

5

ASPECTOS GERAIS DO ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL

Leopoldo Mameluque¹

RESUMO

O estudo do estado de necessidade, no âmbito do direito penal torna-se importante para a verificação dos seus fundamentos e natureza jurídica, para se aferir nos dias atuais, quanto à dicotomia existente no direito penal em relação à sua natureza jurídica consubstanciada na opção pela adoção, em cada ordenamento jurídico, da teoria unitária ou da teoria diferenciadora, importando saber se o estado de necessidade, tal como recepcionado na legislação penal, tem característica justificante, exculpante ou se contempla a ambos. Importante que se verifique, portanto, de que forma o estado de necessidade foi recepcionado na legislação penal brasileira, verificando também a análise do instituto tanto sob o enfoque causal e finalistas quanto funcionalista, isto porque o direito penal vem, cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve responder pela conduta, verificando-se, de forma objetiva, a adequação social do comportamento.

¹ Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, MG. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo Enrico Contieri,² o instituto do estado de necessidade aparece, tanto na ordem jurídica quanto externamente a ela, ora como causa específica de exclusão de certos crimes, ora como causa geral de exclusão das infrações, sendo, portanto, imprescindível para a sua adequada compreensão o estudo do referido instituto em ambos os contextos:

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

Paul Moriaud³ o define como um estado de coisas tal que a salvaguarda de um bem necessita da realização de um ato em si mesmo delituoso.

Paul Foriers,⁴ por sua vez, afirma que as questões referentes ao estado de necessidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, são muito controvertidas, especialmente no que diz respeito ao direito de punir.

Conforme o citado autor, no entanto, não é difícil definir o estado de necessidade. Este é a situação em que se encontra uma pessoa que não pode razoavelmente salvar um bem, um interesse ou um direito a não ser pela prática de um ato que se estiver em desacordo com as circunstâncias que o envolve será considerado delituoso.⁵

Foriers,⁶ ao discutir os aspectos históricos do estado de necessidade, afirma que este aparece, ao longo dos anos, como uma exceção tácita ao

² CONTIERI. *O estado de necessidade*, p. 5-6.

³ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 30.

⁴ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 3.

⁵ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 7.

⁶ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 47.

domínio de aplicação da lei, sendo um estado de fato que pode se basear na vontade do legislador ou em um substrato dogmático.

Felix Marchand,⁷ ao definir o estado de necessidade, pondera que a palavra *necessitas*, em latim, exprime duas ideias análogas, dois sentidos diferentes de uma mesma ideia, ou seja, tanto a fatalidade quanto a violência. A primeira é invencível, mas a segunda não, e quando a necessidade nos assola de uma forma absoluta é impossível se furtar à sua ação, ao passo que, quando se apresenta de forma relativa, não é difícil de se lhe escapar.

Philippe-Jean Hesse,⁸ por sua vez, esclarece que o estado de necessidade é uma forma de derrogação da responsabilidade penal em que o indivíduo se vê diante de dois males extremos e, decidindo por um deles, não há como se recriminar o seu ato, como ocorre no caso de alguém que furta para se alimentar e não morrer de fome ou de alguém que não tendo como esconder sua nudez por falta de condições financeiras pratica atentado ao pudor. O autor pontua que, na solução destes casos, torna-se importante saber se a pobreza deve ser considerada como uma forma de santidade ou como um castigo divino.

Sobre as diversas dimensões que o estado de necessidade pode vir a tomar dentro do aspecto jurídico, o citado autor manifesta-se no sentido de que este, apesar de estar historicamente relacionado à situação de penúria ou necessidade pessoal dos indivíduos, ultimamente tem apresentado outras conotações, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem do Islam, adotada em Riyad em 1998, que deu uma nova dimensão ao estado de necessidade em caso de guerra, ao afirmar que a flora, os edifícios e as instalações civis não devem ser destruídos, salvo em caso de necessidade imperiosa.⁹

Segundo Cecil Turner,¹⁰ devido à complexidade do instituto do estado de necessidade, há uma grande dificuldade em se verificar, nos

⁷ MARCHAND. *L'état de necessite em droit penal*, p. 5-6.

⁸ HESSE. Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion. *Revue Droits Fondamentaux*, num. 2, p. 125-126, jan.-dec. 2002.

⁹ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite*. Jalons pour une histoire de la notion, p. 126.

