

ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

Waldemir Leão da Silva

Promotor de Justiça (Salvador-BA)

Resumo: Busca-se demonstrar que a teoria diferenciadora do estado de necessidade e o princípio da ponderação de bens e deveres em que esta se baseia não são estranhos ao Direito brasileiro. Através do estudo dessa corrente no direito comparado e do estado de necessidade na legislação nacional, pretende-se investigar, com base na doutrina, a possibilidade e a prestabilidade de arguição do estado de necessidade exculpante, para solução de casos da dinâmica social pós-moderna, notadamente aqueles que o Direito Positivo não prevê claramente ou não apresenta solução satisfatória.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem e fundamentos. 3. Teoria Unitária. Teoria Diferenciadora. Colisão de deveres. 4. Estado de Necessidade Exculpante no Direito brasileiro. 5. Conclusões.

Os problemas significativos que enfrentamos não podem ser resolvidos no mesmo nível de pensamento em que estávamos quando os criamos.

Einstein

1 INTRODUÇÃO

O mundo não existe nem acontece a partir do direito, cingindo-se exclusivamente às suas linhas. A vida corre verdadeiramente lá fora, diuturna e inexoravelmente como caudaloso rio, num suceder quase natural, praticamente alheio à sua existência. É, sabidamente, aí e daí que o direito promana; se legitima; se constrói; se faz aplicável; e, portanto, está: *ubi societas ibi ius*.

¹ “[...] o dado da realidade nunca será uma objeção, e sim um dado indispensável à permanente dinâmica corretiva, não só no momento de legislar, mas também no de interpretar a lei.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88). No mesmo sentido, ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. **Teoria Geral do Direito Penal**. : Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 64: “[...] porque o dever ser (programa) sempre se refere ao ‘algo’ (ser ou ente) e não pode ser explicado em termos racionais sem incorporar dados acerca desse ‘algo’ que pretende modificar ou regulamentar.”

Por isso é impossível imaginá-lo dissociado da realidade,¹ distante e indiferente aos anseios da sociedade que o sustenta e à qual se dirige, aqui entendida não como um ente superior, titular de direito subjetivo, mas como a própria relação inter-humana – o fenômeno da coexistência humana.²

De outro lado, os problemas sociais – cada vez mais complexos e variados – com que o Direito Penal lida surgem e se multiplicam, nos dias atuais, com a mesma velocidade e a mesma sofisticação que avança o conhecimento e se desenvolve a sociedade global e globalizada.³ Se, de um lado, os constantes e céleres progressos no campo científico e a ampliação dos recursos tecnológicos promovem bem-estar e facilidades para o homem, de outro, fazem surgir espécies de conflitos e interesses antes inimagináveis, ao lado de modos inéditos de criminalidade e de delitos.

A variedade de infrações cometidas através da cibernética – a maior parte legalmente inalcançável, por falta de previsão – e as discussões éticas e legais que, hoje, ensejam o desenvolvimento dos meios de diagnóstico e tratamento médicos constituem, talvez, as representações mais expressivas dos efeitos dessa nova ordem.

Tudo isso, na verdade, acaba implicando a necessidade de se repensar não apenas os sistemas e as metodologias, mas conceitos; institutos; os próprios direitos; as maneiras de encarar e tratar os fenômenos sociais; e, principalmente, a colaboração que concepções arraigadas podem ou não trazer para solução de problemas pós-modernos, sobretudo diante da frequente mudança de valores culturais e ético-sociais que essa “revolução” faculta. Afinal, “todo saber se manifesta como um processo no tempo”, redefinindo-se seus horizontes “em função de revoluções epistemológicas e mudanças de paradigma”.⁴

No que respeita, particularmente, à tutela penal, isso passa, necessariamente, pela consideração da *pessoa* como “ente capaz de autodeterminar-se em conformidade com sua consciência, que lhe indica o bem e o mal, vale dizer, de ser moral”;⁵ por uma concepção de *bem jurídico* mais ajustada à finalidade

² Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 88.

³ Evidentemente que eles não cabem nem se esgotam nas “fôrmas” idealmente abstratas do Direito, tampouco suas soluções surgirão de formulações legais ou sentenças dissociadas da realidade, o mais das vezes resultante de pensares cartesianos, não empáticos, edificados nos quadriláteros de herméticos gabinetes.

⁴ Cf. ZAFFARONI *et al.*, in **Direito Penal Brasileiro**, p. 42.

⁵ Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, in **Manual do Direito Penal Brasileiro**. p. 83.

da pena;⁶ pela relativização do seu conceito de *indisponibilidade*;⁷ e, finalmente, pela efetiva observância dos princípios fundadores do Estado Democrático Social de Direito, como os da lesividade, intervenção mínima, adequação social, fragmentariedade, dignidade da “pessoa humana”, etc.

O próprio direito à vida, dito irrenunciável, cuja titularidade já se entendeu ser atribuível ao Estado,⁸ carece ser enxergado sob perspectiva realista, socialmente adequada, congruente com o princípio da dignidade da pessoa humana, sem apegos a falsos sentimentalismos e argumentos da moral subjetiva, mas com estrito respeito à autonomia jurídica individual⁹ do seu verdadeiro e único titular.

Não se pode, também, olvidar que não cabe ao Direito criar a realidade,¹⁰ mas, sim, amoldar-se a ela, quer para aceitá-la totalmente como se apresenta, quando conveniente isso for; quer para regulá-la, remodelá-la, se mais apropriado, solucionando o impasse segundo seus mais caros princípios e conforme interpretação normativa afinada

⁶ “[...] *bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*” (cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, p. 399). Nessa mesma obra (p. 83), advertem os autores que “[...] *não pode haver delito que não afete bens jurídicos alheios, isto é, que não afete algum dos elementos de que necessita dispor outro homem para se realizar, para escolher o que quer ser conforme sua consciência [...]*”, cabendo ao Estado a proteção desses direitos. Em sentido idêntico, E. Raúl Zaffaroni, in **Direito Penal Brasileiro**, p. 22, esclarecendo que a lei penal não tutela efetivamente um bem jurídico, mas confisca um conflito que o atinge ou o coloca em perigo.

⁷ Assentamos, de logo, nossa posição discordante em relação aos que entendem haver direitos absolutos, entre os quais estaria o direito à *vida*. O próprio direito legislado demonstra que este não o é. Entendimento semelhante sustentam BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Professor Agostinho Alvim. Coordenação Renan Lotufo; VILLAS BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Ambas, inclusive, questionam se há direito ou dever a vida.

⁸ “*Este é o seu primeiro titular, o homem a que a vida pertence, mas que dela não pode dispor, porque há outro titular, que é o estado, a comunidade de Direito, para a qual cada existência humana representa não só uma unidade demográfica, mas um valor social político.*” (ANÍBAL, Bruno. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. III, p. 359, *apud* FRANCO, Alberto Silva; e STOCO, Rui (Coordenadores). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 744).

