

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fábio André Guaragni; Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe de Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-348-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Em uma tarde de Inverno do ano pandêmico de 2021, nos reunimos para discutir sobre temas persistentes e emergentes das Criminologias e das Políticas Criminais. Foram representados Programas de Pós-graduação do Brasil inteiro em trabalhos que demonstraram uma perspectiva bastante heterogênea e plural das ciências criminais.

Carlos Henrique Carvalho Amaral discutiu a (im)possibilidade de punição aos sujeitos com transtorno de personalidade antissocial. Desde uma perspectiva do direito penal e da psiquiatria, o autor conclui pela inadequação da pena nestas circunstâncias.

A prática de revista de mulheres no contexto prisional é discutida no trabalho de Ana Carolina da Luz Proença e Jacson Gross. Em uma perspectiva crítica e de gênero, é apontada a necessidade de revisão das normas de segurança nos presídios e também a dignidade das visitantes.

Guilherme Machado Siqueira e Ana Carolina da Luz Proença analisam como o sistema prisional brasileiro trata as mulheres transsexuais. Uma vez que elas são projetadas por marcadores sociais de gênero, se busca verificar se há respeito à identidade no cárcere dentro da perspectiva de Judith Butler.

O enfrentamento da pandemia pelo Sistema de Justiça Criminal é discutido no texto de Bruna Helena Misailidis. A partir da perspectiva de gênero são trazidas importantes e relevantes questões dos efeitos práticos da pandemia sobre estes problemas.

As responsabilidades do Compliance Officer foram tratadas por Renato Simão de Arruda e Sergio de Oliveira Medici. Dentro de uma perspectiva criminal, discutem as atribuições e deveres, inclusive por omissão, em relação ao programa de conformidade.

A seguir, tivemos a apresentação de Andréa Carla de Moraes Pereira Lago e Ana Maria Silva Maneta, que discutiram o bullying e o cyberbullying em âmbito escolar. A partir do viés preventivo, apontam a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas no tratamento do problema.

Vanessa Chiari Gonçalves , Jessica de Jesus Mota e Juliana Horowitz discutem os impactos da pandemia para as mulheres mães e gestantes presas. Desde a Criminologia Feminista e em acordo com a Recomendação N. 62 do Conselho Nacional de Justiça, apontam a importância da utilização prisão domiciliar como mecanismo de redução de dores neste contexto.

O Estado de Necessidade como instituto de Política Criminal é tratado por Antônio Matelozzo e Chede Mamedio Bark. O artigo percorre os requisitos doutrinários e normativos para a configuração do estado de necessidade em nossa realidade.

Tamires de Oliveira Garcia e Clarice Beatriz da Costa Söhnngen discutem a questão do gênero autodeclarado de pessoas LGBTI+ em privação de liberdade e a Resolução 348/2020 do CNJ. Desde uma perspectiva crítica, realizam balanço sobre os impactos da normativa no complexo ambiente prisional.

O tema das medidas de segurança e seu cumprimento no Brasil é tratado por Aline Salves e Sebastião Fonseca Silva Junior. Analisam especificamente os casos de violência institucional nesses estabelecimentos, quer trate-se de violência física, sexual, psicológica, dentre outras observadas no Relatório de Inspeção Nacional de Hospitais Psiquiátricos.

Ermelino Franco Becker abordou a trajetória e evolução da Medicina Legal, contextualizando a situação atual do Instituto Médico Legal do Paraná e seus peritos frente ao desenvolvimento da Medicina Legal brasileira. A seguir, Gustavo Bacellar discute a “cannabis sativa” e o seu tratamento político criminal.

Na sequência, Gisele Mendes De Carvalho e Rafaela Pereira Albuquerque Lima trabalham sobre o bem jurídico nos delitos sexuais informáticos e a sua ação penal. Realizam, ao final, proposta legislativa para promover maior eficiência no tratamento das condutas e adequado acolhimento das vítimas.

Márcia Haydée Porto de Carvalho, Tatiana Veloso Magalhães e Ronaldo Soares Mendes analisam a (in)efetividade do sistema de justiça criminal no tratamento da violência de gênero. Desde um viés crítico-criminológico, analisam e apontam sobre como a complexidade do problema muitas vezes ultrapassa as fronteiras e possibilidades do Direito.

