

## O ESTADO DE NECESSIDADE (\*)

PROF. LUIZ VICENTE CERNICHIARO

O Código Penal brasileiro, expressamente, arrola excludentes de criminalidade, nos artigos 17, 18, 19 e 20. Nos dois primeiros, são contempladas hipóteses de ausência de culpabilidade, enquanto, no último, discrimina os casos de não presença de antijuridicidade.

“Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Art. 18. Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

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

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

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

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.”

2. O estudo do estado de necessidade, no direito nacional, exige exame desses artigos de lei, antes, entretanto, para exata compreensão da matéria, impõe-se ligeira explicação da estrutura do Direito Penal brasileiro.

3. O Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) resultou do projeto elaborado pelo Professor ALCANTARA MACHADO, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, revisto pela Comissão composta por VIEIRA BRAGA, NELSON HUNGRIA, NARCÉLIO DE QUEIROZ e ROBERTO LYRA, com a colaboração de A. J. DA COSTA E SILVA.

(\*) Apresentação ao VI Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em 1969, em Pescara, Itália.

A respeito da culpabilidade, foram contemplados apenas o dolo e a culpa, no tocante aos crimes, e a voluntariedade relativamente às contravenções penais.

Sem os citados elementos, o crime não se compõe do ponto de vista subjetivo. Esta afirmação, porém, é contestada por autores de renome. ANIBAL BRUNO, COSTA E SILVA, BASILEU GARCIA, por exemplo, afirmam que inobstante a orientação desejada pelo legislador, a redação da lei contempla algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, como acontece na presunção de imputabilidade a quem cometa o crime em estado de embriaguez voluntária, ou culposa, sob o domínio de emoção por paixão, nos crimes qualificados pelo resultado, ou na atenuação especial da pena ao agente que, desejando participar de crime menos grave, não terá a pena inferior à cominada à infração praticada pelo co-partícipe, nos moldes do artigo 116 do Código Penal italiano.

Do ponto de vista objetivo, ocorre censura jurídica quando, sem justa causa, for ocasionado, pelo menos, perigo de dano a um bem tutelado. "O projeto acolhe o conceito de que "não há crime sem resultado". Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano; e sendo o perigo um "trecho da realidade" (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão". (Exposição de Motivos, nº 13).

Coerente com o sistema enunciado, a Parte Especial é dividida em onze Títulos, correspondendo a objetividades jurídicas. Esses Títulos, por sua vez, são subdivididos, sem entretanto, obedecer a um critério uniforme. Ora se refere a bem jurídico (v.g., *vida*), ora destaca o *nomen iuris* de uma infração (v., *lesões corporais*).

Dessa forma, a ação típica, em sendo também antijurídica e culpável, caracterizará o crime ou delito (no Brasil, foi adotado o sistema dicotômico, inexistindo, por isso, distinção entre crime e delito). Entre nós, são minoritários os escritores que acrescentam ser conduta também punível para a composição do ilícito penal.

Essa ligeira dissertação se explica para ressaltar a influência da culpabilidade e da antijuridicidade — diante da lei brasileira — na configuração da infração penal. Conseqüentemente, o tema é pertinente ao estado de necessidade — hipótese de exclusão de criminalidade.

4. Consoante a definição legal, ROBERTO LYRA estabeleceu o seguinte esquema:

Requisitos do estado de necessidade	{	quanto ao perigo	{	a) atualidade b) ausência de provocação voluntária c) inevitabilidade, por outro modo
		quanto à salvação	{	inexigibilidade circunstancial do sacrifício

5. O *perigo* é conceituado como a probabilidade (não mera possibilidade) de dano, que, por sua vez, significa prejuízo ocasionado a um bem jurídico.

O perigo, ademais, pode ser individual, ou coletivo, conforme ameace pessoa, ou coisa determinada, ou não. A integridade física é exemplo do primeiro caso, ao passo que a incolumidade pública o é do segundo.