⁹ Ver, a esse respeito, Roxana Borges, *op. cit.*, p. 114, que ao tratar da autonomia privada em face dos direitos da personalidade, afirma que o conceito de autonomia jurídica individual coincide, em sentido lato, com o de liberdade jurídica, sendo, contudo, mais amplo do que o da autonomia privada, posto que não se refere apenas ao poder de estabelecer negócios jurídicos, mas ao de agir licitamente, sem que essa atuação tenha necessariamente como efeito a aquisição, a transferência ou a extinção de direitos. Este mesmo tema aplicado ao Direito Penal, segundo E. Raúl Zaffaroni, *Direito Penal Brasileiro*, p. 225, implica que “*as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas, sim, sobre condutas que a afetem*”.

¹⁰ Visto que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um “*um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do quer ser e chegar a ser, assim como a realização desta escolha*” (ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 86)

com seus objetivos de provisão da segurança jurídica e promoção da coexistência humana pacífica.

Isso, sem dúvida, requer do jurista e do operador do direito uma atitude empática e transversal¹¹ perante seu objeto. Incumbe-lhes, nesse contexto, o papel de vetores de transformação na maneira de interpretar e aplicar o Direito Positivo, em busca de soluções mais justas e compatíveis com sua finalidade, e não um mero discurso legitimante do atual estágio. Como sugere a epígrafe que encima este artigo, é preciso considerar que não é sequer inteligente continuar a significar ou tentar resolver os problemas como há 50, 100 anos, e esperar as respostas que a vida moderna e a sociedade atual requestam: em verdade, faz-se necessário e urgente um *novo pensar*.

O estado de necessidade exculpante, como causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade, tema do qual se falará logo a seguir, parece representar bem o ideal de realização do direito que acaba de ser exposto, pois, além de constituir um “antecedente” que se transmudou para as gerações subsequentes como “conhecimento disponível”, resultou de um pensar diferente, menos hermético e mais empático – exterior ao “nível de pensar” o Direito então vigente. É fruto de construção doutrinária e da atuação pretoriana, na busca de solução de um caso *real*,¹² para atender reclamos da sociedade acerca de um *problema* recorrente para o qual a lei não apresentava solução, e sem que se pudesse falar, como entendem os jusnaturalistas, em derrogação da ordem jurídica; pois o Direito, nesse caso, não se fez ausente, apenas acomodou-se “dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz, sob pena de normativizar paradoxalmente, alheio à realidade social.”¹³

¹¹ Scott Thorpe (*in* **Pense como Einstein**, 3. ed. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 22-3) chama a atenção para o fato de normalmente, quando nos tornamos especialistas em algum campo, perdemos o talento para a transgressão que tínhamos quando éramos novatos, e as ideias moldadas por gerações e gerações de pensamentos antigos tornarem-se regras invioláveis. Citando o exemplo de Einstein, adverte que se, por um lado, devemos reter os conhecimentos disponíveis e considerar os antecedentes, por outro, não podemos nos tornar escravos dos mesmos. Sucede que, no mundo jurídico particularmente, não é comum se buscar compreender e aceitar o problema-objeto sob a ótica e com o auxílio das demais ciências e, não raro, até dos outros ramos do Direito, como se aquele pertencesse exclusivamente a esse círculo restrito, que aí tivesse sido gerado, se desenvolvido e também houvesse de encontrar seu destino. Nesse sentido, adverte E. Raúl Zaffaroni, *in* **Direito Penal Brasileiro**, p. 42, que a definição atual do sentido e do horizonte de projeção de um *saber* é sempre precedida por outras e “*uma ciência que considere seu horizonte marcado para sempre estará morta*”.

¹² Não sem razão uma hipótese de *abortamento* médico para salvação da vida da gestante. As questões ligadas ao início e fim da vida, hoje abarcadas pelo Biodireito e pela Bioética, oferecem sempre oportunidade para profundas discussões éticas e legais, por normalmente envolverem aspectos delicados da existência humana e sem previsão legal expressa, conferindo um campo fértil para teorias ou interpretações inovadoras, ou até soluções extralegais.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, v. 2. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 250.

Almeja-se, então, por meio desta breve abordagem, perscrutar a viabilidade e a utilidade da aplicação do Estado de Necessidade *exculpante* a casos não previstos objetivamente pela legislação, para os quais as soluções até então cogitadas mostram-se insatisfatórias e dissonantes do momento histórico atual.

2 ORIGEM E FUNDAMENTOS

Aponta-se a Alemanha¹⁴ do início do século passado como berço do chamado estado de necessidade *exculpante*. A própria concepção de antijuricidade *material* que, logo depois, daria origem às “causas de justificação supralegais”, entre as quais também pode ser inserida essa eximente, pertence a esse momento.¹⁵

Devido à necessidade de solucionar casos concretos para os quais a legislação não se mostrava suficiente, surgira, com supedâneo na “ponderação de bens e deveres”, a *teoria diferenciadora* do estado de necessidade, que passou a identificar esse instituto sob um dúplice aspecto – ora como causa *justificante*, ora como causa *exculpante*.

O próprio ordenamento jurídico alemão já previa, então, duas formas de estado de necessidade: a) estado de necessidade jurídico-penal: causa de exclusão de *culpabilidade* (art. 54 do CP alemão); e b) estado de necessidade jurídico-civil: causa de exclusão da ilicitude (§§ 228 e 904 do Código Civil alemão).¹⁶

Este último, no entanto, que instituiria o “direito de necessidade” (Notrecht) com base na *ponderação de bens e deveres* em conflito, abrangia somente os atos *defensivos* e *agressivos* dirigidos exclusivamente contra a *coisa*; ao passo que a eximente da lei penal só era aplicável a situações bastante restritas: ato não culposos, necessário, praticado “para salvar de perigo atual o corpo ou a vida do próprio agente ou de um parente”.¹⁷

¹⁴ Cf. SOUSA, Alberto R. R. Rodrigues de. **Estado de Necessidade**: um conceito novo e aplicações mais amplas. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 44-47; BITENCOURT, op. cit. p. 256; JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 1. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 320-321; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 176-178; e ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 490-491.

¹⁵ Zaffaroni e Pierangeli, *In Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 490-491. De acordo com esses autores, sob os auspícios do pensamento positivista da época, coube a Von Liszt lançar a base da concepção de antijuricidade *material*, em oposição à formal, do positivismo jurídico, definindo-a como “algo socialmente danoso”.

¹⁶ Cf. BITENCOURT, op. cit. p. 356.

¹⁷ Cf. TOLEDO, op. cit., p. 177.