Sob o viés da perspectiva Necropolítica, Ana Paula Motta Costa e Victória Hoff da Cunha discutem as mortes violentas da juventude brasileira. A partir da análise de dados quantitativos, demonstram como a inviabilização e subnotificação demonstram como as vidas da juventude pobre brasileira são matáveis.

Por fim, temos a discussão sobre o trabalho decente no sistema prisional amazonense. José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento concluem que a gestão do trabalho penal naquele estado não garante os direitos mais fundamentais do detento.

Foi uma tarde rica em discussões e de muitos reencontros, ainda que virtuais. Esperamos que os textos aqui contidos possam reverberar, provocando novas pesquisas e diálogos!

Boa leitura!

Espaço Virtual, Junho de 2021,

Fábio André Guaragni, Matheus Felipe de Castro e Gustavo Noronha de Ávila

ESTADO DE NECESSIDADE COMO INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL

STATE OF NEED AS A CRIMINAL POLITICAL INSTITUTE

Antônio Martelozzo ¹
Chede Mamedio Bark ²

Resumo

A pesquisa apresentada trata do estado de necessidade o qual figura no Código Penal (arts. 23, I e 24), como causa excludente da ilicitude. A hipótese recai sobre o agente que pratica uma ação para salvar alguém de perigo. O Código Civil admite o instituto. Há duas teorias no Direito Penal versando sobre o tema. Aquele que pratica a ação, pratica-a justa. O estado de necessidade integra o campo do direito. A lei prevê caso de pena reduzida quando incidir a hipótese do art. 24, § 2º, do Código Penal.

Palavras-chave: Estado de necessidade, Política criminal, Ilicitude, Exclusão, Requisitos, Teorias

Abstract/Resumen/Résumé

The research focus on the state of need (Criminal Code, arts. 23, I and 24), as an exclusionary cause of illegality. The hypothesis falls on agents that do something to save someone who is in danger. The Civil Code admits the institute. There are two theories on Criminal Law about it. The one who does the deed, do it fairly. The state of need integrates the law area. The law predicts reduced sentence when the hypothesis of art. 24, §2º, of Criminal Code incides.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of need, Criminal political institute, Illegality, Exclusion, Requirements, Theories

¹ Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Desembargador jubilado do TJPR.

² Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Procurador de Justiça do Estado do Paraná.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é realizar o estudo do instituto do estado de necessidade como excludente de ilicitude (arts. 23, I e 24, Código Penal), com o intuito, inclusive, de conhecê-lo melhor e suscitar o debate pela relevância do tema. Objetiva-se trazer a estudo conceitos teóricos agasalhados na doutrina não fugindo do campo penal.

Despertou o interesse, também, pela arguição, no foro, desse instituto por vezes acolhida, havendo autores que o tratam fora do campo jurídico.

Desenvolver-se-á o artigo começando-se pelo conceito de estado de necessidade (cap. 1) e a seguir virão capítulos onde serão abordadas as diretrizes que dizem de perto com a excludente em sua inteireza, com pesquisa na doutrina, não só nacional mas também alienígena e citação de jurisprudência. Far-se-á uma breve incursão no Direito Civil.

Não obstante a importância do assunto, o trabalho não objetiva esgotá-lo.

No que concerne à metodologia a ser empregada, utilizar-se-á o método dedutivo com estudo bibliográfico.

Conclusões e referências constarão também, segundo o exigido.

2 ESTADO DE NECESSIDADE: CONCEITO

Há um conceito legal no Código Penal no art. 24, *caput*, o qual dispõe: “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”.

O conceito de perigo é definido pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, no dizer de Roxin (apud SANTOS, 2008, p. 249).

Noronha (2004, p. 188) ensina que se diz “em estado de necessidade a pessoa que, para salvar um bem jurídico seu ou alheio, exposto a perigo atual ou iminente, sacrifica o de outrem”. Ocorre com o mesmo um conflito de bens-interesses, um choque de dois bens.

O Código Penal enquadra-o como excludente da ilicitude. A Escola Clássica, por seu turno, considera-o excludente da imputabilidade.