Em se tratando do estado de necessidade, é indiferente que se refira a qualquer dessas hipóteses. É bastante que seja “direito próprio ou alheio”.

6. A *atualidade* do perigo é outro pormenor.

Atual é o que está acontecendo. Algo que se efetiva.

Nessa passagem, o Código ensejou debate doutrinário. JOSÉ FREDERICO MARQUES extrai conclusão rigorosa, atento ao aspecto gramatical da lei: “Não se inclui aqui o “perigo iminente” porque a atualidade se refere “ao perigo e não ao dano”, pelo que “é evidente que não pode exigir-se o requisito da iminência da realização do dano” (“Tratado de Direito Penal”, ed. 1965, vol. II, pág. 125).

Discordantemente, MAGALHÃES NORONHA, afirma: “Deve ser *atual* ou *iminente*, isto é, presente ou prestes a realizar-se” (“Direito Penal”, ed. 1963, 1<sup>o</sup> vol., pág. 230).

A maioria dos escritores e a jurisprudência definiram-se a favor da interpretação mais liberal. E, sem dúvida, com melhores argumentos.

O ordenamento jurídico existe a fim de preservar bens e interesses. Aguardar que o perigo se verifique, muitas vezes, seria esperar que o próprio dano se atualizasse e, com esse rigor, impedir que a salvaguarda seja pronta e eficaz.

Não se confundam, contudo, *perigo iminente* (prestes a atualizar-se) e *perigo remoto*. Este é mera possibilidade, o que não autoriza invocar o instituto jurídico. A possibilidade do perigo é comum a todos os bens jurídicos. Em tese, todos poderão ser danificados. A probabilidade, todavia, é idéia mais restrita e significa algo que está para acontecer. Qualquer prédio pode desabar, mas nem todos os prédios estão para desabar!

É lícito, pois, nos quadrantes do estado de necessidade impedir que se atualize o perigo iminente, sob pena de, muita vez, ser inócua a providência da lei.

Por sua vez, também não podem ser invocados os perigos *passado* e *futuro*.

O sacrifício do bem é autorizado somente em última instância. Vale dizer, o estado de necessidade há de ser entendido parcimoniosamente.

O que já ocorreu, mas já não oferece perigo, assim como o que irá acontecer (além do limite do *iminente*) não justificam a destruição de coisas de terceiro inocente.

7. O perigo deve ameaçar direito próprio, ou alheio.

A expressão *direito* compreende qualquer bem jurídico. Tudo o que for amparado pelas normas de direito é merecedor de preservação.

8. Acrescenta o Código Penal que o perigo não haja sido provocado pelo agente, ou, conforme a redação do texto "que não provocou por sua vontade".

Neste ponto, a doutrina brasileira está em polêmica. Nesse requisito é debatida a origem do perigo.

Em termos gerais, ou é provocado pela vontade do homem, ou pela natureza.

Na primeira hipótese, caberá distinguir se o indivíduo é imputável ou inimputável. E mais, se o imputável pratica a ação dolosa, ou culposamente. Para facilitar a exposição, é útil a demonstração do seguinte quadro:

O perigo deriva	{	Homem	{	Imputável	{	Dolo
		Natureza		inimputável		Culpa

Em se tratando de perigo resultante de forças da natureza, não há divergência, em que se invoque o instituto.

O mesmo, no entanto, não acontece nos outros casos.

Se a atitude derivar de um inimputável, conforme será examinado quando confrontados os estados de necessidade e a legítima defesa, nada impede a invocação da segunda.

Por fim, se o indivíduo for imputável, portanto, em condições psicológicas para entender o caráter delituoso do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, impõe distinguir a conduta dolosa do comportamento apenas culposos.