Portanto, teria cabido à doutrina e à jurisprudência daquela nação, diante de casos concretos insolúveis “perante o dispositivo mencionado (necessária interrupção da gravidez por indicação médica)”, erigir, sob a inspiração do jusnaturalismo, “o estado de necessidade justificante ‘supralegal’”, apoiando-se no princípio da *ponderação de bens e deveres*.¹⁸

Incumbiram-se, em parte, dessa tarefa Reinhardt Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, ao desvendarem, pelo desdobramento da chamada *concepção normativa da culpabilidade*, “que as situações de necessidade previstas no diploma penal alemão referiam-se não a hipóteses de eventual justificação, mas a genuínas questões de culpabilidade.”¹⁹

No entanto, contribuição substancial para a consolidação desse pensamento trouxera mesmo o veredicto adotado pelo Tribunal do Reich, através da sua 1ª Câmara (1927), admitindo, mesmo em face da lacuna legal, um *abortamento médico* para salvar a vida da gestante.

Essa decisão,²⁰ que fora “calorosamente acolhida” na época, atenderia satisfatoriamente “às exigências da ética profissional médica, que postulava do Direito a aprovação expressa dessas intervenções”, passando a ser “reconhecida como princípio geral de direito costumeiro” e a orientar, durante muitos anos, a justiça punitiva da Alemanha, com reflexo na legislação nacional²¹ e alienígena.

Desse modo, foi a partir desse julgamento que a jurisprudência alemã passou a aceitar as formas de estado de necessidade acolhidas pela teoria *diferenciadora*, sendo as mesmas, como destacado há pouco, recepcionadas pela legislação, nos vigentes §§ 34 e 35 do StGB, sob as rubricas de estado de necessidade *justificante* (*Rechtfertigender Notstand*) e estado de necessidade *exculpante* (*Entscheidungsfähiger Notstand*).²²

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cf. SOUZA, op. cit., p. 39. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1, parte geral : arts. 1º a 120. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 347.

²⁰ “Decidindo a espécie, em cassação, firmou, na oportunidade, o alto corpo julgante (J. 61, 242), que, em situações da vida nas quais o único meio para proteger um bem jurídico, ou para cumprir um dever imposto ou reconhecido pelo direito, é uma ação que realiza exteriormente o tipo de uma figura delitiva, a questão sobre se a ação é adequada ou contrária ao Direito deve ser resolvida tomando-se em consideração a relação valorativa dos bens ou deveres em conflito, deduzida do direito vigente (...) Se um deslinde só é possível pelo aniquilamento ou lesão de um dos bens jurídicos, o bem de inferior valor deve ceder ao superior valor: a lesão do bem de menor valor não é, pois, antijurídica” (SOUSA, op. cit., p. 45).

²¹ Cf. SOUSA, op. cit. p. 45-46.

²² Segundo TOLEDO, op. cit., p. 177, e nota 2, o Código Penal alemão prevê o estado de necessidade justificante, “[...] quando o agente comete o ato para afastar, de si ou de outrem, perigo inevitável para a vida, para o corpo, para a liberdade, para honra, para a propriedade ou para outro bem jurídico, se, na ponderação dos interesses conflitantes, o interesse protegido sobrepujar sensivelmente aquele que foi sacrificado pelo ato necessário (§34)” e o estado de necessidade exculpante, “[...] quando o agente realiza uma ação ilícita (o texto legal fala em ‘fato ilícito’, *rechtswidrige Tat*) para afastar de si, de um parente ou de uma pessoa que lhe é próxima, perigo não-evitável, por outro modo, para o corpo, para a vida ou para a liberdade, excluída a hipótese em que o mesmo agente esteja obrigado, por uma especial relação jurídica, a suportar tal perigo e também a de que este último tenha sido por ele provocado (§35)”.

3 TEORIAS UNITÁRIA E TEORIA DIFERENCIADORA. COLISÃO DE DEVERES

3.1 – TEORIA UNITÁRIA

A teoria *unitária*, naturalmente assim chamada por contraposição à teoria *diferenciadora*, em face do caráter dualista desta ao distinguir duas espécies de estado de necessidade, enxerga neste instituto sempre uma *causa de justificação*. Para uns, origina-se da “*contrainte physique*” do Código Penal francês de 1810;²³ para outros, do mesmo contexto jurídico-histórico anteriormente delineado.²⁴

Essa corrente, completamente infensa ao princípio da *ponderação de bens e deveres*, não admite valoração nem define a natureza dos bens em confronto na situação de *necessidade* ou mesmo a condição dos seus titulares. Conforme propugna, somente haverá estado de necessidade (justificante) se, atendidos os requisitos comuns à dirimente, o agente repelir situação de perigo mediante o sacrifício de bem de *menor* valor ou importância que o protegido.²⁵ Assim, pode-se concluir que “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em situação não provocada de conflito extremo.”²⁶

No entanto, ao examinar o estado de necessidade em face do Direito Pátrio e dividi-lo, segundo o critério do “bem sacrificado”, em *justificante* e *exculpante*, Guilherme de Souza Nucci define o primeiro como aquele que envolve “sacrifício de um bem de *menor* valor para salvar outro de *maior* valor ou o sacrifício de bem de *igual*²⁷ valor ao preservado.”²⁸

²³ Cf. PRADO, op. cit., p. 347.

²⁴ Cf. JESUS, op. cit. p. 320.

²⁵ Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 103; No mesmo sentido: BITENCOURT, op. cit., p. 257; JESUS, op. cit., p. 320; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte geral. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 232; FRANCO e STOCO, ob. cit, 203; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 322. MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. Parte geral, Arts. 1º a 120 do CP. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 179; PRADO. op. cit., p. 347; TOLEDO, op. cit., p. 178; e ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 510. Embora, em relação à legislação brasileira, alguns, dentre estes, entendam ser também lícito o sacrifício bem de *igual* valor para preservação de outro idêntico.

²⁶ ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 511.

²⁷ Destacamos.

²⁸ NUCCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 94.

