êste a um tipo legal de infracção mais grave, pela mudança do seu título ou por uma circunstância agravante, do que aquele a que corresponderia o facto cometido contra uma pessoa desprovida dessa qualidade, à maior gravidade do facto necessitado deve corresponder uma maior gravidade do perigo, quer no sentido de um maior grau de possibilidade.

---

<sup>275</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.45. v. 2.

<sup>276</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.46. v. 2.

<sup>277</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.109-110.

<sup>278</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.110.

### 5.3. Outras questões relativas ao estado de necessidade

#### 5.3.1. Estado de necessidade e legítima defesa

Frederico Marques<sup>279</sup> afirma que o estado de necessidade se distingue da legítima defesa porque nesta há a necessidade de reação e, além do mais, torna-se imprescindível que a agressão ao bem jurídico seja injusta. Dentro deste contexto, pode-se concluir que o ataque lícito a um bem jurídico não poderá ser enquadrado como legítima defesa:

Quando na necessidade de reação surge para a salvaguarda de bem jurídico próprio ou alheio, o agente estará agindo em legítima defesa se reagir contra aquele que coloca em perigo o bem jurídico, e em estado de necessidade, se reage contra pessoa diversa da que criou a situação de perigo. Há a acrescentar, porém, que na legítima defesa, além de imprescindível a agressão ao bem jurídico, deve esta ser “injusta”. Donde concluir-se que o ataque lícito a um bem jurídico somente dará lugar a reação que se configure como prática de fato necessitado. Se o agente pratica o fato necessitado e o titular do bem jurídico repele a ação lesiva, a reação deste último não se enquadra na legítima defesa porquanto o fato necessitado não constitui agressão “injusta”, e sim, ato ilícito.

A propósito destas considerações há que se ver com ressalva a taxativa ponderação de Marques no sentido de que “o ataque lícito a um bem jurídico somente dará lugar a reação que se configure como prática de fato necessitado”.<sup>280</sup>

Na verdade, esta possibilidade somente se aplicaria à hipótese em que estivessem em análise somente a legítima defesa e o estado de necessidade, um instituto excluindo o outro para fins de estudo, pois haveria que se investigar, ainda, sobre a ocorrência de outras causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade.

Segundo Francisco de Assis Toledo,<sup>281</sup> não é fácil a distinção entre estado de necessidade e legítima defesa, pois, ambos possuem o caráter de uma agressão autorizada a bens jurídicos, com a diferença, entretanto, de que no estado de necessidade ocorre uma ação predominantemente agressiva com aspectos defensivos, ao passo que na legítima defesa se dá uma ação predominantemente defensiva com aspectos agressivos:

Percebe-se, contudo, que na legítima defesa há sempre uma opção pela prevalência do interesse legítimo que se oponha a uma agressão injusta. O conflito se decide, pois, naturalmente, em favor do ato defensivo. No estado de necessidade, por inexistir a agressão injusta, o deslinde da colisão de interesses legítimos apresenta dificuldades para cuja solução torna-se

---

<sup>279</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.174. v. 2.

<sup>280</sup> MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.174. v. 2.

<sup>281</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.37.

necessário recorrer a outros critérios. Possuem porém, ambos o caráter de uma agressão autorizada a bens jurídicos, com a diferença, entretanto, de que no estado de necessidade ocorre uma ação predominantemente defensiva com aspectos agressivos.

No que diz respeito à diferença entre o estado de necessidade e a legítima defesa, no âmbito do direito internacional, Enrico Contieri afirma que esta última é reconhecida sem objeções, distinguindo-se do estado de necessidade pelo fato de que nessa “a ação dirige-se contra o Estado que ilicitamente deu causa ao perigo que ameaça o estado agente ao passo que no estado de necessidade a ação volta-se contra um Estado que não ocasionou ilicitamente esse perigo”.<sup>282</sup>

No estado de necessidade a inevitabilidade e a necessidade do fato cometido pelo agente aparecem como elementos indispensáveis para a sua existência. A primeira, como requisito da situação de necessidade e a segunda como requisito do fato necessitado. Tal não ocorre, no entanto, na legítima defesa, conforme informa Contieri:<sup>283</sup>

Na legítima defesa (art.52º do Cód. Penal), pelo contrário, não acontece isso: é indispensável que o facto cometido pelo agente seja apto para impedir que se consuma o dano ameaçado pela ofensa injusta; mas não é necessário que exista a impossibilidade, por parte do agente, de impedir que se produza o dano ameaçado, por forma diversa do facto cometido em estado de legítima defesa.

Contieri verificou os aspectos da legítima defesa, tanto em relação à situação de necessidade quanto em relação ao fato necessitado. A este respeito esclarece, no entanto, que o exame da diferença entre estado de necessidade e legítima defesa pertence ao estudo dos requisitos do fato necessitado e não ao da situação de necessidade:<sup>284</sup>

Quando a ação humana, causa do perigo, provem de um sujeito imputável e é ilícita, a situação de necessidade é, sem dúvida, a prevista pelo artigo 54º do Código Penal, mas o facto necessitado previsto pela mesma norma, só pode, no entanto, ser cometido contra pessoa diversa do sujeito imputável que, com a ação ilícita causou o perigo, porque, se o facto necessitado é cometido contra o imputável que causou ilicitamente o perigo, aplica-se a norma que regula a legítima defesa (art.52º do Cód.penal).

Contieri informa que, em relação à situação de necessidade, interessa, em particular, a hipótese em que a situação de legítima defesa contenha, também, todos os requisitos desta situação de necessidade e, em tal caso, pode se afirmar que “o facto praticado

---

<sup>282</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p. 45-110.

<sup>283</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.96.

<sup>284</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p. 111-123.

contra o autor do perigo é um facto praticado em estado de legítima defesa, ao passo que o facto cometido contra pessoa diversa é um facto necessitado”.<sup>285</sup>

Esclarecendo ainda esta questão, Contieri informa que é importante manter firme a ideia, no sentido de que na legítima defesa a causa do perigo deve ser o homem e que a ameaça de dano deve ser injusta:<sup>286</sup>

Na verdade, sempre partindo do pressuposto de que, no caso concreto, existem todos os elementos da situação de necessidade, é indispensável, para determinar a existência da situação de legítima defesa ao lado da situação de necessidade, precisar o requisito da injustiça da ofensa, exigido pelo artigo 52º do Código Penal, e isto tanto pelo lado objectivo como pelo lado subjectivo.

A este respeito, o citado autor se manifesta, ainda, sobre a subsidiaridade do facto necessitado em relação ao facto cometido em legítima defesa, no sentido de que:<sup>287</sup>

Da coexistência da situação de legítima defesa e da situação de necessidade, parece derivar também o problema da subsidiaridade do facto necessitado em relação ao facto cometido em estado de legítima defesa, problema que a doutrina resolve precisamente no sentido de não admitir a licitude do facto necessitado, se o perigo puder ser evitado pelo agente mediante um facto praticado em estado de legítima defesa.

Sobre os fundamentos da subsidiaridade do estado de necessidade em relação à legítima defesa, Contieri elenca, além do facto de não ser lícito ofender um inocente se a ofensa puder recair sobre um agressor, a questão da inevitabilidade do perigo, por outra forma, que não seja o facto necessitado.<sup>288</sup>

Na verdade, a subsidiaridade do facto necessitado em relação ao facto cometido em estado de legítima defesa, deve afirmar-se não só pela consideração extra-jurídica de que não é lícito ofender o inocente em vez do injusto agressor, mas também porque é requisito da situação de necessidade a inevitabilidade do perigo por outra forma que não seja o facto necessitado.

Quanto aos aspectos da legítima defesa, em relação ao facto necessitado, Contieri<sup>289</sup> afirma que, além da análise já efetuada e que levou em consideração “a pessoa que comete o facto necessitado” também devemos verificar tais aspectos em relação “à pessoa que produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade”.

Em tais circunstâncias, segundo o referido autor, devemos observar duas hipóteses distintas: uma primeira, em que o agente que produziu ou concorreu para produzir o perigo da

---

<sup>285</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.112.

<sup>286</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.114.

<sup>287</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.118.

<sup>288</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.118.

<sup>289</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.121.

situação de necessidade o fez por ocasião do exercício da legítima defesa e uma segunda, em que o agente, que produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade, o fez ao realizar um fato necessitado.

Na primeira hipótese, é importante observar, de acordo com Contieri,<sup>290</sup> que o exercício da legítima defesa não constitui ilícito jurídico e que, portanto, “o dano ameaçado pelo exercício da legítima defesa não representa uma ofensa injusta, o que torna inconcebível a legítima defesa contra a legítima defesa”. Todavia, se quem exerce a legítima defesa causa um perigo de dano a pessoa diversa do injusto agressor “pode considerar-se existente a favor dele, quando existam os precisos requisitos, uma situação de necessidade”.

Em relação à segunda hipótese, a pessoa que causou o perigo o fez em estado de necessidade, deve-se analisar, em relação ao titular do bem ou interesse ofendido, se a pessoa que tentou evitar aquele perigo é uma pessoa diferente da que produziu o perigo ou é a mesma pessoa.

Assim, se a pessoa ofendida e que tentou evitar aquele perigo é uma pessoa diferente da que produziu o perigo ao praticar um primeiro fato necessitado<sup>291</sup> “não há dúvida que existe, a favor do agente, o estado de necessidade e que não deve falar-se em legítima defesa, porque o facto foi praticado em prejuízo de quem não causou o perigo”.

Se, por outro lado, a pessoa ofendida é a mesma pessoa que produziu o perigo ao praticar um fato necessitado, em que pese a divergência de opiniões sobre o tema, umas no sentido da existência a favor do agente da legítima defesa e outros do estado de necessidade, parece acertada a posição de Contierino sentido de que:<sup>292</sup>

Na verdade, a legítima defesa, como já dissemos, é concebida contra o perigo atual de uma ofensa injusta (art.52º do Cód. penal), e a injustiça da ofensa pode consistir numa injúria jurídica de qualquer natureza. Admitido que o facto necessitado constitui exercício de uma faculdade legítima, e excluído, por conseguinte, que represente um dano civil, conclui-se que a legítima defesa não pode admitir-se contra o autor do perigo produzido pelo facto necessitado. Deve, por isso, entender-se que do perigo produzido pelo estado de necessidade só pode nascer, por sua vez, quando existam os necessários requisitos, uma situação de necessidade, e nunca uma situação de legítima defesa.

Joseph Fabisch<sup>293</sup> afirma que a natureza e o fundamento do direito de legítima defesa e do estado de necessidade são fáceis de serem comparados. Ambos são aceitáveis, não

---

<sup>290</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.122.

<sup>291</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.122.

<sup>292</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.174.

<sup>293</sup> FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.21.

são considerados perigosos nem anti-sociais e não há qualquer animosidade da consciência pública contra eles. Em todos os dois casos o agente comete um ato qualificado como delito pela lei e o faz com o objetivo de evitar a ocorrência de um mal injusto.

Todavia, segundo o referido autor, aquele que se encontra em estado de legítima defesa e atinge o seu agressor, pratica um ato de justiça ou pelo menos exerce o seu direito.

No estado de necessidade, ao contrário, não se defende contra um agressor, mas contra o vento, a tempestade, o naufrágio, o frio, a fome e contra as circunstâncias e se defende violando os direitos de um inocente fazendo uma vítima que não é a causa do perigo em curso. Por esta razão, apesar de digno de interesse, na maioria dos casos, não pode ser considerado um verdadeiro ato de justiça.<sup>294</sup>

### 5.3.2. Estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo

Toledo,<sup>295</sup> após fazer um breve exame a respeito da diferenciação entre estado de necessidade e legítima defesa e afirmar que no estado de necessidade ocorre uma ação predominantemente agressiva com aspectos defensivos, enquanto na legítima defesa ocorre o contrário, pondera no sentido de que apesar do valor didático desta distinção, há situações do estado de necessidade que se diferenciam ora por terem características agressivas e ora por terem características defensivas.

Assim o referido autor conceitua ambos os estados de necessidade, defensivo e agressivo, nos seguintes termos:<sup>296</sup>

*Estado de necessidade defensivo.* Denomina-se defensivo o estado de necessidade quando o ato necessário se dirige contra a coisa de que promana o perigo para o bem jurídico defendido. Exemplos: quem é atacado por um cão alheio, mata o animal agressor; quem, para evitar a propagação de um incêndio que põe em perigo a vida ou o patrimônio, abate árvores da propriedade alheia incendiada. *Estado de necessidade agressivo.* É agressivo o estado de necessidade quando o ato necessário se dirige contra coisa diversa daquela de que promana o perigo para o bem jurídico defendido. Exemplos: quem, para prestar socorro a um doente ou ferido em estado grave, toma um veículo alheio estacionado e dele se utiliza, sem autorização do dono; quem, perdido em local ermo, comete furto de víveres ou de

<sup>294</sup> Segundo nos informa FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.21, in verbis: “Mais celui qui est en état de légitime défense frappé son agresseur même; il semble accomplir un acte de justice, tout au moins il exerce un droit. Le nécessité, au contraire, ne se défend pas contre un agresseur, mais bien contre le vent, la tempête, le naufrage, le froid, la faim, en un mot, contre les circonstances et il se défend en violant les droits d'un innocent; il fait une victime qui n'est pas cause Du danger qu'il court. Le nécessité, dans bien des cas, semble digne d'intérêt, mais il ne paraît jamais accomplir un acte de justice.

<sup>295</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.38.

<sup>296</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.38.

provisões alheios para saciar a fome. O furto famélico, nos centros urbanos, é outro exemplo.

Vincenzo Manzini<sup>297</sup> define o estado de necessidade defensivo como sendo a ação dirigida contra quem não deu causa a uma situação de necessidade (coisas ou animais, homens incapazes de determinação jurídica, os estados anormais da pessoa, como por exemplo a gravidez ou o parto perigoso para a mãe). O estado de necessidade agressivo se dirige contra uma coisa ou uma pessoa (ou entidade), que deu causa à situação de necessidade.

Frederico Marques apresenta o exemplo de alguém que, estando em uma charrete, frente a um obstáculo, desvia o veículo para uma plantação direcionando-se para causar danos a esta, quando é contido pelo proprietário da plantação que derruba o veículo, causando ferimentos no condutor.

Neste caso, não pode o proprietário invocar a legítima defesa da sua propriedade, porque não houve agressão por parte do condutor, que apenas praticou um fato necessitado; mas se for possível estabelecer uma proporcionalidade entre os bens em conflito o estado de necessidade poderá ser invocado em seu favor:<sup>298</sup>

O “fato necessitado” quando dirigido contra terceiro, diz-se fato “agressivo” e sacrifica o direito de um inocente; se o direito atingido pelo outro “fato necessitado” for de quem produziu ou contribui para produzir o perigo, este se chama fato “defensivo”.

A respeito da distinção entre estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo, Contieri afirma que é importante distinguir entre a hipótese de o sujeito passivo do fato necessitado ter produzido ou ter concorrido para produzir o perigo próprio da situação de necessidade, bem como a hipótese contrária, para que se faça a distinção entre o estado de necessidade e a legítima defesa e para que se resolvam os problemas decorrentes da indenização do dano civil causado pelo fato necessitado:<sup>299</sup>

Na doutrina fala-se vulgarmente de facto necessitado defensivo e de facto necessitado agressivo ou ainda de reacção e de ação. É geralmente admitido que o facto necessitado é defensivo quando se dirige contra a causa do perigo. Devemos, porém, procurar saber se esta direcção do facto necessitado

---

<sup>297</sup>MANZINI. *Trattato di diritto penale*. p.390. v. 2.: “L’azione o l’omissione necessitata può essere: difensiva: quando il fatto è rivolto contro la causa, non imputabile, della situazione necessitante (cose o animali; uomini incapaci di volontà giuridica; stati anormali della persona, come ad es., la gravidanza o il parto pericolosi per la madre). Se la causa del pericolo è volontaria ed ingiusta, subentra la legittima difesa, qualora il fatto necessitato siasi diritto contro la causa stessa; aggressiva: allorchè il fatto necessitato è diretto contro una cosa, o contro una persona (fisica o giuridica), che non diede causa alla situazione necessitante.

<sup>298</sup>MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. p.175. v. 2.

<sup>299</sup>CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.107.

deve entender-se em relação ao seu objecto material, isto é, à matéria sobre que recai a actividade física do agente, ou em relação à pessoa titular do bem ou interesse directamente lesado pelo facto necessitado [...] Por conseguinte, assentamos em que o facto necessitado é defensivo quando ofende directamente um bem ou interesse pertencente a uma pessoa que produziu ou que concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade, e é agressivo, pelo contrário, quando não ofende directamente um bem ou interesse pertencente a uma pessoa que produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade.

Em relação a esta ponderação de Contieri, especificamente no sentido de que o estado de necessidade é agressivo “quando não ofende directamente um bem ou interesse pertencente a uma pessoa que produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade”, é forçoso reconhecer que a formulação do conceito, na forma negativa, terminou por deixar dúvidas quanto ao seu conteúdo.

Isto porque, da forma como está escrito, pode levar a imaginar, por equívoco, a incompreensível possibilidade de existir um estado de necessidade agressivo sem ofensa a um bem ou interesse jurídico, na medida em que se excluiu do referido conceito a terceira pessoa, que teria os seus bens jurídicos violados e que não teria provocado a situação de necessidade.

Assim, melhor que se afirmasse que o estado de necessidade é agressivo quando ofende directamente um bem ou interesse pertencente a uma pessoa que não produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade, pois a construção afirmativa, neste caso, apresenta um conteúdo mais compreensivo do referido instituto.

### 5.3.3. Estado de necessidade e Força Maior

A força maior, na ótica de Joseph Fabisch,<sup>300</sup> é um imenso poder físico que obriga alguém a cometer um ato delituoso ou a se abster de praticar um ato ordenado pela lei de tal forma que não possa resistir, tornando-se um instrumento da vontade de outro ou da força das circunstâncias.

O referido autor cita como exemplos de força maior o caso de um jurado que não pode comparecer a uma sessão de julgamento por ter sido sequestrado, bem como uma situação, facilmente compreensível à sua época, consistente no fato de que os condutores de

---

<sup>300</sup> Assim, cf. FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.11: “La force majeure est une puissance physique insurmontable, qui oblige à commettre un acte délictueux ou à s'abstenir d'un acte ordonné par la loi. L'individu soumis à la force majeure, ou contrainte physique, ne peut résister. As volonté n'a pas de part à son action: il n'est plus cause de ses actes, mais instrument passif de la volonté d'un autre ou de la violence des circonstances”.

viaturas deveriam manter suas lanternas acesas em viagens durante a noite, mas se um grande vento apagasse o fogo, que era responsável pela iluminação proveniente das lanternas, os condutores estariam sendo vítimas de uma força maior e, neste caso, não poderiam ser responsabilizados.<sup>301</sup>

Joseph Fabisch<sup>302</sup> pondera ainda que, o traço comum entre o estado de necessidade e a força maior é o fato de que, em ambos os casos, o agente se torna vítima de circunstâncias exteriores. Todavia, explica que a diferença que os separa é que, no caso da força maior ou da coação física, o ato é uma consequência inevitável de uma força insuportável e no estado de necessidade o agente ainda tem, a oportunidade de escolher entre duas opções: cometer o delito ou sofrer um dano.

Segundo Alberto Silva Franco, a força maior é de difícil configuração, mas no caso da embriaguez completa ou da ingestão indevida de medicamentos pode ser assim ilustrada:<sup>303</sup>

Na força maior, a embriaguez completa é de difícil configuração. No entanto, é possível exemplificá-la na hipótese de alguém que é obrigado, em razão do trabalho, a permanecer em ambiente saturado de vapores alcoólicos. Hipótese bem atual de embriaguez acidental pode ser também apontada no caso de quem ingere, sem culpa remédio que potencializa os efeitos de dose alcoólica inócua.

#### 5.3.4. Estado de necessidade e coação moral

Segundo Joseph Fabisch, além de agir impulsionado por uma força exterior irresistível, pode-se também agir, impulsionado por uma crença tão forte que seja capaz de suprimir a liberdade, que neste caso trata-se da coação moral.

Conforme o citado autor, a coação moral é o aniquilamento da liberdade produzido pela ameaça de um mal que não temos como ser evitado e que nos força a praticar

---

<sup>301</sup> Conforme FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.11-12: “Tel est le cas du juré qui ne se rend pas à l'audience d'une Cour d'assises, parce qu'il est séquestré. Les conducteurs de voitures doivent tenir leurs lanternes éclairées lorsqu'ils voyagent la nuit. Mais, si un grand vent empêche l'entretien du feu, ils sont victimes d'une force majeure et, à ce titre, non imputables”.

<sup>302</sup> Nesses termos FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.12: “Entre “nécessité” et “force majeure” il a donc ce trait commun, que, dans l'un et l'autre cas, l'agent du délit se trouve victime des circonstances extérieures. Mais on a saisi déjà quelle différence les separe; em cas de contrainte physique, l'acte est la conséquence inévitable d'une insurmountable violence; em cas de nécessité l'agent à toujours um choix à exercer entre deux partis: commettre le délit ou subir um dommage.

<sup>303</sup> FRANCO et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. p.435. v.1, t. 1: parte geral.

uma infração: “*La contrainte morale est, en effet, l’anéantissement de la liberté, produit par la menace d’un mal qu’on ne peut éviter qu’en commettant une infraction*”.<sup>304</sup>

De acordo com Joseph Fabisch,<sup>305</sup> a coação moral e o estado de necessidade, apesar de semelhantes, pois neles os agentes atuam sem intenções maldosas e em ambos podem praticar o delito ou sofrer o danos, na verdade, não são idênticos, havendo entre eles uma profunda diferença.

O mesmo autor<sup>306</sup> afirma ainda que, no estado de necessidade temos requisitos objetivos, como a possibilidade material de agir somente segundo duas maneiras: uma delituosa e outra danosa. Na coação moral há requisitos subjetivos relativos ao estado de espírito do agente que pratica o delito em virtude do pânico provocado pelo perigo e que sequer compreende que tem as duas opções citadas à sua disposição.

Quanto aos aspectos da força irresistível e da coação moral em relação ao estado de necessidade, Contieri assim se manifesta:<sup>307</sup>

A força irresistível deve ser uma força externa, física ou moral. Se é uma força física, corresponde à força maior ou ao constrangimento físico do direito penal comum (arts.45º e 46º do Cód.penal) e só ela produz, para certas categorias de infrações militares, o efeito de excluir ou diminuir a imputabilidade, efeito expressamente negado, para aquelas categorias de infrações, à força irresistível moral (art.56º, 2º, do Cód.penal da marinha de guerra. No caso de se tratar de força moral, se ela tirou ao agente a capacidade de entender e de querer, não há que falar de estado de necessidade, mas de falta de capacidade de entender e de querer (vid.:art.85º do Cód.penal) em consequência de uma força moral externa.

Leonardo Isaac Yarochevsky,<sup>308</sup> ao analisar as causas legais de exclusão de culpabilidade, fundamentadas pela inexigibilidade de conduta diversa, assim se manifesta sobre a coação irresistível:

É mister salientar que a coação da qual trataremos é tão-somente a coação moral (vis compulsiva, vis conditionalis, vis animo illata), posto que a coação física (vis absoluta, vis atrox, vis corpori illata), como sabemos, exclui a própria ação. [...] Dentre os autores que reconhecem na

<sup>304</sup> FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.13.

<sup>305</sup> FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.13: “*Qu’il y ait contrainte morale ou necessite, on le voit, le délinquant, dans les deux hypothèses, agit sans intention malfaisante; dans les deux hypothèses aussi, des circonstances exceptionnelles et placent dans l’alternative rigoureuse de commetre um délit ou de subir um damage*”.

<sup>306</sup> FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*. p.13: “*S’agit-il de necessite, nous ne voyons qu’une qualité tout objective de l’acte: l’impossibilité matérielle d’agir autrement que de l’une de deux manières, dont l’une est délictuelle et l’autre dommageable. S’agit-il de contrainte morale, à cette considération nous em substituons une autre toute subjective, relative à l’état d’esprit Du délinquant, qui affolé par le danger, n’a pas même compris que deux partis s’offraient à son choix*”.

<sup>307</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.102-103.

<sup>308</sup> YAROCHEWSKY. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. p.73.

inexigibilidade de outra conduta uma causa legal de exclusão da culpabilidade, a coação irresistível é, sem dúvida, a excludente que recebe da maioria da doutrina esse tratamento.

Na jurisprudência pátria, a coação moral é reconhecida frente ao temor de que um mal maior possa ser acometido ao coacto e, se esta ação tirou do agente a capacidade de entender e de querer, não há que falar de estado de necessidade, mas de coação irresistível:

FALSO TESTEMUNHO – Exclusão da culpabilidade – coação moral irresistível – Ocorrência – Encarcerado que assiste a perpetração do delito de dano por seus companheiros de cela que escavaram túnel para facilitar a fuga do presídio – Omissão da testemunha ocular de revelar os autores do ilícito, impedindo o conhecimento da verdade e a aplicação da lei – Conduta que embora caracterize o delito previsto no art.342, §1º, do CP, enseja a aplicação do art.22 do mesmo Estatuto – Delação que, no mundo da marginalidade, é punida com morte, motivo suficiente para que o acusado não exponha sua vida em favor da apuração da justiça. *Ementa oficial: Crime de falso testemunho (art. 342, § 1º, CP) - Acusado que, arrolado como testemunha presencial dos fatos, se omite, perante a Justiça, de revelar os seus autores, impedindo o conhecimento da verdade e a aplicação da lei - Crime caracterizado - Ausência de culpabilidade - Conduta do acusado justificada pela excludente da coação moral irresistível - Absolvição mantida nos termos do art. 386, V, CPP - Recurso ministerial desprovido. (TJMG – Ap.000.211.613-5/00 – 1ª Câ. - j. 10/04/2001 – Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti, RT795/655).*

### 5.3.5. Estado de necessidade no direito civil

De acordo com Contieri,<sup>309</sup> quanto aos fatos que ofendam um direito subjetivo privado de outra pessoa, os autores têm feito uma distinção entre ações praticadas em estado de legítima defesa e ações praticadas em estado de necessidade.

No primeiro caso estariam enquadrados os fatos cometidos com lesão de direito pertencente ao sujeito que produziu ilicitamente o perigo de um dano de que o agente procurou salvar-se ou salvar outra pessoa. No segundo caso, de um sujeito que não produziu ilicitamente o perigo de um dano de que o agente procurou salvar-se ou salvar outra pessoa.