Noronha (2004, p. 188) refere que Mezger entende que “*no procede culpablemente el que actúa en el estado de necesidad*”.

Bruno (1967, p. 387) diz que esse estado trata-se de “uma situação em que se encontra o homem que, para salvar do perigo atual ou iminente um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar um bem jurídico de outrem”.

O Código, segundo se lê, tem-no como descriminante: não há crime.

3 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

No particular, os autores que tratam do tema não são unânimes.

Em o Código Penal, tal qual posto, o estado de necessidade é causa de justificação (arts. 23, I e 24, *caput*).

Há quem coloque o tema fora do Direito Penal; os filósofos do jusnaturalismo, por exemplo.

Prado (1982, p. 8), citando Puffendorf, reporta-se “a irresistibilidade do instinto de conservação”, colocando o estado de necessidade fora do Direito. Wolff o entendeu como se registrando um conflito de leis e direitos. O Positivismo não o dá como ato justificado.

Entre nós o ato necessário contempla autêntica causa de justificação. Por isso, não se impõe discutir, como autores estrangeiros fazem, entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante.

Maggiore, lembrado por Prado (1982, p. 9-10), sintetiza as principais teorias descrevendo-as: umas que têm esse estado estudando-o fora do Direito, outras dele retiram o caráter criminal e, finalmente, dando-o como porta voz de ação justa. Wolff e Fichte incluem-se na primeira categoria; Geyer e Kant, na segunda e, nas últimas, estão Berner e Hegel.

4 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade conta como requisitos objetivos os seguintes: a) perigo atual e inevitável; b) direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se; c) não provocado pela vontade do agente; e d) inexistência do dever de enfrentar o perigo; como requisito subjetivo, Prado (2014, p. 431) cita a ciência da situação fática, vontade ou ânimo de salvar o bem ou direito em perigo.

4.1 PERIGO ATUAL E INEVITÁVEL

Trata-se do perigo concreto e imediato, com probabilidade de dano real, dotado de certeza e objetividade. De onde pode ele originar-se: de naufrágios, inundações, incêndios (acontecimentos naturais); por fenômenos sociais como acidentes e distúrbios civis. Santos (2008, p. 249), parafraseando Hirsch, acrescenta que há outros acontecimentos humanos, “desde que não constituam a agressão antijurídica da legítima defesa”.

E o perigo iminente o que acontece?

A lei apenas fala no perigo atual (CP, art. 24); a doutrina e a jurisprudência reconhecem o estado de necessidade, ainda, quando o perigo seja iminente.

Só se admite o sacrifício do bem quando não existir qualquer outro meio de realizar o salvamento.

O critério objetivo é que pode identificar a situação de inevitabilidade.

4.2 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Da lei deflui-se que o direito próprio ou alheio é o que se pretende salvar (socorro a terceiro), quer seja por motivo de ordem pessoal (amizade, parentesco) ou solidariedade humana. Aqui, segundo Capez (2007, p. 277), direito é empregado no sentido de qualquer bem tutelado pelo ordenamento legal. Pode ser a vida, a liberdade, o patrimônio, a honra, a segurança, a integridade física e mental, além, pode-se afirmar, de todos os demais bens e interesses suscetíveis de proteção jurídica.

A razoável inexigibilidade de que fala a lei (o requisito sob exame diz do direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se), implica na ponderação objetiva dos bens e interesses em confronto. Diz de perto, aqui, com uma necessária proporcionalidade levando em conta a gravidade do perigo e a lesão produzida.

4.3 NÃO PROVOCAÇÃO PELA VONTADE DO AGENTE

O agente não pode, por vontade própria ou outra, causar a situação de perigo. Se agir com dolo inexistirá o estado de necessidade.

Ensina-nos Estefam (2020) que se o agente provocou o perigo culposamente, poderá ser beneficiado pela excludente. Discorrendo a respeito do assunto, referido autor diz que “há quem entenda de maneira diversa, equiparando a provocação voluntária tanto à dolosa como à culposa?” (p. 304).