Essa aparenta ser, por outro lado, também a posição de parte da doutrina estrangeira:

“O estado de necessidade será, como todo estado de legítima defesa, um fato justificativo, fundado no interesse social. Mesmo no conflito de interesse de igual valor, o delito necessário é socialmente indiferente, porque a sociedade não tem interesse algum em preferir a vida de um em detrimento de outro.”²⁹

Por seu turno, Alberto Rufino R. Rodrigues de Sousa, criticando a posição dos autores e dos textos legais que, em geral, elegem o menor valor do bem sacrificado como único parâmetro diferenciador entre o estado de necessidade *justificante* e estado de necessidade *exculpante*, por acreditar que “tal critério rígido e estrito nem sempre corresponde aos fatos e ao modo como os encara o ordenamento”, colaciona exemplos nos quais o confronto de bens “é resolvido com o sacrifício de um bem de valor igual àquele do interesse protegido, sem que, nem por isso, se deixe de reconhecer que a ação estava não apenas desculpada, mas positivamente justificada.”³⁰

Entre as hipóteses que traz a lume está a situação descrita por Jiménez de Asúa, na qual o agente, para fazer cessar um ataque a tiros, acerta disparos em inocente que era usado como escudo pelo agressor. Nessa linha, refere-se, também, a casos de *aberratio ictus* nos quais alguns autores identificam essa eximente, destacando o seguinte:

“Uma hipótese de estado de necessidade justificante em que o bem lesado apresenta o mesmo valor do bem protegido é também identificada por alguns autores em certos casos de *aberratio ictus*. Precisando disparar à distância, para fazer cessar a agressão que lhe é dirigida, sabe o agredido que poderá atingir terceira pessoa, que se encontra nas proximidades do agressor. Essa previsão se concretiza: o terceiro é atingido e morre. A licitude¹ desse procedimento é indiscutível” (Grifamos).³¹

Ainda a esse respeito, Rogério Greco, a partir de aresto³² que copila na obra aqui citada, identifica os requisitos do estado de necessidade *defensivo* também na hipótese de *aberratio criminis* (resultado diverso do pretendido) ali tratada, quando alguém, que se encontrava numa situação de perigo (ataque de cão raivoso) visando a salvar-se, veio a causar danos ou lesões a terceiro, através de disparo de arma de fogo.

²⁹ STEFANI, G; LEVASSEUR, G. *Droit Pénal general*, p. 163, *apud* PRADO, op. cit., p. 347, nota 38.

³⁰ SOUSA, op. cit., p. 228-231.

³¹ Idem, op. cit. p. 230.

³² “Age em estado de necessidade quem, vendo-se atacado por um cão raivoso, dispara arma de fogo contra animal, não podendo, assim, ser responsabilizado por eventual ricochete da bala que porventura venha atingir alguém” (TACRIM-SP, JUTACrim. – SP 43/195).

Esse resultado aberrante, conforme observa, não deverá ser atribuído ao agente, que agiu escudado pelo *estado de necessidade*³³, embora o ofendido não se encontrasse na condição diametralmente antagônica, ou seja, como titular de um dos bens em confronto.

Sobressai nesses exemplos que os *atos necessários* ao sobrepujamento ou cessação do perigo estavam, inicialmente, legitimados pelo direito, pois preenchiam os requisitos da dirimente sob enfoque, conquanto seus efeitos tenham sido adversos – talvez, até ineficazes do ponto de vista do bem a ser preservado – resultando em ofensa a bens jurídicos de terceiros alheios à situação de conflito jurídico, não propriamente a de perigo dela decorrente. De qualquer modo, aparenta, realmente, mais adequada a solução contemplada no Direito Positivo (arts. 19 e 20, §3º, CP), sendo indubitoso que os dois primeiros casos encerram uma situação de legítima defesa – como, inclusive, conclui o autor que os menciona.³⁴

3.2 – TEORIA DIFERENCIADORA

Noutro canto, a teoria *diferenciadora*, também chamada de teoria da *discriminação*³⁵ ou *dualista*,³⁶ se caracteriza pelo tratamento bifronte que dispensa ao estado de necessidade, admitindo-o, no caso de sacrifício do bem *menor* e preservação do *maior*, como uma excludente de *ilicitude*; e, quando do perecimento de bem *mais* valioso ou *igual*, para salvaguardar bem *menos* valioso ou *igual*, como excludente de *culpabilidade*.

Porém, vozes expressivas da doutrina soam dissonantes ao indagarem se o estado de necessidade como causa – legal ou *supralegal* – de exclusão de *culpabilidade* somente poderia ser aceito no caso de ofensa a bem superior, para preservação do inferior;³⁷ e, também, na hipótese de confronto de bens iguais;³⁸

³³ Op. cit., p. 334. Poderia, no entanto, segundo o Código Civil Brasileiro em vigor, ser objeto de indenização cível, nos termos dos arts. 929 e 930, embora isso não seja pacificamente aceito pela doutrina, ao passo que a jurisprudência, ao que parece, vem seguindo o caminho contrário, conforme decisão arrolada por COSTA JÚNIOR (op cit. p. 104): “*O estado de necessidade não elide a responsabilidade civil*” (RT, 447:104, e RTJ, 81:542).

³⁴ “Pela morte de terceiro, responderá o autor como se fosse da pessoa que pretendia eliminar, isto é, no exemplo proposto, a do agressor. Vale dizer: como se tivesse sido produzida em legítima defesa” (SOUSA, op. cit., p. 231).

³⁵ Cf. PRADO, op. cit., p. 347.

³⁶ Cf. SOUSA, op. cit., p. 231.

³⁷ Cf. TOLEDO, op. cit., p. 181. No mesmo sentido: BITENCOURT, op. cit., p. 257;

³⁸ Como entende FRAGOSO, op. cit., p. 232, em relação ao confronto de bens *iguais*, que estaria abarcado pelo Código Penal, porém como uma *exculpante*.

e ainda, se neste último caso, o agente estaria amparado pelo estado de necessidade *justificante*, como previsto no art. 24 do CP.³⁹

O que se objetivou, porém, com a criação dessa teoria foi fundamentar, nessas situações que encerram verdadeiros comportamentos ilícitos, a impunibilidade de fato necessário à purgação do perigo a que não se deu causa voluntariamente – resultado impossível de ser alcançado mediante um critério puramente objetivo (estado de necessidade *justificante*) – com base na possibilidade de inexigibilidade de comportamento diverso.⁴⁰

Compreende-se que nesses supostos, dependendo da análise do caso concreto, afastar-se-ia o juízo de *censurabilidade* sobre o agente, “que atua num estado de alteração motivacional que faz com que não possa dele exigir uma conduta distinta da que realizou, lesionando o bem jurídico”,⁴¹ constituindo a inexigibilidade de conduta diversa, nesse aspecto, a base da inexistência de *culpabilidade*.

Interessante, a propósito, o raciocínio de Fernando Galvão, em interpretação correlata e silogística do art. 24, *caput*, e §2º, do Código Penal. Para esse juriconsulto, como a diminuição de pena prevista nesse parágrafo decorre de uma “culpabilidade diminuída”, em função da *menor* exigibilidade de conduta diversa, obviamente que da *inexigibilidade* outra coisa não poderia resultar senão a *ausência de culpabilidade*:

“[...] se o sacrifício não razoável do bem jurídico pode conduzir à diminuição de pena, pode-se concluir que o fato é ilícito e a diminuição de pena decorre de uma culpabilidade diminuída. A culpabilidade é diminuída em função da menor exigibilidade de conduta diversa. Se a menor exigibilidade implica culpabilidade diminuída, da inexigibilidade resulta a ausência de culpabilidade. Quando a lesão ao bem jurídico de maior valor (cujo sacrifício não é razoável) decorrer de situação em que for inexigível conduta diversa, não haverá culpabilidade. Tratar-se-á, então, de estado de necessidade exculpante.”⁴²

3.3 – COLISÃO DE DEVERES

Uma questão que nesse ponto cabe ser tratada é a da chamada *colisão de deveres*, quando o agente se encontra numa situação de precisar optar pelo cumprimento de um *dever* em lugar de outro, advindo de sua escolha um resultado não muito convergente com o Direito.