¹⁰ TURNER. *Kenny's outlines of criminal law*. p. 60.

casos concretos, a presença dos seus requisitos. Para tanto, o autor vale-se do controvertido caso do Iate Mignonette, que transcreve em seus estudos, para afirmar que o estado de necessidade somente deve ser reconhecido quando a morte for uma consequência inevitável da abstenção da prática de um determinado ato.

Claus Roxin¹¹ assim se manifesta sobre este relevante episódio em que houve o confronto de valores entre vidas humanas:

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

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

Após terem passado oito dias sem comida e água, os três adultos resolveram sacrificar o jovem para alimentar-se da sua carne e saciar a sede, bebendo o seu sangue, e assim o fizeram. Resgatados, dias após, foram levados à Inglaterra, onde dois deles foram processados e condenados à morte, pena que foi posteriormente convertida em prisão pelo prazo de 6 (seis) meses.¹²

Paul Mouriaud,¹³ ao descrever o incidente, relata que os fatos ocorreram após o 18º dia do naufrágio, que a vítima, o grumete Parker, por ter bebido água do mar, encontrava-se adoentado e inconsciente ao ser sacrificado, e que um dos três agressores, o marinheiro Brooks, não concordou com a ação que foi decidida pelo piloto Stephens e pelo capitão Dudley e executada por este último.

¹¹ ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, p. 687.

¹² MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 7-9.

¹³ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 7-9.

Segundo Turner,¹⁴ a tese do estado de necessidade, que foi sustentada por Lord Bacon em contraposição às argumentações de Sir James Stephen, foi vencida, prevalecendo o entendimento da Corte de Queen's Bench, no sentido de que não há princípio geral de direito que autorize um homem a tirar a vida de uma pessoa inocente para preservar a sua própria vida.

Paul Foriers,¹⁵ ao comentar a aventada situação de necessidade que teria ocorrido por ocasião do naufrágio do Iate Mignonette, afirma que o estado de necessidade supõe um processo de reflexão livre e uma deliberação racional. Conforme o autor, não se pode afirmar que se encontre em estado de necessidade todo aquele que, para sair de uma situação trágica, obedeça simplesmente a um impulso instintivo e mórbido.

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

Segundo o referido autor,¹⁶ apesar da ocorrência do caso do naufrágio do Iate Mignonette, ocorrido em 1884, felizmente somente outros poucos casos similares ocorreram naquele século. Cita, por referência, o naufrágio do navio *Thécla* em 1893, em que fato similar ao do Mignonette ocorreu; a morte, em 1888, na Sibéria, de uma menina assassinada e, após, devorada por seus irmãos, e o caso da jangada da Fragata francesa *Medusa* de 1816, em que 15 naufragos atiraram ao mar 13 de seus companheiros que se encontravam doentes, de maneira a poderem sobreviver por mais tempo com a pouca comida que dispunham, em uma jangada que construíram com os restos do navio.

Sobre o incidente russo, Paul Moriaud¹⁷ informa que este ocorreu no território de Touroukhank, na Sibéria Oriental, ocasião em que três irmãos, Procópio, Nikita e Davi Kalinine e sua irmã Marie, de onze anos,

¹⁴ TURNER. *Kenny's outlines of criminal Law*, p. 60.

¹⁵ FORIERS. *De l'état de nécessité en droit pénal*, p. 10-11.

¹⁶ FABISCH. *Essai sur l'état de nécessité*, p. 6-7.

¹⁷ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 10-11.

encontravam-se acampados às margens de um rio e se alimentando da pesca, como único recurso para a sua sobrevivência. Com o término da pesca, David partiu em busca de alimentos, enquanto Procópio desesperado, abateu a sua irmã e se alimentou do seu cadáver, assim também procedendo, posteriormente, o seu irmão Nikita. O fato redundou em um julgamento rigoroso pelo Tribunal de Jenisseik, que absolveu Nikita, por não ter participado da morte de sua irmã, mas condenou Procópio a treze anos e meio de trabalhos forçados, fato que posteriormente terminou por interferir na elaboração do Código Penal russo de 1882.

No caso da Fragata Medusa, Paul Moriaud¹⁸ trás o relato de um dos 15 sobreviventes do naufrágio, que resolveram sacrificar a vida de outros 13 para se salvar. A justificativa apresentada para o ato realizado consistia no fato de que aqueles que foram lançados ao mar encontravam-se muito machucados, com grandes ferimentos e, inclusive, alguns já haviam perdido a razão, comprometendo a pouca ração que dispunham. Importante o registro de que houve uma longa deliberação para a tomada da referida decisão.

2. FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

Enrico Contieri manifesta-se a respeito da importância de analisar a natureza jurídica do estado de necessidade, tanto para que se sistematize o seu estudo, quanto para que se possa avaliar as consequências jurídicas advindas do seu reconhecimento.¹⁹

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

De acordo com Philippe-Jean Hesse,²⁰ na Idade Média foram utilizados três textos teológicos para dar ao estado de necessidade bases

¹⁸ MORIAUD. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 9-10.

¹⁹ CONTIERI. *O estado de necessidade*, p. 140.

²⁰ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de nécessité*. Jalons pour une histoire de la notion, p. 129-130.

sagradas e, a partir destes textos, desenvolveram-se, nos séculos XVI a XVIII seguintes e, após estes, os argumentos jurídicos e filosóficos capazes de explicar a extinção da responsabilidade, em caso de necessidade.

Segundo o citado autor,²¹ estes textos de referência teológica são: *o evangelho de São Mateus*, em que os discípulos violam o sábado sagrado para saciarem a sua fome, no que são recriminados pelos fariseus, mas justificados por Jesus; um fragmento do *Responsu Gregorii*, que estabelece uma distinção entre o ladrão ordinário e o ladrão movido pela necessidade e uma passagem das *Penitências de Theodoro*, em que se prevê uma simples penitência de três semanas àquele que furtar o pão ou vestimentas por necessidade e não uma pena secular ou infamante.

Para Hesse,²² são dois os fundamentos de ordem jurídica para o estado de necessidade. O primeiro é que o furto não deve existir em caso de necessidade, posto que este não tem o intuito de lucro nem a vontade formal de causar prejuízo.

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

O referido autor²³ afirma, por fim, serem três os fundamentos de ordem filosófica do estado de necessidade.

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

²¹ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 129-130.

²² HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 130.

²³ HESSE. *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion*, p. 131.

tido, mas atualmente em desuso, que é o do *retorno à comunidade originária de bens*.

2.1 Estado de necessidade justificante

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

Segundo alguns autores, o estado de necessidade representaria uma espécie de coação capaz de excluir a imputação e, de acordo com Toledo,²⁴ “essa concepção corresponde, de certa forma, à teoria da coação psicológica adotada por alguns códigos europeus dentre os quais o Francês”.

Uma outra corrente doutrinária, que reúne grande número de seguidores, sustenta que a ordem jurídica não pode permanecer indiferente ao direito originário do estado de necessidade. Neste sentido, Toledo²⁵ pondera que:

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

Segundo Asúa, em relação ao estado de necessidade, que não se limita exclusivamente ao âmbito penal, ainda que se admita a sua característica exculpante, este deve ser considerado como uma causa de justificação:²⁶

No debe sucitarse polémica com respecto al nombre de esta causa de justificación. Aunque, como veremos, al proclamarse en Alemania el llamado ‘derecho de necesidad’, se ha querido distinguir éste de otras formas de apremio y se ha tratado de separar el “estado de necesidad” (Notstand) de la ‘situación necesaria’ (Notstandslage), y sobre todo, del ‘estado de necesidad su-

²⁴ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

²⁵ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

²⁶ ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 275-278, t. IV.

pralegal' [...] hay casos auténticamente justificados y otros que sólo pueden operar como causas de inculpabilidad. Todos, como se ha advertido, entran en la amplia noción que nos dió Von Liszt al definir esta eximente. Pero si queremos encararla como causa de justificación, dejando fuera los supuestos meramente inculpables (vid.infra.num 1352) muy otro será el concepto que nos veremos precisado a dar. Helo aquí: El estado de necesidad es una situation de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condicion de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto.

Sobre as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do estado de necessidade como causa de justificação, exatamente em virtude da adoção do princípio do interesse preponderante que, aliado ao princípio da valoração dos bens, faz surgir o direito de necessidade, Asúa²⁷ afirma que se tratando de conflito entre bens diferentes ocorreria uma justificação e no caso de bens iguais, a norma deveria ser neutralizada, prevalecendo, em qualquer caso o bem superior:

Nosotros hemos creído siempre que el estado necesario es una causa de justification quando el conflicto se plantea entre bienes desiguales aunque lo

completábamos, inoportunamente, con la 'falta de peligrosidad'. En caso de que colisionaram dos bienes de entidad o valor iguales nuestro criterio fue, antes, el de neutralizar la norma jurídica a actos tan desgraciados [...] Seguimos fieles al calificativo de justification. Pero, conforme a los principios expuestos, es preciso que nuestra conducta haga prevalecer el bien superior para estar justificada.