Segundo conclui o citado autor, o tratamento dado ao estado de necessidade no direito civil diferencia-se do tratamento dispensado à legítima defesa, ao caso fortuito e à força maior e, se este não estiver previsto em normas especiais, como título constitutivo de direito, constitui um ilícito civil e produz a obrigação de indenizar os danos causados.

---

<sup>309</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*; tradução Fernando de Miranda. p.14-15.

O artigo 151 do Código Civil<sup>310</sup> brasileiro, sob a modalidade de “coação”, faz referência à pessoa coagida em virtude de temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou a seus bens:

Da Coação

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

O artigo 156 do Código civilista brasileiro,<sup>311</sup> por sua vez, disciplinando o “estado de perigo”, faz referência à pessoa premida da necessidade de salvar-se ou a alguém da sua família de sofrer um grave dano, respectivamente:

Do Estado de Perigo

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Da mesma forma, o artigo 1412<sup>312</sup> do Código civil brasileiro, permite o uso da coisa, bem como a percepção dos seus frutos em função das necessidades do usuário e dos membros de sua família:

Do Uso

Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família.

§ 1º Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

§ 2º As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

Em ambos os casos, observa-se, a exemplo de como se procedeu no art.35 do Código penal alemão, em relação ao estado de necessidade, que há, no conteúdo dos respectivos dispositivos do Código Civil, uma preocupação em preservar da situação de coação ou de estado de perigo, os familiares do envolvido, ao ponto de poder determinar, de conformidade com a disposição constante do art.171 do Código Civil, a anulabilidade do eventual negócio jurídico realizado:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

---

<sup>310</sup> BRASIL. *Lei 10406/2002. Código Civil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 mar. 2011.

<sup>311</sup> BRASIL. *Lei 10406/2002. Código Civil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 mar. 2011.

<sup>312</sup> BRASIL. *Lei 10406/2002. Código Civil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 mar. 2011.

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Registre-se que, a exculpação prevista no citado art.35 do Código Penal alemão somente se estende ao próprio agente e aos seus parentes ou pessoas próximas, não se aplicando a um terceiro desconhecido:<sup>313</sup> “*Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa um hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad*”.

A exemplo das disposições constantes dos *Costumes de Beauvais*,<sup>314</sup> também no artigo 1293 do Código Civil brasileiro consta uma disposição expressa, autorizando àquele que se encontra em situação de necessidade a construir, mediante indenização, canais ou vias, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida:

Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

§ 1º Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

§ 2º O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.

§ 3º O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação.

De acordo com Toledo,<sup>315</sup> os requisitos do estado de necessidade jurídico-civil, são os seguintes: “a) o perigo atual ou iminente; b) ponderação dos bens em conflito; c) ser o fato necessitado absolutamente indispensável, ou seja, a única forma de salvação do bem

<sup>313</sup> ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em:

<[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em 16 nov. 2010.

<sup>314</sup> O *Costume de Beauvais* tem o mérito de formular, pela primeira vez, o princípio do estado de necessidade, ainda nos tempos feudais, no século XIII e de ter aplicado este princípio a diversos casos: “*Cas de necessité si est ce dont l'en ne se puet souffrir sans trop grant perte ou trop Grant damage: si comme une riviere a corrompu le chemin qui estoit seur les rives et ma mesons ou ma vigne joint au lieu corrompu, il convient que l'em prengne tant de ma chose et convertisse em usage de chemin que li chemins qui estoi corrompus em soit restorés; ou se j'ai mesons ou vignes fetes de nouvel em aucun lieu ou il n'em eut onques mès point, l'em ne me puet deveer que jê n'aie voie novele par le damage rendant pour aler a ma meson ou a ma vigne*”. (BEAUMANOIR, Philippe de. *Les coutumes de Beauvaisis*. Introd. AM. Salmon. *Tome premier*. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2208269/f1.image.r=.langFR>>. Acesso em 08 mar. 2011. p.366).

<sup>315</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p. 49.

ameaçado; d) a moderação, de sorte que o dano causado não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Segundo o referido autor, no entanto, o estado de necessidade jurídico-penal é mais abrangente e possui maiores exigências para que se aperfeiçoe.

### 5.3.6. Reflexos do funcionalismo no estado de necessidade

A questão da dogmática penal tem sido influenciada pelos funcionalismos teleológicos e sistêmicos, elaborados por Roxin e Jakob, respectivamente, que a despeito dos valorosos estudos que vêm sendo conduzidos por outros penalistas, nesta mesma área, conseguiram dar maior consistência às propostas funcionais, também denominadas normativistas.

Segundo Luís Greco,<sup>316</sup> o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, pois “reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos”.

Segundo o citado autor, Roxin vê na conduta uma “exteriorização da personalidade”, enquanto Jakobs a define como “a evitabilidade de uma diferença de resultado”.

Quanto ao tipo, a questão é mais complexa, pois, este é agora valorado com aspectos de política criminal e conforme ponderações de Greco,<sup>317</sup> dentro do caráter de um direito penal preventivo “só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas”.

Desta forma, ainda que uma ação cause a lesão a um bem jurídico, se não for criado um risco juridicamente relevante não haverá infração à norma.<sup>318</sup>

Surge, portanto, a filha querida do funcionalismo: a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo – que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.

---

<sup>316</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.143.

<sup>317</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.144.

<sup>318</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.145.

Historicamente concebida, em 1927, por Karl Larenz e Richard Honig<sup>319</sup> e modernamente desenvolvida por Claus Roxin e Günther Jakobs, a Teoria da Imputação Objetiva concentra-se na mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo em prejuízo do lado subjetivo do tipo, em contrapartida a um dos fundamentos da teoria finalista da ação.

Ariosvaldo de Campos Pires, ao comentar a referida teoria da imputação objetiva, afirma que esta encontrou motivos para o seu surgimento nas falhas do processo de causalidade, tendo em Roxin e Jakobs seus principais elaboradores:<sup>320</sup>

A insatisfatória solução que a relação de causalidade oferece para o assentamento dos demais requisitos do fato típico abriu ensejo á imputação objetiva. A ela somem-se as dificuldades decorrentes da abertura que a teoria da *conditio sine qua non* proporciona, com a complexidade da fixação dos conceitos de causa, condição, concausa preexistente, concomitante ou superveniente, do *regressus ad infinitum* e do exercício mental que a fórmula da eliminação hipotética exige. Tudo isso deu motivo à teoria que tem em Larenz e Honig seus idealizadores e em Roxin e Jakobs seus elaboradores e divulgadores por excelência.

Neste sentido, tem-se, em relação à teoria da Imputação Objetiva, de acordo com Claus Roxin,<sup>321</sup> que: “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação [1], quando o risco se realiza no resultado concreto [2] e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo [3].”

Jakobs,<sup>322</sup> por sua vez, esclarece que “as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo, que todos tentem evitar, em sua totalidade, os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social”.

O referido autor define ainda, no âmbito das condutas individuais, que não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> Segundo Roxin: “As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig, especialmente, na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que determinei de princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos.” (ROXIN. *Estudos de Direito Penal*. p.124-125).

<sup>320</sup> PIRES. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. p.114. v. 1.

<sup>321</sup> ROXIN. *Estudos de Direito Penal*. p.104.

<sup>322</sup> JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*. p. 19.

<sup>323</sup> Segundo Jakobs: “imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas. As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante” (JAKOBS, 2000).

Tal conceito permite que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante. Desta forma, deve-se determinar entre autor, vítima e terceiros, quem deve responder pela eventual violação do risco permitido com a aferição de tais fundamentos. Assim temos o comportamento social como um comportamento vinculado a “papeis”.

Nestes termos, temos como instituições dogmáticas da imputação objetiva, apresentadas por Günther Jakobs:<sup>324</sup> o risco permitido [1], no sentido de que não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro; o princípio da confiança [2], a afirmar que quando o comportamento de seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente todos os demais; a proibição de regresso [3], ao fundamento de que, quem assume com outro um vínculo considerado inofensivo não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida e, por fim, a competência da capacidade da vítima [4], pois pode ser que a configuração de um contrato social seja de competência, não só do autor, mas também da vítima.

De acordo com Greco, com a “renormativização do tipo”, as relações entre tipicidade e antijuridicidade estreitaram os seus limites, fazendo com que a “teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta”, voltasse a ser amplamente discutida. Sobre os autores que rejeitam esta concepção afirma:<sup>325</sup>

Outros autores têm uma construção assemelhada à de MEZGER, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal. Por fim, um terceiro grupo mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes, ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado.

Francisco de Assis Toledo, ao analisar algumas variações do conceito de tipo, sob a denominação de “Tipo total de injusto”, informa a respeito da teoria dos elementos negativos do tipo:<sup>326</sup>

*Tipo total de injusto.* Concepção do tipo segundo a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo*. De acordo com esta teoria, os pressupostos das causas de justificação integram o tipo como elementos negativos. Assim, adaptando-se um exemplo de wessels, na figura do homicídio do art.121 (“matar alguém”), deveríamos ler o seguinte: “matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, etc).

---

<sup>324</sup> JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*. p. 23-33.

<sup>325</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.144.

<sup>326</sup> TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*. p.134-136.

Para Fabrizio Ramacci, as causas de justificação são elementos que não devem ser reconhecidos para que o fato possa continuar a representar um crime, razão pela qual é correto defini-las como elementos negativos do tipo.

Neste sentido, a construção do fato típico como sendo composto de elementos positivos e negativos amplia a construção precedente do crime em sentido estrito, que antes era limitada apenas aos referidos elementos positivos, ou seja, à conduta e à relação de causalidade. Assim, a soma algébrica dos elementos positivos (que devem estar presentes), corresponde à noção do tipo do crime, em sentido amplo, que inclui a nota da antijuridicidade, registra o fato ilícito penal e designa o ilícito objetivo.<sup>327</sup>

De acordo Ramacci,<sup>328</sup> a presença do elemento constitutivo (o fato típico em sentido estrito) unido à essência do elemento constitutivo negativo (discriminante) integra o fato ilícito. Nesta reconstrução da estrutura do crime, a discriminante pertence ao elemento objetivo e, mais precisamente, constitui-se em causa de exclusão do elemento objetivo do crime. Segundo a definição, mais em uso, são causas objetivas de exclusão do crime.

Em relação ao conteúdo do dolo e da consciência da ilicitude, o citado autor afirma que,<sup>329</sup> “apesar de ainda manter-se dominante a teoria da vontade, que vê no dolo o ‘conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo’, alguns autores vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável”. No que diz respeito à consciência da ilicitude assim se manifesta:

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo. Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo, mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade.

---

<sup>327</sup> Assim, cf. RAMACCI. *Corso de Diritto Penale*. p.299-300: “Dunque, le cause de giustificazione sono elementi che devono mancare perché il fatto possa costituire reato e in questo è corretto definirle elementi negativi del fatto. La costruzione del fatto come composto di element positivi e negativi, che devono esserci che devono mancare, amplia la precedente costruzione del fatto di reato in senso stretto, che è limitata ai soli elementi che devono essere presenti, gli elementi positivi, e cioè la condotta, l'evento e il rapporto causale tra di essi; al fatto che risulta dalla somma algebrica degli elementi positivi (che devono esseri presenti) corrisponde la nozione di fato di reato in senso ampio che, poiché comprende la nota dell'antigiuridicità, registra il fatto illecito penale ovvero designa un illecito oggetivo”.

<sup>328</sup> Nesses termos RAMACCI. *Corso de Diritto Penale*. p.300: “La presenza degli elementi costitutivi (- il fatto in senso stretto) unita all'assenza degli elementi costitutivi negativi (= le scriminanti) integra il fatto illecito. In questa ricostruzione concettuale della struttura del reato, le scriminanti pertengono all'elemento oggettivo e più precisamente costituiscono cause che escludono l'elemento oggettivo del reato; secondo la definizione più in uso, esse sono cause oggettive di esclusione del reato”.

<sup>329</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.147.

Em relação às causas de justificação e que são de maior interesse ao escopo deste trabalho, Greco pondera no sentido de que,<sup>330</sup> da mesma forma que os tipos foram redefinidos para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos, pode se afirmar, em relação aos pressupostos da justificação que:

[...] a adoção da perspectiva *ex ante* no juízo sobre a existência dos pressupostos de justificação é também defendida por vários autores. Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável *ex post* pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, *ex post*, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários, porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

Luiz Augusto Sanzo Brodt, ao analisar aspectos gerais da teoria da imputação objetiva, traça um paralelo entre as concepções de Roxin e de Jakobs e esclarece aspectos referentes à justificação relacionados ao funcionalismo:<sup>331</sup>

Quanto à ilicitude, Roxin a define como uma propriedade da ação típica, sua contradição com as proibições e mandatos do direito penal, distinguindo-se assim, do injusto, que é a própria ação típica e ilícita. Jakobs considera injustas as ações não toleráveis socialmente, as quais se diferenciam das demais de dois modos: por faltarem os elementos das ações antijurídicas (ex: um disparo para o ar sem nenhuma consequência danosa) ou por conterem, além de todos os elementos das ações ilícitas, elementos adicionais, os chamados elementos de justificação. As causas de justificação, por sua vez, são motivos jurídicos bem fundados para executar um comportamento em si proibido”.

Segundo Greco, Klaus Gunther teria criado, em adição às tradicionais causas de justificação, o que ele chamou de “causas de exclusão do injusto penal”, que se limitam a excluir o ilícito penal, sem, contudo, prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito: “ Para Gunther, o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil”.

Quanto ao elemento subjetivo da justificação, o citado autor nos informa que é crescente a opinião no sentido de que seria desnecessário um momento volitivo bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação:

---

<sup>330</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.149.

<sup>331</sup> BRODT. *Do Estricto Cumprimento do Dever Legal*. p.86-98.

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião de que seria desnecessário um elemento volitivo, (e não só entre os autores que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposos, vem ganhando campo o posicionamento daqueles que dispensam qualquer elemento subjetivo de justificação. Há igualmente, em especial entre os italianos, quem negue a existência de qualquer elemento subjetivo, tanto para justificar fatos típicos dolosos como culposos.

No que diz respeito à culpabilidade, Luís Greco afirma que, em virtude da dificuldade em se verificar cientificamente a questão do livre arbítrio, esta vem, cada vez mais, sendo associada aos fins da pena por estar diretamente relacionada à sua aplicação:

[...] a crítica feita por Engisch à fundamentação da culpabilidade no “poder-agir-de-outra-maneira” é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos deste fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial). Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre o se e a quanto da punição, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena.

Conforme Greco, para Jakobs, o conceito funcional de culpabilidade, está associado à motivação do autor, razão pela qual será culpável aquele às custas do qual a norma tiver que ser revalidada, funcionando desta forma a culpabilidade como um derivado da prevenção geral:<sup>332</sup>

Assim é que JAKOBS apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”[153]. O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor – caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) – ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões[154]. Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

A culpabilidade, no funcionalismo de Roxin, funciona como elemento limitador da pena, todavia acrescentado de considerações de prevenção geral e especial e do conceito de responsabilidade, associado à culpabilidade do autor e à necessidade preventiva de intervenção penal:<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.150.

<sup>333</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.153-154.

Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a idéia de culpabilidade, valendo-se dela como elemento limitador da pena. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a integrar o terceiro nível da teoria do delito, que Roxin chama de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*). “A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei”. Será necessário o concurso tanto da culpabilidade, como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

Desta forma, segundo nos informa Luís Greco, uma vez constituído o injusto, com a violação da expectativa organizacional ou institucional, o fato poderia ser explicado pelo acaso, através da justificação, ou pelo aferimento do juízo de culpabilidade:<sup>334</sup>

Assim, uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional, constituído o injusto, procura o direito explicar tal fato, de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação um sujeito determinado. Neste segundo caso, formula-se o chamado juízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, onde o que de fato importa são considerações valorativas, não havendo como se esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos atuais.

O tipo passa a ser valorado com aspectos de política criminal e dentro do caráter de um direito penal preventivo razão pela qual só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo.

As causas de justificação, e aí se inclui o estado de necessidade, passam a ser redefinidas para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos.

Por fim, desnecessário seria o elemento subjetivo da justificação, bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação.

Com fundamento em tais premissas, pode se afirmar que o estado de necessidade, sofrendo forte influência de aspectos gerais do funcionalismo, especialmente dos acima referidos e que, estes juntamente com as demais considerações de ordem causal e finalista são fundamentais para a evolução do referido instituto.

---

<sup>334</sup> GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. p.141.

## 6. DO ESTADO DE NECESSIDADE NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E NA LEGISLAÇÃO PENAL COMPLEMENTAR

### 6.1. Considerações Iniciais

De acordo com Sheila Jorge Selim Sales,<sup>335</sup> algumas disposições da parte especial do Código Penal “isentam de pena o agente, ainda que ele realize, em todos os seus termos, o tipo legal e presentes estejam os demais elementos do conceito analítico de crime”.

Segundo a referida autora, tais hipóteses são denominadas, pela doutrina, como “escusas absolutórias” e podem ser definidas como espécies de normas que isentam de pena o agente culpável pela prática do ilícito por considerações de ordem político-criminal, sendo que tais hipóteses não se confundem com as causas de exclusão da ilicitude, com as causas de exclusão da culpabilidade ou com o perdão judicial:<sup>336</sup>

Na doutrina, tais hipóteses legais são denominadas “escusas absolutórias” e se definem como aquela particular espécie de normas que isentam de pena o agente culpável, pela prática do injusto típico, tendo em vista considerações de ordem político-criminal. [...] As hipóteses legais em questão não se confundem com as causas de exclusão de ilicitude, que retiram do fato típico o seu caráter ilícito, nem com as causas de exclusão da culpabilidade, que impedem a incidência do juízo de reprovação pessoal sobre o agente de um fato típico e ilícito. Também não se confundem com as hipóteses de perdão judicial, apesar de comportarem as mesmas conseqüências jurídicas.

Ana Luiza Almeida Ferro<sup>337</sup> ao tratar das escusas absolutórias na parte especial do código penal brasileiro afirma que “No código Penal brasileiro, como de resto é a regra na maioria dos ordenamentos jurídicos, as escusas absolutórias repousam taxativa e expressamente, na parte especial, mais precisamente nos artigos 181 e 348, parágrafo 2º”.

Da análise dos referidos dispositivos penais apontados, verifica-se que em ambos os tipos penais está presente a expressão “é isento de pena”.

No primeiro caso, em favor do cônjuge na constância da sociedade conjugal, de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil, quando estes cometerem quaisquer dos crimes previstos no Título II, crimes contra o patrimônio. No segundo caso, em favor do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, na hipótese de favorecimento pessoal.

---

<sup>335</sup> SALES. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. p.82-83.

<sup>336</sup> SALES. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. p.83-84.

<sup>337</sup> FERRO. *Escusas Absolutórias no Direito Penal*. p.41.

De acordo com Ana Luiza Almeida Ferro esta isenção de pena tem caráter obrigatório e o descabimento da aplicação da pena, implica no desaparecimento da pretensão punitiva, permanecendo na esfera cível a obrigação de reparar o dano:<sup>338</sup>

A isenção sub *examine* tem caráter obrigatório e não facultativo (como ocorre com o perdão judicial), consoante antes ressaltado. [...] o descabimento da aplicação de pena implica, *in casu*, o desaparecimento da pretensão punitiva, não subsistindo, portanto, interesse de agir por parte do Estado, através do *parquet*, para o oferecimento da ação penal. Toda sanção penal é atingida pela causa de impunidade. O mesmo não acontece com as conseqüências no âmbito civil, estando o perpetrador do ilícito (não é apagado o traço de antijuridicidade ou tipicidade da conduta) sujeito, por exemplo, à reparação do dano.

Rodrigo Iennaco, ao analisar a terminologia adotada pela parte especial do Código Penal, afirma que esta utilizou variadas expressões para condicionar a aplicação da pena, o que ocorre em relação às causas de exclusão do crime e com outras circunstâncias que afastam a incidência da sanção penal.<sup>339</sup>

Na parte especial, o Código Penal utiliza várias expressões em figuras legais que condicionam, negativamente, a aplicação de pena: “não constitui crime”; o crime é “inexistente”; “não é punível”, “não se pune”; “não se compreendem” nas disposições ou expressão do artigo; “é isento de pena”; “deixar de aplicar a pena”... Isso ocorre com as causas de exclusão do crime e com relação a outras circunstâncias que afastam a incidência da sanção penal, não obstante a configuração do fato punível (i.e., típico, ilícito e culpável).

## 6.2. Estado de necessidade na parte especial do Código Penal brasileiro

Diante do exposto e, considerando que na parte especial do Código penal brasileiro são utilizadas variadas expressões para condicionar o reconhecimento do crime ou a exclusão da pena, verifica-se, em relação ao estado de necessidade, a sua recepção na tipificação do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, nos termos do seu art.128, I, na intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, conforme seu art.146, §3º, I e na violação de domicílio quando um crime estiver sendo praticado ou estiver na eminência de ser praticado, de acordo com o seu art.150, § 3º, II.

---

<sup>338</sup> FERRO. *Escusas Absolutórias no Direito Penal*. p.41-46.

<sup>339</sup> MORAES; SILVA; UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. *Das causas especiais de exclusão do crime normas penais não-incriminadoras permissivas, justificantes e exculpantes, previstas na parte especial do código penal*. 2003. enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais.

6.2.1. Aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro – Inciso I do art.128 do Código Penal

Os incisos I e II do art.128 do Código Penal definem o aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Nos termos desta disposição penal, não se pune o aborto praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante – aborto necessário - ou o aborto praticado para interromper a gravidez resultante de estupro, quando precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A jurisprudência a respeito do aborto necessário não deixa qualquer dúvida a respeito da legalidade do ato realizado em estado de necessidade em favor da gestante:

ARTIGO 128, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CAUTELA POR PARTE DOS MÉDICOS EM REALIZAR A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. Não obstante tratar-se, na espécie, de aborto necessário, a não-interrupção da gestação pelos médicos como forma de se precaver de eventual responsabilidade penal, autoriza o Poder Judiciário a isso permitir, via *Habeas corpus*, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, na medida em que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Gestante portadora de cardiopatia isquêmica grave e artrite reumatóide, com grave risco de vida à mulher e ao feto, permite, indubitavelmente, a concessão da ordem para autorizar o interromper da gravidez. Ordem concedida. Unânime” (TJRS – HC – Rel. Newton Brasil, j. 17.02.2005. Disponível: [www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br). Acesso em: 17.08.08)

A respeito deste tema, Cezar Roberto Bitencourt manifesta-se sobre os requisitos legais para a realização do aborto necessário:

O aborto necessário também é conhecido como terapêutico e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário, o médico responderá pelo crime.

Manifestando-se sobre este assunto, Alberto Silva Franco<sup>340</sup> esclarece sobre as duas modalidades de aborto permitidas, o aborto necessário ou terapêutico e o aborto que denomina de humanitário, respectivamente:

Trata-se de verdadeiro estado de necessidade, quando o médico provoca o aborto quando esse ato é o único modo de salvar a vida da gestante. [...] As indicações médicas comumente apontadas para o aborto necessário são as anemias perniciosas, as diabetes associadas à gestação, os vômitos incoercíveis, as cardiopatias, a tuberculose e o câncer uterino. É de se salientar que o aborto necessário se sujeita ao consentimento da gestante.[...] O aborto sentimental (que se realiza em consequência de um crime), todavia, não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais) que são sempre criminosos perante nossa lei.

Daniela de Freitas Marques<sup>341</sup> analisa a exclusão da ilicitude na parte especial do Código Penal brasileiro e esclarece que nele, encontram-se tipos permissivos ou tipos justificadores que contêm elementos subjetivos.

No que diz respeito ao inciso I do art.128 do Código Penal, a citada autora reconhece a situação de necessidade particular que envolve tal dispositivo legal:<sup>342</sup>

A previsão do artigo 128, I, trata de inequívoco estado de necessidade: na falta de outro meio *para salvar a vida da gestante*, deve o médico proceder ao aborto terapêutico. No entanto, o mesmo não pode ser dito em relação ao aborto sentimental, no qual há uma escolha de valores pelo sistema jurídico, isto é, excepcionalmente, o *sentimento* e a *sanidade mental da mulher vítima de estupro* prefere à *vida do nascituro*.

Sheila Jorge Selim Sales, por sua vez, referindo-se aos casos especiais de exclusão da ilicitude e a qualidade do sujeito ativo, afirma que alguns dispositivos constantes da parte especial do Código penal contemplam hipóteses que excluem a ilicitude de certos e determinados fatos tipificados como crime:<sup>343</sup>

É o que ocorre no art.128, que exclui a ilicitude da prática abortiva, desde que realizada por “médico”, nos casos de indicação médica (aborto necessário) ou indicação ética (aborto no caso de gravidez resultante de estupro).[...] A prática do aborto por indicação médica, se perpetrada por parteira ou enfermeira, será lícita, não por força do art.128, que se refere de forma expressa ao “médico”, mas sim, por força do “estado de necessidade”, excludente da ilicitude prevista no art.24 do Código Penal.

Pelo exposto, forçoso reconhecer que no aborto necessário realizado nestas circunstâncias, havendo o conflito de bens de igual valor, posto que, de um lado encontra-se a

---

<sup>340</sup> FRANCO et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. p.127-128. v.1, t. 2: parte especial.

<sup>341</sup> MARQUES. *Elementos subjetivos do injusto*. p.112-113.

<sup>342</sup> MARQUES. *Elementos subjetivos do injusto*. p.113.

<sup>343</sup> SALES. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. p.89-92.

“vida do nascituro” e, do outro lado, a “vida da gestante”, a melhor solução, de acordo com Francisco de Assis Toledo,<sup>344</sup> em que não se revela o caráter social do sacrifício, é rejeitar a hipótese de justificação, que exclui a ilicitude do fato, ainda que o nosso código assim a defina. Neste caso, verifica-se uma eventual causa de exclusão de culpabilidade e o estado de necessidade, nestas circunstâncias, será exculpante.

O mesmo raciocínio se aplica em relação ao aborto sentimental, em que há visível desproporcionalidade no confronto de bens em conflito. De um lado, a *vida do nascituro* e do outro, conforme já bem ponderado o *sentimento* e a *sanidade mental da mulher vítima de estupro*, sendo a opção legislativa em favor deste último bem jurídico, posto que, neste caso, não há, em princípio, risco à vida da gestante, senão à sua integridade mental.