Capez (2007, p. 277) ensina-nos que a expressão “perigo causado por vontade do agente”, tem significado divergente, mencionando duas posições, sendo a primeira, capitaneada por Damásio E. de Jesus, para a qual somente o perigo causado dolosamente impede que seu autor alegue o estado de necessidade; a segunda, capitaneada por Assis Toledo, que entende que tanto o perigo doloso quanto o originado de culpa obstam a alegação do estado de necessidade.

A posição de Capez (2007, p. 278) é que o legislador quando trata dessa particularidade quis referir-se apenas “ao agente que cria a situação de perigo dolosamente, excluindo, portanto, o perigo culposo”.

O provocador voluntário assim, da situação de perigo, não é favorecido pela lei.

4.4 INEXISTÊNCIA DO DEVER DE ENFRENTAR O PERIGO

Segundo Prado (2006, p. 129), “o dever de enfrentar o perigo, dever de auto-sacrifício, de arriscar, é obrigação exclusivamente legal, não compreendendo o dever contratual, ético ou social, inerente a algumas atividades ou profissões”.

De forma bastante clara dispõe o Código Penal no art. 24, §1º, que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever de enfrentar o perigo”. Estão nesse rol, dentre outros, o bombeiro, o policial e o capitão de navio.

O primeiro, por exemplo, que é membro da corporação que se destina a prestar socorro em casos de incêndio ou de sinistro, não pode se eximir de salvar uma pessoa num prédio em chamas sob o pretexto de correr o risco de se queimar. Não pode o mesmo fugir da situação de perigo advinda do incêndio. Para Estefam (2020, p. 304) dele não se exige heroísmo: ele “ingressar em uma casa totalmente em chamas para salvar algum bem valioso, sendo improvável, na situação, que ele sobreviva, apesar de todo o seu treinamento”.

5 REQUISITO SUBJETIVO

Deixa Prado (2014, p. 431) bastante claro que o requisito de que ora se trata se traduz na “ciência da situação fática, vontade ou ânimo (*animus salvationis*) de salvar o bem ou direito em perigo. O agente, além do conhecimento dos elementos objetivos da justificante, deve atuar com o fim, com a vontade de salvamento”.

O requisito subjetivo é imprescindível nas espécies de estado de necessidade: quer justificante, quer exculpante.

Santos (2008, p. 258) reporta-se a elementos subjetivos do estado de necessidade onde inclui apenas a situação justificante, esta representada pelo perigo atual, involuntário e inevitável de outro modo. E sempre se tendo conhecimento da situação justificante.

6 CONFLITO DE INTERESSES DO MESMO PORTADOR

Para Santos (2008, p. 263), em situações de conflito de interesses diversos do mesmo portador, elas podem ser decididas de modo diferente, dependendo da capacidade de consentimento e também da disponibilidade do bem jurídico respectivo.

Referido autor cita dois exemplos: a) “abrir correspondência alheia para informações necessárias ao destinatário em viagem [...] são ações justificadas pelo consentimento presumido do titular do bem jurídico, com fundamento em juízo hipotético de provável decisão igual, se fosse perguntado”; b) lançar criança pela janela com risco de ferimento grave para salvar de morte certa no prédio em chamas” [...], o portador do bem jurídico não tem capacidade consentimento.

7 TEORIAS

Duas teorias existem sobre a matéria: a unitária ou monista objetiva e a dualista ou diferenciadora objetiva, tendo a primeira sido adotada pelo nosso Código Penal (esta originária da *contrainte physique* do Código Penal francês de 1810).

Essa teoria objetiva abraçada por nós considera que o estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, e nas palavras de Prado (2004, p. 428), “independentemente da ponderação de bens em confronto”.

A formulação da teoria dualista ou diferenciadora atribui-se a Goldschmidt e Freudenthal, a qual distingue entre colisão de bens de igual valor ou de valor maior, havendo exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta diferenciando o conflito de bens desiguais. Entende injustificável qualquer ponderação entre vidas humanas, utilizando, dentre outros argumentos: dos valores jurídicos que não são simples valores utilitários e de uma ética de valor racional que no dizer de Welzel (apud SANTOS, 2008, p. 255), “exclui cálculos avaliativos ou critérios ligados à finalidades racionais em relação à vida humana”.