A mesma tranquilidade não é encontrada quando o perigo é criado culposamente, isto é, se a pessoa, com previsibilidade do resultado (ou previsão, no caso de culpa consciente), conduzindo-se com negligência, imprudência, ou imperícia, der causa ao evento. COSTA E SILVA, ANÍBAL BRUNO e BASILEU GARCIA opinam no sentido da admissibilidade. Em terreno oposto, NÉLSON HUNGRIA, JOSÉ FREDERICO MARQUES e MAGALHÃES NORONHA.

A divergência reside no entendimento a respeito de "que não provocou por sua vontade".

Os escritores que sustentam a negativa fundamentam que a culpa resulta da vontade e não tendo a lei traçado restrição, ao intérprete é vedado fazê-la.

Na outra linha do raciocínio, é dito que a expressão do artigo 20 é indicativa apenas de dolo.

MAGALHÃES NORONHA (ob. cit. pág. 231) faz a seguinte observação: "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?"

A solução do problema não é difícil, uma vez observado que o estado de necessidade (real) dinamiza a antijuridicidade.

Perguntar-se-á: a conduta culposa é jurídica, vale dizer, conforma-se às exigências objetivas do Direito? A resposta, evidentemente, é negativa. Ora, se a antijuridicidade persiste, não é possível argumentar-se com o instituto do art. 20. Por isso, são pertinentes as palavras de NELSON HUNGRIA: “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 nesse caso, por carência de culpabilidade (estado de necessidade putativo), e não por exclusão de antijuridicidade” (Comentários ao Código Penal, volume I, pág. 473/438). *Mutatis mutandis*, a conclusão se adapta ao tema em estudo.

9. O perigo, além do mais, deve ser *inevitável*. Com isso é revelado pensamento de que o estado de necessidade é de uso extremo. Se o agente dispuser de opção, deverá preferir a fórmula que ocasionar menor dano. E mais. Se puder evitá-lo, mediante fuga, necessitará empreendê-la, ao contrário do que acontece com a legítima defesa.

Os Tribunais brasileiros recomendam, para aferição do comportamento do agente, confrontá-lo com a atitude hipotética do *homo medius*, padrão de diligência e probidade, sem contudo, deixar de sopesar o contexto psicológico do indivíduo diante da situação objetiva do perigo.

10. Outro requisito é a *inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado*. Com essa preocupação, a lei impede abusos e desvirtuamentos. Evita o sacrifício de bens valiosos em detrimento de bens, relativamente, de expressão menor.

A lei não impõe que o bem sacrificado seja inferior ao protegido. Preferiu redação genérica, a fim de facultar ao juiz a constatação dos vários elementos circunstanciais, inclusive de ordem subjetiva que, em determinados casos, constitui pormenor de extrema valia.

Todos os bens merecem amparo, entretanto, o julgador não pode olvidar que apresentam significados desiguais, se confrontados objetiva e subjetivamente. Daí a referência à razoabilidade do sacrifício, com o que se confere crédito à discricção do magistrado.

11. O parágrafo 2º do artigo 20 define situação à margem do estado de necessidade, todavia, a ele intimamente relacionado. É hipótese de causa especial de redução de pena. Apesar de razoavelmente exigível o sacrifício do bem do agente, prefere causar prejuízo a terceiro. O disposto foi sugerido pelo Código Penal da Suíça (art. 34) e revela intuito de individualização da pena.

12. Outro aspecto de divergência entre os escritores é o parágrafo 1º do artigo 20: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

A dúvida reside em saber se *dever legal*, no caso, corresponde a *dever jurídico*. Conceitualmente, expressam grandezas diferentes. O segundo envolve o primeiro. Dogmaticamente, porém, a divergência persiste.

A dificuldade de solução toma corpo à vista do que reza a Exposição de Motivos nº 17: “A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um “especial dever jurídico”.

O tema é de relevância, mormente quando indagado se alguém que se obrigara, pelo vínculo contratual, poderá para defender direito seu, sacrificar o do outro contratante.

Ao guia profissional — acompanha o esportista em desfiladeiro de acesso difícil — será lícito, no momento do perigo, prejudicar a quem se comprometera proteger, abandonando-o, ou, o que é mais grave, provocando-lhe dano?