6.2.2. Intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal – Inciso I do §3º do art.146 do Código Penal

O inciso I do § 3º do art.128 do Código Penal, disciplinando o constrangimento ilegal prescreve:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

[...]

Luís Régis Prado,<sup>345</sup> ao analisar os bens jurídicos envolvidos neste conflito observa que no referido tipo “Tutela-se a liberdade individual, ou seja, a liberdade pessoal de autodeterminação da vontade e da ação. Noutra dizer: cuida-se da liberdade psíquica (livre formação da vontade) e também de liberdade física (liberdade de movimento)”.

A respeito do estado de necessidade, em análise, que também se estende à coação exercida para impedir o suicídio e que será abordada em seguida, Prado afirma que:<sup>346</sup>

Em ambas as hipóteses, há a exclusão da ilicitude a conduta pelo estado de necessidade, em virtude da importância do bem jurídico em perigo. Por

<sup>344</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39.

<sup>345</sup> PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*. p.249. v.2: parte especial: arts.121 a 249.

<sup>346</sup> PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*. p.255. v.2: parte especial: arts.121 a 249.

perigo de vida entende-se a probabilidade concreta e iminente de um resultado letal. Não basta o mero prognóstico – ou a probabilidade remota e presumida, condicionada a eventuais complicações – exige-se perigo real, efetivo e atual, demonstrado por sintomas e sinais indiscutíveis de significativas repercussões sobre a vida orgânica. Conclui-se, portanto que para o reconhecimento do perigo de vida é indispensável a ocorrência de processo patológico que sinalize perigo concreto de superveniência da morte do ofendido.

No constrangimento ilegal realizado nestas circunstâncias, em que há conflito de bens de valores diferenciados, de um lado a “liberdade pessoal de auto determinação” e do outro a “vida”, ocorrendo a prevalência do bem de maior valor sobre o de menor valor, verifica-se o caráter social do sacrifício e a melhor solução, de acordo com Francisco de Assis Toledo,<sup>347</sup> é reconhecer a hipótese de justificação, que exclui a ilicitude do fato, amoldando-se a conduta do agente aos exatos termos do Inciso I do art.23, c.c. o art.24, ambos do Código Penal.

#### 6.2.3. Coação exercida para impedir o suicídio – Inciso II do §3º do art.146 do Código Penal

O inciso II do § 3º do art.128 do Código Penal, disciplinando a coação exercida para impedir o suicídio prescreve:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

[...]

II - a coação exercida para impedir suicídio.

Valem aqui, praticamente as mesmas ponderações expendidas por ocasião da análise do estado de necessidade no caso de intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal.

Da mesma forma, como ocorre no constrangimento ilegal, no caso de intervenção médica, em que há, igualmente, o conflito de bens de valores diferenciados, de um lado a “liberdade pessoal de auto determinação” e, do outro, a “vida” do suicida. Neste caso, há

---

<sup>347</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39.

prevalência do bem de maior valor sobre o de menor valor, prevalece o caráter social do sacrifício e a melhor solução, de acordo com Francisco de Assis Toledo,<sup>348</sup> é reconhecer a hipótese de justificação, que exclui a ilicitude do fato, amoldando-se a conduta do agente aos exatos termos do Inciso I do art.23, c.c. o art.24, ambos do Código Penal.

### 6.3. Estado de necessidade na Lei dos Crimes Ambientais – Lei 9605/98

Guilherme Gouvêa Figueiredo, discute a questão dos crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. Para este autor existe um movimento intelectual que tem feito frente aos avanços do desenvolvimento industrial:<sup>349</sup>

A crescente preocupação com a “questão ambiental”, a ponto de ela passar a fazer parte da discursividade jurídica, é fruto de um movimento intelectual que, sobretudo a partir da década de setenta, opõe-se ao desenfreado desenvolvimento produtivo industrial. Nessa linha, a lógica assumida pela sociedade capitalista industrial, baseada no consumo e desfrute ilimitado dos recursos naturais vitais do (e ao) planeta, escaparia a constatação, hoje pacífica, de que um uso desmedido corrompe, de forma muitas vezes irresistível, o fruir natural, indispensável à renovação desses mesmos recursos.

Em virtude desta realidade apresentada e objetivando corrigir as distorções apresentadas, entrou em vigor no Brasil a Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Não obstante o exposto, observa-se de tais disposições, notadamente do seu art.37, inciso I, que trata do abate de animal realizado em estado de necessidade para saciar a fome do agente ou de sua família. Da mesma forma o art.50-A, § 1º, que trata dos crimes contra a flora e do seu desmate, exploração ou degradação de floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente, no sentido de que o estado de necessidade, desde que observados os requisitos previamente estabelecidos, prevalece sobre os interesses protegidos na referida lei dos crimes ambientais.

O bem jurídico protegido nos crimes ambientais prescritos na Lei 9605/98, segundo Guilherme Gouvêa Figueiredo,<sup>350</sup> é o “equilíbrio dos sistemas naturais”:

Mas, sendo tudo isso um fato, temos para nós que nada impede que tal seja uma tese operativa de *lege data*, devendo o intérprete redimensionar o teor liberal dos dispositivos penais, de forma a só punir criminalmente uma

<sup>348</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão* p.39.

<sup>349</sup> FIGUEIREDO. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. p.163.

<sup>350</sup> FIGUEIREDO. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. p. 189.

conduta prevista como crime pela Lei 9605/98, quando ela redundar numa “ofensa” ao *equilíbrio ecológico*. E, como se disse, alterar gravemente o *equilíbrio dos sistemas naturais* será o mesmo que causar potenciais prejuízos para a saúde, o bem estar, a economia, o patrimônio, a flora e a fauna etc.

Há que se confrontar, portanto, em cada caso concreto, o bem jurídico protegido nos crimes ambientais, o equilíbrio dos sistemas naturais, com eventual bem jurídico com ele em conflito, para se aferir sobre a ocorrência, ou não do estado de necessidade e sobre a sua natureza, se justificante ou exculpante.

6.3.1. Abate de animal realizado em estado de necessidade para saciar a fome do agente ou de sua família – Inciso I do art.37 da Lei 9605/98

Dispõe o inciso I do art. 37 da Lei 9605/98, ao referir-se ao crime de abate de animal em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família que:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:  
I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;  
[...]

Já tecidas as considerações aplicáveis, no que diz respeito à lei dos crimes ambientais, forçoso reconhecer que a conduta em análise é de um estado de necessidade justificante, pois, no confronto entre os bens jurídicos protegidos “equilíbrio ecológico” e “vida”, em que há prevalência do bem de maior valor sobre o de menor valor, prevalece o caráter social do sacrifício e a melhor solução, de acordo com Francisco de Assis Toledo,<sup>351</sup> é reconhecer a hipótese de justificação, que exclui a ilicitude do fato, amoldando-se a conduta do agente aos exatos termos do Inciso I do art.23, c.c. o art.24, ambos do Código Penal.

Nestes termos a jurisprudência dos nossos tribunais, no sentido de que a conduta do agente consistente no abate de animal para a sua subsistência ou de sua família e que não se apresenta suficiente para afetar o equilíbrio da natureza, encontra respaldo no estado de necessidade em análise:

ESTADO DE NECESSIDADE – Caracterização – crime contra o meio ambiente – Abate de animal silvestre - Conduta do acusado que não causou desequilíbrio na natureza e se destinou a saciar a fome do agente – Inteligência dos arts.23, I, e 24 do CP e do art.37, I da Lei 9.605/1998. *Ementa Oficial: Crimes ambientais. Art 29, caput, da lei 9.605/98. Abate de tatu, espécime da fauna silvestre, sem licença do órgão responsável.*

---

<sup>351</sup> TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. p.39.

*Condenação reformada. Embora a existência do fato e sua autoria tenham ficado demonstradas nos autos, a conduta do réu não se apresenta suficiente para afetar o equilíbrio da natureza, ainda mais quando abatido um tatu, cuja carne se destinava à alimentação do acusado. Ademais, o inciso I do artigo 37 da Lei Ambiental dispõe que não é crime o abate de animal quando realizado em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família. Assim, diante das circunstâncias fáticas, tenho por configurado o estado de necessidade, na forma do artigo 24, caput, do Código Penal, o que afasta a ilicitude do fato, conforme art. 23, inciso I do mesmo Diploma Legal. Recurso provido. [...] Ora, o autor do fato, pessoa simples, que não tem sequer o primeiro grau completo, afirmou que saiu de casa para pegar pinhão e, por coincidência, encontrou um “tatu mulita”, que matou para o seu consumo (fl. 33). Verifico, ainda, que apreendidos com o réu apenas o tatu, um canivete e um facão, o que corrobora a sua alegação de que saiu para buscar comida e não para caçar, uma vez que nenhuma arma foi encontrada em seu poder. De outra banda, tenho que a conduta do réu não se apresenta suficiente para afetar o equilíbrio da natureza, ainda mais quando abatido apenas um tatu para a subsistência do acusado, sendo a carne da caça destinada à alimentação. Também pondero que a finalidade da Lei nº 9.605/1998 é punir os grandes degradadores do meio ambiente, situação em que evidentemente o recorrente não se enquadra, tendo abatido animal para a subsistência própria. (TJRS – ReCRIM 71002281582 – Turma Recursal Criminal - j. 09/11/2009 – Rel. Juíza Cristina Pereira Gonzales, RT892/693).*

- 6.3.2. Desmate, exploração ou degradação de floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente, necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família – § 1º do art. 50-A da Lei 9605/98.

Dispõe o § 1º do art. 50-A da Lei 9605/98, ao referir-se ao crime de desmatamento, exploração econômica ou degradação de floresta plantada ou nativa em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente que:

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.

[...]

Valem aqui as mesmas considerações feitas quanto à lei de crimes ambientais e ao crime de abate de animal em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família em estado de necessidade. A conduta em análise subsume-se em um estado de necessidade justificante, pois, no confronto entre os bens jurídicos protegidos “equilíbrio ecológico” e “vida”, em que há prevalência do bem de maior valor sobre o de menor valor, prevalece o caráter social do sacrifício e a melhor solução, para o caso, é reconhecer a

hipótese de justificação, que exclui a ilicitude do fato, amoldando-se a conduta do agente aos exatos termos do Inciso I do art.23, c.c. o art.24, ambos do Código Penal.

Como se observa da análise da jurisprudência pátria a respeito do estado de necessidade, motivado pela necessidade de subsistência do agente e de sua família, tem-se que não havendo perigo atual a embasar o estado de necessidade, não há como se afastar a antijuridicidade da conduta:

ESTADO DE NECESSIDADE – Inocorrência – Crime Famélico – Descaracterização – Inexistência de perigo atual ou demonstração da condição de miserabilidade – Impossibilidade de afastamento da antijuridicidade da conduta dos agentes. *Ementa Oficial: Não havendo perigo atual a embasar suposto estado de necessidade, nem tão pouco miserabilidade para se caracterizar furto famélico, não há como afastar a antijuridicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes.* (TRF5 – Ap.2001.05.00.00.005915-3/PE – 2ª T. - j. 18/01/2005 – Rel.Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, RT835/697).

ESTADO DE NECESSIDADE – Descaracterização – Crime contra o meio ambiente – Pesca em período de defeso – Réu que alega dificuldades financeiras – Afirmação que não encontra amparo nas *provas* produzidas durante a instrução. *Ementa oficial : Penal. Ambiental. Pesca em período de defeso. Utilização de petrechos proibidos. Crime formal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Estado de necessidade. Inocorrência. 1. A pesca irregular, praticada com o auxílio de instrumentos proibidos e, ainda, em período de defeso, configura o crime previsto no artigo 34, caput, da Lei n.º 9.605/98. 2. O crime de pesca proibida é de natureza formal, em virtude da definição legal da conduta compreender "todo ato tendente" a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécies dos grupos de peixes, crustáceos etc. Inteligência do artigo 36 da Lei Ambiental. 3. O princípio da insignificância não encontra fértil seara em matéria ambiental, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano, cuja relevância não pode ser mensurada, lesiona o ecossistema, pertencente à coletividade.4. A mera alegação do réu não caracteriza o estado de necessidade quando dissociada ela dos demais elementos probatórios existentes nos autos.* (TRF4 – Ap.2004.72.01.000920-6/SC – 8ª T. - j. 10/03/2010 – Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, RT896/637).

Neste sentido, a mera alegação do réu de que se encontra em situação de dificuldade não caracteriza o estado de necessidade, quando dissociada dos demais elementos probatórios porventura existentes em cada caso concreto.

## 7. DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL COMPARADO

### 7.1. Considerações iniciais

Paul Foriers afirma que, através da pesquisa do estado de necessidade no direito comparado, com o estudo dos textos, a análise do conteúdo e dos fundamentos, podemos ter uma ideia de sua universalidade e obter uma classificação sistemática apta a nos fornecer uma concepção global do referido instituto, tal qual é ele aceito atualmente.<sup>352</sup>

Segundo Jean Pradel,<sup>353</sup> o direito comparado desenvolveu-se a partir do século XVIII com a teoria geral do direito comercial inglês, importando as regras do direito europeu continental, inicialmente sem se interessar especificamente pelo direito penal.

Em um segundo momento, com as fortes divergências entre as leis penais da França e da Inglaterra, procurou-se reaproximar o direito inglês do escocês, objetivando buscar uma legislação comum.

Por fim, com a proposta de Leibnitz de criação de um *tableau complet de tout les droit du monde civilisé*, em 1667, e, com o *L'Esprit des lois*, de Montesquieu o direito penal comparado afirmou-se e, ao fim do século XVIII, desenvolveu-se consideravelmente, tendo sido criadas diversas instituições de direito comparado.

Jescheck,<sup>354</sup> por sua vez, em aula inaugural proferida em 1954 na Universidade de Freiburg i.Br. afirmou que o desenvolvimento do direito penal comparado originou-se da necessidade de comparação com outros povos no sentido de prevenir perigos naturais e melhorar a convivência entre estes. O mencionado autor considera a obra de Von Liszt *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Apresentação comparada do Direito Penal alemão e estrangeiro) como primeira obra abrangente de direito penal comparado e que introduziu a reforma do Direito Penal no começo do século XIX.

Conforme o referido autor, na segunda metade do século XIX, vários juristas, utilizando-se dos métodos do direito comparado, provocaram uma “virada decisiva no

---

<sup>352</sup> FORIERS, Paul. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.155: “Disons immédiatement que la législation compare fournira plus et mieux que la démonstration de sa quasi-universalité. L'étude de textes, l'analyse de leur contenu et de leur fondement, permettront un classement systématique, souhaitable pour assurer une conception globale de l'état de nécessité tel qu'il est actuellement accepté dans la grande majorité des Etats de droit”.

<sup>353</sup> Cf. PRADEL. *Droit Penal Comparé*.

<sup>354</sup> JESCHECK. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. p.21-22.

pensamento jurídico-penal da modernidade, estabelecendo as bases do direito penal comparado”.<sup>355</sup>

Arturo Rocco, ao desenvolver o método do direito penal, estabelecendo um tecnicismo jurídico penal afirma que, enquanto a ciência do direito penal apresenta graves imperfeições, especialmente do referido ponto de vista técnico e sistemático, as ciências do direito privado, civil e comercial e algumas ciências do direito público, como o direito administrativo apresentam uma perfeição técnica. Assim, o direito penal deveria seguir o caminho seguro em que confiaram os primeiros estudiosos do direito administrativo, do direito processual, do direito constitucional e do direito internacional apoderando-se dos conhecimentos de tais ciências.<sup>356</sup>

*Y entonces no podemos menos de advertir lo siguiente: mientras la ciencia del derecho penal presenta graves imperfecciones, especialmente desde el punto de vista técnico y sistemático, las ciencias del derecho privado, civil y comercial, y algunas ciencias del derecho publico, como el derecho administrativo, y se puede agregar tal vez el procesal civil, nos presentan una perfección técnica tal, que no podría desearse mayor, al menos respecto de algunas de ellas.*

Sobre a importância da distinção entre direito comparado e direito estrangeiro, Marc Ancel,<sup>357</sup> ao estudar a utilidade e os métodos do direito comparado esclarece:

Fundamentalmente, a distinção, senão a contraposição, entre o estudo do direito estrangeiro e o estudo jurídico comparativo se impõe. Como sublinhou Sauser-Hall, o direito comparado vai além do estudo e da descrição das leis estrangeiras [...] Essas considerações conduziram a duas afirmações correntes, a primeira delas consistindo em dizer que o direito comparado está na dependência dos estudos de direito estrangeiro”; a segunda, proclamando que o direito estrangeiro é a *matéria-prima* do direito comparado. Ninguém, com efeito, é comparativista sem ter praticado, inicialmente, o direito estrangeiro, assim como ninguém é chefe de orquestra sem ter, ou ter sido inicialmente, instrumentista.

Segundo Enrico Contieri,<sup>358</sup> admitida a existência do estado de necessidade na ordem internacional, reconhece-se como seus requisitos: “a necessidade para o Estado, de salvar a sua existência de um perigo grave e iminente, não evitável por outro modo e a que não tenha dado causa”.

---

<sup>355</sup> JESCHECK. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. p. 23-24.

<sup>356</sup> ROCCO. *El Problema y el método de la ciencia del derecho penal*. p.17.

<sup>357</sup> ANCEL. *Utilidade e métodos do direito comparado*. p.109-110

<sup>358</sup> CONTIERI. *O estado de necessidade*. p.10.

Ressalte-se, por fim, que Jean Pradel, ao concluir a sua obra *Histoire des Doctrines Penales*,<sup>359</sup> apresenta três considerações importantes em relação à importância do estudo do direito comparado.

A primeira, de que as doutrinas penais têm assumido uma importância muito grande ao longo dos últimos séculos e especialmente a partir do século XVIII, quando os filósofos e literatos as examinaram em suas obras, fazendo alusão aos direitos estrangeiros. Com Mabillon e em seguida com Beccaria houve uma modificação neste método passando a aparecer obras dedicadas exclusivamente à filosofia penal, ao sistema penal ou penitenciário ou à criminologia. Ao mesmo tempo as doutrinas penais deixaram de ser monopólio dos filósofos e passaram a interessar aos juristas, aos políticos e até mesmo aos jornalistas.

Uma segunda observação é a de que a natureza do criminoso constantemente se aproximava da natureza do pecador (com os canonistas) ou do mal (com os positivistas). Em virtude disto, a igreja, passou a compreender o pecador como um mal que convém ser cuidado.

Uma terceira e última observação, que diz respeito à reação contra o crime, é a de que as doutrinas se dividem em duas correntes fundamentais que hoje coexistem, uma da defesa social fundada na neutralização e no tratamento, que é uma doutrina mais clássica, e outra com a ideia da intimidação e da retribuição, sendo que o que distinguiria cada época seria a formulação das ideologias e a importância que se dava a cada uma destas correntes.

Esta coexistência de doutrinas nos apresentaria um problema de política criminal, pois, ao examinar em cada ano as políticas criminais de cada país não se vislumbra qualquer unidade entre estas. No entanto, da riqueza das doutrinas penais nasceria uma diversidade de políticas criminais, o que sublinharia a importância destas doutrinas, mas ao mesmo tempo, revelaria as dificuldades na sua aplicação.<sup>360</sup>

No que diz respeito à doutrina do estado de necessidade, no âmbito do direito internacional, Burleigh Cusshing Rodick apresenta as suas principais premissas e limitações, quais sejam: deve ficar restrito às circunstâncias em que a lei previa e expressamente o sancionou; deve restringir-se às defesas estabelecidas nos direitos reconhecidos em tratados; deve restringir-se aos casos em que a necessidade de defender o Estado realmente exista, ao

---

<sup>359</sup> PRADEL. *Histoire des Doctrines Penales*. p.122-123.

<sup>360</sup> PRADEL. *Histoire des Doctrines Penales*. p.122-123: “A l’examiner sur quelques années seulement, cette dernière n’acucune unité dans la plupart des pays. De la richesse des doctrines pénales nait une diversité des politiques criminelles. Ce qui souligne l’importance de ces doctrines, mais em même temps lès difficultés qu’elles suscitent dans l’application”.

ponto em que possa ser demonstrado que a ação tomada é essencial para preservar a continuidade do Estado e a sua habilidade para continuar a exercer em plenitude seus direitos e deveres; em sua aplicação não se deve empregar força, além do que seja necessário para o cumprimento da obrigação; o perigo deve ser tão eminente e esmagador que justifique sua aplicação; a equidade deve ser sempre considerada e o fato de um Estado ter agido amparado pela lei, em sua defesa, não o exime das responsabilidades financeiras por danos excessivos produzidos em sua ação.<sup>361</sup>

Segundo René Davi, torna-se necessário o agrupamento dos direitos em famílias para que se facilite a compreensão dos diferentes direitos do mundo, devendo se levar em consideração, neste agrupamento, os elementos mais fundamentais e mais estáveis com a ajuda dos quais se podem descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor:<sup>362</sup>

A diversidade dos direitos é apreciável, se se considerar o teor e o conteúdo das regras; porém ela é bem menor quando se consideram os elementos, mais fundamentais e mais estáveis, com a ajuda dos quais se podem descobrir as regras interpretá-las e determinar seu valor. As regras podem ser infinitamente variadas; as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para as interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitado. É possível, por isto, agrupar os diferentes direitos em “famílias”, da mesma maneira que nas outras ciências, deixando de parte as diferenças secundárias, se reconhece a existência de famílias em matéria de religião (cristianismo, islamismo, hinduísmo, etc), de linguística (línguas romanas, eslavas, semitas, nilóticas, etc) ou de ciências naturais (mamíferos, répteis, pássaros, batráquios, etc). O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.

De maneira sucinta, segundo o referido autor,<sup>363</sup> podemos afirmar que na família romano-germânica a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta estritamente ligadas a

---

<sup>361</sup> RODICK, Burleigh Cushing. *The doctrine of necessity in international law*. p. 119-120: “An examination of the authorities tends to indicate that the doctrine of necessity as a legal principle should be subject to the following limitations: - (a) it should be confined with all possible strictness to those circumstances in which the law has in advance given an express sanction for its use; (b) it should be confined with all possible strictness to the defense of acknowledged rights [...] (c) it should be confined to cases in which the necessity of defending the state actually exists, in point of fact; and in which it can be demonstrated that the action taken is essential to the preservation and continuity of the state and its ability to continue in the full and free exercise of its rights and duties; (d) the means employed should be characterized by no greater amount of extra-legal forces than is rendered obligatory by the particular circumstances of the case and the need of defending the particular rights involved; (e) the danger must be so imminent and overwhelming that time and opportunity are lacking in which to provide other and adequate means of defense; (f) other things being equal, the equities, of the situation must always be considered [...] (g) the fact that a state has acted in lawful self-defense does not necessarily relieve it from financial responsibility for an excessive damage that its action has produced[...].”

<sup>362</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.22.

<sup>363</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.23-24.

preocupações de justiça e de moral, o direito civil é o centro, por excelência, da ciência do direito e tem a sua origem na Europa, formando-se, graças às universidades europeias, que elaboraram, a partir do século XII, uma ciência jurídica comum a todos e apropriada ao mundo moderno.

No que diz respeito à família do *common law*, ainda segundo René Davi,<sup>364</sup> pode-se afirmar que esta foi modelada sobre o direito inglês, formou-se das decisões dos juízes que tinham que resolver conflitos e a sua regra, que é menos abstrata do que a da família romano-germânica, visa dar solução a um processo e não formular uma regra geral de conduta para o futuro, tendo a preocupação imediata de restabelecer a ordem perturbada e não a de lançar as bases da sociedade. Tem suas origens no direito público sendo que as questões entre particulares só podiam ser levadas aos tribunais na medida em que pusessem em jogo o interesse da coroa ou do reino.

René Davi<sup>365</sup> afirma, ainda, que a família dos direitos socialistas anteriormente pertencia à família romano-germânica, conservando algumas destas características, sendo que nela, a regra do direito é considerada regra geral de conduta, procurando fundar uma sociedade onde não haja nem Estado e nem direito. A fonte das regras do direito socialista é o legislador que exprime uma vontade popular estritamente guiada pelo partido central, com base na doutrina “marxista-leninista”, que procura estabelecer uma nova estrutura econômica onde todos os bens de produção são coletivizados e o direito privado perde a proeminência frente ao direito público.

Dentre outros sistemas que apresentam semelhanças e podem agrupar-se igualmente em famílias, René Davi<sup>366</sup> ressalta, os direitos muçulmano, hindu e judaico, que buscam um sistema ideal à religião ou que possa corresponder a um certo modo de conceber a ordem social.

Por fim, quanto ao Extremo Oriente, o citado autor<sup>367</sup> afirma que este rejeita a concepção do direito como base da ordem social ao considerá-lo um instrumento do arbítrio e um fator de desordem, sendo que nele, a conciliação tem mais valor que a justiça e a mediação deve servir para dissolver os conflitos mais do que o direito para os resolver. Por fim, na África, que considera abaixo do Saara e em Madagascar, valem quase todas as

---

<sup>364</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.24-26.

<sup>365</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.27-28.

<sup>366</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.29-30.

<sup>367</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.30-32.

mesmas observações referentes ao Extremo Oriente, colocando-se em primeiro plano a coesão da comunidade.

O estudo do estado de necessidade sob o aspecto do direito penal comparado, objetiva verificar, portanto, de forma sistematizada, como este instituto encontra-se recepcionado nas legislações dos outros países, notadamente nos países das famílias romano-germânica, do *Common Law*, socialistas, mulçumanos, hindus e judaicos, do Extremo Oriente e da África; na perspectiva da dogmática jurídico-penal.

## 7.2. Família romano-germânica

A família romano-germânica agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano e liga-se ao direito da antiga Roma, afastando-se, no entanto, gradativamente das regras admitidas àquela época.

Segundo René Davi,<sup>368</sup> “os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram; não são de modo algum a cópia deles, tanto mais que muitos dos seus elementos derivam de fontes diversas do direito romano”.

Diante da especificidade deste trabalho, a análise do instituto do estado de necessidade em relação à família romano-germânica será limitada ao estudo da legislação e da doutrina penal portuguesa, italiana e alemã, que representam, de maneira geral, o direito ora em análise.