2.2 Estado de necessidade exculpante

José Cirilo de Vargas,²⁸ após passar a uma breve explanação sobre o conceito do estado de necessidade, também informa sobre o critério para se verificar a sua natureza, justificante ou exculpante:

²⁷ ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 338, t. IV.

²⁸ VARGAS. *Instituições do direito penal*, p. 331-332.

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

Em relação à natureza jurídica do estado de necessidade, Anibal Bruno,²⁹ apesar de admiti-la como justificante, tendo em vista o fato de que “é a própria lei que exclui o ilícito dessa situação em que o agente sob a ameaça de um dano real, certo e iminente a um bem jurídico próprio ou mesmo alheio, salva-se pela agressão ao bem de outrem, que se apresenta como absolutamente necessária”, reconhece a controvérsia que existe sobre sua natureza.

Segundo Aníbal Bruno,³⁰ os jusnaturalistas compreendiam o fato fora da consideração jurídica, tratando-o como um conflito “à margem da lei, uma infelicidade do destino. Surgindo a necessidade, diziam eles, o próprio regime jurídico se exclui”. Por outro lado, os clássicos consideravam tal fato uma causa de exclusão da imputabilidade, por coação psicológica produzida pelo temor do mal grave e iminente, tolhendo a vontade livre e com isto o ato não seria lícito, mas apenas não punível.

Dentro deste contexto evolutivo, Anibal Bruno³¹ também passou a considerar o estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade: “Outros excluem, não a imputabilidade, mas a culpabili-

²⁹ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 389, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

³⁰ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 390, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

³¹ BRUNO. *Direito penal, parte geral*, p. 390, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

dade. Daí a não punição do agente, apesar do caráter ilícito do fato. Neste sentido, entre outros, M. E. Mayer”.

Por fim, vale lembrar as ponderações de Asúa, referindo-se ao § 54 do Código Penal alemão, no sentido de que a teoria da diferenciação permite recorrer à inexigibilidade de outra conduta, nos casos em que as limitações do preceito legal não permitam a aplicação da eximente de acordo com as suas prescrições:³² *“El encuadramiento del §54 entre las causas de inculpabilidad, le permite acudir a la “no exigibilidad de otra conducta” en aquellos casos em que la limitacion del precepto no permitiría eximir conforme a su texto”*.

Sintetizando este raciocínio, manifesta-se Luis Augusto Sanzo Brodt³³ sobre o estado de necessidade justificante e exculpante, fundamentado em Jescheck:

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

Cláudio Brandão³⁴ também se manifesta sobre as teorias unitária ou monista e dualista ou diferenciadora, que disciplinam a amplitude do estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, justificante ou exculpante, já aqui abordadas:

Existem duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do estado de necessidade: a teoria diferenciadora e a teoria unitária. A teoria diferenciadora surge na Alemanha e é baseada na interpretação sistemática do Código Civil e do Código Penal. Para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode excluir

³² ASÚA. *Tratado de derecho penal*, p. 341, t. IV.

³³ BRODT. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 265.

³⁴ BRANDÃO. *Teoria jurídica do crime*, p. 108-109.

a culpabilidade ou a antijuridicidade; se o bem sacrificado for de mesmo valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá culpabilidade. Se o bem sacrificado for de menor valor que o bem preservado, o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade, sendo considerado uma causa de justificação.

Jorge de Figueiredo Dias,³⁵ por sua vez, também esclarece sobre a teoria diferenciadora do estado de necessidade, nos seguintes termos:

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

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

Segundo Toledo,³⁶ “o Estado de Necessidade (*Notstand*) está regulado nos §§ 34 e 35 dos StGB, sob as rubricas de ‘estado de necessidade justificante’ (*Rechtfertigender Notstand*) e ‘estado de necessidade exculpante’ (*Entschuldigender Notstand*). Nestes termos os referidos §§ 34 e 35 do Código Penal alemão em vigor:³⁷

§ 34. Estado de necesidad justificante

³⁵ DIAS, Figueiredo. *Direito penal: parte Geral*, p. 438-439, t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

³⁶ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40-41.

³⁷ ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2010.