Observe-se, o estado de necessidade (exceto o putativo) exclui a ilicitude, não toca à culpabilidade. Objetivamente — não resta dúvida — a conduta contrasta com as exigências jurídicas. Não é admissível à pessoa que voluntariamente assume uma obrigação — muitas vezes, remunerada — e, portanto, com o dever de cumpri-la, deixar de fazê-lo por conveniência própria. No Direito Penal também repercute o brocardo *pacta sunt servanda*.

Esse rigor interpretativo não leva — embora pareça à primeira vista — a situações de iniquidade. O crime não se reduz à antijuridicidade. Urge indagar ainda a culpabilidade, ponto em que toca a *inexigibilidade de conduta diversa*. Quando a ação não receber o estigma da reprovabilidade, nenhuma sanção se faz necessária. No caso, porém, de dano grave, simplesmente em atenção à uma cláusula contratual — apesar de trair um acordo de vontades — e, por isso, conduta antijurídica — não sofrerá reprovação, quando examinados os motivos de agir, do ponto de vista subjetivo. Inexistirá culpabilidade.

Esse o caminho a ser trilhado de acordo com os termos do Código Penal do Brasil. Nessa altura, apartou-se do italiano, que se refere a “particular dever jurídico”.

13. O *excesso*, no exercício do estado de necessidade, não foi referido no texto legislativo, a exemplo do que aconteceu com a legítima defesa.

Se o excesso for doloso é evidente a descabida do instituto.

O excesso culposo também não é amparo, apesar da afirmação de MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 235): “Na defesa de direito seu, pode o agente exceder-se. O Código não regulou a hipótese, ao contrário do que fez com a legítima defesa (art. 21, parágrafo único), quando dispôs sobre o excesso culposo. Não obstante, tem inteira cabida a aplicação desse preceito ao estado de necessidade (analogia *in bonam partem*)”.

Na legítima defesa, a conduta do agente — por ser reação — tem campo de incidência maior. O sacrifício, via de regra, é produzido a quem agride injustamente. No estado de necessidade — imposto sacrifício de bem de inocente — justifica-se maior parcimônia em atenção ao objeto jurídico.

14. A criminalidade pode ser excluída (compreendida a não caracterização do ilícito por ausência de elemento estrutural) por inoccorrência de culpabilidade, ou seja, não incidência do elemento subjetivo, hábil a compor a infração penal.

O tema é pertinente ao instituto em exame. O Código Penal brasileiro, sob o *nomem iuris* “Erro de Fato”, contemplou o estado de necessidade putativo, na parte final do artigo 17: “É isento de pena quem... por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.

Em outras palavras, *se a ação fosse legítima*, isto é, jurídica, ocorreria uma eximente arrolada no artigo 19, vale dizer, causa objetiva de exclusão da criminalidade.

A conduta do agente é antijurídica, entretanto, somente a pratica em virtude de erro essencial, ou seja, de falsa representação da realidade. A respeito dos requisitos a serem apresentados para produzir os efeitos decorrentes do artigo 17, pondere-se a afirmação da Exposição de Motivos (nº 15): "O erro de fato constitui objeto do art. 17 e seus parágrafos. Distingue-se entre *erro essencial e o erro accidental*: este é irrelevante, aquele é excludente da responsabilidade a título de dolo e mesmo a título de culpa, se é excusável ou invencível".

15. O perfeito entendimento do estado de necessidade requer confronto com os institutos afins.

*O exercício regular do direito* constitui genero de que as demais modalidades arroladas no artigo 19 são espécies.