### 7.2.1. Estado de necessidade na legislação penal portuguesa

O estado de necessidade foi recepcionado no direito português, nos artigos 34 e 35 do Código Penal, como causa de justificação e como causa de exclusão da culpa, respectivamente. Neste sentido Jorge de Figueiredo Dias:<sup>369</sup>

É de acordo com a teoria diferenciada que o CP regula hoje a figura complexa do estado de necessidade. Distinguindo o estado (direito) de necessidade como causa de justificação, no art. 34º, do estado de necessidade como causa de exclusão da culpa, no art.35º; mas submetendo até certo ponto as duas figuras a um denominador comum: o do afastamento, através da prática de um facto típico, de um perigo actual que ameaça bens jurídicos

---

<sup>368</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.33.

<sup>369</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.439.

do agente ou de terceiro. Se o interesse salvaguardado for de valor sensivelmente superior ao sacrificado, o facto está justificado por direito de necessidade; se o não for o facto é ilícito mas o agente poderá, dentro de certos e estritos pressupostos, ver a sua culpa excluída.

Nestes termos os referidos dispositivos legais que integram o Código Penal Português:<sup>370</sup>

Artigo 34.º

Direito de necessidade

Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

Artigo 35.º

Estado de necessidade desculpante

1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

Analisando o direito de necessidade constante do art.34 do Código Penal, Figueiredo Dias leva em consideração a situação de necessidade e, dentro desta, os interesses juridicamente protegidos em conflito, o perigo que ameaça o bem jurídico e a provocação do perigo.

Quanto aos interesses juridicamente protegidos em conflito, o citado autor afirma que um perigo atual que ameace tais interesses do agente ou de terceiro só poderá ser afastado, eliminado ou diminuído se outro bem jurídico for lesado ou posto igualmente em perigo.

Figueiredo Dias<sup>371</sup> ressalta que a legislação portuguesa preteriu a expressão “bem jurídico”, substituindo-a por “interesse juridicamente protegido”, tendo por fundamento as discussões e deliberações da comissão que discutiu o Anteprojeto do Código Penal Alemão de 1962 e que preferiu não falar em bens jurídicos, mas de interesses juridicamente protegidos:

<sup>370</sup> Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>371</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.442.

[...] a ponderação de grandezas conflitantes que, como vimos, constitui a essência desta causa de justificação, não se reduz a uma comparação “seca” de bens jurídicos, mas de bens jurídicos projectados no contexto global – não necessariamente externo-objectivo- da situação (infra § 11 e SS). O que significa que os bens jurídicos conflitantes constituem apenas uma perspectiva entre várias relevantes para a ponderação, v.g., o grau do perigo ameaçador, a intensidade da lesão esperada, a autonomia pessoal do lesado, a maior ou menor adequação do meio salvador, etc.: tudo isto terá de ser tomado em conta para levar a cabo uma correcta ponderação. Foi seguramente a mesma intenção que presidiu, entre nós, a redação do art.34.º na parte questionada.

Desta forma, segundo o citado autor,<sup>372</sup> qualquer bem jurídico, penal ou não penal, pode ser protegido pelo que denomina de direito de necessidade e, ainda que seja um tema controvertido, inclusive bens jurídicos, não do indivíduo, mas da comunidade, podem ser abrigados sob esta proteção.

No que diz respeito ao perigo que ameaça o bem jurídico, este deve estar objetivamente em perigo, que deve ser actual e, comparativamente à legítima defesa, mais alargado. Nestes termos, Figueiredo Dias:

Importa seguidamente pôr em evidência que o bem jurídico a salvaguardar tem que se encontrar objectivamente em perigo, porque só então se pode justificar que um dever de suportar a acção típica recaia sobre o atingido pela intervenção, demais se ele não for implicado na situação inicial. No mesmo sentido corre, de resto, a exigência expressa no art.34.º de que se trate de um perigo actual, não havendo razão bastante para que se afastem completamente aqui os princípios definidos a propósito da “actualidade” da agressão na legítima defesa (supra, 15º cap., §11 e SS.).

A respeito deste tema, Figueiredo Dias, ao comentar o perigo actual na legítima defesa, afirma que este só é admissível contra agressões actuais e que estas somente são actuais quando iminentes, já se iniciaram ou ainda persistem. Segundo o autor, a agressão é iminente quando o bem jurídico já se encontra imediatamente ameaçado. Quanto ao término da actualidade da agressão, esclarece que este não se confunde com o momento da consumação do crime, posto que, em inúmeros casos, a agressão e o estado de antijuridicidade perduram para além da consumação típica ou formal do crime.<sup>373</sup>

Relevante para este efeito é o momento até ao qual a defesa é susceptível de pôr fim à agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela. Até esse último momento a agressão deve ser considerada como actual.

---

<sup>372</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.442.

<sup>373</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.411-414.

Em relação à provocação do perigo, Figueiredo Dias afirma que é necessário à justificação que este não tenha sido voluntariamente criado pelo agente e que prevaleça o seu fundamento que é o da solidariedade devida a quem se encontra em uma situação de necessidade:<sup>374</sup>

[...] a justificação só deve considerar-se afastada se a situação foi intencionalmente provocada pelo agente, isto é, se ele premeditadamente criou a situação para poder livrar-se dela à custa da lesão de bens jurídicos alheios.

No que diz respeito ao princípio do interesse preponderante e à vista do que dispõe a alínea “b” do art.34 do Código Penal português, no sentido de que só tem lugar a justificação por direito de necessidade se houver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, Figueiredo Dias o aponta como o cerne do fundamento justificador, esclarecendo:<sup>375</sup>

Por outras palavras, a lei exige que se pondere o valor dos interesses conflitantes, nomeadamente dos bens jurídicos em colisão e do grau do perigo que os ameaça, é dizer, dos decursos possíveis do acontecimento em função da violação (ou perigo de violação) dos bens jurídicos que lhe está ligada.

Conforme o citado autor, é relevante a observância da hierarquia dos bens jurídicos em confronto, não havendo uma fórmula para a resolução definitiva do problema. Cita como referência para a distinção de relevância entre um bem jurídico e outro, a pena que lhe é cominada. Também afirma que a intensidade da lesão do bem jurídico exerce papel fundamental na referida ponderação, especialmente quanto “*a saber se está em causa o aniquilamento completo do interesse ou só uma sua lesão parcial ou passageira*”.<sup>376</sup>

Do exposto, percebe-se, portanto, que o estado de necessidade foi recepcionado no direito português, nos artigos 34 e 35 do Código Penal, como causa de justificação e como causa de exclusão da culpa, respectivamente.

Nestes termos, se o interesse salvaguardado for de valor sensivelmente superior ao sacrificado, o fato estará justificado pelo estado de necessidade e, se não for, o fato será considerado ilícito, mas o agente poderá, dentro de certos pressupostos, ver a sua culpa excluída.

---

<sup>374</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.444.

<sup>375</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.445.

<sup>376</sup> DIAS. *Direito Penal: parte Geral*. p.446-463.

## 7.2.2. Estado de necessidade na legislação penal italiana

Segundo Mantovani,<sup>377</sup> o estado de necessidade encontra-se radicado no instinto de conservação e fundamenta-se no princípio *necessitas non habet legem*. Opera-se de forma objetiva, não havendo, no caso de conflito de interesses de mesmo valor, preferência legal por qualquer um deles, mas a preferência pelo bem de maior valor, caso os referidos interesses jurídicos sejam de valores diversos.

Afirma ainda Mantovani,<sup>378</sup> que o instituto do estado de necessidade, por ter um caráter utilitarista,<sup>379</sup> é uma discriminante “amoral” e que se diferencia substancialmente da legítima defesa, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico, porque nesta o perigo vem de um agressor e naquele de um terceiro inocente que não determinou a situação de perigo, pela necessidade de existir um direito pessoal de dano grave e não voluntariamente causado e por existir uma obrigação residual de indenizar, no plano civil, o sujeito prejudicado.

O estado de necessidade centra-se em dois polos, o da situação de perigo e o do fato lesivo realizado pelo sujeito em perigo ou pelo sujeito que realiza o socorro, é como se manifesta Mantovani.<sup>380</sup> Analisando o primeiro polo, afirma, em relação à situação de perigo,

<sup>377</sup> MANTOVANI. *Diritto Penale*. p.261: “Radicata nell’instinto incoercibile della conservazione, questa scriminante è prevista dall’art.54, che codifica il tradizionale principio della *necessitas non habet legem* [...] Poiché almeno uno dei interessi sono di pari valore, mentre preferisce quello maggiore se essi sono di diverso valore”.

<sup>378</sup> MANTOVANI. *Diritto Penale*.p.261: “Pur presentando affinità con la legittima difesa, se ne differenzia sostanzialmente, dal punto de vista ético e giuridico: a) nelle premesse, poiché viene leso il diritto non di un aggressore, ma di un terzo innocente, che non há determinato la situazione di pericolo;b)Nei conseguenti limiti, poiché deve trattarsi di diritti “personali” ed esistere il pericolo di un danno “grave” e non “voluntariamente causato”; c) nelle conseguenze, poiché lascia residuare sul piano civile l’obbligo di versare um “equo indennizzo” al soggetto pregiudicato (art.2045 c.c.)”.

<sup>379</sup> Jeremy Bentham, por sua obra *Um Fragmento sobre o Governo* de 1776, é reconhecido como o precursor do utilitarismo. Posteriormente, com a Teoria dos Castigos e das Recompensas, publicada em francês em 1811 e traduzida para o inglês, com títulos diferentes, *O Fundamento Racional da Recompensa*, de 1825 e *O Fundamento Racional do Castigo*, de 1830 e com *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, de 1789, considerada sua maior obra teórica, passou a divulgar as suas ideias na maior parte dos países da Europa e da América. Segundo Bentham: “por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou o que é a mesma coisa, em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo” (*Jeremy Bentham. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação; tradução de Luiz João Baraúna. in: Coleção os Pensadores – v.2 ed.. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. VI-VII, p.4*).

<sup>380</sup> MANTOVANI. *Diritto Penale*. p.263: “Circa la fonte, il pericolo può derivare da forze naturali o animali, come pure dalla aggressione di um uomo, sempre Che l’agredito diriga la própria azione non sull’aggressore, ma contro estranei. Come nel caso di chi, per sfuggire ad um seqüestro , sottrae l’altrui auto o si rifugia, violandolo, nel domicilio altrui. Il pericolo deve consistere nella minaccia di um danno Allá persona, cioè ad um diritto non patrimoniale ma personale che - secondo la concezione personalistica dell’uomo e contro le

que esta pode derivar-se tanto da força natural quanto da agressão humana e deve consistir na ameaça de um dano à pessoa.

Marinucci e Dolcini<sup>381</sup> ao analisarem o instituto do estado de necessidade e a forma como foi recepcionado no direito penal italiano, especialmente no art.54 do seu Código Penal, questionam a sua natureza, se justificante ou exculpante.

Questionam, ainda, se o estado de necessidade se trata de uma faculdade legítima, em que o seu exercício torna lícito o cometimento de um fato penalmente relevante ou de uma hipótese em que o ordenamento jurídico dispõe que não se possa apenar aquele que pratica um fato antijurídico por haver uma pressão psicológica de um circunstância que torna inexigível a abstenção da prática do referido ato.<sup>382</sup>

No entanto, os citados autores relatam que tal disputa se resume às hipóteses previstas no primeiro e segundo parágrafos do artigo 54 do Código Penal italiano, sendo incontestável que a hipótese de estado de necessidade prevista no terceiro parágrafo, estado de necessidade determinado por outro tipo de ameaça, tem natureza exculpante.<sup>383</sup>

De fato, o Código Penal italiano,<sup>384</sup> ao disciplinar o instituto do estado de necessidade, em seu art.54, o fez nos seguintes termos:

*Art. 54*

*Stato di necessità*

*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*

*Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.*

*La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo.*

*aprioristiche restrizioni di una minoritaria dottrina – comprende non solo i Beni della vita e integrità física, ma i Beni della personalità anche morale, siano o meno tutelati penalmente (libertà física, morale, sessuale, onore, riservatezza)”.*

<sup>381</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.* p.224-225.

<sup>382</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.* p.225: “Si discute se lo stato di necessita vada inquadrato tra le cause di giustificazione ovvero tra le scusanti (cfr.infra, VIII, 6), cioè se si tratti di una facoltà legittima Il cui esercizio rende lecita la comissão di um fatto penalmente rilevante ovvero di un’ipotesi in cui l’ordinamento ritiene che non si possa muovere um rimprovero a chi commesso um fatto antigiuridico, avendo agito sotto la pressione psicológica di uma circostanza che rendeva inesigibile l’astensione da quel fatto.”

<sup>383</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.* p.225: “A bem vedere, la disputa riguarda soltanto uma delle ipotesi di stato di necessita, e cioè quella prevista AL primo e AL secondo comma dell’art.54 c.p. Non è infatti contestabile Che abbia natura di scusante l’ipotesi dello “stato di necessita determinato da altrui minaccia” prevista nel co.3 (cfr.infra, 9.6)”.

<sup>384</sup> Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

Os autores acima mencionados analisaram a primeira hipótese de estado de necessidade quanto aos seus pressupostos, o perigo atual de um dano grave à pessoa não causado voluntariamente e o requisito da ação de salvamento, a necessidade de uma ação para evitar o perigo e sua proporcionalidade.<sup>385</sup>

Quanto ao pressuposto da ação de salvamento, perigo atual e não voluntariamente causado, afirmam ser este coincidente com o perigo atual vislumbrado na legítima defesa, residindo a sua fonte no desencadeamento natural, como no caso de um incêndio provocado por um curto circuito ou por provocação do homem, como no caso de um assalto que ocorra em uma estrada deserta, causando lesões à vítima e que demande a atuação de um terceiro, por exemplo, tomando um carro qualquer estacionado para socorrer à referida vítima.<sup>386</sup>

Em relação à atualidade do perigo, Marinucci e Dolcini<sup>387</sup> esclarecem que este é atual quando se verifica que o dano é iminente e também quando o dano está em curso, mas ainda não se exauriu.

Esclarecem, por fim, que a lei estabelece como limite ulterior ao perigo, que este não tenha sido voluntariamente causado pelo agente:<sup>388</sup> *La legge pone un ulteriore limite al pericolo rilevante ai fini dello stato di necessità, esigendo che il pericolo non sia stato “voluntariamente causato”*.

### 7.2.3. Estado de necessidade na legislação penal alemã

De acordo com René Davi<sup>389</sup> o sistema de direito romano-germânico surgiu a partir do século XIII com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades,

<sup>385</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. p.225: “Quanto Allá prima ipotesi di stato di necessità, analizzeremo in primo luogo i presupposti (il pericolo attuale di un dano grave Allá persona, non volontariamente causato) e i requisiti dell’azione di salvataggio (la necessità dell’azione, l’inevitabilità del pericolo e la proporzione), rinviando ad un momento successivo – quello dell’analisi della “costrizione” – il problema dell’inquadramento dello stato di necessità tra le cause di giustificazione o le scusanti”.

<sup>386</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. p.225: “La fonte Del pericolo può residere sia in un accadimento naturale (ad esempio, un incêndio provocato da un corto circuito Che scoppi in un cinema spingendo gli spettatori ad accalcarsi all’uscita, per mettersi in salvo, così da provocare lesioni a chi si frapponga sul loro percorso), sia un comportamento dell’uomo (un pirata della strada investe un pedone procurandogli lesioni gravi Che redono necessário l’immediato trasporto del ferito in un ospedale: vi provvede un passante, Il quale a tale scopo, ruba um’automobile parcheggiata nella via”.

<sup>387</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. p.225: “[...] il pericolo é dunque attuale sia quando il verificarsi del danno é imminente (la personasi refugia in una casa altrui, commetendo un fato di violazione di domicilio, per sfuggire ad un aggressore che sta per ucciderlo), sia quando il danno é già in atto, ma ancora non é esaurito[...]”.

<sup>388</sup> MARINUCCI; DOLCINI. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. p.226.

<sup>389</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.35.

com privilégio da doutrina para, posteriormente, desencadear em um período de forte produção legislativa. Na Alemanha não foi diferente:

A desintegração do império e da sociedade, que se produziu no século XIII, levou ao desaparecimento de toda a jurisdição central neste país. O Tribunal Imperial (Reichshofgericht) que subsiste tem uma competência muito reduzida devido às imunidades de jurisdição concedidas pelo imperador; não tem sede fixa, nem juízes permanentes, nem meios para fazer executar as suas decisões. Uma nova jurisdição imperial, o Reichskammergericht, estabelecida em 1495 pelo imperador Maximiliano, limitar-se á a ter, do mesmo modo, uma atividade muito restrita. Nestas condições, a jurisprudência pôde alcançar na Alemanha alguma importância num plano regional, no quadro dos diferentes Estados alemães; não conseguiu, porém, constituir um sistema de direito alemão; a via foi, por este fato aberta à recepção do direito romano.

Segundo nos informa o referido autor,<sup>390</sup> desenvolveu-se na Alemanha um novo direito das cidades, que conheceram um grande progresso na Idade Média, uma vez que os estatutos de uma cidade eram adaptados para outras cidades, estabelecendo-se desta forma, o costume de sempre consultar o tribunal de cada localidade, quando se tinha que interpretar tais estatutos.

Todavia, no século XVI, os príncipes alemães, contrariamente à ideia de um processo de nacionalização do direito, preferiam exercer o monopólio da justiça em seus tribunais, entregando tais decisões aos juristas:<sup>391</sup>

No século XVIII verificou-se uma nova tentativa, por parte de alguns autores, no sentido de sistematizar o “direito alemão” e de fazer dele um rival do *jus commune* (Gemeinrecht), representado pelo direito romano. Contudo, já era bastante tarde; o direito romano estava solidariamente implantado e o domínio do Deutsches Privatrecht limitou-se a certas instituições; não se conseguiu desromanizar e nacionalizar o conjunto do direito alemão.

Sobre a evolução do direito penal na Alemanha a partir de 1871, Claus Roxin<sup>392</sup> informa que o Código Penal alemão havia sido influenciado pelo Código Penal prussiano de 1851 e pelo Código Penal bávaro de 1813. Este último era um Código do Estado de Direito que se destacava por seus tipos claros, concisos e exemplarmente formulados e que, em sua maioria, conservam validade até a presente data:

El StGB de 1871 se basaba, en SUS fundamentos, en el StGB prusiano de 1851 y éste, a su vez, como en general las legislaciones penales alemanas del siglo xix, fue influenciado esencialmente en cuanto a su contenido jurídico por el StGB bávaro de Feuerbach de 1813 '. Es un Código del Estado de

<sup>390</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.59-60.

<sup>391</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.60.

<sup>392</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.113.

Derecho, que destaca por sus tipos claros, concisos y ejemplarmente formulados, que en gran parte conservan su validez hasta hoy; un bonito ejemplo es el parágrafo del hurto (§ 242), que (aparte de la conminación penal) ha permanecido igual desde 1871 hasta hoy.

De acordo com Roxin<sup>393</sup> o citado Código Penal, ainda que não o fizesse, de forma expressa, já contemplava uma teoria da retribuição da pena colocada a serviço da prevenção geral, ao passo que o sistema de sanções distinguia entre pena de morte, presídio, prisão, e outras formas de execução penal:

*En la formulación de los principios de la teoría general del delito, es decir, en la regulación jurídica de la Parte general, el viejo Código penal, en conformidad con una dogmática que se encontraba entonces todavía en sus comienzos, se impuso moderación y con ello se dejó un benéfico espacio al desarrollo de la ciencia. Desde el punto de vista teóricopenal el trabajo legislativo se basaba, aunque sin expresarlo explícitamente, en una teoría de la retribución puesta al servicio de la prevención general. En el sistema de sanciones distinguía entre pena de muerte, presidio, prisión, arresto asegurativo, arresto y pena de multa y de esta forma posibilitaba al juez expresar ya en la elección del tipo de pena la "justa" retribución para cada delito de acuerdo con su gravedad.*

Decorridos mais de trinta anos da sua entrada em vigor, o referido Código Penal foi revisado no período entre 1902 e 1909. Nesta época foi objeto de ampla discussão entre os juristas alemães, ocasião em que se desenvolveu a parte da prevenção especial e o sistema da “dupla via” da pena, com a coexistência da pena e da medida de segurança. Os esforços de modificação do Código, no entanto, foram interrompidos, em 1919, com a primeira guerra mundial, impedindo que os anteprojetos fossem adotados pelo governo:<sup>394</sup>

*Históricamente el Anteproyecto es significativo sobre todo porque introdujo en la reforma el sistema de la doble vía, de clara distinción y coexistencia de pena y medida de seguridad (cfr. § 1, nm. 4), por primera vez desarrollado por Stooss (cfr. § 1, n. 1): a los delincuentes reincidentes profesionales y habituales ya no se les debía aplicar, como todavía se proponía en el Anteproyecto, una "pena de seguridad", sino que, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, debían ser sometidos a una medida de seguridad, el intemamiento en un establecimiento de custodia.[...] En el año 1913 nació, sobre la base del Anteproyecto y teniendo en cuenta el Contraproyecto, otro "Proyecto de la Comisión" ", redactado por prácticos y tres catedráticos (Kahl, Frank, v. Hippel), que adoptó el sistema de la doble vía, pero que de momento se quedó sin publicar y por tal motivo sólo llegó a desplegar eficacia después de la 1.ª Guerra mundial en su adaptación a través del Proyecto 1919. Entretanto, el comienzo de la guerra impidió que se continuara y se convirtiese en un proyecto oficial del Gobierno.*

---

<sup>393</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.113-114.

<sup>394</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.114-116.

Após a primeira guerra mundial publicou-se os projetos que vinham sendo discutidos até 1919, mas estes não foram adotados pelo governo, servindo, tão somente como referência. Segundo Roxin, na República de Weimar, a despeito de não ter sido publicado um código penal, com base nas discussões que já vinham sendo realizadas, desde 1913, procedeu-se à edição de várias leis que permitiram um avanço do direito penal, especialmente no que diz respeito à teoria da pena.<sup>395</sup>

*No obstante, la República de Weimar consiguió llevar a cabo reformas parciales mediante varias leyes singulares, que han tenido un significado relevante para el desarrollo del Derecho penal. Las leyes sobre penas de multa de 21-12-1921 y 27-4-1923 preveían, en caso de penas privativas de libertad inferiores a tres meses, su transformación en pena de multa, "cuando se pueda lograr el fin de la pena mediante una pena de multa" (§ 27 b v. a.); asimismo se exigía la consideración de la situación económica del autor (§ 27 c v. a.) y se contempló la posibilidad de anulación de una pena de multa incobrable mediante trabajo libre (§ 28 b v. a.). Un paso aún más significativo en la reforma fue la Ley de Tribunales de Jóvenes, de 16-2-1923, por la que el Derecho penal de menores se extrajo del StGB, el límite de la mayoría de edad penal se elevó de 12 a 14 años, se introdujo para los menores la suspensión de la pena a prueba, se completó la pena con medidas educativas y se la sometió a su vez al fin educador. En lo esencial, aún fue asimismo una consecuencia de los esfuerzos de reforma de la República de Weimar la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y coirección, de 24-11-1933, no aprobada hasta comienzos de la época nazi, que por fin dio rango legal a la doble vía, que desde hacía mucho tiempo pertenecía al inventario fijo de todas las reformas y que, con los centros de curación y asistencia, el internamiento en un establecimiento de seguridad y la interdicción del ejercicio profesional, introdujo medidas que, con modificaciones, también pueden encontrarse en el StGB vigente.*

No período do nacional socialismo, o Terceiro Reich abandonou os movimentos reformistas que vinham sendo realizados de forma progressista no Código Penal. Com fundamento em um Estado autoritário, preparou-se um anteprojeto de Código Penal, em 1936, que, apesar de apresentado ao governo em 1939, não foi aprovado, tendo em vista o início da segunda guerra mundial que suspendeu os trabalhos de reforma:<sup>396</sup>

*En la época nacionalsocialista se continuaron inmediatamente los trabajos de reforma, pero ya no en el mismo sentido que hasta entonces de un compromiso entre las exigencias de las escuelas clásica y moderna [...] En aquel momento se aspiraba más bien a una renovación del Derecho penal en el espíritu del Estado autoritario. Bajo la dirección del Ministro de Justicia Gürtner se formó una Comisión oficial de Derecho penal. A ella pertenecieron también importantes catedráticos de Derecho penal como Kohlrausch, Mezger y Nagler; sobre todo a su influencia moderadora, marcada por los esfuerzos de la época de Weimír, se debe que el "Proyecto*

<sup>395</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.114-117-118.

<sup>396</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.118-119.

*de Código Penal alemán de 1936, presentado al Gobierno del Reich y no publicado, no obtuviera la aprobación de los entonces gobernantes. Bien es cierto que en 1939 se preparó una versión final, lista para firmar, pero no llegó a firmarse. Y con el comienzo de la 2.ª Guerra mundial se suspendieron también los ulteriores trabajos en la reforma.*

Ainda segundo Roxin, terminada a segunda guerra mundial, retomaram-se os princípios reformistas da época de Weimar e, em 1949, foi abolida a pena de morte, procedendo-se, após este período, a uma série de reformas progressistas, especialmente em relação às contravenções penais, direitos dos menores e sistema penitenciário.

Em 1953, procedeu-se a uma ampla reforma do direito penal, seguindo-se estudos realizados neste período, entre 1954 e 1959, com a produção de 14 volumes que direcionaram para a elaboração do projeto de 1962 que, apesar de não se converter em lei contribuiu diretamente para a elaboração do Código Penal alemão atual, sendo que, com a reunificação da Alemanha, a partir de 1990, o atual código estendeu-se à Alemanha Oriental, sendo reformado, mais uma vez em 1998:<sup>397</sup>

*En contra de las expectativas que sus autores albergaban justificadamente 17 en su origen, el Proyecto de 1962 (P 1962) no llegó a convertirse en Ley; pero de todos modos ha influido de forma eficaz en el Código penal ahora vigente, de modo que marca una etapa importante en la historia de la reforma del Derecho penal.[...]La reunificación de Alemania a partir del 3-10-1990, acordada por el Convenio de unificación de 31-8-1990 (EinigungsvertragsG de 28-9-1990, BGBl.II, 885), no ha implicado ninguna reforma del StGB alemán federed, sino que en lo sustancial lo ha extendido a los nuevos Länder federados germano-orientales.*

De acordo com o que se verifica no atual Código Penal alemão,<sup>398</sup> que é o mesmo Código Penal de 1871, com a última reforma de 1998, o estado de necessidade foi recepcionado tanto com característica justificante, quanto com característica exculpante.