³⁹ Cf. NUCCI, op. cit., p. 94.

⁴⁰ A esse respeito, FRAGOSO comenta: “Não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso. Subsiste a ilicitude, mas exclui-se a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diverso” (Op. cit., p. 259).

⁴¹ José Manuel Gomes Benitez, *Teoria Jurídica Del Delito*. Madrid: Civitas, 1984, p. 378, *apud* FRANCO e STOCO, op. cit., p. 203.

⁴² *In Direito Penal*. Parte Geral. Niterói: Impetus, 2004, p. 276, *apud* FRANCO e STOCO, op. cit., p. 204.

Pense-se, por exemplo, na posição do médico que, na qualidade de *garante*, tem o *dever* de evitar o gravame que o mal sob combate poderá trazer para a saúde do paciente, mas, por outro lado, não o pode compelir a tratamento que recusa, pois isso representaria um atentado à sua autonomia, como atributo da personalidade.⁴³

A resolução de uma questão como essa nunca é simples e, sem dúvida, dependerá em muito do caso concreto. Entretanto, parece plausível invocar-se, nesse caso, o estado de necessidade como causa *supralegal* de exclusão da *culpabilidade*, se da escolha realizada advier algum injusto e o agente foi impelido por razão pessoal de tamanha magnitude que seria impossível exigir-lhe comportamento diverso.⁴⁴

Ainda dentro desse tema, Cezar Roberto Bitencourt figura a hipótese – aliás, não muito incomum – da escolha do agente, como garante, precisar ser feita em face, por um lado, de um dever *comissivo* e, por outro, de um dever *omissivo*, numa imbricação de tal ordem que a opção pelo cumprimento de um em lugar do outro implicaria no salvamento de uma pessoa e, concomitantemente, na morte de outra, e vice-versa.

A solução apresentada pelo autor à sua própria inquietação,⁴⁵ a princípio, afigura-se acertada, embora não se possa concordar, em face da teoria da *relevância da omissão*, abraçada pelo Código Penal, que, ao não salvar a pessoa garantida, o agente não estaria fazendo ou causando nada, vindo esta a sucumbir não por sua *ação*, mas devido ao “não-impedimento”. Deve-se admitir, porém, que essa conclusão seria correta apenas sob o ponto de vista naturalístico, que certamente foi o sentido que objetivou expressar.

De qualquer sorte, estando todo dever vinculado a um bem jurídico (Maurach), não há como não reconhecer na chamada *colisão de deveres* uma espécie de estado de necessidade.⁴⁶

⁴³ De acordo com CERESO MIR, J. “[...] Não é possível considerar lícitas “condutas que implicam grave atentado à dignidade humana”. Pois esta, na verdade, “[...] possui significado constitucional, enquanto fundamento da ordem pública e da paz social, figurando como um princípio material de justiça, de validez a priori, que representa um limite do Direito positivo.” (in **Curso de Derecho Penal español**, P.G., I, p. 18 e II, p., *apud* PRADO, op. cit. p. 348-349). Sobre dignidade da pessoa humana, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. A respeito de direitos de personalidade, BORGES, op. cit. Os mesmos temas em face das questões relacionadas ao fim da vida, ver VILLAS BÔAS, op. cit.

⁴⁴ Cf. BITENCOURT, op. cit., p. 258.

⁴⁵ “Nesse conflito, entre um *dever de agir* e um *dever de omitir-se*, entende-se que tem preferência o dever de omitir. Porque, se não salvar aquela *pessoa garantida*, na verdade, não se está fazendo nada: ela morrerá, mas não pela ação do agente, morrerá pelo *não-impedimento*. Agora, o dever de omitir-se significa – para seu descumprimento – a violação de uma *norma proibitiva*. Assim, entre esse dever e o de ação predomina o dever de não agir, que é mais consentâneo com os fins do Direito” (BITENCOURT, op. cit., p. 259).

⁴⁶ Cf. FRAGOSO, p. 231.

Assim, sob esse prisma, aparenta, realmente, a *omissão* constituir-se a conduta mais congruente com a ordem jurídica. Afinal, não sem razão, alguns doutrinadores,⁴⁷ divergindo substancialmente da concepção *jusnaturalista*,⁴⁸ que propugnava haver aí uma derrogação do Direito, veem no estado de necessidade a conformação da ordem jurídica ao resultado inevitável e irremediável de um confronto de bens iguais.⁴⁹

4 O ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE NO DIREITO BRASILEIRO

A análise dessa dirimente em face do nosso Direito não pode ser realizada sem o exame da influência ou aceitação que a teoria *diferenciadora* logrou junto ao legislador e à doutrina, tanto como do processo histórico-evolutivo que nos trouxe ao momento atual. Como se verá adiante, no que pese, segundo a opinião comum dos nossos doutores, a filiação do Código Penal à corrente *unitária* na definição do estado de necessidade, não se trata aquela de teoria estranha ao nosso ordenamento jurídico.

Na realidade, desde o Código Criminal do Império (1830), passando pelo republicano de 1890, no qual o estado de necessidade tinha como fundamento a evitação de um “mal maior,”⁵⁰ até os dias atuais, nossa legislação, aparentemente, sempre abraçou essa tendência.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS – JURÍDICOS

A reforma penal de 1984, numa atitude que parte da doutrina considerou um “lamentável retrocesso”⁵¹, atirou fora a oportunidade de aproximar nosso Direito, nesse particular, das legislações de vanguarda, repetindo, no art. 24 do CP em vigor, a

⁴⁷ Entre os quais, encontra-se o próprio Bitencourt.

⁴⁸ *Teorias neutralistas*. A respeito das *teorias* que discutem o *fundamento* jurídico-penal do estado de necessidade, ver PRADO, op. cit., p. 346.

⁴⁹ “Por outro lado, já que ao menos um dos dois bens deverá sucumbir para salvar-se o outro, o ordenamento jurídico não poderá exprimir qualquer preferência, se os bens forem de idêntico valor” (COSTA JR., op. cit. p. 103). No mesmo sentido, BITENCOURT, op. cit., p. 255, e MIRABETE, op. cit., p. 177. De acordo com este último: “Não podendo o Estado acudir aquele que está em perigo, nem devendo tomar partido *a priori* de qualquer dos titulares dos bens em conflito, concede o direito de que se ofenda bem alheio para salvar direito próprio ou de terceiro ante um fato irremediável.”