No estado de necessidade, na legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal observam-se os requisitos do exercício regular do direito. Este significa a prática de uma ação conforme ao Direito. Inexiste contradição no ordenamento jurídico, no sentido de que uma ação, ao mesmo tempo, lícita e antijurídica (isso não implica produzirem efeitos diferentes nos diversos ramos do Direito). Ainda que algum bem, ou interesse sofra prejuízo, uma vez facultada a ação, o agente não será passível de sanção. A prisão de alguém em flagrante acarreta cerceamento do direito de liberdade (e a liberdade é bem jurídico penalmente amparado), contudo, na espécie, está excluída a antijuridicidade por tratar-se de comportamento autorizado.

Os demais institutos exprimem também conduta referendada pelas normas de Direito — e, portanto, exercício regular de um direito. Constituem, porém, casos especiais, com apresentação de elementos próprios e inconfundíveis.

Em atenção à regra — a norma especial afasta a norma geral — o exercício regular do direito somente será invocado, se não caracterizar-se uma das figuras congêneres.

16. Na *legítima defesa*, há reação moderada, através de meios necessários, a uma injusta agressão a direito do agente, ou de terceiro. O artigo 21 do Código Penal preceitua:

"Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo."

No estado de necessidade, não há reação. Apenas ação. Há uma situação de perigo para um bem jurídico, cuja preservação obriga que outro seja sacrificado.

Na legítima defesa, o agente defende bem injustamente agredido, ou que esteja na iminência de o ser.

No estado de necessidade, é ofendido bem de terceiro inocente porque outro comportamento não é exigido do homem.

É possível o concurso do estado de necessidade com a legítima defesa. ROBERTO LYRA FILHO (Postilas de Direito Penal, ed. 1969, pág. 52) com remissão a COSTA E SILVA, expõe: "Acontece, não poucas vezes, que, para exercer a legítima defesa, se vê a pessoa na contingência de lesar ou por em perigo bens de terceiros. Exemplo: A, para defender-se ou ir em socorro de B, vítima de um ataque injusto, lança mão de uma bengala, uma arma, que se acha em poder de C. Há nesse caso, um concurso de legítima defesa e estado de necessidade".

17. *No estrito cumprimento de dever legal*, o agente pratica a ação, em virtude de obrigação imposta por lei.

Um bem jurídico, igualmente, pode ser sacrificado. Não é, porém, necessário que ocorra conflito com outro, de forma a impor-se o sacrifício de um para sobrevivência do outro. Ainda que isso aconteça, não é fundamental. Caracteriza-o, antes de tudo, o agente estar no desempenho de conduta determinada por lei (tome-se a expressão no sentido amplo para compreender o decreto e os regulamentos). Não se confunda a atitude do policial que para restabelecer a ordem na praça pública e para tanto se vê na contingência de ocasionar dano a terceiro, como no caso do lançamento de bombas de gás lacrimogênio — com a de quem, em alto-mar, disputa a tábua de salvação, e para não perecer afogado, mata o companheiro. No caso do guarda, a lei impõe-lhe aquela ação — desincumbe-se de uma obrigação — para zelar pela tranquilidade coletiva. O naufrago exerce uma faculdade, justificada pelo instinto de conservação.

Ademais, no estrito cumprimento do dever legal, pode haver uma conduta ilícita que esteja sendo enfrentada, ao passo que no estado de necessidade, não acontece, visto o conflito de direitos não decorrer de atitude injusta de outrem.

18. A Exposição de Motivos (nº 17) apresentou o instituto nos seguintes termos:

"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 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 a 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*. A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico. É o que dispõe o § 1º do art. 20: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Ainda mesmo no caso de razoável exigibilidade do sacrifício do direito ameaçado, pode o juiz, dadas as circunstâncias, reduzir a pena (§ 2º do artigo 20).”

19. O atual Código Penal está com os dias contados. O Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, encerra novo texto, cuja vigência fora prevista para 1º de janeiro de 1970, entretanto, prorrogada a *vacatio legis* para 1º de agosto do mesmo ano, para 1º de janeiro de 1972 e para 1º de janeiro de 1973.