De fato, dispõe o § 34 do referido Código Penal, a respeito do *estado de necesidad justificante*, que todo aquele que estando em perigo atual para a vida, o corpo, a liberdade, a honra, a propriedade ou outro bem jurídico, não evitável de outra maneira, praticar uma ação com o fim de evitar um perigo para si ou para outrem, não atua antijuridicamente se na ponderação dos interesses em conflito, em particular dos bens jurídicos afetados e o grau do perigo da ameaça, prevalecem os interesses protegidos sobre os prejudicados, desde que este seja o meio adequado para evitar o perigo:<sup>399</sup>

[...]

<sup>397</sup> ROXIN. *Derecho Penal. Parte general*. p.118-119.

<sup>398</sup> Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>399</sup> Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2010.

*§ 34. Estado de necesidad justificante*

*Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.*

Claus Roxin, ao comentar a inaplicabilidade da ponderação de valores de uma vida frente outra, afirma que não há, em regra, que se falar em quantificação quando se comparam vidas humanas. Por esta razão, não há como se justificar uma conduta que, em detrimento de uma vida, sacrificasse outra após uma determinada valoração, mas admite a justificação nos casos expressamente previstos em lei:<sup>400</sup>

*Sin embargo, cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana, como se desprende ya de los arts. 1, 2 y 3 GG, tiene el mismo rango; y no existe un diferente "valor de la vida". Así pues, no se podría justificar por el § 34 la conducta de un médico que le quitara a un paciente con un 30 % de posibilidades de sobrevivir el único aparato de respiración artificial existente en la clínica y con ello lo dejara morir, para poder salvar de ese modo a un paciente ingresado posteriormente con un 70 % de posibilidades de sobrevivir.[...] El rechazo de las acciones que acorten intencionadamente una vida tampoco supone afirmar que la vida humana esté sin más sustraída a toda ponderación en el marco del § 34. Pues, cuando se trate de la salvación de bienes jurídicos sumamente valiosos (sobre todo la vida), ciertas puestas en peligro pueden ser aceptables, tanto desde el punto de vista del grado de los peligros que amenazan (nm. 38 ss.), como también desde la perspectiva de la existencia de deberes especiales de arrostrar el peligro (nm. 55 s.) o de la actuación de parte del injusto (nm. 57 ss.). Y en un caso puede estar incluso justificado por el § 34 el hecho de matar dolosamente a una persona: en el estado de necesidad defensivo (nm. 62 ss.). Pero en todos esos supuestos no se trata de una diferente valoración de la vida humana en sí misma (según su duración o su valor), sino de factores adicionales, que inclinan la balanza del lado de la justificación.*

Sobre o estado de necessidade exculpante, Roxin afirma que, contrariamente ao estado de necessidade justificante, em que quem atua contribui para que se imponha um interesse claramente preponderante sobre outro, de modo que sua atuação se mostra socialmente proveitosa, ocorre o contrário, pois, resolve-se de modo negativo a conduta do sujeito que é declarada socialmente danosa, mas que, todavia, não se pune:<sup>401</sup>

*El estado de necesidad del § 35, como se deduce claramente de su tenor literal (§ 35 I 1: "actúa sin culpabilidad"), está concebido por el legislador*

<sup>400</sup>ROXIN. *Derecho Penal. Parte general.* p.686-690.

<sup>401</sup>ROXIN. *Derecho Penal. Parte general.* p. 896-897.

*como una causa de exclusión de la culpabilidad. Con ello la nueva Parte general sigue, en el tratamiento de los casos de estado de necesidad, la teoría diferenciadora, que se impuso en la ciencia alemana alrededor de 1930 (más detenidamente § 16, nm. 1). El estado de necesidad del § 34, basado en unaponderación de intereses, (y de manera análoga los casos de estado de necesidad jurídico civiles de los §§ 228 y 904 BGB) justifica, mientras que la situación del § 35 únicamente exculpa. Esta diferenciación es en principio aceptable. Pues, mientras que en el estado de necesidad justificante quien actúa contribuye a que se imponga un interés claramente preponderante, de modo que su ingerencia se valora como socialmente provechosa y legal, en el § 35 la cosa es completamente distinta. Este precepto presupone que se resuelva expresamente de modo negativo la cuestión prioritaria de la justificación de la conducta del sujeto, y que por tanto se repruebe y se declare socialmente dañoso el proceder del sujeto. Quien v.gr. puede salvarse de un peligro para su integridad física matando a una persona no implicada hace algo que, según los parámetros del ordenamiento jurídico, no debería suceder. El que a pesar de ello el § 35 exima a sujeto de pena no se debe por tanto a la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino a que su conducta, pese a la desaprobación, no se juzga necesitada de pena.*

Da mesma forma, em relação ao estado de necessidade exculpante, dispõe o § 35 do referido Código Penal que todo aquele que estando em perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade, não evitável de outra maneira praticar uma ação antijurídica com o fim de evitar um perigo para si, para um parente ou para outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade. Isto não se aplica, no entanto, se ao autor se pudesse exigir tolerar o perigo, de acordo com circunstâncias particulares porque tenha causado o perigo ou porque se encontrava em uma situação de especial relação jurídica.

Dispõe ainda o referido parágrafo que a pena pode ser diminuída, conforme disposição do inciso 1 do § 49, quando o autor não deveria tolerar o perigo em relação a uma especial relação jurídica:<sup>402</sup>

*§ 35. Estado de necesidad disculpante  
(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.*

Se, ao agir em estado de necessidade, o agente supõe, erroneamente, a existência de circunstâncias que poderiam exculpar a sua conduta, nos termos acima determinados, então

---

<sup>402</sup> Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2010.

este somente poderá ser punido, se o erro puder ser evitado, atenuando-se a pena, neste caso, de conformidade com o já citado inciso 1 do § 49:<sup>403</sup>

*(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.*

Como se observa das disposições acima analisadas, o legislador penal alemão, ao disciplinar o estado de necessidade exculpante, suprimiu, em relação ao estado de necessidade justificante, a proteção da honra, da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico, ficando esta proteção adstrita à proteção do corpo, da vida e da liberdade.

A este respeito a manifestação de Jakobs, distinguindo quanto aos bens que são passíveis do reconhecimento do estado de necessidade, tanto no caso da justificação quanto da exculpação:<sup>404</sup>

É passível de estado de necessidade todo bem passível de legítima defesa, ou seja, todo bem juridicamente reconhecido e configurado de modo absoluto. O rol do art.34, alínea 1, do Código Penal não é terminativo – diferentemente daquele do art.35 do Código penal. Segundo o enunciado do art.34, alínea 1, do Código Penal, pode se tratar de um perigo que ameaça o próprio defensor ou uma outra pessoa; assim, o estado de necessidade de terceiro constitui uma causa de justificação como o estado de necessidade.

Por outro lado, no caso da exculpação, parte-se do pressuposto de que o ato praticado, em estado de necessidade, é antijurídico, ou seja, não se amoldou às circunstâncias do § 34 do Código Penal, que exclui a antijuridicidade, mas, por ter sido praticado para salvaguardar os próprios direitos, de um parente ou de pessoa próxima, não deve ser objeto de pena, daí a razão do referido dispositivo penal afirmar que este atua sem culpabilidade.

Jakobs<sup>405</sup> se manifesta sobre esta dicotomia, afirmando que, em função da adoção da teoria diferenciadora, o estado de necessidade surte efeitos, seja como causa de justificação ou de exculpação:

As unilateralidades dessas teorias chamadas unitárias que se referem somente à exculpação ou somente à justificação levaram à elaboração da chamada “teoria diferenciadora”, hoje praticamente incontestada, segundo a qual o estado de necessidade surte efeitos, em função do saldo do interesse, seja como causa de justificação, seja como causa de exculpação.

---

<sup>403</sup> Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>404</sup> JAKOBS. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. p.589.

<sup>405</sup> JAKOBS. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. p.584-585.

Desta forma, ressalta-se que a teoria diferenciadora permite, após o balanceamento dos bens em conflito que se verifique se o estado de necessidade, recepcionado na legislação penal, apresenta natureza justificante, exculpante ou ambas.

#### 7.2.4. Aspectos do direito comparado na legislação analisada

O estado de necessidade encontra-se inscrito na legislação penal portuguesa, nos artigos 34 e 35 do Código Penal, como causa de justificação e como causa de exclusão da culpa, respectivamente.

Nos termos da alínea “b” do art.34 do Código Penal português só tem lugar a justificação por direito de necessidade se houver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, prevalecendo desta forma a observância da hierarquia dos bens jurídicos em confronto.

No que diz respeito ao estado de necessidade exculpante, age sem culpa quem praticar um fato ilícito adequado a afastar um perigo atual e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente, podendo a pena ser atenuada ou até mesmo excepcionalmente dispensada caso o perigo ameace interesses jurídicos diferentes dos referidos de conformidade com o art.35 da citada legislação penal portuguesa.

Na legislação penal italiana, da mesma forma que na legislação portuguesa, também se verificam tanto o estado de necessidade justificante quanto o exculpante, de conformidade com as hipóteses previstas no primeiro e segundo parágrafos do artigo 54 do Código penal italiano e terceiro parágrafo do referido dispositivo penal, respectivamente, quando ocorrer o estado de necessidade determinado por outro tipo de ameaça.

No que diz respeito à legislação penal alemã a questão não é diferente. De acordo com o que se verifica no atual Código Penal alemão,<sup>406</sup> que é o mesmo Código Penal de 1871, com a última reforma de 1998, o estado de necessidade foi recepcionado tanto com característica justificante, quanto com característica exculpante.

De fato, dispõe o § 34 do referido Código Penal, a respeito do *estado de necessidade justificante*, que todo aquele que estando em perigo atual para a vida, o corpo, a liberdade, a honra, a propriedade ou outro bem jurídico, não evitável de outra maneira praticar

---

<sup>406</sup> Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2010.

uma ação com o fim de evitar um perigo para si ou para outrem não atua antijuridicamente se na ponderação dos interesses em conflito, em particular dos bens jurídicos afetados e o grau do perigo da ameaça, prevalecerem os interesses protegidos sobre os prejudicados, desde que este seja o meio adequado para evitar o perigo.

Em relação ao estado de necessidade exculpante, o § 35 do Código Penal alemão, é no sentido de que todo aquele que, estando em perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade, não evitável de outra maneira, praticar uma ação antijurídica com o fim de evitar um perigo para si, para um parente ou para outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade. Tal disposição não se aplica, no entanto, se ao autor puder ser exigido tolerar o perigo, de acordo com circunstâncias particulares porque tenha causado o perigo ou porque se encontrava em uma situação de especial relação jurídica.

A exemplo do que preconiza a legislação portuguesa, o Código penal alemão preceitua que a pena pode também ser diminuída, conforme disposição do inciso 1 do § 49, quando ao autor não for exigido que tolere o perigo em relação a uma especial relação jurídica. Tal possibilidade, como já visto, não é, no entanto contemplada pelo direito penal italiano, que não prescreve em seu ordenamento penal, notadamente no art.54 do seu Código Penal, tal hipótese de redução de pena.

A legislação penal alemã, ao disciplinar o estado de necessidade exculpante, diferentemente do que preconizam as legislações portuguesa e italiana, suprimiu de sua proteção a honra, a propriedade ou qualquer outro bem jurídico, ficando esta proteção adstrita ao corpo, à vida e à liberdade.

### 7.3. Família do *Common Law*: o estado de necessidade na legislação penal inglesa

Juan Ignacio Piña Rochefort,<sup>407</sup> ao estudar a estrutura da teoria do delito e os seus elementos no âmbito do *Common Law*, afirma que, em linhas gerais, ninguém pode ser condenado a menos que se haja provado, além de uma dúvida razoável que tenha causado um certo evento ou possa lhe ser atribuída a responsabilidade pela existência de um certo estado de coisas (*state of affairs*) proibidos pela lei, que tenha tido uma determinada disposição mental (*state of mind*) em relação ao evento causado ou à existência deste estado de coisas:

*La formulación general que sirve para estructurar la teoría del delito del sistema penal anglosajón, se puede resumir diciendo que, em el Criminal*

---

<sup>407</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.13-14.

*Law, nadie puede ser condenado a menos que se haya probado, más Allá de una Duda razonable, que (a) há causado um cierto evento, o puede atribuírsele responsabilidad por la existência de um cierto estado de cosas (state of affairs) prohibidos por la ley, y (b) que há tenido uma determinada disposicion mental (state of mind) em relación al evento causado o a la existência de esse estado de cosas.*

De acordo com Rochefort, desta fórmula surgem os dois elementos constitutivos do delito, cunhados na tradição anglo-saxônica: o *actus reus* (elemento externo) e o *mens rea* (elemento interno).<sup>408</sup>

Segundo o citado autor,<sup>409</sup> a distinção entre elementos internos e externos é eminentemente doutrinária e jurisprudencial, sendo necessária, no entanto, para considerar susceptível de sanção o autor quando estiverem presentes e para, em sua ausência, em sentido contrário, impossibilitar a aplicação de pena. A ocorrência destes dois elementos deve estar provada, no entanto, além de uma dúvida razoável (*reasonable doubt*), recaindo a carga probatória sobre a parte acusatória.

Assim, sobre os elementos externos (*actus reus*) que determinam a tipologia do delito deve concorrer o elemento interno (*mens rea*) e, concorrendo estes dois elementos poderá ser afirmada a responsabilidade do agente.

Conforme pondera Juan Ignacio Piña Rochefort,<sup>410</sup> a concorrência dos dois elementos, no entanto, por si só, não garante a responsabilidade do agente, sendo necessário que a eles não concorra quaisquer das circunstâncias a que a lei tenha dado capacidade de eximir de responsabilidade o agente, conhecidas como defesas gerais, na medida em que sua aplicação se refira à generalidade dos delitos, ou especiais, na medida em que sua aplicação se restrinja a algum deles:

*Sin embargo, la concurrencia de estos dos elementos no garantiza sin más la existencia de la responsabilidad. Es necesario además que no concorra alguna de las circunstancias a las que la ley o el common law ha dado capacidad de eximir de responsabilidad al agente. Estas circunstancias se conocen como defensas generales (en la medida que su aplicación se refiera a la generalidad de los delitos) o especiales (en la medida que su aplicación se restrinja a alguno o alguno de ellos). Sobre estos dos pilares se estructura la teoría del delito del sistema anglosajón. Por una parte la afirmación de la concurrencia de los elementos que integran la definición del delito, por otra, la negación de la concurrencia de alguna defensa. Solo una vez que ambos hechos se confirman, puede suceder la responsabilidad penal.*

---

<sup>408</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.14.

<sup>409</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.14.

<sup>410</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.18.

Desta forma, os pilares que sustentam a teoria do delito no sistema anglo-saxônico são, de um lado a afirmação da ocorrência dos elementos que integram a definição do delito e, de outro, a negação da ocorrência de alguma defesa.

No que diz respeito ao *actus réus*, Rocheffort<sup>411</sup> afirma que este “*contiene todos los elementos del delito que non son parte del mens rea. En otras palabras, forman parte del actus réus todos aquellos hechos externos que no guarden relación con la disposición mental del agente*”.

Segundo o referido autor, existem peculiaridades que tornam a formulação do *Common Law* diferenciada do sistema, que intitula continental, e que equivale ao romano germânico. Em linhas gerais, o que o *Common Law* denomina *definição de delito* é equiparável ao que o sistema continental denomina *tipo de injusto*; o *actus reus* equivaleria à parte objetiva do tipo e o *mens rea* à parte subjetiva, sendo que as causas de justificação e exculpação encontram-se confusamente agrupadas no sistema, sob o rótulo de defesas gerais:<sup>412</sup>

*Si tuviéramos que equiparar las categorías anglosajonas a las continentales, com todo lo temerário que ello resulta, habría que decir que lo que el Common Law denomina definicion del delito, el equiparable a lo que el sistema continental denomina tipo de injusto. Por su parte el actus réus, equivaldría a la parte objetiva del tipoy el mens rea a la parte subjetiva de este. Posteriormente, se hará notar que las causas de justificación y exculpación, se encuentran en el sistema confusamente agrupadas bajo el rótulo de defensas generales.*

Nestes termos, torna-se importante observar, de conformidade com as ponderações do citado autor, que as causas de justificação e exculpação do sistema continental se agrupam dentro do sistema de defesas gerais do *Common Law*:<sup>413</sup> “*Ya hemos adelantado que, en gran parte, lo que la tradición continental llama causas de justificación y exculpación se agrupan dentro de las defensas generales*”.

De acordo como Rocheffort,<sup>414</sup> há casos em que o autor ou o partícipe de um delito pratica o ato com certas motivações tão poderosas (*duress*) que lhe resulte impossível ou inexigível orientar o seu agir de um modo diverso. Durante séculos o sistema do *Common Law* tem reconhecido em certas ameaças este tipo de poder motivante, desde que a força por ameaças (*duress by threats*) tenha surgido pacificamente como uma defesa geral:

---

<sup>411</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del “common law”*. p.23.

<sup>412</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del “common law”*. p.59.

<sup>413</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del “common law”*. p.55.

<sup>414</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del “common law”*. p.145-146.

*Puede suceder que el autor de un delito (o incluso algún outro partícipe) obre com ciertas motivaciones tan poderosas que le resulta imposible (o resulta imposible exigirle) que oriente su actuar de um modo diverso. Durante siglos, el sistema del Common Law há reconocido em ciertas amenazas este tipo de poder motivante, hasta el punto que la fuerza por amenazas (duress by threats) se há erguido pacíficamente como una defensa general.*

A particularidade da formação anglo-saxônica é que esta contempla, sob este mesmo princípio, uma classe de força diferente: a força moral ou pressão externa aplicada sobre o ânimo do autor, não necessariamente terá suas origens na ameaça de um terceiro, mas em outras circunstâncias independentes das vontades de terceiros (*duress by circumstances*).

Apesar de, jurisprudencialmente, a força por ameaças ser notadamente superior à força por circunstâncias, estas não se regem por princípios diferentes, uma vez que o princípio de ambas as defesas está radicado em poderosas motivações que podem alterar a formação da vontade do autor, razão pela qual se erguem como defesas gerais.<sup>415</sup>

*Aun cuando el desarrollo jurisprudencial de la fuerza por amenazas es notablemente superior que el de la fuerza por las circunstancias, nada indica que deban regirse por principios diferentes. Em efecto, si se reconoce que tanto una amenaza como determinadas condiciones adversas son capaces de producir tales alteraciones em la formación de la voluntad del autor, de modo de llegar a negar la disposición mental exigida por el delito, no parece sensato aplicarles tratamientos diferentes.*

Quanto ao perigo envolvido e a resistência exigível, não há acordo sobre o seu grau, devendo se ponderar sobre o que seria pior no caso concreto e como deveria se medir a tolerância do agente:<sup>416</sup> “No existe acuerdo respecto del grado de peligro que há de existir em la situación (sea em la amenaza o em las circunstancias) para aceptar la defensa em juicio”.

Especificamente em relação ao estado de necessidade (*necessity*), Rochefort<sup>417</sup> afirma que este se refere a uma situação em que o agente se vê envolto e, em virtude da qual a infração da norma penal aparece como um mal menor que o que se produziria se não a violasse, podendo se constituir num fundamento de defesa:

*El estado de necesidad, est estado de necesidad, aquella situación em que se ve envuelto el agente y em virtud de la cual la infracción de la norma penal aparece como um mal menor que el fundamento de uma defensa. Mientras em el caso de la fuerza la voluntad del agente se vê malformada por estímulos poderosos (como estado de necesidad el daño próprio o ajeno), em el caso de la necesidad el agente opta por la violación de la norma em aras a evitar um mal mayor.*

---

<sup>415</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito em el ámbito jurídico del “common law”*. p.147.

<sup>416</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito em el ámbito jurídico del “common law”*. p.151.

<sup>417</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito em el ámbito jurídico del “common law”*. p.154-155.

Assim, enquanto no caso da força, a vontade do agente se vê malformada por estímulos poderosos, no caso da necessidade o agente opta pela violação da norma para evitar um mal maior.

Segundo Rochefort,<sup>418</sup> a defesa da necessidade foi reconhecida por autores clássicos, não havendo um *case law* que possa justificar sua aplicação de um modo geral. Já houve casos de sentenças absolutórias reconhecendo o estado de necessidade, mas nunca houve um reconhecimento expresso deste princípio nem uma referência à necessidade como uma defesa geral, devendo se ressaltar, no entanto, que já houve reconhecimento tácito destes princípios em diversos julgados.

### 7.3.1. Estado de necessidade na legislação penal inglesa

Em relação ao estado de necessidade na legislação penal inglesa, Cecil Turner,<sup>419</sup> fundamentado no direito costumeiro daquele país, afirma que o fato de uma pessoa valer-se da força para se salvar ou para salvar terceiros de um mal muito maior ou para destruir ou invadir uma residência ou propriedade alheia em caso de incêndio para por fim às chamas e evitar que a mesma se espalhe para outros locais, tem sido considerado como atos de defesa na esfera cível, apto a gerar a reparação pelos danos ocorridos.

Ocorre que estes atos de defesa criminal, invariavelmente, geram a possibilidade de uma reparação pelos danos ocorridos na área cível. Tal possibilidade termina por distorcer os limites do estado de necessidade que, na esfera criminal, tem como principal função punir o ilícito, em caso de culpa, ou determinar a sua exclusão, se reconhecida a situação de necessidade, e no contexto civil determinará a verificação de aspectos indenizatórios associados à sua prática.

A consequência desta dicotomia, conforme se observa das ponderações de Turner,<sup>420</sup> é que se corre o risco de uma má compreensão do instituto do estado de

---

<sup>418</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.154.

<sup>419</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.59: "The fact that a man Who has inflicted harm upon another's person or property, did so for the purpose of saving himself or others from a much greater harm, has from early times been recognized as a defence in civil actions, brought to recover compensation for the harm thus inflicted. It is admitted no torp to pull down houses to prevent a fire drom spreading, or to enter a person's house to put out a fire. It would therefore seem natural that such prospect of greater harm shoul be still more readily admissible as a defense to criminal proceedings".

<sup>420</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.59-60: "For in them the main object is not to compensate loss but to punish actual guilt (which here seems almost or altogether absent); and punishment itself must fail to attain its great object, that of deterrence, in those cases of so-called necessity where the evil ithreatens is less than the evil which would have been suffered if the crime had not warded it off. So a person who commits some

necessidade pois, uma conduta pouco relevante na área cível pode ser muito relevante na área criminal, ou vice versa.

Ademais, como bem pondera Cécil Turner,<sup>421</sup> é muito difícil afirmar se uma determinada conduta é evitável ou inevitável e, além disto, seria muito mais razoável e preferível para a pessoa praticar, em tais circunstâncias, uma conduta que lhe fosse mais conveniente do que outra que lhe causasse mais transtornos.

Relevante no direito criminal inglês e com forte repercussão na doutrina e jurisprudência do estado de necessidade de outros países, o julgamento do caso do Iate Mignonette, *Dudley and Stephens (1884)*, já referido no item 2.1, em que, de acordo com Turner,<sup>422</sup> a tese do estado de necessidade, que foi sustentada por Lord Bacon, foi vencida, prevalecendo o entendimento da Corte de Queen's Bench, no sentido de que não há princípio geral de direito que autorize um homem a tirar a vida de uma pessoa inocente para preservar a sua própria vida: "*the court of Queen's Bench declared emphatically that there is no general principle of law which entitles a man to take the life of an innocent person in order to preserve his own*".

### 7.3.2. Aspectos do direito comparado na legislação penal analisada

Segundo Rochefort,<sup>423</sup> existem peculiaridades que tornam a formulação do *Common Law* diferenciada do sistema, que intitula, continental e que equivale ao romano germânico.

Em linhas gerais o que o *Common Law* denomina *definição de delito* é equiparável ao que o sistema continental denomina *tipo de injusto*, o *actus reus* equivaleria à parte objetiva do tipo e o *mens rea* à parte subjetiva, sendo que as causas de justificação e exculpação encontram-se confusamente agrupadas no sistema, sob o rótulo de defesas gerais.

*trivial offense, for the purpose of saving life – who goes at night, shal we say on a lamplless bicycle to fetch the fire-engine-might seem to have a valid legal excuse. Yet, though theoretical writers have been willing to accept this ground of defence, there is no English case in which the defense has been actually raised with success; however Lord Mansfield gave an obiter dictum that even an act of treason, like the deposition of a colonial governor by his council, might, in some circumstances of public danger, be justified by its necessity. The word 'necessity' which is often used to indicate these predicaments, is somewhat mislending*".

<sup>421</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.60: "Strictly speaking there is no necessity in the sense that the thing is inevitable or unavoidable. For if it were, then there wouldo be the legal defense that the accused's act was not voluntary. In reality the position is that the person (perhaps with very good reason) much prefers to do the thing which he does rather than something else which would be more unpleasant".

<sup>422</sup> TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.60.

<sup>423</sup> ROCHEFORT. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del "common law"*. p.59.

As causas de justificação e exculpação do sistema continental se agrupam dentro do sistema de defesas gerais do *Common Law*, com a particularidade de que esta contempla, sob este mesmo princípio, uma classe de força diferente que é a força moral ou pressão externa aplicada sobre o ânimo do autor e que não tem suas origens, necessariamente, na ameaça de um terceiro, mas em outras circunstâncias independentes das vontades destes.

Todavia, apesar de, jurisprudencialmente, a força por ameaças ser notadamente superior à força por circunstâncias, característica do *Common Law*, tem-se que o princípio de ambas as defesas está radicado em poderosas motivações que podem alterar a formação da vontade do autor.

Quanto ao perigo envolvido e a resistência exigível, há que se proceder a uma ponderação das circunstâncias para se verificar o que seria pior no caso concreto e como deveria se medir a tolerância do agente.

Como já visto, relevante no direito criminal inglês e com forte repercussão na doutrina e jurisprudência do estado de necessidade de outros países, o julgamento do caso do *Iate Mignonette*, *Dudley and Stephens (1884)*, em que, de acordo com Turner,<sup>424</sup> a tese do estado de necessidade, que foi sustentada por Lord Bacon, foi vencida, prevalecendo o entendimento da Corte de Queen's Bench, no sentido de que não há princípio geral de direito que autorize um homem a tirar a vida de uma pessoa inocente para preservar a sua própria vida.