⁵⁰ Art. 32, §1º: “Não serão também criminosos os que praticarem o crime para evitar mal maior” (*apud*, JESUS, op. cit., p. 329).

⁵¹ Cf. BITENCOURT, op. cit. p. 257.

redação original do antigo art. 20, que não fazia distinção entre estado de necessidade *justificante* e estado de necessidade *exculpante*.⁵²

Ao assim fazê-lo, desprezou um recurso que, sem dúvida alguma, proporcionaria melhores condições para decisões mais justas, possibilitando, em face de cada caso concreto, ora excluir-se a *antijuricidade*, ora a *culpabilidade*.

Entretanto, nesse trajeto, houve algumas tentativas de se adotar a teoria *diferenciadora*. O Código Penal de 1969, cuja vigência foi protelada até ser revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978 – sendo, por esse motivo, chamado de natimorto – constitui um exemplo contundente.

Com base na concepção *dualista*, esse diploma previa o estado de necessidade *justificante* (art. 28),⁵³ que excluía a *ilicitude* quando o mal causado fosse consideravelmente inferior ao mal evitado, ao lado do estado de necessidade *exculpante* (art. 25), que excluía a *culpa* sempre que o bem a salvar pertencesse ao próprio agente ou a pessoa a que ele estivesse ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, mesmo no caso de sacrifício de bem superior ao preservado, desde que ao agente não fosse exigível conduta diversa, *in verbis*:

Estado de necessidade como excludente de culpabilidade:

Art. 25. 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.

4.2 O DIREITO LEGISLADO

A doutrina é acorde quanto à adoção da teoria *unitária* ou *monista objetiva*⁵⁴ pela legislação pátria, na definição do estado de necessidade, conquanto também se identifique na redação do art. 24 do CP a figura do estado de necessidade *exculpante*.⁵⁵

⁵² Cf. COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 103-104; e FRANCO e STOCO, op. cit., p. 203.

⁵³ Estado de necessidade como excludente de crime: 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.

⁵⁴ Cf. PRADO, op. cit., p. 345.

⁵⁵ Cf. FRAGOSO, p. 232.

De fato, há quem perceba nesse dispositivo uma parcial influência do princípio da “ponderação de bens e deveres”;⁵⁶ e, a par do requisito da “proporcionalidade”,⁵⁷ a necessidade de uma análise do ponto de vista do sujeito na valoração do bem.⁵⁸

Predomina, entretanto, a ideia de que no Direito Positivo brasileiro o estado de necessidade é fundamentalmente *justificante*, melhor dizendo, exclui tão somente a *ilicitude*.⁵⁹

Como regra geral, essa *norma permissiva* encontra-se atualmente expressa nos arts. 23, I, e 24 do Código Penal; de modo específico, identifica-se seus fundamentos e requisitos nos arts. 128, I (aborto necessário), e 146, §3º (Intervenção médica ou cirúrgica diante de iminente perigo de vida e coação para evitar suicídio), do citado diploma legal; e no art. 188 do Código Civil.⁶⁰

Com efeito, contrariando a tendência das legislações modernas,⁶¹ fiel à tradição, o legislador penal manteve a redação originária do anterior art. 20, admitindo o estado de necessidade apenas como justificativa, e afastando-se da teoria *diferenciadora* que, contudo, serve de inspiração aos atuais Código Penal alemão (arts. 34 e 35), vigente desde 1975, e Código Penal espanhol (Lei Orgânica n. 10/95).

Não obstante, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, que não foi alterada, e continua vigente, traduz a simpatia dos seus autores por essa corrente, pois ali está reconhecida, expressamente, a possibilidade da realização do estado de necessidade exculpante, ao não se exigir que o direito sacrificado seja inferior ao posto a salvo. Abriu-se, assim, oportunidade para que o comportamento do agente não venha a ser considerado reprovável se, em face das circunstâncias em que se encontrava, “uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida”; ei-la em parte:

No tocante ao *estado de necessidade*, é igualmente abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. **Não se exige que o direito sacrificado seja inferior ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama a ‘falta absoluta de outro meio menos prejudicial’. O critério adotado é outro: identifica-se o estado de necessidade sempre que, nas**

⁵⁶ Cf. BITENCOURT, op. cit., p. 257 e 262; FRANCO e STOCO, op. cit. p. 203.

⁵⁷ Princípio da *razoabilidade*, segundo BITENCOURT, op. cit., p. 262.

⁵⁸ JESUS, op. cit. p. 328.

⁵⁹ PRADO, op. cit. p. 345. No mesmo sentido: JESUS, op. cit. p. 322: “Nosso CP adotou a teoria unitária (art. 24). Temos só o estado de necessidade justificante.”

⁶⁰ Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

⁶¹ Cf. FRAGOSO, op. cit., p. 232; BITENCOURT, op. cit., p. 257; e FRANCO e STOCO, op. cit., p. 203.

circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era ‘extraordinariamente’ difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato reprovável, por ser violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens (Grifamos).⁶²

Analisando o texto acima, Nucci tem como óbvia a disposição do legislador em admitir a inserção da inexigibilidade de conduta diversa no contexto do estado de necessidade, “tornando possível tanto o reconhecimento do estado de necessidade *justificante*, quanto o *exculpante*, embora essa não tenha sido a posição seguida pela doutrina e pela jurisprudência.”⁶³

Finalmente, é certo que nem a teoria *diferenciadora* nem o estado de necessidade *exculpante* são estranhos à nossa legislação. Seguindo o espírito da Exposição de Motivos Código Penal de 1940 (acatada no de 69), o seu congênere na esfera do direito castrense prevê, expressamente, ao lado do estado de necessidade *justificante*, (art. 43)⁶⁴ sob a rubrica de “**Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade**”, o estado de necessidade *exculpante*, assim dispondo:

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.

Contudo, esse tratamento não isonômico por parte do legislador, admitindo, no Código Penal Militar, o estado de necessidade como *excludente de culpabilidade*, e não o fazendo em relação ao comum (ao menos, expressamente), não foi intencional. Seguiu-se, na confecção dessas disposições, a mesma linha do CP de 1969, que embora publicado na mesma época, jamais entrou em vigor, passando o Código Penal atual a abraçar fórmula diversa, dando azo à presente situação de clara infringência ao princípio da isonomia.⁶⁵

⁶² BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Organizado por Juarez de Oliveira e Marcus Cláudio Acquaviva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

⁶³ Op. cit., p. 95.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Na verdade, o Código Penal Militar conflitaria com o *comum* em vários outros aspectos (Cf. ASSIS, Jorge Cesar de. in **Comentários ao Código Penal Militar**: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 205.)