O Código Penal militar brasileiro optou pela teoria diferenciadora (arts. 39 e 43). Também adotou o Código Penal de 1969, revogado pela Lei nº 6.578/78. Referida teoria é, hoje, dominante em vários países.

8 CRIMES NÃO PASSÍVEIS DE INVOCAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

No respectivo rol acham-se os crimes habituais (aqueles que revelam um estilo de vida do agente em atos reiterados, como por exemplo, o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica – CP, art. 282); os crimes permanentes (aqueles com a consumação que se protraí no tempo, como sucede no sequestro e cárcere privado – CP, art. 148), e, ainda, todos os crimes onde se tem reiteração criminosa. Nesses delitos registra-se a falta de atualidade na situação de perigo.

Como se deflui do Código Penal, há alusão no art. 24, *caput*, à atualidade no que diz respeito à situação de perigo.

Em casos excepcionais, na lição de Capez (2007, p. 280), há exceção à dita regra, como no caso de “um particular que exerce a medicina em uma ilha onde não há profissional habilitado, nem tampouco qualquer ligação com o mundo externo”, o qual, portanto, pode alegar o estado de necessidade.

9 PESSOA JURÍDICA E ESTADO DE NECESSIDADE

A pessoa jurídica pode alegar estado de necessidade.

Ribeiro (1991, p. 374), aludindo a entendimento de Aníbal Bruno assevera que “a tendência é para ampliar o alcance da justificativa no sentido de mais humana compreensão do conceito de necessidade”. Diz ele que não há “dúvida de que a sustentação penal referente ao estado de necessidade se aplica à pessoa jurídica”. O

autor nominou um artigo que escreveu: o “Estado de necessidade” e o “*Habeas Corpus*” e sua sustentação e impetração por pessoa jurídica (RT vol. 674/374), onde discorre sobre o tema, fundamentando-o na doutrina e na jurisprudência.

O ponto de vista do nosso Código Penal corresponde ao espírito do Direito Penal Moderno.

10 JUSTIFICAÇÃO E EXCULPAÇÃO

Entre justificação e exculpação há sutil diferença.

Em sede de estado de necessidade registra-se clara aproximação entre os dois termos.

Na doutrina tem-se uma classificação do estado de necessidade em justificante e em estado de necessidade exculpante.

O Código Penal, já que adotou a teoria unitária, empresta-lhe um tratamento único: tal estado exclui, sempre, a ilicitude do comportamento (trata-se de estado de necessidade justificante). E nele há uma colisão de interesses entre titulares de bens jurídicos, diverso do que ocorre na legítima defesa.

O Código Penal alemão de 1975, no art. 34, incorporou o estado de necessidade justificante e o fez com o estado de necessidade exculpante no art. 35.

Busato (2013, p. 485) refere ser “corrente nos modelos de organização da teoria do delito a adoção do molde alemão de análise escalonada”.

Do estatuído em nossa lei penal decorrente dos arts. 23, I (exclusão da ilicitude), 24 (estado de necessidade), 128, I (aborto necessário), 146, §3º, I (constrangimento ilegal) decorrente, ainda, do disposto no art. 188, II, do Código Civil (atos não ilícitos, onde está compreendido também o estado de necessidade), é justificante fundamentalmente o instituto ora enfocado, tido como acima dito, causa de exclusão de ilicitude.

11 EXCLUSÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE

De alguma forma a questão foi tratada no cap. 4.4, podendo-se acrescentar que o dever decorrente do citado art. 24, §1º, do Código Penal, não é absoluto.

Assim se tem que o guarda de penitenciária não ser-lhe lícito sacrificar o bem de outrem para defender o seu.

Do exposto, cumpre se indaga tratando a lei dos vocábulos dever legal: o dever jurídico impede de invocar o estado de necessidade?

Para Noronha (2004, p. 192), na doutrina alienígena a resposta é negativa. Ele, referindo-se a Sauer, transcreve: “*Ciertas personas, incluso sin deber legal expreso, deben tomar sobre sí graves peligros*”, exemplificando com o marinheiro, o médico, o enfermeiro, o sacerdote, o professor, o pessoal de laboratório etc., citados por ele em seu Derecho Penal.