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

§ 35. Estado de necesidad disculpante

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

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

Conforme Toledo,³⁸ em virtude desta distinção, a doutrina e a jurisprudência alemã construíram, sob a influência de argumentos jusnaturalistas e, em virtude de casos concretos, como o da necessária interrupção da gravidez por intervenção médica, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres em conflito já constante do Código Civil alemão o estado de necessidade justificante supralegal:

Esse princípio que já se achava incorporado ao Código Civil alemão (§§228 e 904) para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas, instituiu um “direito de necessidade” (*Notrech*), pelo qual diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, se essa for a única forma de salvação do primeiro. Faz-se a ponderação dos bens e deveres em conflito; o que for reputado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. Assim, a jurisprudência alemã

³⁸ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 40.

passou a admitir, com ou sem lei, a exclusão da antijuridicidade em determinadas situações de estado de necessidade e, com isso, consagrou a denominada “teoria diferenciadora”, que acolhia as duas formas básicas do estado de necessidade, mais tarde incorporadas ao texto ora em vigor do StGB (§§34 e 35), isto é, o estado de necessidade justificante (excludente da antijuridicidade) e o estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

Da análise do citado § 34 do Código Penal alemão, que disciplina o *estado de necessidade justificante*, depreende-se, portanto que, aquele que, em virtude de perigo atual para a sua vida, seu corpo, sua liberdade, sua honra, sua propriedade ou outro bem jurídico e que não possa evitá-lo de outra maneira, cometendo um ato com o fim de evitar o referido perigo para si ou para outrem, não atua antijuridicamente se na ponderação de bens dos interesses em conflito, em particular dos bens jurídicos afetados, o interesse protegido sobrepujar o interesse que foi sacrificado, desde que o ato seja um meio adequado para evitar o perigo.

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

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

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

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

Ao analisar a legislação penal vigente, pode-se afirmar que o direito pátrio, a despeito das teorias unitária e diferenciadora, recepcionou o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como da antijuridicidade no Código Penal militar de 1969.

Por sua vez, o estado de necessidade encontra-se previsto no inciso I do art. 23 e no art. 24 do Código Penal brasileiro, com natureza justificante, em que pese constar das disposições contidas na parte especial, notadamente o art. 128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

De acordo com Ariosvaldo de Campos Pires,³⁹ por ocasião da elaboração do anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria, que ensejou o Código Penal de 1969 e que não chegou a entrar em vigor, distinguia-se entre o estado de necessidade que exclui o crime e o que isenta de pena.

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

Miguel Reale Júnior,⁴⁰ da mesma forma, afirma que o citado Código Penal de 1969 acolheu a teoria diferenciadora, admitindo os estados de necessidade, justificante e exculpante.

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

Nesta situação, de acordo com Francisco de Assis Toledo,⁴¹ pode ocorrer o confronto de bens de igual valor com o sacrifício de um destes, o sacrifício de um bem de maior valor para salvar um bem de menor valor e o sacrifício de um bem de menor valor para salvar um bem maior.

³⁹ PIRES. *Compêndio de direito penal, parte geral*, p. 173, v. 1. Colaboração e atualização de Sheila J. Selim de Sales.

⁴⁰ REALE JÚNIOR. *Dos estados de necessidade*, p. 53-54.

⁴¹ TOLEDO. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*, p. 39.

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

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

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

3. REFLEXOS DO FUNCIONALISMO NO ESTADO DE NECESSIDADE

A questão da dogmática penal tem sido influenciada pelos funcionalismos teleológicos e sistêmicos, elaborados por Roxin e Jakob, respectivamente, **que a despeito dos valorosos estudos que vêm sendo conduzidos por outros penalistas, nesta mesma área, conseguiram dar maior consistência às propostas funcionais, também denominadas normativistas.**

Segundo Luís Greco,⁴² o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, pois “reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos”.

Segundo o citado autor, Roxin vê na conduta uma “exteriorização da personalidade”, enquanto Jakobs a define como “a inevitabilidade de uma diferença de resultado”.

Quanto ao tipo, a questão é mais complexa, pois, este é agora valorado com aspectos de política criminal e conforme ponderações de Greco,⁴³ dentro do caráter de um direito penal preventivo “só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um

⁴² GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 143.

⁴³ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 144.

bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas”.

Desta forma, ainda que uma ação cause a lesão a um bem jurídico, se não for criado um risco juridicamente relevante não haverá infração à norma.⁴⁴

Surge, portanto, a filha querida do funcionalismo: a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo – que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.

Historicamente concebida, em 1927, por Karl Larenz e Richard Honig⁴⁵ e modernamente desenvolvida por Claus Roxin e Günther Jakobs, a Teoria da Imputação Objetiva concentra-se na mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo em prejuízo do lado subjetivo do tipo, em contrapartida a um dos fundamentos da teoria finalista da ação.