4.3 A POSIÇÃO DA DOUTRINA

Dessa forma, as questões que nesse momento se impõem são:

- a) se também na lei penal comum há semelhante regramento, ainda que implícito, e em que condições e de que maneira ele se realizaria;
- b) se, ao contrário, apenas como causa *supralegal* pode ser admitido o estado de necessidade *exculpante*;
- c) ou, por fim, se em nenhuma hipótese essa excludente poderá ou precisará ser arguida sob tal fundamento.

A este último questionamento, sem dúvida alguma, a resposta é negativa, inobstante parte minoritária, mas respeitável da nossa doutrina entender que a teoria diferenciadora está, hoje, abandonada e, em nosso país, é “totalmente desnecessária”, em razão do Código Penal, diferentemente do que acontece no Direito alemão, apresentar as causas de justificação bem estruturadas e o exercício regular de direito (art. 23, III, CP) ser remissível às *normas permissivas* dispostas em outra parte da ordem jurídica.⁶⁶

Não se pode olvidar, entretanto, que a admissão do estado de necessidade como causa *exculpante* amplia o leque de possibilidades de uma decisão mais equânime diante do caso concreto, visto ser impossível ao direito positivo dar sempre solução precisa e isolada a todas as vicissitudes que derivam do coexistir humano, que não raro se apresentam sob os mais variados matizes e estão sujeitas a constantes mudanças de valores e interesses que a sociedade moderna envolve.

Nesse passo, posicionando-se sobre causas justificantes *supralegais*, Cezar Roberto Bitencourt recorre a Mezger para expressar que o Direito Penal jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam *justificar-se* perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal.

E, na sequência, ele próprio ajunta:

“A própria natureza dinâmica das relações sociais e a necessidade de contextualização do Direito Positivo, que deve regular a convivência de uma comunidade em determinado momento histórico, exigem o abandono de uma concepção puramente positivista das normas permissivas.”⁶⁷

Na realidade, a maioria da doutrina admite o estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade.

⁶⁶ Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 491.

⁶⁷ Cf. BITENCOURT, *op. cit.*, p. 250.

Variam, no entanto, as opiniões a respeito dessa dirimente poder ou não ser inferida do texto legal; como, ainda, se o sacrifício de bem ou direito *igual* está abarcado por esse conceito ou, ao contrário, ficaria sob amparo da *justificante*, no molde do tipo *permissivo* do art. 24 do CP.

Aqueles que entendem abrangidos pela fórmula legal os casos que envolvem confronto de bens *iguais*, alegam ser isso uma decorrência do direito não poder optar entre um e outro bem,⁶⁸ exprimir qualquer preferência,⁶⁹ já que ao menos um dos dois bens deverá sucumbir para salvar-se o outro.⁷⁰ Alguns, entretanto, acham que o conflito de interesses equipolentes está “impropriamente” abarcado pelo Código Penal, posto que a adesão deste estatuto foi à corrente *unitária* e, nessas hipóteses, o que realmente ocorreria seria o estado de necessidade como excludente de *culpabilidade*, por inexigibilidade de outra conduta.⁷¹

“A legislação vigente, adotando a teoria unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que “nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente de culpa (inexigibilidade de outra conduta) [...]” (Grifamos).⁷²

Esse entendimento, porém, sofre firme combate de Francisco de Assis Toledo que o vê como uma tentativa de aplicação no Brasil, por inteiro, da teoria *diferenciadora* tal como posta na legislação alemã.⁷³ As razões que elenca para tanto são idênticas, se não iguais, às invocadas por Cezar Roberto Bitencourt ao expor a dificuldade que a atual redação do dispositivo sob enfoque apresenta à adoção, como causa *supralegal*, do estado de necessidade *exculpante*.

Residem as mesmas, basicamente, no fato de uma excludente dessa natureza reclamar, como é cediço, a existência de um injusto, qual seja, pressupor uma ação típica e antijurídica,⁷⁴ enquanto que da lei não pode ser inferida esta última qualificação, pelo menos no caso de perecimento de um bem igual ao preservado, dentro de um conflito em que somente um deles poderá ser salvo.

⁶⁸ MIRABETE, op. cit. p. 177.

⁶⁹ COSTA JR., op. cit., p. 103.

⁷⁰ NUCCI, op. cit. p. 94.

⁷¹ FRAGOSO, op. cit. p. 232.

⁷² Idem.

⁷³ TOLEDO, op. cit., p. 181.

⁷⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 257.

Por seu turno, Guilherme de Souza Nucci é quem, agora, insurge-se veementemente contra essa posição, no que pese entender que, conforme o preceito legal, “é perfeitamente razoável exigir-se o sacrifício ocorrido” nessa hipótese.⁷⁵ Para esse doutrinador, portanto, o estado de necessidade praticado com o sacrifício de bem *igual* ao protegido é sempre e também *justificante*.

Não é outra a conclusão que é possível abstrair da palavra de Francisco de Assis Toledo, ao expor as razões de sua divergência do entendimento esposado por Heleno Cláudio Fragoso, aqui já referido:

“Não podemos adir integralmente ao entendimento pelo fato de que o estado de necessidade *exculpante* pressupõe a existência do justo, isto é, de uma ação típica e antijurídica, que individualmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao art. 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor.”⁷⁶

De igual modo, em relação a Cezar Roberto Bitencourt:

“Uma causa *excludente de culpabilidade*, como é o caso do estado de necessidade exculpante, pressupõe uma ação típica e antijurídica, e, num conflito de bens, onde somente um pode ser salvo, a ação de qualquer de seus titulares não pode ser qualificada de antijurídica, à luz do dispositivo referido, pelo menos quando se tratar de bens de igual valor. No entanto, quando o bem ou interesse sacrificado for de maior valor, pela *desproporcionalidade* entre *valor preservado* e *valor sacrificado*, parece-nos que não está abrigado pela previsão do estado de *necessidade justificante*, quando então a ação típica será também antijurídica (Destaques do autor).”⁷⁷

Enquanto o primeiro sustenta sua posição na ideia de que “o exercício de um direito nunca é antijurídico”⁷⁸ e na falta de razoabilidade, em princípio, no sacrifício de um bem de maior valor para salvar-se o de menor valor; o segundo, sem abrir mão desses postulados, finca as razões do seu convencimento na *minorante* prevista pelo §2º do art. 24 do CP, na qual identifica a *ponderação de bens* e a impossibilidade tanto de causa *justificante* como de *exculpante* no caso de perecimento de bem mais valioso em situação de necessidade.⁷⁹

Porém ambos admitem o estado de necessidade *exculpante* apenas nas

⁷⁵ NUCCI, op. cit. p. 94. No mesmo sentido: COSTA JR, op. cit. p. 103: “O art. 24 do Código Penal vigente manteve a redação originária do anterior art. 20. Permaneceu dessarte fiel à teoria unitária, que entende o estado de necessidade como justificativa, quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor”.