O Código italiano não fala em dever legal, sendo expreso ao referir-se a dever jurídico, diferentemente do estatuto pátrio.

Em nosso ordenamento jurídico há autores que sustentam que a relação derivada de contrato é impediante do estado de necessidade, dentre outros Galdino Siqueira, Bento de Faria, Costa e Silva e José Frederico Marques. Posicionam-se em sentido contrário Néelson Hungria e Basileu Garcia.

Para Noronha (2004, p. 193) o contido no art. 24, §1º, do Código Penal, “é restrição imposta a um benefício, a uma faculdade, não nos parecendo admissível ampliá-la em detrimento do acusado”.

12 ESTADO DE NECESSIDADE CONTRA ESTADO DE NECESSIDADE

A doutrina tem admitido essa possibilidade.

Prado (2006, p. 129), tratando da particularidade, assevera ser a mesma cabível “pois aqui há conflito lícito de bens (ex.: tábua de salvação)”.

13 POLÍTICA CRIMINAL

O estado de necessidade não deixa de ser medida de política criminal, revestindo-se de sentido humanitário. Ele é identificado, ensina Busato (2013, p. 474), “a partir da presença de circunstâncias que dão ao fato um caráter de emergência e uma atitude que obedece a requisitos específicos capaz de torná-la impune”.

Aqui, na verdade, respira-se o sentido humanitário do Direito, não se exigindo renúncia heroica.

Discorrendo sobre este item, Bitencourt (2004, p. 93) trata da postura do Estado como política criminal divergindo do jusnaturalismo o qual sustentava que haveria, no particular, uma derrogação da ordem jurídica. E acrescenta: “o Direito

continua presente: apenas se acomoda dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz”.

14 FORMAS DO ESTADO DE NECESSIDADE

As formas elencadas pela doutrina dizem respeito: a) quanto à titularidade do interesse protegido: o estado de necessidade próprio (quando se defende direito próprio) ou de terceiro (quando se defende direito de outrem); b) quanto ao aspecto subjetivo do agente: putativo e real, respectivamente, quando o agente imagina uma situação de perigo (este inexistente) e quando for real a situação de perigo; c) quanto ao terceiro que sofre a ofensa: agressivo (ocorrendo quando o agente destrói bem de terceiro inocente) e defensivo (quando a agressão dirige-se contra o provocador dos fatos).

Nos dizeres de Estefam (2020, p. 305) o estado de necessidade real é aquele capitulado no art. 24. Noronha (2004, p. 193) referindo-se ao estado de necessidade dito putativo ensina que pode a “excludente de antijudicidade, contemplada no art. 24, provir de qualquer causa, exceto do próprio agente”, podendo originar-se do ato humano, do fato de um irracional, da força da natureza etc.

15 CASOS CLÁSSICOS CITADOS NA DOUTRINA

São casos comumente citados de estado de necessidade: o dos náufragos, em pleno oceano, sobre uma tábua que pode sustentar um deles; o do alpinista que precipita no abismo o companheiro, visto que a corda que os sustenta não suporta o seu peso; o do espectador de uma causa de diversões que se incendeia e que para se salvar fere ou mata outro espectador.

Capez (2007, p. 274) cita o caso do pedestre que se joga na frente de um motorista, que, “para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades”.

É conhecido, ainda, a ocorrência de antropofagia, no exemplo fornecido por Oliveira (1973, p. 477), que ocorreu após o desastre aéreo da Cordilheira dos Andes na década de 1970, onde os sobreviventes, para não morrerem de fome, assim procederam.

16 ESTADO DE NECESSIDADE E DIFICULDADES ECONÔMICAS

Em sua maioria, a jurisprudência, dependendo do ocorrido, não admite a alegação do agente como causa excludente da ilicitude. Por si só, o desemprego e as dificuldades financeiras não caracterizam a descriminante.

Extrai-se do voto relatado pelo Min. Felix Fisher, no REsp 499.442-PE, que “a alegação da qualidade de vida, mesmo implicando em dificuldades financeiras, por si só, não preenche os requisitos, do *status necessitatis*” (5ª T., RSTj 172/542-43, ano 15, dez. 2003).