Ariosvaldo de Campos Pires, ao comentar a referida teoria da imputação objetiva, afirma que esta encontrou motivos para o seu surgimento nas falhas do processo de causalidade, tendo em Roxin e Jakobs seus principais elaboradores.⁴⁶

A **insatisfatória** solução que a relação de causalidade oferece para o assentamento dos demais requisitos do fato típico abriu ensejo à imputação objetiva. A ela somem-se as dificuldades decorrentes da abertura que a teoria da *conditio sine qua non* proporciona, com a complexidade da fixação dos conceitos de causa, condição, concausa preexistente, concomitante ou supervenien-

⁴⁴ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 145.

⁴⁵ Segundo Roxin: “As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig, especialmente, na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que determinei de princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos.” (ROXIN. *Estudos de direito penal*, p. 124-125).

⁴⁶ PIRES. *Compêndio de direito penal, parte geral*, p. 114, v. 1.

te, do *regressus ad infinitum* e do exercício mental que a fórmula da eliminação hipotética exige. Tudo isso deu motivo à teoria que tem em Larenz e Honig seus idealizadores e em Roxin e Jakobs seus elaboradores e divulgadores por excelência.

Neste sentido, tem-se, em relação à teoria da Imputação Objetiva, de acordo com Claus Roxin,⁴⁷ que: “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação [1], quando o risco se realiza no resultado concreto [2] e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo [3].”

Jakobs,⁴⁸ por sua vez, esclarece que “as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo, que todos tentem evitar, em sua totalidade, os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social”.

O referido autor define ainda, no âmbito das condutas individuais, que não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel.⁴⁹

Tal conceito permite que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante. Desta forma, deve-se determinar entre autor, vítima e terceiros, quem deve responder pela eventual violação do risco permitido com a aferição de tais fundamentos. Assim temos o comportamento social como um comportamento vinculado a “papéis”.

Nestes termos, temos como instituições dogmáticas da imputação objetiva, apresentadas por Günther Jakobs:⁵⁰ o risco permitido [1], no sentido de que não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar

⁴⁷ ROXIN. *Estudos de direito penal*, p. 104.

⁴⁸ JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 19.

⁴⁹ Segundo Jakobs: “imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas. As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante” (JAKOBS, 2000).

⁵⁰ JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*, p. 23-33.

todo risco de lesão de outro; o princípio da confiança [2], a afirmar que quando o comportamento de seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente todos os demais; a proibição de regresso [3], ao fundamento de que, quem assume com outro um vínculo considerado inofensivo não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida e, por fim, a competência da capacidade da vítima [4], pois pode ser que a configuração de um contrato social seja de competência, não só do autor, mas também da vítima.

De acordo com Greco, com a “renormativização do tipo”, as relações entre tipicidade e antijuridicidade estreitaram os seus limites, fazendo com que a “teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta”, voltasse a ser amplamente discutida. Sobre os autores que rejeitam esta concepção afirma:⁵¹

Outros autores têm uma construção assemelhada à de MEZGER, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal. Por fim, um terceiro grupo mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes, ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado.

Francisco de Assis Toledo, ao analisar algumas variações do conceito de tipo, sob a denominação de “Tipo total de injusto”, informa a respeito da teoria dos elementos negativos do tipo:⁵²

Tipo total de injusto. Concepção do tipo segundo a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo*. De acordo com esta teoria, os pressupostos das causas de justificação integram o tipo como elementos negativos. Assim, adaptando-se um exemplo de wessels, na figura do homicídio do art.121 (“matar alguém”), deveríamos ler o seguinte: “matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, etc).

⁵¹ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 144.

⁵² TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, p. 134-136.

Para Fabrizio Ramacci, as causas de justificação são elementos que não devem ser reconhecidos para que o fato possa continuar a representar um crime, razão pela qual é correto defini-las como elementos negativos do tipo.

Neste sentido, a construção do fato típico como sendo composto de elementos positivos e negativos amplia a construção precedente do crime em sentido estrito, que antes era limitada apenas aos referidos elementos positivos, ou seja, à conduta e à relação de causalidade. Assim, a soma algébrica dos elementos positivos (que devem estar presentes), corresponde à noção do tipo do crime, em sentido amplo, que inclui a nota da antijuridicidade, registra o fato ilícito penal e designa o ilícito objetivo.⁵³

De acordo Ramacci,⁵⁴ a presença do elemento constitutivo (o fato típico em sentido estrito) unido à essência do elemento constitutivo negativo (discriminante) integra o fato ilícito. Nesta reconstrução da estrutura do crime, a discriminante pertence ao elemento objetivo e, mais precisamente, constitui-se em causa de exclusão do elemento objetivo do crime. Segundo a definição, mais em uso, são causas objetivas de exclusão do crime.