Reforma Legislativa não se propôs à modificações de estrutura. A Exposição de Motivos (nº 3) foi explícita: “... não se pretendeu elaborar um Código totalmente novo, abandonando-se a sistemática de nossa atual legislação. Ao contrário, o propósito foi sempre o de manter, tanto quanto possível, as soluções da lei vigente...”

No tocante ao estado de necessidade, porém, há alterações dignas de nota.

“Art. 25. Não é igualmente culpável 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.”

“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.”

“Art. 30. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa.”

20. Foi a justificativa, apesar de modificados os termos do artigo 20, e quanto à dirimente, consagrada fórmula especial, sem excluir a modalidade do erro de fato.

Esquemáticamente:

a) exclusão da antijuridicidade — art. 28.

b) exclusão da culpabilidade

{ inexigibilidade de outra conduta — art. 25.  
{ Erro de fato — art. 21.

21. O confronto dos textos revela que o trato legislativo, no aspecto da exclusão da antijuridicidade, foi de pequeno porte. Fundamentalmente, a distinção reside na valoração do bem preservado em cotejo com o sacrificado. A

eximente será admitida “desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado”.

Denota-se maior severidade na fixação do instituto. Não mais fala na razoabilidade da conduta. E não basta serem bens de valores diferentes. O danificado deverá ser “consideravelmente inferior”. Vale dizer, sensível desproporcionalidade. Inexiste, no texto, medida para fixar o desnível. O critério é objetivo, embora não se eliminem as ponderações de natureza subjetiva. O fator estimativo não poderá ser relegado. O critério, pois, é individualizador, tendo em vista sempre que o conteúdo da norma exprime sentido de preservação do bem que encontra aceitação generalizada de merecer amparo em detrimento de outro. O mal causado ao patrimônio — por sua natureza e importância — é consideravelmente inferior à vida humana. O mesmo, contudo, não se dá se cotejados patrimônios de valor 80 e 70.

Impõe-se particular atenção à natureza do bem jurídico. A multiplicidade de objetos jurídicos apresenta nuances de valoração em virtude dos elementos constitutivos. Toda objetividade jurídica é protegida. Pela função que exercem na busca dos fins eleitos pela sociedade, destacam-se na tábua valorativa. *Vida* — bem jurídico indispensável — é, nessas considerações, sensivelmente superior ao *Patrimônio* — disponível. A *Família*, pela importância moral e social — preocupação até da Constituição da República — exprime maior significado que o *Respeito aos Mortos*.

Na investigação da natureza do *mal causado* é procedida análise de ordem genérica, confronto de valores, ao passo que a aferição da importância do mesmo significa exame específico — *in concreto*.

A conjugação dessas críticas conferirá ao juiz os dados indispensáveis para a constatação do “consideravelmente inferior”.

22. O confronto dos textos revela as coincidências e alterações dos dois códigos. (A redação, sem modificar o conteúdo, para facilitar o paralelo, obedecerá a outra ordem.)

#### *Código Penal de 1940*

- a) Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato;
- b) para salvar;
- c) direito próprio ou alheio;
- d) de perigo atual;
- e) que não provocou por sua vontade;
- f) nem podia de outro modo evitar;
- g) cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se;
- h) não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

*Código Penal de 1969*

- a) Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal;
  - b) para preservar;
  - c) direito seu ou alheio;
  - d) de perigo certo e atual;
  - e) que não provocou;
  - f) nem podia de outro modo evitar;
  - g) desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado;
  - h) e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.
- O mal significa sacrifício do bem jurídico.

*Perigo certo e atual* merece análise.

A respeito da atualidade renovam-se as considerações insertas no nº 6.

A certeza exprime que o perigo atual ocasionou o “conflito de direitos” e há efetiva necessidade de sacrifício do bem “consideravelmente inferior”. Para efeito mnemônico, imagine-se a expressão “perigo líquido e certo”

Essa interpretação amolda-se perfeitamente ao estado de necessidade, sob o ângulo da antijuridicidade. Se o perigo não for certo e atual (ou iminente — nesse ponto a nova lei não dirimiu a cizânia doutrinária), a conduta será ilícita.