A doutrina pesquisada não trata deste tópico.

Outros exemplos virão no capítulo que transcreve jurisprudência.

17 CULPABILIDADE DIMINUÍDA

Dispõe o Código Penal no art. 24, §2º, que “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de 1 a 2/3” (um a dois terços)” (um a dois terços).

A razoabilidade é causa especial de redução de pena.

Ensina-nos Prado (2004, p. 431), quando se refere ao requisito do estado de necessidade escudado no direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se, escreve: “em caso de o sacrifício do direito ameaçado ser razoavelmente exigido, pode a pena ser reduzida de um a dois terços”.

Bitencourt (2004, p. 96), textualmente ensina que “a flexibilidade que deve ter na análise da razoabilidade do sacrifício do bem em conflito está assegurada na previsão do § 2º do art. 24” [...]. Não deixa de ser, como já referimos, “a admissão de uma culpabilidade diminuída”.

Noronha (2004, p. 191), sobre este item, assevera que “a consideração objetiva do valor do bem e a subjetiva, referente à importância que lhe confere o indivíduo, bem como a situação deste, no momento, fornecerão os elementos necessários para se apurar a inexigibilidade do sacrifício. Se este era razoavelmente exigível, desaparece a excludente de ilicitude”, importando na redução da pena.

A visão de Bitencourt (2004, p.94) difere da maioria dos doutrinadores pois chega a afirmar que o que traduz o citado art. 24, §2º, é uma ponderação de bens.

18 ESTADO DE NECESSIDADE E O DIREITO CIVIL

O instituto estado de necessidade acha-se presente no Direito Civil ao menos no art. 188, II (Título III).

Medina e Araújo (2018, p. 258), estudando o assunto, aludem o estado de necessidade e ponderação entre bens jurídicos envolvidos, dizendo que se impõe no estado de necessidade “a remoção de uma situação de perigo voltada contra uma pessoa ou contra seus bens”. Na avaliação desta situação de perigo “deve-se ponderar entre os bens jurídicos envolvidos, averiguando-se a prevalência que justifique o dano a ser praticado”, isso segundo Claus Roxin.

Dispõe o artigo supracitado: “não constituem atos ilícitos: a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Em qualquer caso não se pode exceder “os limites do indispensável para a remoção do perigo” (art. 188, parágrafo único).

Beviláqua (1953, p. 347) sustenta que a lei civil, de modo expresso, “admite que o perigo possa ser iminente e, quanto ao balanceamento de bens, a doutrina acentua que o estado de necessidade somente se caracteriza se o mal, que se pretende evitar, for maior do que o praticado para removê-lo”.

Não se tem dúvida de que a redação do art. 188, II, do Código Civil, diz respeito ao estado de necessidade (FLORÊNCIO, 2016, p. 204).

19 JURISPRUDÊNCIA

Acerca do presente tema serão transcritas ementas de julgados de nossos Tribunais, conforme segue:

Do TJRS: “Apelação – Crime – Furto famélico – Estado de necessidade – Inocorrência. Não há falar em furto famélico se não há nos autos qualquer elemento que demonstra ter o réu subtraído as *res furtivae* no instituto de suprir carência alimentar” (8ª Cam. Crim., Op. 70011144086, Rel. Des. Rogue M. Fank, j. 27/04/2005) (PRADO, 2006, p. 131).

Do TRF 3ª R.: No mesmo sentido quando se alegou dificuldades financeiras: (2ª T., Ap. 1999.03.99.005110-3, Rel. Des. Nilton dos Santos, Dju 22.04.2005, p. 245).

Do extinto TACRimSP:

Estado de necessidade – Furto – Acusado que, desempregado, devendo prover a subsistência da prole numerosa e esposa grávida, subtrai alimentos e utilidades domésticas em supermercado – absolvição mantida – inteligência dos arts. 20 do CP de 1940 e 386, V, do CPP (4ª Câmara, Ap. 308.337-8, Rel. Juiz Luiz Pantaleão, j. 6/6/84, RT 600/367 – m.v.).