Em relação ao conteúdo do dolo e da consciência da ilicitude, o citado autor afirma que,⁵⁵ “apesar de ainda manter-se dominante a teoria da vontade, que vê no dolo o ‘conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo’, alguns autores vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável”. No que diz respeito à consciência da ilicitude assim se manifesta:

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo. Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo,

⁵³ RAMACCI. *Corso de diritto penale*, p. 299-300.

⁵⁴ RAMACCI. *Corso de diritto penale*, p. 300.

⁵⁵ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 147.

mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade.

Em relação às causas de justificação e que são de maior interesse ao escopo deste trabalho, Greco pondera no sentido de que,⁵⁶ da mesma forma que os tipos foram redefinidos para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos, pode se afirmar, em relação aos pressupostos da justificação que:

[...] a adoção da perspectiva *ex ante* no juízo sobre a existência dos pressupostos de justificação é também defendida por vários autores. Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável *ex post* pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, *ex post*, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários, porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

Luiz Augusto Sanzo Brodt, ao analisar aspectos gerais da teoria da imputação objetiva, traça um paralelo entre as concepções de Roxin e de Jakobs e esclarece aspectos referentes à justificação relacionados ao funcionalismo:⁵⁷

Quanto à ilicitude, Roxin a define como uma propriedade da ação típica, sua contradição com as proibições e mandatos do direito penal, distinguindo-se assim, do injusto, que é a própria ação típica e ilícita. Jakobs considera injustas as ações não toleráveis socialmente, as quais se diferenciam das demais de dois modos: por faltarem os elementos das ações antijurídicas (ex: um disparo para o ar sem nenhuma consequência danosa) ou por conterem, além de todos os elementos das ações ilícitas, elementos adicionais, os chamados elementos de justificação. As causas de justificação, por sua vez, são motivos jurídicos bem fundados para executar um comportamento em si proibido.

⁵⁶ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 149.

⁵⁷ BRODT. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 86-98.

Segundo Greco, Klaus Gunther teria criado, em adição às tradicionais causas de justificação, o que ele chamou de “causas de exclusão do injusto penal”, que se limitam a excluir o ilícito penal, sem, contudo, prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito: “Para Gunther, o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil.”

Quanto ao elemento subjetivo da justificação, o citado autor nos informa que é crescente a opinião no sentido de que seria desnecessário um momento volitivo bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação:

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião de que seria desnecessário um elemento volitivo, (e não só entre os autores que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposos, vem ganhando campo o posicionamento daqueles que dispensam qualquer elemento subjetivo de justificação. Há igualmente, em especial entre os italianos, quem negue a existência de qualquer elemento subjetivo, tanto para justificar fatos típicos dolosos como culposos.

No que diz respeito à culpabilidade, Luís Greco afirma que, em virtude da dificuldade em se verificar cientificamente a questão do livre arbítrio, esta vem, cada vez mais, sendo associada aos fins da pena por estar diretamente relacionada à sua aplicação:

[...] a crítica feita por Engisch à fundamentação da culpabilidade no “poder-agir-de-outra-maneira” é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos deste fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial). Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre o se e a quanto da punição, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena.

Conforme Greco, para Jakobs, o conceito funcional de culpabilidade, está associado à motivação do autor, razão pela qual será culpável aquele às custas do qual a norma tiver que ser revalidada, funcionando desta forma a culpabilidade como um derivado da prevenção geral.⁵⁸

Assim é que JAKOBS apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a “competência pela ausência de uma motivação jurídica dominante no comportamento antijurídico”[153]. O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor – caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) – ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões[154]. Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

A culpabilidade, no funcionalismo de Roxin, funciona como elemento limitador da pena, todavia, acrescentado de considerações de prevenção geral e especial e do conceito de responsabilidade, associado à culpabilidade do autor e à necessidade preventiva de intervenção penal.⁵⁹

Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a idéia de culpabilidade, valendo-se dela como elemento limitador da pena. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a integrar o terceiro nível da teoria do delito, que Roxin chama de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*). “A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei”. Será necessário o concurso tanto da culpabilidade, como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

Desta forma, segundo nos informa Luís Greco, uma vez constituído o injusto, com a violação da expectativa organizacional ou institucio-

⁵⁸ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 150.