#### 7.4. Família socialista: o estado de necessidade na legislação penal da Rússia

Sheila Jorge Selim de Sales,<sup>425</sup> realizando um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos países socialistas não democráticos, afirma que:

A análise histórica demonstra que, do ponto de vista cronológico, a parte especial precede a parte geral dos códigos penais. A propósito, basta recordar que as legislações mais antigas limitavam-se a determinar o elenco de fatos proibidos pela lei e a respectiva forma de punição, em regra, o talião.[...] Após o 'iluminismo' a parte geral foi instituída nos códigos penais, como componente integrante de um sistema penal organicamente ordenado e em constante interação, constituído por "parte geral-parte especial", propondo nos uma justiça centrada nas garantias individuais, guiada pelo interesse público.

---

<sup>424</sup> TURNER, J. W. Cecil. *Kenny's outlines of criminal Law*. p.60.

<sup>425</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.45.

Segundo a citada autora dependendo da orientação democrática, ou não dos Estados, a parte especial pode desenvolver função garantista ou não ter qualquer importância:

Assim, à medida que nos encontrarmos diante de Estados democráticos ou não democráticos (autoritários e/ou totalitários), modifica-se o comportamento da casuística compreendida na parte especial: esta pode desenvolver função garantista, simplesmente exemplificativa ou, até mesmo, não ter relevo algum, como se expõe a seguir. A cada ideologia, pois corresponde a diverso modo de comportar-se da parte especial dos códigos.

Sobre o socialismo penal, Sales<sup>426</sup> afirma que, para a análise de qualquer aspecto do direito penal socialista torna-se necessário a diferenciação entre “socialismo penal” e “socialização do direito penal”. Quanto ao socialismo penal, assim se manifesta:

A expressão “socialismo penal” (direito penal socialista, direito penal marxista, marxismo jurídico-penal) é utilizada para designar o sistema penal nos Estados socialistas, os princípios e os institutos jurídicos construídos sobre a doutrina política do “marxismo-leninismo”. Nesses países, o estado assume a função de governar a sociedade e sua história, dirigindo a passagem do Estado liberal<sup>427</sup> à sociedade comunista, pensada como única sociedade na qual o ser humano pode encontrar plena realização, livre de classes sociais, do estado, do Direito e da religião. Uma sociedade regida pela solidariedade e pela concórdia, na qual as relações sociais deverão desenvolver-se sempre em harmonia, já que as regras serão espontaneamente obedecidas, ou melhor, respeitadas.

A citada autora afirma<sup>428</sup> que são características do socialismo penal o fato de se atribuir ao direito penal as funções de: a) “defesa da ordem socialista instituída contra o ‘capitalismo’, as atitudes ‘contra-revolucionárias’ e os ‘inimigos da classe proletária’”; b) “educar os cidadãos contra tendências ‘anti-sociais’ e ‘egoísticas’”; c) “anular os impulsos humanos criados pela ‘perniciosa’ organização econômica capitalista, impulsionando os cidadãos à edificação do comunismo” e; d) o “escopo do direito penal é a consolidação do socialismo”.

---

<sup>426</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.57.

<sup>427</sup> A este respeito Sheila Jorge Selim Sales assim se manifesta: “Por isso não se pode desconhecer a importância atribuída à parte especial dos códigos no direito penal liberal, já que, pela primeira vez, no sistema penal, a ela é atribuída a função de concretizar os ideais iluministas de garantia e certeza enunciadas no princípio da legalidade, colocando fim ao arbítrio dos juízes e monarcas característicos do Absolutismo. A partir de então, a parte especial cumpre a função de estabelecer quais são os fatos considerados crimes, mediante descrição mais minuciosa e taxativa (possível) de cada um deles. Registre-se, ainda, que somente após modelo iluminista da época os cultores do direito penal reconhecem que das diversas concepções políticas derivaram (e derivam) relevantes e imediatas consequências no âmbito penal, atribuindo-se à parte especial diversificadas funções e tarefas e, portanto, determinando o comportamento a ser assumido pela parte especial do Código, tendo em vista as diversas ideologias. (SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.48).

<sup>428</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.59-60.

No que diz respeito à socialização do direito penal, Sales<sup>429</sup> afirma que esta concepção consubstancia “dois dentre os grandes pilares-ideais do direito penal nas democracias sociais”, quais sejam, o fato da tutela penal não poder ser polarizada fundamentalmente sobre valores individuais, devendo estender-se a bens jurídicos do corpo social e a atribuição ao direito penal, dentro do Estado social de direito, da função de socialização em função da pessoa humana e do seu desenvolvimento:

A expressão “socialização do direito penal”, ao invés, é utilizada para contrapor-se à função conservadora do direito penal no liberalismo de tipo individualista, colocado como instrumento para a exagerada tutela de valores individuais (e.g. o patrimônio), bem como à estabilização e rígida conservação dos valores presentes na vida social e política, que tanto serviu à criação das desigualdades econômico-sociais. Nesse sentido, trata-se de expressão própria aos ideais e funções do direito penal nas modernas democracias sociais, enquanto instrumento de proteção (e não de repressão) a bens jurídicos que consintam e assegurem a dignidade e o pleno desenvolvimento de todas as potencialidades do ser humano (psicofísicas, intelectuais, sociais, etc.).

Sobre a construção do direito penal socialista, a referida autora afirma que com o advento da Revolução de 1917, o novo regime político passou a considerar que a finalidade atribuída ao direito penal liberal era de cunho classista objetivando defender a propriedade privada e os interesses capitalistas, razão pela qual empreendeu substanciais modificações à sua concepção tendo como premissa fundamental o fato de que o sistema penal passasse a ser concebido como instrumento de defesa da nova ordem instaurada.<sup>430</sup>

No primeiro período da revolução (1917-1918), admitia-se a aplicação das leis a ela preexistentes, desde que essas não tivessem sido implícita ou explicitamente ab-rogadas pelo “Poder dos Soviets” ou não apresentassem contraste com a consciência jurídica socialista e com os programas do partido. No segundo período (novembro-1918), a aplicação de tais leis foi proibida, e a denominada “Comissão Extraordinária” (*ce-ka*) passa a regular o direito penal e sua aplicação. Em 30.11.1918, foram promulgados os “Princípios diretivos do direito penal da URSS”, documento no qual, pela primeira vez, colocaram-se fundamento e regra geral para a luta repressiva.

Nesta época, conforme ponderações da já mencionada autora,<sup>431</sup> de maneira geral, não se atribuía qualquer relevo ao “problema filosófico da responsabilidade moral”, “o fato crime é fruto de inadequada distribuição dos meios de produção nos Estados capitalistas”, a liberdade humana é “determinada pelo desenvolvimento material e econômico (isto é, por leis objetivas) da própria sociedade”. A concepção do delito passa a ser puramente material,

---

<sup>429</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.63.

<sup>430</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.63.

<sup>431</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.65

bastando para a aplicação da sanção penal “tão-só, a *perigosidade* do fato e do agente” ao passo em que constava do art.6º do Código Penal russo de 1922 que a lei penal deveria ser aplicada a toda ação ou omissão contra a sociedade soviética ou tendente a abolir a ordem instituída, até que se passasse à sociedade comunista.

Em 1930, o Projeto de Krylenko representou, segundo Sheila Jorge Selim Sales,<sup>432</sup> a primeira produção jurídico-científica de caráter marxista em matéria penal. Apresentava como característica o estabelecimento de um novo padrão para o direito penal em que se registrou um rompimento com o direito penal liberal e com os seus fundamentos garantistas:

O projeto representou a primeira resultante da elaboração jurídico científica de caráter “marxista” em matéria penal: ignorou toda a construção doutrinária até então realizada no âmbito científico, fugiu a todos os padrões do direito penal centrado na idéia de garantia e certeza do direito, fruto da filosofia penal do iluminismo; desconheceu, e.g., o princípio da legalidade, a tradicional idéia sobre a responsabilidade moral, abandonando todos os princípios que inspiraram o direito penal “iluminista” – cujas bases, ainda hoje, são constantemente citadas e consideradas pelos estudiosos que pretendem realizar interpretação garantista dos sistemas penais nos Estados sociais democráticos.

#### 7.4.1. Estado de necessidade na legislação penal soviética

Fabrizio Ramacci,<sup>433</sup> ao analisar os Códigos Penais soviéticos de 1922 e 1927, observa que o primeiro, contrariamente aos princípios diretivos de 1919, admitia a interpretação analógica, enquanto o segundo admitia a analogia. Quanto ao Código Penal que entrou em vigor em 1960, afirma que este determinou o retorno à legalidade na legislação penal soviética, sendo esta legalidade, no entanto, instrumental e condicionada ao suporte do regime político e do sistema social instituído.

---

<sup>432</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.57.

<sup>433</sup> RAMACCI. *Corso de Diritto Penale*. p.88-89: “Emblematica, al riguardo, è la storia della codificazione penale nell'ex URSS: il primo codice penale post-rivoluzionario, entrato in vigore il 1º luglio 1922, non ripeteva la definizione di reato, già data nei Principi direttivi del 1919 come lesione dell'ordine dei rapporti social, ma ammetteva l'interpretazione analógica; il secondo Codice penale soviético, entrato in vigore il 1º gennaio 1927, definiva reato “ogni azione od omissione contro la società comunista” e ammetteva il ricorso all'analogia; il Codice penale entrato in vigore il 1º luglio 1960, dopo il famoso XX Congresso del PCUS e l'avvio della cd. Destalinizzazione (dal nome del defunto dittatore Stalin), sancisce il ritorno allá legalità secondo il principio di legalità socialista affermando nell'art. 1 che: “la legge penale determina quali azioni socialmente pericolose sono delittuose e fissa le pene applicabili alle persone Che hanno commesso infrazioni”. La vicenda política sottesa alle prime due codificazioni corrispondeva ad una visione strumentale del diritto penale utilizzato come supporto di un regime político e di un sistema sociale ancora in via di assestamento”.

Dentro deste contexto, o atual Código Penal da Federação Russa<sup>434</sup> que entrou em vigor em 1996, elenca em seu capítulo 8, as circunstâncias que excluem a criminalidade de uma ação: a legítima defesa, as ofensas praticadas a uma pessoa que praticou um crime, a extrema necessidade, a coação física e psíquica, o risco justificado e a execução de ordens ou instruções.

Em relação ao estado de necessidade, que denomina de “extrema necessidade”, e que se encontra disciplinado no inciso 1, do seu art.39 e capítulo 8, o referido Código Penal de 1996 dispõe que a violação dos interesses legalmente protegidos em um estado de extrema necessidade, com a finalidade de remover um perigo iminente para uma pessoa, para os seus direitos, ou para os direitos das outras pessoas, bem como os interesses legalmente protegidos da sociedade ou do Estado, não deve ser considerado um crime, se o perigo não pode ser removido por outros meios e se não se exceder os limites do estado de necessidade.<sup>435</sup>

*Chapter 8. The Circumstances Excluding the Criminality of a Deed*

[...]

*Article 39. Extreme Necessity*

*1. The harming of legally protected interests in a state of extreme necessity, that is, for the purpose of removing a direct danger to a person or his rights, or to the rights of other persons, to the legally-protected interests of the society or the State, shall not be deemed to be a crime if his danger could not be removed by other means and if there was no exceeding the limits of extreme necessity.*

[...]

Verifica-se no referido dispositivo legal, a preocupação do legislador em assegurar que ações tendentes a proteger a sociedade ou o estado possam ser consideradas como praticadas em estado de necessidade, eximindo de culpa os agentes que as deflagram.<sup>436</sup> *“to the legally-protected interests of the society or the State, shall not be deemed to be a crime if his danger could not be removed”*.

---

<sup>434</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>435</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>436</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

O próprio inciso 2, do já citado artigo 39 do capítulo 8 do Código Penal da Federação Russa,<sup>437</sup> disciplina a questão do excesso no estado de necessidade, afirmando que a ação que não corresponder à natureza e ao grau do perigo envolvido, nem as circunstâncias em que este perigo foi removido e quando um dano igual ou mais considerável for causado por estes interesses, então a ação será considerada excessiva, sendo que este excesso implicará em responsabilidade criminal somente nos casos em que houver vontade do agente na provocação do dano:

*Chapter 8. The Circumstances Excluding the Criminality of a Deed*

[...]

*Article 39. Extreme Necessity*

[...]

*2. The infliction of a harm that obviously does not correspond to the nature and the degree of threatened danger, nor to the circumstances under which the danger was removed, when equal or more considerable harm was caused to said interests than the harm averted, shall be deemed to be excess of exceeding necessity.*

*Such excess shall involve criminal responsibility only in cases of the intended infliction of harm.*

[...]

No que diz respeito à família socialista, o atual Código Penal da Federação Russa<sup>438</sup> que entrou em vigor em 1996, em seu capítulo 8, que trata das circunstâncias que excluem a criminalidade de uma ação denomina o estado de necessidade de “extrema necessidade”, e disciplinando-o no inciso 1, do seu art.39, prescreve que a violação dos interesses legalmente protegidos em um estado de extrema necessidade, com a finalidade de remover um perigo iminente para uma pessoa, para os seus direitos, ou para os direitos das outras pessoas, bem como os interesses legalmente protegidos da sociedade ou do Estado, não deve ser considerado um crime, se o perigo não pode ser removido por outros meios e se não se exceder os limites do estado de necessidade.

Verifica-se, no referido dispositivo legal, a preocupação do legislador em assegurar que ações tendentes a proteger a sociedade ou o estado possam ser consideradas como praticadas em estado de necessidade, eximindo de culpa os agentes que as deflagrarem, fato que não pode ser observado no direito penal dos países das famílias romano-germânica e do *Common Law* estudadas.

---

<sup>437</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/prview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>438</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/prview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

#### 7.4.2. Aspectos do direito comparado na legislação penal analisada

No que diz respeito à família socialista, o atual Código Penal da Federação Russa,<sup>439</sup> que entrou em vigor em 1996, em seu capítulo 8, que trata das circunstâncias que excluem a criminalidade de uma ação, denomina o estado de necessidade de “extrema necessidade” e disciplinando-o no inciso 1, do seu art.39, prescreve que a violação dos interesses legalmente protegidos em um estado de extrema necessidade, com a finalidade de remover um perigo iminente para uma pessoa, para os seus direitos, ou para os direitos das outras pessoas, bem como os interesses legalmente protegidos da sociedade ou do Estado, não deve ser considerado um crime se o perigo não pode ser removido por outros meios e se não se exceder os limites do estado de necessidade.

Verifica-se no referido dispositivo legal, a preocupação do legislador em assegurar que ações tendentes a proteger a sociedade ou o estado possam ser consideradas como praticadas em estado de necessidade, eximindo de culpa os agentes que as deflagrarem, fato que não pode ser observado no direito penal dos países das famílias romano-germânica e do Common Law estudadas.

#### 7.5. Famílias muçulmana, hindu e judaica: o estado de necessidade na legislação penal dos países árabes

Mahmoud M. Mostafa,<sup>440</sup> ao apresentar a evolução do sistema penal nos países árabes define-a em quatro etapas, quais sejam: a etapa pré-islâmica, a etapa da soberania do direito muçulmano, a etapa do início da codificação e a etapa atual orientada pelo direito comparado.

##### 7.5.1. O período pré-islâmico

---

<sup>439</sup> Disponível em:

<<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/prview>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>440</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.7-18: “On peut ramener à quatre lês étapes de l’evolution du droit penal dans lês pays arabes. Ces étapes sont: l’etape preislamique, celle de la souverineté du droit mussulman, celle du debut de la codificacion et enfin l’etape Durant laquelle La source unique fut repudiée pour faire place, à la lumière du droit compare, à un droit penal évolué”.

Mostafa<sup>441</sup> divide o período pré-islâmico em três eras: a era faraônica, a era do Código de Amurabi e a época da Idolatria dos árabes.

Na era faraônica das gravuras e papiros descobertos constata-se que os antigos egípcios conheciam os procedimentos penais, tanto que o vice-rei era investido de poderes de procurador geral, os magistrados eram nomeados pelos faraós e 13 séculos antes de Jesus Cristo já haviam separado a justiça civil da justiça penal e estabelecido tribunais próprios. No que concerne às infrações e penas, verifica-se a repressão às infrações ao direito natural como homicídio, o assalto, o adultério, o furto, a traição e a imposição das penas de morte, da flagelação, de talião e de confiscação.<sup>442</sup>

Na era do código de Hamurabi, instituído pelo próprio Hamurabi, na época em que governou o Império Babilônico, por quarenta e três anos, entre 1728 a 1686, antes de Cristo, em 282 artigos verificava-se a codificação dos mais diversos assuntos e especialmente o fato de ter investido o Estado de poderes para julgar as questões penais, minimizando a vingança privada e adotando, na reparação voluntária, o princípio da punição.<sup>443</sup>

Segundo Mostafa<sup>444</sup> na época da idolatria dos árabes prevalecia a vingança privada, o assassino era morto salvo se os parentes da vítima assim não o quisessem, o criminoso era banido da sociedade, a mão do ladrão era amputada e a adúltera era apedrejada.

<sup>441</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.7-9.

<sup>442</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.7-8: “*Les gravures et papyrus découverts ont révélé que les anciens Egyptiens connaissaient déjà beaucoup des dispositions de la procédure pénale. Le vice-roi était investi des pouvoirs Du procureur general actuel. Les magistrats, nommés par Pharaon, prêtaient devant lui le serment d’insoumission à ses ordres pour tout ce qui serait contraire à l’équité. Treize siècles avant Jésus-Christ, les anciens Egyptiens avaient déjà séparé la justice civile de la justice pénale. En matière pénale, il y avait, à cote des tribunaux ordinaires, des tribunaux spéciaux pour juger les infractions comises contre la sûreté de l’Etat; chaque categorie de tribunaux avait as procedure propre. Par contre, en ce qui concerne les infractions et les peines, les vestiges pharaoniques ne nous on apporté que peu de choses, et sans grande valeur; totefois, d’après certains tableaux répressifs, on a pu retrouver que les anciens Egyptiens réprimaient les infractions Du droit naturel Telles que l’homicide, les voies de fait, l’adultère, le vol, la trahison, etc. Les peines infligées étaient la peine de mort, la fustigation, le talion et la confiscation*”.

<sup>443</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “*Le code est constitué par 282 articles embrassant les questions les plus diverse. L’auteur en avait puisé la source dans le legislation precedentes ainsi que dans les coutumes et usages du temps. Les doctrines celestas parues ulterieurement ont été en accord avec beaucoup de dispositions du Code d’Hammourabi, ce qui plaide en faveur de la perspicacité et du bon jugement de l’auteur. Le Code d’Hammourabi se distingue par le fait qu’il a investi l’Etat de pouvoirs de juger les questions pénales et a mis ainsi à néant ou presque la vengeance privée et la réparation volontaire, et qu’il a adopté le principe Du châtement*”.

<sup>444</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.7-8: “*C’est la vengeance privée qui a prévalu durant cette periode. Le meurtrier était tué à moins que les parentes de la victime n’acceptent la rançon (dya). Le criminel était banni de la société; la main Du couleur était amputée et l’aldutère était puni par la lapidation. Les arabes de ce temps n’avaient aucune notion de la justice ni de l’égalité en ce qui concerne la peine et la rançon; la pénalité était différente selon qu’il s’agissait d’un homme ou d’une femme, d’un homme libre ou d’un esclave ou de deux hommes de clans différents. D’autres part, ils ne connaissaient pas la personalié de la peine; le châtement pouvait atteindre d’autres personnes que le criminel, parmi les membres de as famille ou de son clan*”.

Os árabes desta época não tinham nenhuma noção de justiça, nem do princípio da igualdade, no que concerne à pena e a sua aplicação que era diferenciada para homens, mulheres, escravos e classes sociais.

#### 7.5.2. Período da soberania do direito muçulmano

Em um segundo momento, o período da soberania do direito muçulmano, também considerado como a era do Islam, Mahmoud Mostafa<sup>445</sup> afirma que o direito muçulmano era fundado na *Charia*.

Albert Habib Hourani<sup>446</sup> esclarece sobre o alcance da *Charia*, afirmando em linhas gerais, que esta edificou os pilares do Islã, baseado no atendimento às vontades de um Deus que é único e que tem como profeta Maomé:

A reflexão sobre o Corão e a prática da comunidade inicial logo produziram concordância geral sobre certas obrigações básicas do muçulmano, os chamados “Pilares do Islã”. Entre eles estavam o testemunho oral de que “só há um Deus, e Maomé é o seu profeta”. [...] Apesar da natureza em parte teórica da *Charia*, ou talvez por isso mesmo, os que a ensinavam, interpretavam e administravam os ulemás, iriam manter um lugar importante nos estados e sociedades muçulmanos. Como guardiães de uma elaborada norma de conduta social, podiam, até certo ponto, impor limites às ações dos governantes, ou pelo menos aconselhá-los; também podiam agir como portavozes da comunidade, ou pelo menos de sua parte urbana. Em geral, porém, tentavam manter-se à parte tanto do governo quanto da sociedade, preservando o sentido de uma comunidade divinamente guiada, persistindo pelo tempo afora e não ligada a interesses de governantes ou ao capricho do sentimento popular.

Mostafa<sup>447</sup> apresenta algumas modalidades de infrações e a importância destas classificações. Segundo o citado autor, no direito muçulmano as infrações têm uma classificação bipartida. A primeira categoria, denominada infrações *had*, compreendem as infrações com penas fixas, previamente estabelecidas e imutáveis, reprimidas por castigos corporais (*kassas*) ou pelo resgate (*dya*). Uma segunda categoria, denominada infrações *ta'azir*, em que algumas penas são previstas e outras são variáveis e estabelecidas pela

---

<sup>445</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.9.

<sup>446</sup> HOURANI. *Uma história dos povos árabes*. p.81-84.

<sup>447</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.9: “Em droit musulman les infractions font l’objet d’une classification bipartite. La première catégorie comprend les infractions à peine fixe (*had*); elles sont limitativement prévues et réprimées par des peines immuables. La deuxième catégorie comprend des infractions dont les unes sont prévues et les autres à prévoir à l’avenir, selon les conditions variables de la société: ce sont les infractions *ta'azir*”.

sociedade e são escalonadas a partir de um simples conselho, passando pela advertência, pela prisão, pela fustigação, podendo chegar até a pena de morte, em caso de espionagem:

Segundo o autor, no primeiro caso, das infrações *had*, as penas não são susceptíveis de perdão porque originárias de Deus, enquanto, no segundo caso o Chefe de Estado pode perdoar o ato incriminado. Por outro lado, os juízes não tinham poderes discricionários em relação às infrações *had*, mas tinham total discricionariedade em relação às infrações *ta'azir*.<sup>448</sup>

### 7.5.3. Período do início da codificação

Segundo Mahmoud Mostafa,<sup>449</sup> com a promulgação do código penal francês em 1810, este exerceu grande influência na história do direito penal, passando a servir de fonte para a legislação de vários países europeus. Neste sentido a Turquia, em 1858 editou um Código Penal inspirado na legislação criminal francesa. Assim, o direito mulçumano foi relegado a segundo plano em muitos países árabes que passaram a aplicar o Código Otomano em razão da sua subordinação ao Império Otomano, o que ocorreu no Líbano, na Síria, no Iraque e na Palestina.

### 7.5.4. Período orientado pelo direito comparado

Em relação ao século XIX, Mahmoud Mostafa nos apresenta a repercussão e influência do código criminal otomano sobre os países árabes e, por fim, no que diz respeito ao século XX, analisa a legislação criminal de diversos países, especialmente da Tunísia, do Iraque, do Sudão, do Egito, do Líbano, da Síria e da Jordânia.

---

<sup>448</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.9: “a) Relativement au pardon, les infractions dites *had*, dont le châtimeut relève de Dieu, ne sont susceptible d'aucune mesure de pardon da la part de l'autorité ni de la victime. Par contre, em ce qui concerne les infraction dites *kassas*, la victime peut accepter la rançon (*dya*) et renoncer au châtimeut corporel; elle peut même renoncer á la *dya* et au châtimeut.[...] Dans les infraction *ta'azir*, le chef d'Etat peut pardonner l'acte incriminé et en supprimer la peine, sans toutefois porter atteinte aux droits de la victime, mais celle-ci peut y renoncer san pouvoir accorder le pardon. b) Relatiment á l'autorité judiciaire, le juge ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire em ce qui concerne les infractions dites *had*; dès lors que as conviction est acquise, il est tenu d'inflinger la peine prévue, sans la reduire, la majores, la commuer ou em ordonner le sursis. Dans les infractions dites *ta'azir*, il jouit pleinement de sont pouvoir discrétionnaire, inflige la peine qu'il entend ou en ordonne le sursis”.

<sup>449</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.11-12: “La Turquie, voulant réaliser un projet politique par um rapprochement entre ses institutions et les institutions européennes, promulgua em 1858 son Code penal, inspire des dispositions Du Code français; ainsi le droit musulman s'est vu reléguer au second plan dans plusieurs pays árabes, qui apliquèrent le Code Ottoman em raison de leur subordination á l'Empire ottoman. C'est ainsi qu'il trouva son application au Liban, em Syrie, em Irak et em palestine”.

De acordo com Mostafa<sup>450</sup> o direito penal contemporâneo dos países árabes e islâmicos é desprovido dos preceitos do direito mulçumano. A razão para isto é que os próprios códigos penais que entraram em vigor na Turquia e no Egito, cuidaram de estabelecer uma distinção clara entre os direitos individuais consagrados pela *Charia* e os direitos delegados às autoridades constituídas nos referidos países.

#### 7.5.5. Da justificação e do estado de necessidade

Sobre o “lugar” que as causas de justificação ocupam nas legislações criminais árabes, Mahmoud Mostafa, afirma que, no código libanês estas foram agrupadas em textos relativos às infrações em três capítulos, referindo-se ao elemento legal da infração, ao elemento moral da infração e ao elemento material da infração, baseado em uma classificação doutrinária controvertida e que não pode ser tolerada em uma legislação penal.