A parte final do artigo não inova. Persistirá o debate no sentido do significado de “legalmente obrigado” — correspondente ao “dever legal” do diploma em vigor.

23. Na hipótese de exclusão da culpabilidade, cumpre distinguir.

No caso de erro de fato (artigo 21), a disciplina legal não sofreu modificação.

A novidade consiste no artigo 25. Foi consagrada a inexigibilidade de conduta diversa. O dolo e a culpa são afastados porque, na hipótese, há presunção legal de não reprovabilidade do comportamento. Aceita a concepção normativa da culpabilidade.

Os contornos do instituto são retratados a seguir, cuja discriminação é inspirada no citado esquema de ROBERTO LYRA:

Requisitos do estado de necessidade (artigo 25)	{	quanto ao perigo	{ <ul style="list-style-type: none"> <li>a) certeza</li> <li>b) atualidade</li> <li>c) ausência de provocação</li> <li>d) inevitabilidade, por outro modo</li> </ul>
		quanto à salvação	{ <ul style="list-style-type: none"> <li>inexigibilidade circunstancial do sacrifício</li> </ul>
		quanto ao direito protegido	{ <ul style="list-style-type: none"> <li>a) do agente</li> <li>b) de parente próximo do agente</li> <li>c) de amigo íntimo do agente</li> </ul>

24. A respeito do *perigo* e da *salvação* são pertinentes as considerações constantes dos n<sup>os</sup> 8, 9 e 10.

*Quanto ao direito protegido*, cumpre observar as letras *b* e *c*.

Antes de tudo, é indispensável conceituar às “estreitas relações de parentesco”.

O Direito Penal é autônomo e constitutivo. Daí os conceitos por ele emitidos serem independentes dos outros setores da árvore jurídica. “O Direito Penal focaliza os institutos de forma diferente do Direito Civil, mesmo em se tratando daqueles, cujas normas por serem impositivas — daí decorrendo a indisponibilidade — localizam-se no Direito Público, apesar de contidas em diploma de Direito Privado” (LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, “O conceito de cônjuge no Código Penal brasileiro”, ed. 1969, pág. 116).

Assim, inobstante, tradicionalmente, regulado no Código Civil, o conceito de parentesco, do ponto de vista penal, a ele não fica vinculado. Antes de tudo, deve preocupar a teleologia. Somente com a busca do fim a que a norma se destina será revelado o sentido real e a exata extensão.

A exclusão da culpabilidade, no artigo 25, visa a atender o sentimento humano, capaz de atos de generosidade, ou despreendimento em favor de parentes e amigos.

As “estreitas relações de parentesco” — apesar de referência expressa à “afeição” — não deixam de exprimir afeto. Por isso, a idéia não se prende apenas a um grau de parentesco, apesar de ser dado imprescindível. Aponta “parentesco próximo”, cujas pessoas, normalmente, são unidas, ou vivem sob o mesmo teto. É o núcleo social a que, em sentido estrito e vulgar, se denomina *família*, composta de pais, filhos, avós e netos. Há presunção de que esses indivíduos se socorrem mutuamente como não acontece entre outras pessoas.

A *afeição*, por seu turno, representa amizade íntima, sentimento de aproximação entre indivíduos.

Distingue-se da hipótese anterior porque não é presumida. Cumpre ser comprovada. Nada impede que a pessoa seja parente do amigo, embora não compreendida no caso anterior. O tio, o sobrinho e o primo podem, caracterizado o afeto, serem arrolados na matéria.

25. Ao contrário do consignado no artigo 28 não importa o valor do direito alheio sacrificado, porquanto dispõe o artigo 25: “. . . ainda quando superior ao direito protegido. . .”.

A conclusão é lógica e acertada. A lei não é contraditória. Aqui, não se discute a antijuridicidade, que, aliás, é afastada. A preocupação é simplesmente com a culpabilidade. Dessa forma, inexistindo reprovabilidade da conduta, não há que se prender ao resultado.