⁵⁹ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 153-154.

nal, o fato poderia ser explicado pelo acaso, por meio da justificação, ou pelo aferimento do juízo de culpabilidade:⁶⁰

Assim, uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional, constituído o injusto, procura o direito explicar tal fato, de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação um sujeito determinado. Neste segundo caso, formula-se o chamado juízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito de ação perde muita importância no funcionalismo, em que o que de fato importa são considerações valorativas, não havendo como se esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos atuais.

O tipo passa a ser valorado com aspectos de política criminal e dentro do caráter de um direito penal preventivo razão pela qual só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo.

As causas de justificação, e aí se inclui o estado de necessidade, passam a ser redefinidas para atender a requisitos de política criminal, somente se proibindo comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos.

Por fim, desnecessário seria o elemento subjetivo da justificação, bastando para a sua realização a consciência dos pressupostos objetivos da justificação.

Com fundamento em tais premissas, pode se afirmar que o estado de necessidade, sofre forte influência de aspectos gerais do funcionalismo, especialmente dos acima referidos e que, estes juntamente com as demais considerações de ordem causal e finalista são fundamentais para a evolução do referido instituto.

⁶⁰ GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*, p. 141.

4. CONCLUSÕES

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

O direito pátrio aderiu à teoria unitária, no que diz respeito ao Código Penal atualmente em vigor, o Código Penal de 1940 com a reforma de 1984, mas também recepcionou a teoria diferenciadora, ao disciplinar o estado de necessidade, tanto como excludente da culpabilidade como excludente da antijuridicidade no Código Penal Militar de 1969, em vigor.

Todavia, em que pese o estado de necessidade estar disciplinado pelo inciso I do art. 23 e do art. 24 do Código Penal brasileiro, com natureza justificante, consta das disposições de sua parte especial, notadamente de seu art. 128, que trata do aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro, a possibilidade da exculpação do crime pelo estado de necessidade.

Quanto ao excesso, admitido em nossa legislação em relação às causas de justificação, verifica-se, igualmente, que este também pode ser admitido como exculpante, pois, conforme já visto, o fato de não estar inscrito nas disposições do citado art. 24 do Código Penal não significa que não possa ser considerado, uma vez que parte da doutrina pátria o admite.

Por estes motivos, pode-se afirmar que a teoria diferenciadora é a doutrina que melhor solução apresenta para o equacionamento das questões envolvendo a natureza jurídica do estado de necessidade.

Verifica-se que a análise da justificação ou da exculpação, da conduta praticada por um agente em estado de necessidade, sofre considerável repercussão quando se leva em conta, em seu aferimento, além dos aspectos causais e finalistas, considerações de ordem funcionalista ou normativista.

Isto porque o direito penal vem, cada vez mais, fundamentando-se em conceitos normativos objetivos, importando definir quem deve

responder pela conduta, verificando, de forma objetiva, a adequação social do comportamento e quando o agente deixa de cumprir determinado papel de bom cidadão perante a sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Código Penal Alemán*. Disponível em: <http://www.juarztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2010.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. I.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. IV.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 1º: introdução, norma penal, fato punível.

CONTIERI, Enrico. *O estado de necessidade*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1942.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Portugal: Coimbra, 2007, t. I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.

FABISCH, Joseph. *Essai sur l'état de nécessité*. Lyon: Paul Legendre, 1903.

FORIERS, Paul. *De l'état de necessite em droit penal*. Paris: Recueil Sirey, 1951.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, 2000.

HESSE, Philippe-Jean. Un droit fondamental vieux de 3000 ans: l'état de necessite. Jalons pour une histoire de la notion. *Revue Droits Fondamentaux*, n. 2, jan.- dec., 2002. Disponível em: <<http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df2hesnec.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2011.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Gallegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCHAND, G. Félix. *L'état de necessite em droit penal*. Paris: Arthur Rousseau, 1902.

MORIAUD, Paul. *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*. Geneve-Paris: R. Burkhardt e L. Larose & Forcel, 1889.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal, parte geral*. Colaboração e atualização de Sheila J.Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso de diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushatsky, 1971.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madri: civitas, 1997, t.I.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TURNER, J. W. Cecil. *Kenny's outlines of criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 1952.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.