⁷⁶ TOLEDO, Op. cit., p. 181.

⁷⁷ Op. cit., p. 257 (Os destaques são do autor).

⁷⁸ Graf zu Dohna, in *La estructura de La teoria Del delito*, p. 47, apud TOLEDO, op. cit. p. 181.

⁷⁹ Op. cit., p. 258: “Aliás, essa é a interpretação que se pode fazer da previsão do §2º do art. 24, que não é outra coisa que a *ponderação de bens*, prevendo uma *culpabilidade diminuída*, permitindo a redução da pena, ainda que excepcionalmente [...] Por essa previsão – *minorante* –, quando houver *desproporcionalidade* entre bens em conflito, perecendo o bem mais valioso, afasta-se, legalmente, não só estado de necessidade justificante, mas também o estado de necessidade exculpante. Por isso, nessas hipóteses, observadas as circunstâncias fáticas, admitimos a possibilidade do estado de necessidade justificante (*sic*), mas somente como *causa suprallegal* de exclusão da culpabilidade.”

hipóteses de preservação do bem de *maior* com sacrifício do que possui *menor* valor,⁸⁰ como causa exculpante *extralegal*, por se tratar de simples desdobramento do princípio da *culpabilidade*, que se encontra na base do sistema penal vigente, anteriormente às próprias normas legislativas.⁸¹

Por fim, conforme acentuam Zaffaroni e Pierangeli, “a autonomia legal de uma eximente não implica a sua autonomia teórica, nem a falta da primeira impede a concepção da segunda.” De acordo com esses autores, ao regular o estado de necessidade, o Código Penal “não diz não haver crime em todos os casos, por faltar antijuricidade”, cabendo à doutrina verificar se isso efetivamente ocorre ou se não existe crime quando se atua em estado de necessidade somente em algumas hipóteses, “porque existe justificção e, em outros, porque não há culpabilidade.”⁸²

5 CONCLUSÕES

Não há dúvida quanto à possibilidade nem quanto à utilidade do aproveitamento da teoria da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) na configuração do estado de necessidade no Direito brasileiro. O entendimento de que o estado de necessidade *exculpante* não seria necessário, porque as causas de justificção se acham bem estruturadas no Código Penal, não elimina tampouco limita sua conformação a casos concretos, “reais”, para cuja solução se mostre tanto ou mais adequado.

Considerada a impraticabilidade do direito regrar objetivamente todas as condutas possíveis dentro da dinâmica social, não é descabido que essa teoria venha a servir para a resolução de situações nunca antes pensadas ou mesmo de problemas antigos – vistos, agora, sob outro prisma – para os quais o Direito Positivo não apresenta solvência, sem prejuízo daquelas outras cuja solução disponível não se mostra satisfatória em vista dos valores reinantes em cada momento histórico. Por todas as razões acima elencadas e mais por se tratar de instituto afinado com os princípios limitadores do Direito Penal e regedores do Estado Democrático Social de Direito, não

⁸⁰ Sem embargo de admitirem, pela teoria *diferenciadora*, que a inexigibilidade de outra conduta pode desculpar a ação quando se trata do sacrifício do bem de *igual* ou maior valor (Cf. BITENCOURT, op. cit. p. 256-257; e TOLEDO, op. cit., p. 181).

⁸¹ No sentido de que os casos de “colisão jurídica” são “*estranhos ao poder de punir, porque não são atos criminosos*”, ver FERRI, Enrico. *1856-1929- Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz Lemos D’Oliveira. Campinas: Russel Editores, 209, p. 412.

⁸² Cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p 507 e 509.

há razão para não se admitir a possibilidade de *exculpação* de condutas em face da colisão de direitos ou deveres em situação de *necessidade*, no mínimo, como um “*soldado de reserva*”.

No que pese a adoção aparente, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria *unitária* na formulação do estado de necessidade, o princípio da “*ponderação de bens e deveres*” é subjacente à própria norma que o define, o que pode ser confirmado não apenas pelo requisito da *proporcionalidade* que lhe é ínsito e na *minorante* (culpabilidade diminuída) do § 2º do art. 24, como nas palavras do próprio legislador penal quando expôs os motivos das disposições a esse respeito.

De outro lado, o Código Penal Militar prevê, expressamente, no art. 39, sob a rubrica de “estado de necessidade, com *excludente de culpabilidade*”, o estado de necessidade *exculpante*, ao lado do *justificante* e, esse fato, que, inquestionavelmente, configura nítido tratamento não isonômico; e se isso não autoriza a extensão imediata dos mesmos preceitos ao cidadão comum (civil), quando nada, fortalece os argumentos em favor da aplicação da teoria objeto desta pesquisa.

Finalmente, atendidos os requisitos comuns e gerais previstos no art. 24 do CP, o estado de necessidade *exculpante* poderá ser reconhecido, ao menos como causa *supralegal*, em face da situação fática, se não era possível exigir comportamento diverso do agente, nos casos de sacrifício de bem de *maior* valor para salvar o de *menor*.

Admitindo a lei o sacrifício de um bem que, “nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, abarca também o conflito de bens *iguais*, quando um deles vier a ser sacrificado para salvar o outro, embora com isso não se possa entender como afastada a possibilidade dessa *justificante* – posto que se está diante de norma *permissiva* – possuir perfil *exculpante*. Afinal, na linha do que há pouco foi enunciado em relação às autonomias teórica e legal das normas *permissivas*, o legislador é livre para abranger⁸³ numa mesma fórmula eximente pressupostos pertencentes à justificação e a exculpação, como para tratar de modo autônomo eximentes que cabem ou se desenvolvem em outras fórmulas legais, pois a natureza dos institutos jurídicos, tanto quanto o fato que a lei regula, não pode ser estabelecida nem mudada por decretos.

⁸³ Embora não seja de boa técnica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* : parte especial. v 2. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo).

BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Organizado por Juarez de Oliveira e Marcus Cláudio Acquaviva. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

BRASIL. Decreto - Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=227135>> Acesso em: 02 de dezembro de 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 4. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russel Editores, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; **STOCO**, Rui (Coordenação). *Código Penal e Sua Interpretação*: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. v. 1. Parte geral. 16. Ed. São Paulo : Saraiva, 1992.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito Penal*. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral: arts. 1º a 120. v. 1, 8. ed. rev, atual. ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

THORPE, Scott. *Pense como Einstein*. 3.ed. São Paulo: Cultrix., 2004.

SOUSA, Alberto R. R. Rodrigues de. *Estado de Necessidade*: um conceito novo e aplicações mais amplas. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal* : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11 – 1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

VILLAS BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial*: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl; **BATISTA**, Nilo; **ALAGIA**, Alejandro; **SLOKAR**, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **PIERANGELI**, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v 1, parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.