26. O *excesso* no exercício do estado de necessidade é outra inovação, nos termos do art. 30.

Refere-se a todas as hipóteses do instituto, porquanto utilizou a forma genérica “em qualquer dos casos de exclusão de crime”. Seja quando ausente a antijuridicidade, ou a culpabilidade.

O “excede culposamente os limites da necessidade” vincula-se à conduta do agente, isto é, “deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever, ou prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou poderia evitá-lo” (artigo 17, II).

Observe-se, todavia, que o excesso, estruturalmente, é relativo ao elemento subjetivo. O agente o pratica com dolo, ou culpa. É pertinente ao agir. A atenção aos dados objetivos se destina a qualificar a conduta.

Além da mencionada ampliação, sublinhem-se duas novas hipóteses, que, dessa forma, passa a constituir três situações:

Excesso no caso de excludentes de cri- minalidade	{	a) se derivado de dolo. — art. 30, § 2º b) se derivado de culpa — art. 30. c) inexigibilidade de outra conduta — art. 30, § 1º
---	---	--

Na legislação vigente, o excesso doloso — em tese — não merecia nenhum benefício.

O novo diploma de lei faculta ao juiz atenuar a pena. Apesar do artigo 30, § 2º referir “atenuar a pena”, na verdade, é uma causa especial de diminuição da pena, *ex vi* do disposto no artigo 59, fixando os limites da minoração “entre um quinto e um terço”, guardada a respectiva cominação.

O excesso culposo conservou a mesma orientação, ampliada na forma referida.

A inexigibilidade de conduta diversa, mais uma vez, foi incluída. A Comissão Revisora adotou política diferente da imprimida no anteprojeto. Este formulara preceito genérico (art. 22). A lei preferiu ser casuística. No tema, especificou o “escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação”.

As três causas se resumem na exclusão da culpabilidade por provocarem a quebra de resistência do indivíduo para a prática de fatos típicos e antijurídicos.

O pavor invencível, o inesperado do fato, ou o desequilíbrio psicológico resultante da circunstância que envolve o indivíduo são levados em conta para não incidência da *sanctio iuris*.

27. É conveniente ressaltar as seguintes passagens da Exposição de Motivos (nº 14):

“Com referência ao estado de necessidade, seguiu o projeto o sistema moderno de distinguir os casos de exclusão da ilicitude dos que excluem a culpabilidade. É antigo o debate sobre a natureza do estado de necessidade, como causa de exclusão do crime. Este debate surgiu com a teoria normativa da culpabilidade, pois esta, segundo FRANK, pressupunha anormalidade das circunstâncias do fato. Iniciou-se na doutrina o exame da matéria com a monografia notável que Goldschmidt publicou em 1913 (*Der Notstand, ein Schuldproblem*).

“O projeto acolhe a chamada *teoria diferenciadora*, que distingue conforme se trata de bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado. Essa teoria diferenciadora (que se opõe à *unitária*) é hoje amplamente dominante e sua correção nos parece indubitável. Ela se inspira na idéia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos. São muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e supralegal de exclusão da culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pelo menos no que concerne aos crimes dolosos.

“Ao lado do estado de necessidade que exclui a culpa (que o anteprojeto denominava impropriamente de *inexigibilidade de outra conduta*) aparece o estado de necessidade que exclui a ilicitude. Pressupõe o primeiro a ação antijurídica e só tem cabimento quando for inaplicável o segundo.

“O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é *consideravelmente inferior ao mal evitado*. Fora daí, a situação de necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Em favor desta última fórmula foi abandonado o critério restrito do anteprojeto em sua formulação original (parente em linha reta, irmão ou cônjuge). A conduta deixa de ser reprovável quando é inexigível comportamento diverso, o que haverá de ocorrer sempre em situações excepcionais.”