Isso porque a lei penal não pode ser considerada como um elemento da infração, pois é a própria fonte ou o criador da infração. Por esta razão, tal fórmula não foi recepcionada pelos códigos do Egito, da Argélia, do Marrocos, do Sudão e da Tunísia que não fazem esta distinção em relação aos elementos das infrações penais.<sup>451</sup>

Desta forma, segundo afirma o citado autor, as causas de justificação, sob este título, foram inseridas no código libanês, no capítulo dos elementos legais, talvez por

---

<sup>450</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.13: “Le droit penal contemporain des pays arabes et islamiques est dépourvu des préceptes Du droit musulman. La sublime Porte fut le premier Etat qui affronta la difficulté de concilier les dispositions de la charia’a et celles Du droit contemporain. L’article premier de la loi de 1858 contient la solution de ce problème. Em effet, ce article dispose que: ‘Les infractions commises contre les individus a l’exemple de celles commises directement contre l’Etat lui-même sont des actes d’insubordination à l’autorité legitime, eu égard au trouble cause à la sécurité publique, et elles représentent une insurrection et une rébellion qu’il appartient à l’Etat de réprimer sans préjudice des droits individuels consacrés par la charia’a’. Le législateur égyptien, à l’exemple de l’article premier Du code penal Ottoman, a énoncé dans l’article premier Du Code Penal de 1883 que: ‘Il appartient au Gouvernement de réprimer les infractions qui portent atteinte aux individus em raison du trouble cause à la quietude générale ainsi que celles commises directement contre le Gouvernement et, partant, la presente loi a determine les degrés de la peine que les autorités sont autorisés à établir legalement. Em aucun cās les dispositions du presente Code ne portent atteinte aux droits individuels consacrés par la Charia’a’”.

<sup>451</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.41: “Nous ne pouvons pas nous rallier à l’opinion de l’auteur de la note explicative du Code syrien, selon laquelle la raison pour laquelle de Code libanais fut choisi fut la perfection de son élaboration, de ses expressions et de sa classification. Il ETA remarquer de prime abord que CE Code a groupé les textes relatifs à l’infraction dans trois chapitres sous les titres: 1) L’element legal de l’infraction; 2) L’element moral de l’infraction; 3) L’element matériel de l’infraction. Il s’agit là d’une classification doctrinale sujette à controverse, et qui ne peut être tolérée em legislation. Il va sans dire que la loi pénale n’est pas considérée comme un element de l’infraction puisqu’elle est la source ou le créateur de l’infraction. L’element infractionnel est um fait illégitime, alors que l’élément legal n’est pas puisqu’il constitue la loi elle-même”.

conveniência, razão pela qual o texto relativo à justificação elimina o texto relativo à incriminação.<sup>452</sup>

Dentro deste contexto, o referido autor adverte, no entanto, que as questões referentes às causas de justificação devem ser completamente independentes dos elementos infracionais e, gozar de uma autonomia particular. Por esta razão, os legisladores da Líbia e do Iraque dedicaram um capítulo especial para tratar das causas de justificação.<sup>453</sup>

Em relação ao Marrocos, o mencionado autor afirma que este estabeleceu uma distinção entre as causas que suprimem a responsabilidade daquelas que suprimem a infração. O legislador trata a questão das causas de justificação como aquelas que suprimem a infração.

No Código Penal da Argélia, as causas de justificação encontram-se codificadas no quarto capítulo, do título que trata das infrações.<sup>454</sup>

Quanto ao estado de necessidade, propriamente dito, Mostafa<sup>455</sup> afirma que a maioria das legislações dos países árabes o considera como uma causa de irresponsabilidade criminal que subtrai do comportamento do agente a necessidade de responsabilização.

Não obstante tais legislações árabes fazerem esta diferenciação entre o estado de necessidade e as causas de justificação, o citado autor prefere considerar o estado de necessidade como uma causa de justificação, pois, a eliminação da responsabilidade não impede a reparação do dano pelo autor dos prejuízos por ele eventualmente causados e todos os elementos da justificação encontram-se nele inseridos.<sup>456</sup>

Dentro deste raciocínio Mostafa pondera no sentido de que o estado de necessidade pode revestir-se de várias formas, mas sempre ocorrerá o sacrifício de um interesse por outro de mesmo valor ou de valor superior, que na verdade é a base da

<sup>452</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.41-42: “Il est evident que le législateur libanais et ceux qui ont suivi son exemple ont voulu trouver une place convenable pour situer les causes de justification. Il en parle dans le chapitre de l’élément legal sous le titre “Causes de justification”, motif pris que le texte relatif à la justification elimine l’effet du texte relatif à l’incrimination”.

<sup>453</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “Il est de principe que la justification ne touche que l’infraction dont tous les elements sont reunis, y compris l’élément legal, et partant la question des causes de justification doit être complètement indépendante des éléments infractionnels et jouir d’une autonomie particuliere”.

<sup>454</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “Le legislateur marocain a établi une distinction entre les causes qui suppriment la responsabilité et celles qui suppriment l’infraction. Il traite la question des causes de justification dans la seconde categorié. Sous le titre que traite de l’infraction, le code penal algérien a consacré le quatrième chapitre aux faits justificatifs.

<sup>455</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.41-42.

<sup>456</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “La majorité des legislation árabes considèrent la necessite comme une cause d’irresponsabilité qui soustrait le comportement de l’auteur de la faute aux poursuites; néanmoins, il faut distinguer entre le cas de necessite et les causes de justification; em effet l’elimination de la responsabilité n’empêche pas la réparation, par l’auteur, du prejudice cause. Il nous paraît préférable et plus juste de considérer le cas de necessite comme une cause de justification, puisqu’em fait tous les elements de la justification s’y retrouvent”.

justificação e, para que se descarte a responsabilidade criminal e civil do ato torna-se necessário que este seja considerado como justificado.<sup>457</sup>

No que diz respeito à legítima defesa, segundo Mostafa esta tem natureza diversa do estado de necessidade na legislação árabe que a considera um direito geral definida em textos próprios que estabelecem seus limites.<sup>458</sup>

#### 7.5.6. Aspectos do direito comparado na legislação penal analisada

Conforme Mahmoud Mostafa,<sup>459</sup> o direito penal contemporâneo dos países árabes e islâmicos é desprovido dos preceitos do direito mulçumano, isto porque os códigos penais que entraram em vigor na Turquia e no Egito cuidaram de estabelecer uma distinção clara entre os direitos individuais consagrados pela *Charia* e os direitos delegados às autoridades constituídas nos referidos países.

Conforme já abordado neste capítulo, no código libanês, as causas de justificação foram agrupadas em textos relativos às infrações em três capítulos, referindo-se ao elemento legal da infração, ao elemento moral da infração e ao elemento material da infração.

Todavia, segundo o citado autor,<sup>460</sup> tal classificação doutrinária não tem como ser tolerada em uma legislação penal porque a lei penal não pode ser considerada como um elemento da infração, mas sua própria fonte. Por esta razão, tal fórmula não foi recepcionada pelos códigos do Egito, da Argélia, do Marrocos, do Sudão e da Tunísia que não fazem esta distinção em relação aos elementos das infrações penais.

Assim, o referido autor adverte que a questão referente às causas de justificação devem ser completamente independentes dos elementos infracionais e gozar de uma autonomia particular. Deste modo, os legisladores da Líbia e do Iraque dedicaram um capítulo especial para tratar especificamente destas.

Em relação ao Marrocos, o mencionado autor afirma que este estabeleceu uma distinção entre as causas que suprimem a responsabilidade daquelas que suprimem a infração.

<sup>457</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.43: “D’autre part, la necessite sacrifie toujours un intérêt pour le compte d’un autre intérêt de valeur supérieure ou tout au moins égale; or cette base est la même pour les causes de justification. Em équité, il ne suffit point d’écartes la responsabilité pénale, mais aussi la responsabilité civile et, pour ce faire, il faut bien considérer le fait comme justifié”.

<sup>458</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “Le plupart des législations arabes considéraient la legitime défense comme un droit. Bien qu’elles lui aient consacré des textes spéciaux, Ceci ne signifie nullement qu’elle sort du cadre de l’exercice du droit em general. Les textes qui lui sont consacrés déterminent seulement ses limites propres”.

<sup>459</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.13.

<sup>460</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.41.

O referido legislador trata a questão das causas de justificação como aquelas que suprimem a infração.

No Código Penal da Argélia, as causas de justificação encontram-se codificadas no quarto capítulo do título que trata das infrações.<sup>461</sup>

Quanto ao estado de necessidade, propriamente dito, Mostafa<sup>462</sup> afirma que a maioria das legislações dos países árabes o considera como uma causa de irresponsabilidade criminal que subtrai do comportamento do agente a necessidade de responsabilização.

Não obstante tais legislações árabes fazerem esta diferenciação entre o estado de necessidade e as causas de justificação, o citado autor prefere considerar o estado de necessidade como uma causa de justificação, pois a eliminação da responsabilidade não impede a reparação do dano pelo autor dos prejuízos por ele eventualmente causados e todos os elementos da justificação encontram-se nele inseridos.

#### 7.6. Família do extremo oriente: o estado de necessidade na legislação penal chinesa

Segundo René Davi,<sup>463</sup> em que pese a grande diversidade, do ponto de vista da história, é possível discernir certos traços comuns no direito de todo o extremo oriente: não depositam a sua confiança no direito para assegurar a ordem social e justiça, o direito tem função subsidiária, as leis são aplicadas somente em última hipótese e a preservação da ordem social repousa essencialmente sobre métodos de persuasão, técnicas de mediação, moderação e conciliação:

Os países do Extremo Oriente apresentam, quando considerados do ponto de vista da sua história ou nos dias de hoje, uma grande variedade. Dominando toda esta variedade parece possível, contudo, pelo menos do ponto de vista europeu, discernir certos traços comuns a todo o Extremo Oriente. Diferentemente dos ocidentais, os povos do Extremo Oriente não depositam a sua confiança no direito para assegurar a ordem social e a justiça. Certamente que neles existe um direito, mas este direito tem uma função subsidiária; os tribunais apenas se pronunciam, as próprias leis apenas são aplicadas se, pelo recurso a outros meios, não se conseguir eliminar os conflitos e restabelecer a ordem perturbada. As soluções precisas que o direito comporta, o recurso á coerção que ele implica são vistos com um extremo desprezo; a preservação da ordem social repousa essencialmente sobre métodos de persuasão, sobre técnicas de mediação, sobre um apelo

---

<sup>461</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.: “Le législateur marocain a établi une distinction entre les causes qui suppriment la responsabilité et celles qui suppriment l’infraction. Il traite la question des causes de justification dans la seconde catégorie. Sous le titre que traite de l’infraction, le code penal algérien a consacré le quatrième chapitre aux faits justificatifs”.

<sup>462</sup> MOSTAFA. *Principes de droit pénal des pays arabes*. p.41-42.

<sup>463</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.583.

constante à autocrítica por um lado e ao espírito de moderação e de conciliação por outro.

No entanto, a partir dos séculos XIX e XX os países do extremo oriente passaram a receber fortes influências do ocidente que os obrigaram a questionar as suas estruturas tradicionais. Receberam novos códigos, procuraram a fundamentar as relações sobre o direito, especialmente o da família romano-germânica, e, do ponto de vista político optou-se pela edificação do comunismo. Conforme René Davi,<sup>464</sup> a despeito de todas estas influências, as relações sociais continuaram a ser regidas, em conformidade com os modelos tradicionais:

Verificou-se então, pelo menos em aparência, uma verdadeira revolução. A maior parte dos países do extremo Oriente receberam códigos e o que parecia era que, repudiando as suas maneiras de ver tradicionais, eles pretendiam, a partir de então, fundar as relações sociais sobre o direito, ligando-se à família romano-germânica. Por outro lado, numa época posterior alguns desses países manifestaram a sua vontade de transformar as suas estruturas edificando o comunismo. [...] As estruturas e instituições de tipo ocidental que foram criadas podem, em numerosos casos, constituir uma simples fachada atrás da qual as relações sociais continuam a ser exercidas, em larga medida, em conformidade com os modelos tradicionais.

#### 7.6.1. Estado de necessidade na legislação penal chinesa

Quanto à concepção da ordem social da China, de acordo com René Davi,<sup>465</sup> esta foi desenvolvida longe de qualquer influência estrangeira até o século XIX e difere-se da concepção ocidental, tendo como ideia fundamental, o postulado da existência de uma ordem cósmica comportando uma interação recíproca entre o céu, a terra e os homens, com total respeito à natureza. Os governantes devem dar exemplo de uma vista de acordo com esta ordem. A virtude e a moralidade contam mais nos administradores que os conhecimentos técnicos:

A concepção da ordem *social* sustentada pela tradição da China, e que se desenvolveu longe de qualquer influência estrangeira até o século XIX, difere totalmente da concepção ocidental. A ideia fundamental que está na sua base é, independentemente de qualquer dogma religioso, o postulado da existência de uma ordem cósmica, comportando uma interação recíproca entre o céu, a terra e os homens. [...] Os governantes, em particular, devem dar o exemplo de uma vida conforme à ordem da natureza; está nisto a sua função essencial. Também a virtude e a moralidade contem mais nos administradores que os conhecimentos técnicos.

---

<sup>464</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.584.

<sup>465</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.585.

Segundo o citado autor,<sup>466</sup> os chineses consideram, com reservas, a ideia ocidental de direito, desconfia-se dos juristas posto que a solução para as questões dadas deve, independentemente de qualquer esquema jurídico, fundamentar-se na equidade e no sentimento de humanidade. Busca-se a origem dos conflitos nos seus próprios erros o que facilita a sua solução:

Este modo de encarar as coisas leva os chineses a considerar com uma extrema reserva a nossa idéia de direito, com tudo que ela tem de perigoso e de abstrato. Os homens não devem afirmar direitos, visto que o dever de cada um é prestar-se á conciliação e apagar-se, se houver lugar a isso, no interesse de todos. Desconfia-se muito dos juristas. Estes se arriscam bastante, referindo-se a regras abstratas, a suscitar obstáculos a soluções necessárias de compromisso; quer queiram ou não, eles encorajam, deste modo, comportamentos censuráveis, contrários ao interesse da sociedade. A solução dada deve, em qualquer ocasião, ser conforme , independentemente de um esquema jurídico, à equidade e ao sentimento de humanidade: as perdas e os danos, deste modo, devem ser tais que o seu pagamento não prejudique o autor do fato danoso e não o reduza, e a sua família, à miséria.

Paul Foriers<sup>467</sup> ao comentar a legislação criminal chinesa afirma que o Código penal de 1912 foi revisado após a primeira guerra mundial e teve um novo texto promulgado em 1928. O art.37 deste código estabelece que o ato inevitável, realizado para proteger a vida, a pessoa, a liberdade, os bens próprios ou de terceiros não pode ser punido, desde que limitado à ação que for necessária, excetuando-se os que tenham a obrigação de enfrentar o perigo:

*Le Code penal chinois du mars 1912, de caractere transitoire, fut revise après le premier conflit mondial. Le texte définitif, promulgue le 10 mars 1928, entra em vigueur le 1er septembre de la même année. Les prescriptions de l'article 16 furent remplacées par celles de l'article 37 portant: "L'acte inévitable accompli pour proteger la vie, la personne, la liberte ou les biens de soi-même ou d'autrui contre um danger pressant n'est pas punissable. Mais si l'acte de protection dépasse ce qui est nécessaire, la peine aplicable peut être réduite ou remise. Les dispositions du paragraphe précédent relatives à la protection personnelle ne sont pas applicables à ceux à qui des obligations particulières sont imposées par leurs fonctions publiques ou leur profession".*

A China tornou-se, em 19 de outubro de 1949, com a vitória do Partido comunista dirigido por Mao-Tsé-Tung, uma república popular, todavia, segundo René Davi,<sup>468</sup> com características diferentes da situação da Rússia soviética, isto porque a união Soviética e as democracias populares da Europa resignaram-se em aceitar, numa fase de transição, o

---

<sup>466</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.586.

<sup>467</sup> FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*. p.165.

<sup>468</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.592.

princípio da legalidade, ao passo em que na China este princípio foi repudiado. Em 1949, aboliu-se, em bloco, todas as leis, todos os decretos e todos os tribunais existentes:

O “Programa comum” estabelecido em 1949, aboliu em bloco (art.17) todas as leis, todos os decretos e todos os *tribunais* existentes. Após esta abolição tornou-se urgente reconstruir. Nos primeiros anos que se seguiram à tomada do poder pelos comunistas parecia que, com este objetivo, tal como na União Soviética, se iria reconhecer, a contragosto, o primado do direito e da lei, porque se via neste princípio o meio mais eficaz e mais rápido para transformar totalmente a sociedade e preparar o advento da sociedade comunista. Leis orgânicas, a partir de 1949, empreenderam uma obra de reorganização segundo o modelo soviético. Um Supremo Tribunal popular é encarregado de orientar o trabalho de todas as novas jurisdições; uma *Prokuratura* é igualmente constituída (sua criação parece anunciar o triunfo do princípio de legalidade). Publicaram-se grandes leis em 1950 (leis sobre o casamento, sobre a reforma agrária, sobre os sindicatos) e em 1951 (regulamento provisório sobre a organização judiciária, lei sobre a punição dos contra-revolucionários).

Ocorre que, conforme informa o citado autor, na ausência de juristas, todo este processo restou prejudicado e os órgãos de polícia e de segurança pública passaram a assumir o papel dos tribunais, instituíram-se tribunais de execução, apesar de o princípio da legalidade ter sido instalado com dificuldades, entre 1952 e 1953.<sup>469</sup>

Na ausência de juristas suficientemente seguros, a criação de novas instituições reveste-se, contudo, de grandes dificuldades. Os órgãos de polícia e de segurança pública assumem muitas vezes a tarefa dos tribunais; também funcionam tribunais de execução, ao lado dos tribunais populares normalmente competentes. O princípio de legalidade se instala com muita dificuldade; numerosos ataques lhe são dirigidos em 1952-1953: contra a separação do direito e da política, contra a independência dos juízes, contra a igualdade de todos perante a lei, contra o formalismo, contra a idéia de irretroatividade das leis, contra o princípio *nulla poena sine lege*, contra a prescrição.

Conforme já visto, ao analisarmos a família socialista e a legislação penal na Rússia soviética, de acordo com as ponderações de Sheila Jorge Selim Sales,<sup>470</sup> guardadas as peculiaridades já ressaltadas, de maneira geral, pode se afirmar que no sistema penal da China também não se atribuía qualquer relevo ao “problema filosófico da responsabilidade moral”, “o fato crime era fruto de inadequada distribuição dos meios de produção nos Estados capitalistas”, a liberdade humana era “determinada pelo desenvolvimento material e econômico (isto é, por leis objetivas) da própria sociedade” ao passo que a concepção do delito era puramente material, bastando para a aplicação da sanção penal a *perigosidade* do fato e do agente”, representando um rompimento com o direito penal liberal.

<sup>469</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.593-594.

<sup>470</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.63.

Em 1957, no entanto, a Revolução Chinesa toma um novo curso e, em 1960, experimenta uma ruptura com a União Soviética. De acordo com René Davi,<sup>471</sup> apesar de os bens de produção terem sido coletivizados tanto na União Soviética quanto na China, esta última, objetivando evitar o capitalismo de Estado, “não dará prioridade ao crescimento econômico, mas às transformações sociais: novos tipos de relações devem ser estabelecidos entre os homens, para liquidar qualquer possibilidade de exploração”.

Dentro deste contexto, não se buscou o desenvolvimento deste ou daquele setor em detrimento dos camponeses e não se permitiu que os intelectuais ocupassem cargos nas empresas sem a presença do proletariado. Por outro lado, “a remuneração individual será fixada pela coletividade depois que cada trabalhador tiver declarado, conscienciosamente, o quanto julga que tem direito”, objetivando criar uma “atmosfera de fraternidade”, ainda que a produção possa ser prejudicada.

O distanciamento da China da proposta da União Soviética se evidencia, igualmente, no campo político e, segundo Davi<sup>472</sup> o centralismo democrático e os métodos autoritários são considerados inadequados, como modelo para a China que incentiva a participação popular em todas as esferas governamentais:

O princípio do “centralismo democrático”, admitido na União soviética, e os métodos autoritários, bem como as medidas de repressão policial praticadas neste país, são vistos na China como inadequados para um Estado onde o proletariado tomou o poder. Será dada mais ênfase à persuasão que a coação, considerada na China como último e lamentável recurso. Admite-se que exista no partido comunista uma direita, um centro e uma esquerda; estas contradições são normais e necessárias em todo organismo vivo [...] por outro lado as massas são convidadas a exercer sua vigilância sobre os dirigentes do partido em todos os escalões, sem exceção do Comitê Central, e devem participar ativamente da definição da política a ser seguida.

Por fim, de acordo com o citado autor,<sup>473</sup> neste período, não existia na China a produção de leis, jurisprudência ou doutrina, poucos acórdãos do Supremo Tribunal foram publicados e a noção de precedentes obrigatórios era desconhecida, não existindo também a doutrina. No entanto, após a morte de Mao-Tse-Tung, em 1976, e com a promulgação da constituição de 1978, procedeu-se a um intenso movimento legislativo, inclusive com a edição dos códigos penal e de processo penal, pois os dirigentes acreditavam que, com a edição de tais normas, seriam coibidas injustiças. Pretendiam assim, tranquilizar os chineses e fornecer garantias aos estrangeiros convidados a investir na China

---

<sup>471</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.594-595.

<sup>472</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.596.

<sup>473</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.600.

O Código Penal da República Popular da China,<sup>474</sup> que entrou em vigor em 1997, estatui em seu artigo 21 que a responsabilidade criminal não pode surgir de danos resultantes de atos realizados em urgente perigo e para evitar a ocorrência de danos presentes para o Estado ou para o interesse público ou aos direitos da pessoa, da propriedade, ou outros direitos do agente ou de outras pessoas:

*Criminal Law of the People's Republic of China  
(Adopted by the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and amended by the Fifth Session of the Eighth National People's Congress on March 14, 1997)*

[...]

*Article 21. Criminal responsibility is not to be borne for damage resulting from an act of urgent danger prevention that must be undertaken in order to avert the occurrence of present danger to the state or public interest or the rights of the person, property rights, or other rights of the actor or of other people.*

*Criminal responsibility shall be borne where urgent danger prevention exceeds the necessary limits and causes undue harm. However, consideration shall be given according to the circumstances to imposing a mitigated punishment or to granting exemption from punishment.*

*The provisions of the first paragraph with respect to preventing danger to oneself do not apply to a person who bears specific responsibility in his post or profession.*

Verifica-se no referido dispositivo legal, mais uma vez, a exemplo do que ocorreu com a legislação russa, a preocupação do legislador em assegurar que ações tendentes a proteger a sociedade ou o estado possam ser consideradas como praticadas em estado de necessidade, eximindo de culpa os agentes que as deflagrarem:<sup>475</sup> “*Criminal responsibility is not to be borne for damage resulting from an act of urgent danger prevention that must be undertaken in order to avert the occurrence of present danger to the state or public interest*”.

O próprio parágrafo 2º, do já citado artigo 21 do Código Penal da República Popular da China, disciplina a questão do excesso no estado de necessidade, afirmando que haverá responsabilidade criminal quando houver excesso nos limites do estado de necessidade causando danos indevidos, devendo a punição, nestes casos, ser mitigada de acordo com as circunstâncias ou mesmo eliminada:<sup>476</sup>

*Criminal responsibility shall be borne where urgent danger prevention exceeds the necessary limits and causes undue harm. However, consideration shall be given according to the circumstances to imposing a mitigated punishment or to granting exemption from punishment.*

---

<sup>474</sup> Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>475</sup> Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>476</sup> Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

### 7.6.2. Aspectos do direito comparado na legislação penal analisada

Segundo René Davi,<sup>477</sup> a partir dos séculos XIX e XX os países do extremo oriente, passaram a receber fortes influências do ocidente que os obrigaram a questionar as suas estruturas tradicionais.

Os novos códigos passaram a fundamentar as relações sobre o direito, especialmente o da família romano-germânica, enquanto no campo político optou-se pela edificação do comunismo.

Conforme já visto, da análise da família socialista e da legislação penal na Rússia soviética, de acordo com as ponderações de Sheila Jorge Selim Sales,<sup>478</sup> guardadas as peculiaridades já ressaltadas, de maneira geral, pode se afirmar que no sistema penal da China, também não se atribuía qualquer relevo ao “problema filosófico da responsabilidade moral”, “o fato crime era fruto de inadequada distribuição dos meios de produção nos Estados capitalistas”, a liberdade humana era “determinada pelo desenvolvimento material e econômico (isto é, por leis objetivas) da própria sociedade” ao passo que a concepção do delito era puramente material, bastando para a aplicação da sanção penal “a *perigosidade* do fato e do agente”, representando um rompimento com o direito penal liberal.

Da análise do art.21 do Código Penal da República Popular da China,<sup>479</sup> que entrou em vigor em 1997, observa-se que a responsabilidade criminal não pode surgir de danos resultantes de atos realizados em urgente perigo e para evitar a ocorrência de danos presentes para o Estado ou para o interesse público ou aos direitos da pessoa, da propriedade, ou outros direitos do agente ou de outras pessoas.

Verifica-se assim, tanto no direito penal chinês quanto no russo a preocupação do legislador em assegurar que ações tendentes a proteger a sociedade ou o estado possam ser consideradas como praticadas em estado de necessidade, eximindo de culpa os agentes que as deflagrarem.

---

<sup>477</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.584.

<sup>478</sup> SALES. *Escritos de Direito Penal*. p.63.

<sup>479</sup> Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

### 7.7. Família africana: o estado de necessidade na legislação penal da Nigéria e de Madagascar

Segundo René Davi<sup>480</sup> a África, ao sul do Saara e Madagascar, viveu durante séculos sob o domínio de um direito consuetudinário. A submissão a tais costumes era espontânea e cada indivíduo sentia-se obrigado a viver como seus antepassados, temiam as forças sobrenaturais e da opinião pública, sendo estas, na maioria das vezes, suficientes para impor o respeito às tradições:

Os costumes da África e de Madagáscar eram múltiplos e variados.<sup>481</sup> Cada comunidade tinha os seus usos e costumes próprios, bastando-se a si mesma. Entre os costumes de uma região ou etnia, as diferenças, se houvesse, eram em geral secundárias. Encontram-se na África povos vivendo em regime democrático, e não faltam também tribos onde só dificilmente se descobrem elementos de alguma organização política.