Do mesmo Tribunal:

Contravenção Penal – Falta de habilitação para dirigir veículo na via pública – Estado de necessidade comprovado – Pai que se utilizou do carro à noite para adquirir medicamento para o filho enfermo – Absolvição decretada – Inteligência dos arts. 32 do LCP e 24 do CP. [...] 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 (12ª Câmara, Ap. 402.093-5, Rel. Juiz Gonzaga Franceschini, j. 30/9/95, RT 603/354 – un. (provido para absolver o aplane)).

No mesmo sentido: TAMG (2ª Câmara. Cum., Ap. 12.328, Rel. Juiz Gudesteu Biber, j. 4/3/85, RT 608/392, un.).

Do TJDF: “O estado de necessidade – excludente objetiva de criminalidade – não se caracteriza quando ao agente era razoável exigir-se conduta diversa” (Ap. Crim., Rel. Des. Luiz Vicente Cernicchiaro, Dju 16/5/78, p. 3368).

Do TJSP: “Não há falar em estado de necessidade se, ao praticar o crime, não se achava o acusado sob perigo atual ou iminente a sua saúde” (RT 376/108).

Não reconhecendo a excludente, decidiu o TACrimSP por sua 2ª Câmara: “Estado de necessidade – Agente que, estando em difícil situação financeira, se apodera de valores alheios – Excludente não reconhecida” (Ap. 93.815, Rel. Juiz Edmond Acar, j. 24/9/1974, in julgados do TACrimSP nº 84/495).

20 CONCLUSÕES

Primeiramente entende-se dever ser estudado o instituto – estado de necessidade – sob a ótica da política criminal e não só do Direito Penal. Desde as suas origens, ele sempre foi concebido com um sentido e caráter humanitários.

O perigo aludido na lei é apenas o atual. No Direito Civil abriga-se também a iminente. Se o perigo já se efetivou estará a ação do agente legitimada para impedir

sua continuação. Nesse contexto, aquele que provoca o perigo não pode beneficiar-se da excludente. Jamais poderá ele causar dita situação.

A situação de necessidade pressupõe a existência de um perigo (atual) pondo em conflito dois ou mais interesses tidos por legítimos.

Assim sendo, quando a lei se reporta aos termos: “que não provocou por sua vontade”, está a afirmar que a agente não provocou intencionalmente o perigo. Por isso, a situação de inevitabilidade, em face das circunstâncias do caso concreto, deve atender a um critério objetivo.

Isto posto, na defesa de direito alheio não é exigida qualquer relação específica do agente com o titular do bem preservado.

Verificou-se no decorrer deste artigo que o objetivo central nos casos de estado de necessidade é, em outras palavras, a eliminação do perigo.

Quando o texto legal se reporta a dever legal (que não deve ser interpretado como absoluto), não inclui o dever jurídico.

O Código Penal, abraçando a teoria unitária, reconhece o estado de necessidade como causa de justificação. Trata-se de causa de exclusão da ilicitude.

Por fim, observou-se diante do que dizem a lei e a doutrina, aproximação visível entre justificação e exculpação.

O Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora que é excludente da culpabilidade (art. 39) e, ainda, excludente da criminalidade (art. 43).

Portanto, ainda que a redação do art. 188, II, do Código Civil pareça ambígua, refere-se a mesma ao estado de necessidade.

REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luiz Jimenez de. **Tratado de derecho penal**. v. 1. Buenos Aires: Losada, 1961.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1981.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 2. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. T. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso do direito penal: parte geral**. v. 1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- FLORENCIO, Gilbert R. Lopes. **Código civil interpretado**. Organizador Costa Machado. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximiliano C. Américo. **Resumo de direito penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: THOMSON Reuters Brasil, 2018.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Moacyr de. Do Estado de necessidade (o exemplo dos Andes). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 62, n. 450, p. 474-481, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 2 São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Comentários ao código penal**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Sobre o estado de necessidade. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, Jurid Vellenich Ltda, ano 6, n. 20, p. 3-16, 1982.

RIBEIRO, Arthur Ferraz. O estado de necessidade e o habeas corpus. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 80, n. 674, p. 374-375, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Jures, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.