Sobre a unidade que possa existir nessa diversidade de costumes, pode-se afirmar, segundo o citado autor,<sup>482</sup> que “O costume está ligado, no espírito dos africanos, a uma ordem mítica do Universo. Obdecer ao costume é um testemunho de respeito à memória dos antepassados, cujas ossadas se misturam ao solo e cujos espíritos velam pelos vivos”. Sobre estes costumes, que baseiam-se em concepções diferentes do pensamento ocidental e sobre a função da justiça, que se propõe a reconciliar as partes e restaurar a harmonia na comunidade, afirma:

Numa concepção essencialmente estática do mundo, os africanos rejeitam a idéia de progresso e vêem com desdém qualquer operação (como a venda imobiliária) e qualquer instituição (como a prescrição) que tenha por efeito uma alteração dos esquemas estabelecidos. O seu interesse concentra-se sobre os grupos que perduram no e para além dos tempos (tribos, castas, aldeias, linhagens) e não, como acontece no Ocidente, sobre os elementos mais transitórios como os indivíduos, casais e domicílios. A terra pertence aos antepassados e às gerações futuras tanto quanto, senão mais, aos homens atualmente vivos. O casamento é bem mais que uma união entre dois seres, uma aliança entre duas famílias. O indivíduo não é ignorado; a sua personalidade é reconhecida, mas perante o exterior é o grupo que aparece como unidade de base.[...] A justiça nunca encontrará regras de fundo para aplicar. A sua função é, mais do que sancionar direitos, conseguir uma amigável conciliação entre os interessados. Não se procura atribuir a cada

<sup>480</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.585.

<sup>481</sup> René Davi nos informa, ao comentar esta diversidade de costumes e comunidades que “A antiga África Equatorial Francesa e o antigo Congo Belga comportavam cerca de mil e quinhentas etnias, o Sudão, quinhentas e setenta e nove, a África Oriental inglesa, duzentas, Madagascar, dezenove. No Senegal, sessenta e oito costumes estão oficialmente reconhecidos por uma decisão de 28 de fevereiro de 1961; entre estes costumes, vinte são qualificados de costumes islamizados e sete, de costumes cristãos.” (DAVI. René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.619).

<sup>482</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.620/621.

um “o que lhe é devido”. O verdadeiro sentido do “justo”, no contexto africano, liga-se, antes de tudo, à necessidade de assegurar a coesão do grupo e de restabelecer a concórdia e a boa harmonia entre os seus membros.

A respeito destes costumes, Davi<sup>483</sup> afirma que “nenhum documento escrito, de origem indígena, permite com o mínimo de segurança que nos orientemos no labirinto dos costumes e que possamos explicitar os seus princípios. O costume permanece, na África, puramente oral”.

#### 7.7.1. Estado de necessidade na legislação penal nigeriana

O Código Penal da Nigéria<sup>484</sup> dispõe em seu art. 32, incisos 1, 2 e 3, que uma pessoa não é criminalmente responsável por uma ação ou omissão se pratica ou deixa de praticar o ato, em cumprimento da lei ou em obediência a ordens de uma autoridade competente a que ele é obrigado por lei a obedecer, a menos que esta ordem seja manifestamente ilegal:

*32. A person is not criminally responsible for an act or omission if he does or omits to do the act under any of the following circumstances-*  
*(1) in execution of the law;*  
*(2) in obedience of the order of a competent authority which he is bound by law to obey, unless the order is manifestly unlawful;*  
*(3) when the act is reasonably necessary in order to resist actual and unlawful violence threatened to him, or to another person in his presence;*  
 [...]

Dispõe ainda, o mesmo art.32, por seu inciso 4, que não há responsabilidade criminal da pessoa, quando um ato é razoavelmente necessário para se resistir a uma violência atual e ilegal contra esta pessoa ou outra pessoa que se encontre em sua presença e quando ela age ou deixa de agir para salvar-se de uma morte imediata ou de graves danos infligidos contra si por alguma pessoa presente e em posição de executar tais ameaças, acreditando esta pessoa que não tem como se livrar de tais ameaças.<sup>485</sup>

*32. A person is not criminally responsible for an act or omission if he does or omits to do the act under any of the following circumstances-*  
 [...]  
*(4) when he does or omits to do the act in order to save himself from immediate death or grievous harm threatened to be inflicted upon him by*

<sup>483</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p.624.

<sup>484</sup> Disponível em: <<http://www.nigeria-law.org/Criminal%20Code%20Act-PartI-II.htm#Chapter%205>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

<sup>485</sup> Disponível em: <<http://www.nigeria-law.org/Criminal%20Code%20Act-PartI-II.htm#Chapter%205>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

*some person actually present and in a position to execute the threats, and believing himself to be unable otherwise to escape the carrying of the threats into execution: but this protection does not extend to an act or omission which would constitute an offence punishable with death, or an offence of which grievous to the person of another, or an intention to cause such harm, is an element, nor to a person who has by entering into an unlawful association or conspiracy rendered himself liable to have such threats made to him. Whether an order is or is not manifestly unlawful is a question of law.*

Todavia, o mesmo inciso 4 do artigo 32, disciplina que esta proteção não se estende a uma ação ou omissão que possa se constituir em uma ofensa punível com a morte, ou a uma ofensa grave para a pessoa ou para outrem ou à intenção de causar este mal, não se constituindo-se em um elemento para que uma pessoa que entrando em uma associação ilegal ou conspiração se sinta autorizado a considerar esta ameaçada feita contra ele.

Nota-se desta legislação que não há uma definição quanto à natureza justificante ou exculpante do estado de necessidade constante do bojo do inciso 4 do art.32 do Código Penal. Não obstante o exposto, pelo conteúdo do referido dispositivo penal, notadamente do seu *caput* observa-se que há referência expressa ao fato de que a pessoa não será criminalmente responsável pelo fato cometido em estado de necessidade: “*A person is not criminally responsible*”.

#### 7.7.2. Estado de necessidade na legislação penal de Madagascar

O código Penal de Madagascar de 17 de junho de 1972, que entrou em vigor em 30 de junho de 1998,<sup>486</sup> dispõe em seu artigo 328 que não há crime quando o homicídio, as lesões e os golpes são comandados pela necessidade atual de uma legítima defesa, de si mesmo ou de outrem:

*Article 328*

*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*

O artigo 329 do referido Código Penal, por sua vez estabelece que compreendem-se nos casos de “necessidade atual de legítima defesa” quatro situações que são mencionadas em seus artigos 1º a 4º, mas que podem ser sintetizadas nos seguintes termos: 1º) no fato da conduta ter sido praticada em certas circunstâncias, durante a noite repelindo a escalada, a invasão de estabelecimentos, ou para evitar furto em lavouras; 2º) no fato da conduta ocorrer

---

<sup>486</sup> Disponível em MADAGASCAR. *Code Pénal*. Disponível em: <[http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H\\_068](http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H_068)>. Acesso em: 17 abr. 2011.

durante o dia repelindo o furto, o roubo, ataques em bando e furtos com utilização de armas; 3º) no fato da conduta ocorrer contra malfeitores no momento dos fatos ou em perseguição pelas autoridades competentes para se defender contra os autores de furtos, pilhagens, banditismos, executados com violência e instrumentos qualificados; 4º) no fato da conduta ocorrer nas circunstâncias do item 3 para se defender de violadores de túmulos e sepulturas.

*Article 329*

*Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de légitime défense, les quatre cas suivants (L. 96-001 du 06. 02. 96) :*

*1º Si les coups ont été portés, si les blessures ont été faites, si l'homicide a été commis en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement ou de leurs dépendances, ou d'un magasin, d'un entrepôt, d'un édifice religieux, d'une école, d'un hôpital, d'un bureau, d'une usine, d'une banque, d'un pavillon de commerce, d'un parc à boeufs, d'une étable, d'une porcherie ou d'une basse-cour, en empêchant le vol dans les champs des récoltes ou autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol, ou des meules de grains faisant partie des récoltes ;*

*2º Si les coups ont été portés, si les blessures ont été faites, si l'homicide a été commis en repoussant pendant le jour tout vol avec effraction, tout vol avec violence, toute attaque ou vol en bande ou tout vol avec port d'armes apparentes par nature ;*

*3º si les coups ont été portés, si les blessures ont été faites, si l'homicide a été commis sur les malfaiteurs au moment des faits ou au cours de leur poursuite par les membres du Fokonolona ou des agents de la force publique, en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillage ou de tout autre acte de banditisme, exécutés avec violence, ou en bande ou avec port d'armes apparentes ou cachées sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard entre les armes par nature et les instruments qualifiés armes par l'usage qui en est fait ou à l'aide de véhicule motorisé ;*

*4º (L. 96-001 du 06. 0296) Si les coups ont été portés, si les blessures ont été faites, si l'homicide a été commis sur les malfaiteurs au moment des faits ou au cours de leur poursuite par les membres du Fokonolona ou des agents de la force publique en se défendant contre les auteurs de violation de tombeaux ou de sépultures, ou de vol dans les tombeaux ou sépultures.*

Dispõem os artigos 453, 454 e inciso 22º do art.472 do Código penal de Madagascar que as condutas delituosas ali descritas como provocar a morte de animais silvestres, de animais domésticos ou a provocação de embaraço em via pública, praticadas em estado de necessidade, não são punidas:

*Article 453*

*Ceux qui, sans nécessité, auront tué l'un des animaux mentionnés au présent article, seront punis ainsi qu'il suit :*

*Si le délit a été commis dans les bâtiments, enclos et dépendances ou sur les terres dont le maître de l'animal tué était propriétaire, locataire, colon ou fermier, la peine sera un emprisonnement de deux mois à six mois ;*

*S'il a été commis dans les lieux dont le coupable était propriétaire, locataire, colon ou fermier, l'emprisonnement sera de six jours à un mois ;*

*S'il a été commis dans tout autre lieu, l'emprisonnement sera de quinze jours à six semaines.*

*Le maximum de la peine sera toujours prononcé en cas de violation de clôture.*

*[...]*

*Article 454*

*Quiconque aura, sans nécessité, tué un animal domestique dans un lieu dont /zA.cer, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de six mois au plus.*

*S'il y a eu violation de clôture, le maximum de la peine sera prononcé.*

*[...]*

*Article 472*

*Seront punis d'une amende, depuis 100 francs jusqu'à 5 000 francs inclusivement et pourront l'être, en outre, de l'emprisonnement jusqu'à dix jours au plus :*

*[...]*

*22° Ceux qui auront embarrassé la voie publique en y déposant ou en y laissant sans nécessité des matériaux ou des choses quelconques qui empêchent ou diminuent la liberté ou la sûreté du passage, ceux qui, en contravention aux lois et règlements, auront négligé de signaler les matériaux par eux entreposés ou les excavations par eux faites sur la voie publique (...).*

Verifica-se dessas disposições que a legislação penal da Nigéria não distingue, do ponto de vista técnico, entre estado de necessidade e legítima defesa. Ambos os institutos penais são tratados de forma genérica não permitindo que se verifique o exato alcance de sua abrangência.

De qualquer forma o que ambas as legislações preconizam, tanto a da Nigéria quanto a de Madagascar é que não há crime ou delito em tais hipóteses, razão pela qual é de considerar tal instituto com natureza justificante posto que não há, por outro lado, qualquer referência na citada legislação penal à eventual exculpação, em virtude do reconhecimento do estado de necessidade.

### 7.7.3. Aspectos do direito comparado na legislação penal analisada

Segundo o inciso 4 do art.32 do Código Penal da Nigéria<sup>487</sup> não há responsabilidade criminal da pessoa quando um ato é razoavelmente necessário para se resistir a uma violência atual e ilegal contra esta pessoa ou outra pessoa que se encontre em sua presença e quando ela age ou deixa de agir para salvar-se de uma morte imediata ou de graves danos infligidos contra si por alguma pessoa presente e em posição de executar tais ameaças, acreditando esta pessoa que não tem como se livrar de tais ameaças.

---

<sup>487</sup> Disponível em: <<http://www.nigeria-law.org/Criminal%20Code%20Act-PartI-II.htm#Chapter%205>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Todavia, o mesmo dispositivo legal disciplina que esta proteção não se estende a uma ação ou omissão que possa se constituir em uma ofensa punível com a morte, ou a uma ofensa grave para a pessoa ou para outrem ou à intenção de causar este mal, não se constituindo em um elemento para que uma pessoa que entrando em uma associação ilegal ou conspiração se sinta autorizado a considerar esta ameaçada feita contra ele.

Conforme já visto neste capítulo, nota-se dessa legislação que não há uma definição quanto à natureza justificante ou exculpante do estado de necessidade em que pese constar do seu *caput* referência expressa ao fato de que a pessoa não será criminalmente responsável pelo fato cometido em estado de necessidade.

O código Penal de Madagascar de 17 de junho de 1972, que entrou em vigor em 30 de junho de 1998,<sup>488</sup> dispõe em seu artigo 328 que não há crime quando o homicídio, as lesões e os golpes são comandados pela necessidade atual de uma legítima defesa, de si mesmo ou de outrem.

O artigo 329 do referido Código Penal, por sua vez, dispõe que compreendem-se nos casos de “necessidade atual de legítima defesa” quatro situações que são mencionadas em seus artigos 1º a 4º, mas que podem ser sintetizadas nos seguintes termos: 1º) no fato da conduta ter sido praticada em certas circunstâncias, durante a noite repelindo a escalada, a invasão de estabelecimentos, ou para evitar furto em lavouras; 2º) no fato da conduta ocorrer durante o dia repelindo o furto, o roubo, ataques em bando e furtos com utilização de armas; 3º) no fato da conduta ocorrer contra malfeitores no momento dos fatos ou em perseguição pelas autoridades competentes para se defender contra os autores de furtos, pilhagens, banditismos, executados com violência e instrumentos qualificados; 4º) no fato da conduta ocorrer nas circunstâncias do item 3 para se defender de violadores de túmulos e sepulturas.

Dispõem os artigos 453, 454 e inciso 22º do art.472 do Código penal de Madagascar que as condutas delituosas ali descritas, respectivamente como provocar a morte de animais silvestres, de animais domésticos ou a provocação de embaraço em via pública, praticadas em estado de necessidade, não são punidas:

Verifica-se destas disposições, que tanto na legislação penal da Nigéria, quanto na legislação penal de Madagascar não se distingue, do ponto de vista técnico, entre estado de necessidade e legítima defesa. Ambos os institutos penais são tratados de forma genérica não permitindo que se verifique o exato alcance de sua abrangência.

---

<sup>488</sup> Disponível em MADAGASCAR. *Code Pénal*. Disponível em: <[http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H\\_068](http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H_068)>. Acesso em: 17 abr. 2011.

## 8. CONCLUSÕES

Verificada a evolução do conceito de “estado de necessidade”, que, em sua melhor acepção, remonta ao mundo antigo, especialmente a partir das leis de Manou na Índia, ao pensamento grego e romano, ao período medieval, ao direito canônico e ao direito moderno, podemos coletar notas da sua evolução histórica e conceitual.

Diante de um complexo quadro de possibilidades quanto à natureza jurídica do estado de necessidade, não há como se deixar de reconhecer que a própria evolução do seu conceito, do mundo antigo até os dias atuais, se encarregou de moldar o referido instituto e alicerçar bases sólidas para a sua compreensão.

Assim, remontando aos aspectos históricos quanto à natureza jurídica do estado de necessidade, verificamos que, em um primeiro momento, esta sintetizou-se nas doutrinas da neutralização, notadamente na teoria da volta à comunidade de bens e ao estado da natureza, nas teorias que situam o estado de necessidade fora do direito penal e na teoria da inutilidade prática da repressão.

Em um segundo momento, nas teorias subjetivas, em especial, nas teorias da violência moral e da debilidade humana, nas doutrinas da irresponsabilidade e da qualificação jurídica da necessidade.

Em seguida, a natureza jurídica passou a ter como referência a doutrina da colisão de interesses, consubstanciada na teoria da própria conservação, na teoria mista da colisão de interesses e na teoria objetiva da colisão de direitos e de bens.

Por fim, nos dias atuais, a dicotomia existente no direito penal quanto à natureza jurídica do estado de necessidade consubstancia-se na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos.

O direito pátrio aderiu à teoria unitária, no que diz respeito ao Código Penal atualmente em vigor, o Código Penal de 1940 com a reforma de 1984, mas também recepcionou a teoria diferenciadora, ao disciplinar o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como excludente da antijuridicidade no Código Penal militar de 1969, em vigor.

Todavia, em que pese ao estado de necessidade estar disciplinado pelo inciso I do art.23 e do art.24 do Código Penal brasileiro, com natureza justificante, consta das disposições

de sua parte especial, notadamente de seu art.128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

Quanto ao excesso, admitido em nossa legislação em relação às causas de justificação, verifica-se, igualmente, que este também pode ser admitido como exculpante, pois, conforme já visto, o fato de não estar inscrito nas disposições do citado art.24 do Código penal não significa que não possa ser considerado, uma vez que parte da doutrina pátria o admite.

A razão desta irresignação doutrinária prende-se ao fato de que, além de o nosso Código penal, por seu art.23, considerar como justificadas ações em que um bem de maior valor foi sacrificado por um bem de menor valor – conduta que não pode ser considerada lícita, pois é desprovida, em tese, de valor social –, tais possibilidades de justificação ou exculpação não podem se esgotar no tipo penal, uma vez que, assim como ocorre com as causas que excluem a ilicitude, as causas que excluem a culpabilidade também podem ser admitidas como causas supra-legais, com fundamento na interpretação analógica da norma penal, considerada em favor do réu.

Por estes motivos, pode-se afirmar que a teoria diferenciadora é a doutrina que melhor solução apresenta para o equacionamento das questões envolvendo a natureza jurídica do estado de necessidade.

Não obstante tais ponderações, é de se reconhecer que a legislação penal atual admite tanto o estado de necessidade como excludente da ilicitude quanto o estado de necessidade como excludente da culpabilidade em que pese o conteúdo do inciso I do art.23 do Código Penal. Isto devido à própria estrutura do art.24 do Código penal, que conceitua o estado de necessidade e que, conforme já dito, admite o sacrifício de um bem de maior valor jurídico para salvar um bem de menor valor.

Para que melhor se compreenda os limites e requisitos do estado de necessidade há que se verificar, em cada caso concreto, os contornos da situação de necessidade e do fato necessitado, que são institutos que não se confundem.

A situação de necessidade é o pressuposto para que o fato necessitado não constitua infração penal e, para que se caracterize, deve existir um perigo atual de dano grave à pessoa do agente ou de outrem, sendo que este perigo não pode ser voluntariamente causado e não pode ser evitável, a não ser pelo fato necessitado.

Por outro lado, o fato necessitado deve ser um fato previsto em lei como infração penal, que o agente comete de maneira forçada e em virtude da necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo inerente a esta situação, devendo haver proporcionalidade entre o fato e o perigo.

Neste sentido, não é demais reforçar que a situação de necessidade é pressuposto para que o fato necessitado não constitua infração penal.

Dentro deste contexto, reitera-se que os requisitos da situação de necessidade, e que foram aqui analisados, são: a *atualidade do perigo*, a *não voluntariedade do perigo provocado*, a *ausência do dever legal de enfrentar o perigo*, a *inevitabilidade da lesão*, o *conflito de bens*, a *ponderação de bens e deveres*, o *conflito de deveres* e o *dever de enfrentar o perigo*.

Por seu turno, os requisitos do fato necessitado, que foram igualmente analisados, são: a existência da *relação de necessidade entre o fato necessitado e a salvação do perigo*, a sua *previsão em lei, como infração penal*, a sua *prática pelo agente em virtude de ter sido constrangido pela necessidade de salvar a si ou a outrem do perigo* e a *proporção entre o fato e o perigo*.

Em relação aos institutos afins, pode-se afirmar que o estado de necessidade se distingue da legítima defesa porque nesta há a necessidade de uma reação e, além do mais, que esta reação seja injusta. Dentro deste escopo, pode-se concluir que o ataque lícito a um bem jurídico não poderá ser enquadrado como legítima defesa.

O estado de necessidade será agressivo quando ofender diretamente um bem ou interesse pertencente a uma pessoa que não produziu ou concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade, e será defensivo quando ofender diretamente o bem ou interesse pertencente à pessoa que produziu ou que concorreu para produzir o perigo da situação de necessidade.

Quanto à força maior e à coação, pode-se afirmar que a sua similitude com o estado de necessidade reside no fato de que, em ambos os casos, o agente se torna vítima de circunstâncias exteriores, e a distinção entre estas é que, no caso da força maior ou da coação física, o ato é uma consequência inevitável de uma força insuportável, e no estado de necessidade, o agente ainda tem a oportunidade de escolher entre o cometimento do delito ou o sofrimento do dano.

No que diz respeito às interfaces entre o estado de necessidade penal e o estado de necessidade civil, pode-se afirmar que este é menos abrangente e impõe a moderação dos danos causados, de maneira a não exceder os limites indispensáveis à remoção do perigo.

Verifica-se que a análise da justificação ou da exculpação, da conduta praticada por um agente em estado de necessidade, sofre considerável repercussão quando se leva em conta, em seu aferimento, além dos aspectos causais e finalistas, considerações de ordem funcionalista ou normativista.

Isto porque o direito penal vem, cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve responder pela conduta, verificando-se, de forma objetiva, a adequação social do comportamento e quando o agente deixa de cumprir determinado papel de bom cidadão perante a sociedade.

Por fim, pontua-se que o estudo do estado de necessidade no direito comparado, com a verificação de textos, a análise dos seus conteúdos e fundamentos, permite a sua compreensão dentro de um caráter de universalidade, bem como de sua classificação sistemática apta a fornecer uma concepção global do instituto.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 1997.
- ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em 16 nov. 2010.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1964. t. I.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1964. t. IV.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BEAUMANOIR, Philippe de. *Les coutumes de Beauvaisis*. Introd. AM. Salmon. *Tome premier*. Paris: Alphonse Picard et Fils, Editeurs, 1899. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2208269/f1.image.r=.langFR>>. Acesso em 08 mar. 2011.
- BETIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1: Parte geral.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BRASIL. *Lei 16/1830. Manda executar o Código Criminal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em 13 nov. 2010.
- BRASIL. *Decreto 847/1890. Promulga o Código Penal*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.
- BRASIL. *Decreto 22.213/1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.
- BRASIL. *Decreto-Lei 2848/1940. Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 08 mar. 2011.
- BRASIL. *Decreto-Lei 1004/1969. Código Penal*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=227135&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 13 nov. 2010.
- BRASIL. *Decreto-Lei 1001/69. Código Penal Militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm)>. Acesso em 09 mar. 2011.

BRASIL. *Lei 10406/2002. Código Civil.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRITO, Alexis Augusto Couto e VANZOLINI, Maria Patrícia (coord.). *Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Da Consciência da ilicitude no direito penal brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do Estricto Cumprimento do Dever Legal.* Porto Alegre: Fabris, 2005.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal, parte geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

CHINA. *Criminal Law of the People's Republic of China.* Disponível em: <<http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>>. Acesso em 16 nov. 2010.

CONTIERI, Enrico. *O estado de necessidade.* Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.A. Editores, 1942.

DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais: Portugal: Coimbra, 2007. t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral.* 3. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FABISCH, Joseph. *Essai sur l'état de nécessité.* Lyon: Imprimerie Paul Legendre & Cia, 1903.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito brasileiro.* Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1952. t. II.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas Absolutórias no Direito Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal.* São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FORIERS, Paul. *De l'état de necessite em droit penal.* Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1951.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 1: parte geral.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 2: parte especial.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal.* São Paulo: Max Limonad, 1959. v.1. t. I.

GUERRERO, Hermes Vilches. *Do excesso em legítima defesa.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 8, n. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HESSE, Philippe-Jean. Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de nécessité. Jalons pour une histoire de la notion. *Revue Droits Fondamentaux*, n. 2, jan.- dec., 2002. Disponível em: <<http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df2hesnec.pdf>>. Acesso em 06 mar. 2011.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1.: arts. 1 a 27.

HOURANI, Albert Habib. *Uma história dos povos árabes*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

ITÁLIA. *Código Penale*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2010.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p.30.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Brasília: Senado Federal, 2006. v. I.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MADAGASCAR. *Code Pénal*. Disponível em: <[http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H\\_068](http://droit.francophonie.org/publication.do?publicationId=2486#H_068)>. Acesso em 17 abr. 2011.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2009.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale*. Torino: Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1950. v. 2.

MARCHAND, G. Félix. *L'état de nécessité em droit penal*. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1902.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emílio. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 2. ed. Milano: Giufrè Editore, 2006.

- MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos Subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.
- MORAES, Rodrigo Iennaco de; SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Das causas especiais de exclusão do crime normas penais não-incriminadoras permissivas, justificantes e exculpantes, previstas na parte especial do código penal*. 2003. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- MORIAUD, Paul. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. Geneve-Paris: R. Burkhardt e L. Larose & Forcel, 1889.
- MOSTAFA. Mahmoud M. *Principes de droit penal des pays arabes*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1972.
- NORONHA, Edgard de Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de Direito Penal, parte geral*. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey Dom Affonso V*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em 15 nov. 2010.
- PORTUGAL. *Ordenações Manoelinas on-line*. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 15 nov. 2010.
- PORTUGAL. *Ordenações Filipinas on-line*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 15 nov. 2010.
- PORTUGAL. *Código Penal português*. Disponível em: <<http://www.juareztaavares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2010.
- PRADEL, Jean. *Histoire des Doctrines Pénales*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- PRADEL, Jean. *Droit Penal General*. 10. ed. Paris: Cujas, 1995.
- PRADEL, Jean. *Droit Penal Comparé*. Paris: Dalloz, 1995.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2: parte especial: arts. 121 a 249.
- RAMACCI, Fabrizio. *Corso de Diritto Penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2007.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.
- ROCCO, Arturo. *El Problema y el método de la ciência del derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis Librería, 1982.

- ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *La estructura de la teoría el delito en el ámbito jurídico del "common law"*. Granada: Comares, 2002.
- RODICK, Burleigh Cushing. *The doctrine of necessity in international law*. New York: Columbia Univeristy Press, 1928.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito*. Madri: civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.
- RUSSIA. *The criminal code of the russian federation*. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>>. Acesso em 16 nov. 2010.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do Sujeito Ativo na Parte Especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SÁNCHEZ. Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito penal. Parte Geral. Tomo I*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.
- SOUZA, Alberto R. R. Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SOUZA, Alberto R. R. Rodrigues de. *Direito Penal Brasileiro. Segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TURNER, J. W. Cecil. *Kenny's outlines of criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2008.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.